

PRÉCIS

DE

DROIT CIVIL

CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ONZIÈME ÉDITION

CONFORME AU PROGRAMME DES FACULTÉS DE DROIT

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence

Par G. CHÉNEAUX

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

TOME TROISIÈME

Destiné à la préparation de l'examen de troisième année
de la licence en droit.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5°

LÉON TENIN, DIRECTEUR

—
1914

PRÉCIS
DE
DROIT CIVIL



CONTENANT

dans une première partie

L'EXPOSÉ DES PRINCIPES

et dans une deuxième

LES QUESTIONS DE DÉTAIL ET LES CONTROVERSES

PAR

G. BAUDRY-LACANTINERIE

DOYEN HONORAIRE DE LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ONZIÈME ÉDITION

CONFORME AU PROGRAMME DES FACULTÉS DE DROIT

Revue et mise au courant de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence

Par **G. CHÉNEAUX**

PROFESSEUR DE DROIT CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

TOME TROISIÈME

Destiné à la préparation de l'examen de troisième année
de la licence en droit.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

LÉON TENIN, DIRECTEUR

1914

TITRE XVII

(TITRE V du Code civil).

Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.

1. On connaît le plan adopté par le législateur dans la partie de son œuvre relative aux contrats. Après avoir traité d'une manière générale des obligations (titres III et IV du livre III) et des contrats qui en sont la source principale (titre III), il fixe les règles particulières aux contrats les plus usités (titres V s.). Le contrat de mariage vient en première ligne, à raison de son importance. Ce contrat intéresse en effet non seulement les époux qui le font, mais encore la famille et la société tout entière.

2. Définition du contrat de mariage. — L'union légitime de l'homme et de la femme constitue un contrat, mais, dans le langage de la loi, comme dans celui de la doctrine, on désigne cette union sous le nom de mariage et non sous celui de contrat de mariage. Le contrat de mariage est un contrat pécuniaire. On peut le définir : l'ensemble des conventions que deux futurs époux font en vue de régler leur association conjugale quant aux biens, ou, si l'on veut, en vue du règlement de leurs intérêts pécuniaires pendant le mariage et à sa dissolution. Ces conventions portent le nom de conventions matrimoniales (art. 1394 s.), expression qui se prend aussi, comme on le verra plus tard, dans un sens plus restreint. Le contrat de mariage est donc l'ensemble des conventions matrimoniales. On désigne aussi quelquefois sous le nom de contrat de mariage l'acte écrit, l'instrumentum, qui constate ces conventions.

3. Le contrat de mariage est accessoire par rapport au mariage : on ne conçoit pas de conventions matrimoniales sans mariage. L'existence du contrat de mariage est donc subordonnée à celle du mariage. De là il suit que le contrat de mariage est caduc, si le mariage en vue duquel il a été fait ne s'ensuit pas, ou si, ayant été célébré, ce mariage est ensuite annulé, car le mariage annulé est censé n'avoir jamais existé. Exceptez toutefois le cas du mariage putatif. V. art. 201-202, et t. I, n. 461, 465, 467, 468.

Eu sens inverse, la nullité du contrat de mariage comme tel, pour vice de forme par exemple, n'entraînerait pas la nullité du mariage ; car le sort du principal n'est pas subordonné à celui de l'accessoire. Les époux se trouveraient alors dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans contrat, c'est à-dire, ainsi que nous le verrons plus loin, qu'on leur appliquerait le régime de droit commun, celui de la communauté légale.

La caducité du contrat de mariage ou sa nullité n'atteignent pas nécessairement les autres conventions ou actes qui n'ont pas le caractère de conventions matrimoniales et qui se trouvent accidentellement dans le contrat de mariage, par exemple une vente ou une reconnaissance d'enfant naturel. De semblables dispositions ont un caractère propre et indépendant ; il n'y a aucune indivisibilité nécessaire entre elles et les conventions matrimoniales ; leur caractère ne change pas à raison de la nature de l'acte qui les constate. Quant aux clauses du contrat qui constituent des conventions matrimoniales, elles sont évidemment atteintes par la caducité résultant de ce que le mariage n'a pas été célébré, car elles sont consenties en vue du mariage. Si, le mariage étant valablement célébré, quelques-unes d'entre elles sont annulées pour des causes qui leur sont propres, l'annulation des autres ne s'ensuit pas toujours. Car il n'y a pas nécessairement indivisibilité entre les diverses stipulations portées au contrat de mariage, et les unes

peuvent conserver leur utilité et répondre au but envisagé par les parties, quoique les autres soient annulées. Cpr. Montpellier, 10 déc. 1901, D., 07. 2. 241 ; Bordeaux, 1^{er} juil. 1886, D., 86. 2. 283, S., 88. 2. 187 ; et Cass., 30 nov. 1908, D., 09. 1. 418.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

§ I. Des conventions qui sont autorisées dans les contrats de mariage et de celles qui sont défendues.

4. Principe de la liberté des conventions matrimoniales.
— La loi laisse aux époux la plus grande latitude pour le règlement de leurs conventions matrimoniales. C'est à juste titre ; car les intérêts pécuniaires jouent un rôle important dans la conclusion des mariages, et, en gênant la liberté des futurs époux quant au règlement de ces intérêts, on eût entravé nombre de mariages, au grand détriment de la société. La faveur due au mariage a même déterminé le législateur à autoriser dans les contrats de mariage certaines stipulations qu'il prohibe partout ailleurs, notamment la stipulation d'inaliénabilité (art. 1554). V. aussi art. 1082 s.

Et toutefois, sous peine de voir dégénérer en licence la liberté qu'il accorde ici aux époux, le législateur devait y apporter certaines restrictions. Elles sont contenues dans les art. 1387 à 1390.

Aux termes de l'art. 1387 : « 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, et,

en outre,

» sous les modifications qui suivent ».

Quand la loi parle des stipulations contraires aux bonnes mœurs, on peut s'attendre à voir apparaître à leur suite les stipulations contraires à l'ordre public, qu'elle met sur la même ligne. Notre article semble, au premier abord, s'écarter de cette tradition, quand il dit dans sa partie finale : « pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs, et, en outre, sous les modifications qui suivent ». Mais cette première impression s'efface devant un examen plus approfondi. Les stipulations contraires à l'ordre public sont certainement prohibées dans les contrats de mariage. Arg. art. 6. Seulement, au lieu d'énoncer ce principe d'une manière générale, comme il l'a fait pour les stipulations contraires aux bonnes mœurs, le législateur a préféré le sous-entendre et en énumérer certaines applications au sujet desquelles des difficultés auraient pu s'élever. Cette énumération, qui n'est nullement limitative, est contenue dans les art. 1388 à 1390 et annoncée par ces mots qui terminent l'art. 1387 : « et, en outre, sous les modifications qui suivent ». Les art 1387 à 1390 peuvent donc se résumer ainsi : Les futurs époux ont la faculté de faire dans leur contrat de mariage toutes sortes de conventions relativement à leurs biens, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Notre loi apporte ainsi à la liberté des époux deux restrictions qu'il nous faut successivement étudier.

A. Stipulations contraires aux bonnes mœurs.

5. Nous dirons fort peu de choses des stipulations contraires aux mœurs Proscrites dans tous les contrats en général, comment pourraient-elles être tolérées dans un contrat qui participe de la sainteté du mariage ? Il faudra, au contraire, s'étendre davantage sur les stipulations

contraires à l'ordre public, parce que les limites de l'ordre public sont plus indécises que celles des bonnes mœurs.

B. Stipulations contraires à l'ordre public.

6. La loi en énumère un certain nombre à titre d'exemples. Ainsi elle proscriit les stipulations qui porteraient atteinte,

Soit à la puissance maritale, exemple : la clause qui dispenserait la femme du devoir d'obéissance envers son mari,

Soit aux droits qui appartiennent au mari comme chef de l'association conjugale : telle serait la clause qui retirerait au mari le titre de chef de la communauté, que lui donne l'art. 1421, pour le conférer à la femme,

Soit aux droits résultant pour l'un des époux de la puissance paternelle ou de la puissance tutélaire, par exemple la clause qui enlèverait au mari le droit d'administration légale, que lui confère l'art. 389, ou au survivant des époux le droit de tutelle de l'art. 390.

Soit enfin à une disposition prohibitive du code civil, par exemple à la disposition de l'art. 1399, qui ne permet pas de fixer le point de départ de la communauté à une époque autre que celle de la célébration du mariage.

L'énumération que nous venons de donner est contenue dans l'art. 1388 dont la disposition est défectueuse à plus d'un point de vue : « Les époux ne peuvent déroger ni aux » droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants,

» ou qui appartiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des

» époux par le titre de la Puissance paternelle, et par le titre de la Minorité, de la Tutelle

» et de l'Émancipation, ni aux dispositions prohibitives du présent Code ». Il nous faut en étudier les divers termes.

7. a. — La loi prohibe d'abord, dans les contrats de mariage, les clauses qui dérogeraient « aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ».

= Sur la personne de la femme. Ainsi on ne pourrait pas convenir que la femme ne sera pas tenue d'habiter avec son mari (art. 214), ou de demander son autorisation quand elle voudra ester en justice ou contracter (art. 215 et 217).

= Sur la personne... des enfants. Ainsi serait nulle la clause donnant à la femme le droit de consentir, à l'exclusion du mari, au mariage ou à l'adoption des enfants communs.

Au surplus, les droits du mari sur la personne des enfants ne résultent pas, comme le dit inexactement la loi, de la puissance maritale, mais bien de la puissance paternelle, dont le père a seul l'exercice pendant la durée du mariage quoiqu'elle appartienne aussi à la mère (art. 372 et 373).

On rencontre souvent, dans les contrats de mariage passés entre futurs époux appartenant à des religions différentes, une clause, aux termes de laquelle les enfants mâles devront être élevés dans la religion du père, et ceux du sexe féminin, dans la religion de la mère. Il paraît difficile d'admettre que cette clause, ou toute autre semblable, soit civilement obligatoire pour le mari. Le droit ou plutôt le devoir d'éducation est un attribut de la puissance paternelle, et, s'il appartient à la mère aussi bien qu'au père (art. 203), celui-ci en a seul l'exercice pendant la durée du mariage (art. 373). Or, la clause dont il s'agit a précisément pour but de lui retirer cet exercice au moins en partie. Elle est donc nulle, aux termes de l'art. 1388, comme le serait certainement une clause qui retirerait, d'une manière générale, l'exercice de la puissance paternelle au père pendant le mariage pour le conférer à la mère.

b. — Les époux ne peuvent pas non plus, dit la loi, déroger dans leur contrat de mariage « aux droits qui

appartiennent au mari comme chef ». Entendez comme chef de l'association conjugale envisagée quant aux biens, et non comme chef de la femme et des enfants ; autrement cette phrase ferait double emploi avec la précédente. Ainsi, d'après notre loi, le mari est le chef de la communauté, nos anciens disaient seigneur et maître. En cette qualité, « il administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme » (art. 1421). Eh bien ! les époux ne pourraient pas valablement, dans leur contrat de mariage, déroger à cette disposition, soit en accordant, comme nous le supposions tout à l'heure, le titre de chef de la communauté à la femme, ce qui constituerait de la part du mari une abdication, soit même, le titre de chef de la communauté étant laissé au mari, en l'obligeant à obtenir l'autorisation de sa femme pour hypothéquer les immeubles de la communauté ou pour les aliéner, car les rôles que la loi assigne à chacun des époux seraient ainsi intervertis.

Mais rien ne ferait obstacle à ce que le mari donnât à sa femme, par une clause du contrat de mariage, le mandat d'administrer les biens de la communauté. En déléguant son pouvoir sous forme de mandat, le mari l'exerce. Orléans, 8 juin 1894, D., 96. 2. 334, et Paris, 7 janv. 1903, D., 04. 2. 79. Qui mandat ipse fecisse videtur. Toutefois, il l'abdiquerait, en réalité, s'il s'interdisait le droit de révoquer le mandat ; aussi décide-t-on généralement que cette clause serait nulle.

Rien ne s'opposerait non plus à ce que les époux dérogeassent, par leur contrat de mariage, aux droits que la loi attribue au mari sur les biens personnels de la femme. Ainsi on pourrait valablement convenir que le mari, sous le régime de la communauté, n'aura pas le droit d'administrer les biens propres de sa femme, contrairement à la disposition de l'art. 1428 (arg. art. 223, 1536 et 1576), ou qu'il n'aura le droit de les donner à bail que pour sept ans, et non pour neuf comme l'y autorise l'art. 1429.

c. — La loi ajoute que les époux ne peuvent pas déroger « aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la Puissance paternelle, et par le titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ».

Pendant le mariage, l'exercice de la puissance paternelle appartient au père seul (art. 373), et notre article nous a déjà dit, en termes inexacts, il est vrai, qu'on ne peut pas, par une clause du contrat, porter atteinte à ce droit. Il ajoute qu'on ne peut pas déroger non plus aux droits résultant de la puissance paternelle pour le survivant des époux ; de sorte que, finalement, les époux ne peuvent aucunement déroger aux droits résultant pour eux de la puissance paternelle. Ainsi on ne pourrait pas valablement convenir que le mari, pendant le mariage, ou le survivant, après sa dissolution, n'aura pas le droit d'usufruit légal conféré par l'art. 384. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

Les droits auxquels notre article ne permet pas de déroger sont ceux « conférés par le titre de la Puissance paternelle, et par le titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ». Mais son intention bien évidente est d'interdire toute dérogation aux droits résultant de la puissance paternelle et de la tutelle, même à ceux de ces droits qui, par accident, se trouvent organisés dans un titre autre que celui de la Puissance paternelle ou de la Tutelle. Ainsi nul doute que les époux ne pourraient pas déroger au droit, que la loi accorde à la mère survivante, de consentir au mariage ou à l'adoption de ses enfants ; et cependant ces droits sont consacrés, l'un dans le titre du Mariage (art. 149), l'autre dans le titre de l'Adoption (art. 346).

En résumé, le législateur aurait mieux exprimé sa pensée, s'il l'avait formulée dans ces termes : « Il ne peut être dérogé aux droits résultant, pour les époux ou pour l'un d'eux, sur la personne de leurs enfants, de la puissance paternelle ou de la tutelle ».

d. — Enfin, l'art. 1388 dit en terminant que les époux ne peuvent pas déroger « aux dispositions prohibitives du présent Code ».

A proprement parler, la disposition prohibitive est celle qui est conçue en termes prohibitifs. On en trouve des exemples dans les art. 215, 217, 784, 791, 1097, 1130, 1399, 1422, 1449. Mais il résulte de la discussion qui s'est produite lors de la confection de la loi que, pour savoir si une disposition est prohibitive hoc sensu, il faut s'attacher moins à la forme qu'au fond, et qu'il y a lieu par suite de considérer en général comme prohibitive toute disposition législative qui est basée sur des considérations d'ordre public. En d'autres termes, une disposition prohibitive est ici celle à laquelle la loi prohibe de déroger, et la prohibition peut résulter, soit du texte de la loi, comme dans l'art. 1399, soit de son esprit apprécié d'après la nature de la disposition.

D'après cela, il faut considérer comme prohibitives, bien qu'elles ne soient pas conçues en termes prohibitifs, la disposition qui accorde à la femme l'avantage de n'être tenue de sa part dans les dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument quand elle a fait inventaire (art. 1483), celle qui lui permet de renoncer à la communauté (art. 1453) et aussi celle qui l'autorise à demander la séparation de biens quand sa dot est en péril (art. 1443). Ce sont là autant de garanties, que la loi, par des considérations d'ordre public, accorde à la femme comme contre-poids de l'autorité maritale, et dont elle ne peut être dépouillée. Nous en dirions de même des avantages que la loi accorde à la femme pour lui assurer l'exercice de ses reprises (art. 1471, 1472).

8. Parmi les dispositions prohibitives que contient le code civil, il y en a deux qui doivent particulièrement fixer notre attention. Elles sont prévues par les art. 1389 et 1390.

9. Voici la première : « Ils [les époux] ne peuvent faire aucune

» convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre

» légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession

» de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs

» enfants entre eux ; sans préjudice des donations entre vifs ou

» testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les

» cas déterminés par le présent Code » (art. 1389).

* La première partie de ce texte paraît n'être qu'une application particulière de la règle qui interdit dans notre droit les pactes sur succession future (art. 791, 1130, 1600). La faveur dont le contrat de mariage est entouré l'a fait soustraire en partie à l'empire de cette règle (v. art. 1082 et s.), et on aurait peut-être été tenté de soutenir qu'il devait y échapper tout à fait, si le législateur n'avait pas pris la peine de s'en expliquer. Voilà la raison d'être de notre article, qu'une sévère critique pourrait taxer d'inutilité.

Notre article interdit certaines conventions et certaines renonciations,

a. — Certaines conventions, celles qui auraient pour but de changer l'ordre légal des successions.

Soit par rapport aux époux eux-mêmes dans la succession de leurs enfants, par exemple s'il était dit que le père aura, contrairement à l'art. 746, le droit de succéder, à l'exclusion de la mère, aux enfants du mariage qui viendraient à mourir pendant son cours.

Soit par rapport à leurs enfants entre eux. Telle serait la clause aux termes de laquelle, en cas de décès de l'un des enfants du mariage, l'aîné des survivants serait appelé à recueillir sa succession à l'exclusion des autres, ou les frères du défunt, à l'exclusion de ses sœurs. Telle encore la clause, connue autrefois sous le nom de clause

d'affrérissement, en vertu de laquelle les enfants du premier lit de l'un des conjoints étaient appelés à succéder à l'autre conjoint concurremment avec les enfants issus du mariage.

b. — Certaines renonciations, celles faites en vue de changer l'ordre légal des successions, par exemple la renonciation anticipée de la future épouse à la succession de ses enfants à naître du mariage, ou à la succession de l'ascendant qui lui constitue une dot (art. 791).

Au surplus, la règle, que les époux ne peuvent pas par leur contrat déroger à l'ordre légal des successions, est générale ; les cas que la loi cite doivent être considérés comme de simples exemples.

10. La deuxième disposition prohibitive que nous avons annoncée est formulée par l'art. 1390 : « Les époux ne peuvent plus stipuler

» d'une manière générale que leur association sera réglée par

» l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant

» les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par

» le présent Code ». Ainsi serait nulle, par application de ce texte, la clause d'un contrat de mariage conçue dans les termes suivants : « Les époux déclarent se soumettre au régime organisé par la coutume de La Rochelle ». Mais pourquoi donc ? Parce que, pour savoir quel est le régime adopté par les époux, il faudrait nécessairement se référer à la coutume de La Rochelle qui est abrogée. Après avoir doté la France d'une législation uniforme, le législateur ne devait pas permettre que la volonté des particuliers fût revivre les anciennes lois abrogées, et c'est ce qui serait arrivé sans la disposition de l'art. 1390. Les hommes sont naturellement attachés à leurs vieilles lois ; il ne suffit pas toujours, pour les leur faire oublier, de leur en donner de meilleures. Il fallait tenir compte de cette tendance qui

aurait pu compromettre, si l'on n'y eût pris garde, l'œuvre de l'unification législative.

Ces motifs prouvent que l'art. 1390 doit être appliqué au cas où le contrat de mariage se bornerait à renvoyer à un seul ou à quelques articles d'une loi ou coutume abrogée, tout aussi bien qu'à celui où il renverrait à un ensemble de dispositions. Les mots d'une manière générale ne font pas allusion, comme on le prétend dans l'opinion adverse, à un renvoi général au système adopté par une ancienne loi ou coutume ; ils signifient que la clause est nulle, toutes les fois que les époux renvoient d'une manière générale, c'est-à-dire sans autre explication, au texte d'une ancienne loi ou coutume abrogée, de telle façon qu'il soit impossible de reconnaître le sens de la clause sans se référer à l'ancienne loi ou coutume et peut-être à ses commentateurs. Cpr. art. 1391, où les mots d'une manière générale sont certainement pris dans ce sens.

Mais la prohibition de l'art. 1390 ne va pas plus loin. Ce que cet article défend, c'est seulement un renvoi pur et simple à une loi ou coutume abrogée ; il ne défend nullement aux époux d'emprunter à d'anciennes lois tout ou partie des clauses qui doivent constituer le régime de leur choix. Bien plus, les époux pourraient reproduire littéralement dans leur contrat de mariage le texte d'une ancienne loi ou coutume. Mais le contrat serait interprété de la même manière que si sa rédaction était l'œuvre personnelle des époux, et sans que l'ancien texte dont il est la reproduction pût avoir aucune autorité quant à cette interprétation. Tout ce que veut le législateur, c'est que le contrat de mariage se suffise à lui-même, qu'il ne soit pas nécessaire, pour en connaître le sens, de recourir à une législation abrogée.

Par où l'on voit que le législateur, dans l'art. 1390, restreint la liberté des époux dans la forme beaucoup plus qu'au fond.

Ni le texte ni les motifs de l'art. 1390 ne permettent d'appliquer au renvoi fait à une loi étrangère dans un contrat de mariage ce qui vient d'être dit du renvoi à une ancienne loi ou coutume française aujourd'hui abrogée. En d'autres termes, les époux peuvent valablement déclarer qu'ils se réfèrent pour leurs conventions matrimoniales à telle ou telle loi étrangère ; sauf aux tribunaux à ne pas admettre en France l'exécution des dispositions qui seraient proscrites par la loi française comme contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Cpr. Paris, 10 déc. 1901, D., 05. 2. 128.

* 11. Nous avons épuisé la liste des clauses que les art. 1388 s. prohibent comme contraires à l'ordre public. Mais nous savons (supra, n. 4) que cette liste n'est nullement limitative. D'une manière générale, toutes les conventions contraires à l'ordre public sont proscrites dans les contrats de mariage comme dans les autres contrats. Arg. art. 6.

Les règles qui organisent l'incapacité de la femme mariée touchent à l'ordre public. Les parties ne peuvent donc pas modifier ces règles, du moins elles ne peuvent y établir d'autres dérogations que celles permises par la loi. Ainsi la stipulation du régime dotal, que notre loi autorise, a pour effet d'augmenter l'incapacité de la femme mariée, telle qu'elle résulte des règles du droit commun. Elle l'augmente en ce sens que la femme dotale ne peut, même avec l'autorisation de son mari, aliéner ses biens dotaux, ni contracter des obligations exécutoires sur ces mêmes biens. La clause d'un contrat de mariage qui frapperait la femme d'une incapacité plus étendue devrait être déclarée nulle. Telle serait par exemple la clause ainsi conçue : « La femme ne pourra, même avec l'autorisation de son mari ou de justice, s'obliger valablement envers les tiers ». Tout au plus une semblable clause pourrait-elle être considérée, par interprétation de la volonté des parties, interprétation qui rentre dans le domaine souverain des juges du fait, comme entraînant soumission partielle au régime dotal et

comme frappant la femme de l'incapacité particulière qui résulte de ce régime. La jurisprudence nous paraît aujourd'hui définitivement fixée dans ce sens, par un arrêt, maintenu en cassation, dans lequel la cour de Paris condamne sa jurisprudence antérieure. Paris, 19 juin 1884, S., 84. 2. 193, et Cass., 13 mai 1885, S., 85. 1. 312, D., 86. 1. 204. Cpr. Cass., 21 fév. 1894, D., 94. 1. 294.

Nous en dirions autant et par les mêmes motifs de la clause par laquelle la femme s'interdirait le droit de cautionner son mari, faisant ainsi revivre à son profit les dispositions du sénatusconsulte Velléien. Cette clause serait nulle comme frappant la femme d'une incapacité particulière de s'obliger que notre loi n'autorise pas.

11 bis. Une nouvelle disposition prohibitive a été ajoutée à celles que contient le code civil par la loi du 13 juillet 1907, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du mariage (infra, n. 250). Dans son art. 1^{er}, al. 1, elle frappe de nullité toute clause du contrat de mariage par laquelle la femme renoncerait à la capacité et aux pouvoirs qui lui sont conférés sur ses biens réservés.

§ II. Des divers régimes matrimoniaux.

12. On appelle régime un ensemble de règles. Le code civil organise quatre régimes matrimoniaux, savoir : le régime en communauté, le régime exclusif de communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal.

Quelques explications sommaires sur chacun de ces régimes.

1° Régime en communauté. Sous ce régime, il existe un fonds commun aux deux époux, composé de certains biens que nous déterminerons plus tard ; ce fonds constitue la communauté. Ceux des biens de chaque époux qui

n'entrent pas dans la communauté forment son patrimoine propre. Il y a donc, sous ce régime, trois patrimoines à considérer : le patrimoine propre du mari, le patrimoine propre de la femme et le patrimoine commun aux deux époux ou patrimoine de la communauté. C'est au mari qu'appartient l'administration de ces trois patrimoines.

Lors de la dissolution de l'association conjugale, la femme peut accepter la communauté ou la répudier. Au cas d'acceptation, la communauté se partage par moitié entre le mari et la femme ou leurs représentants ; chaque époux reprend en outre les biens composant son patrimoine propre. Si la femme renonce, la communauté tout entière, biens et dettes, va au mari ; la femme n'a que le droit de reprendre ses biens propres.

La communauté est dite légale quand les parties l'ont acceptée telle que la loi l'organise, conventionnelle, quand elles l'ont modifiée par leur convention.

2° Régime d'exclusion de communauté. Chaque époux conserve les biens qu'il a apportés lors du mariage ou qui lui adviennent pendant sa durée. Le mari administre, outre ses biens personnels, ceux de sa femme, et jouit de tous les revenus de celle-ci, sous la seule obligation de satisfaire aux charges du mariage ; les économies qu'il réalise lui appartiennent en totalité.

3° Régime de séparation de biens. Sous ce régime, comme sous le précédent, tous les biens de chaque époux lui demeurent propres, biens présents et biens à venir. Mais, à la différence de ce qui a lieu sous l'exclusion de communauté, le mari n'a ni l'administration ni la jouissance des biens personnels de sa femme ; c'est la femme qui administre son patrimoine et qui en jouit, sous l'obligation toutefois de verser chaque année une certaine portion de ses revenus entre les mains du mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage. Cette portion est déterminée par la convention des parties, et, à défaut, par la loi.

4° Régime dotal. Les biens de la femme mariée sous ce régime se divisent en deux catégories : biens dotaux, et biens paraphernaux ou extradotaux. Sont dotaux tous les biens que la femme s'est constitués en dot ou qui lui ont été donnés en contrat de mariage (art. 1541) ; tous les autres biens de la femme sont paraphernaux.

Les biens dotaux, au moins les immeubles, sont inaliénables pendant toute la durée du mariage. Le mari en a l'administration et la jouissance, sous la seule obligation de satisfaire aux charges du mariage ; il profite par conséquent des économies qu'il réalise sur les revenus de ces biens, comme sur ceux de ses biens propres, à moins qu'il n'y ait eu stipulation d'une société d'acquêts, auquel cas la femme est appelée au partage des économies.

Au contraire, c'est à la femme qu'appartiennent l'administration et la jouissance des biens paraphernaux : elle dispose librement des revenus de ces biens, sauf l'exception portée en l'art. 1575.

Sous quelque régime que les époux soient mariés, la femme a d'ailleurs, en vertu de la loi du 13 juil. 1907, la libre disposition des produits de son travail personnel. Cette loi ayant été édictée surtout en vue des femmes mariées sous un régime de communauté (c'est en effet le cas ordinaire pour les femmes que le législateur a voulu protéger), nous l'étudierons dans son ensemble après avoir exposé les règles de la communauté légale (infra, n. 250).

13. La soumission au régime dotal exige une stipulation expresse. Et toutefois, ici comme ailleurs, aucuns termes sacramentels ne sont prescrits : il suffit que la volonté des parties soit manifestée de telle manière qu'il ne puisse y avoir aucun doute. Cela résulte de l'art. 1392 ainsi conçu :

« 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, s'il n'y a dans le

» contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard.
— La

» soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple

» déclaration faite par les époux, qu'ils se marient sans communauté,

» ou qu'ils seront séparés de biens ».

14. Aux termes de l'article 1391 : « Ils [les époux] peuvent...

» déclarer, d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou

» sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal. — Au

» premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des

» époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre

» II du présent titre. — Au deuxième cas, et sous le régime

» dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III ». Ainsi, les futurs époux, qui veulent se soumettre au régime de la communauté ou au régime dotal, peuvent se borner à un renvoi pur et simple aux dispositions du code civil, en disant par exemple qu'ils adoptent le régime dotal tel qu'il est organisé par le code civil, ou même purement et simplement qu'ils se soumettent au régime dotal. Un renvoi au code civil ne présente aucun des inconvénients que présenterait le renvoi à une loi ou coutume aujourd'hui abrogée, inconvénients qui ont motivé la disposition de l'art. 1390. Aussi faut-il décider sans hésitation que ce n'est pas seulement, comme semble le dire l'art. 1391, quand les époux veulent se marier sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal qu'ils peuvent se référer d'une manière générale aux dispositions du code civil, mais aussi quand ils veulent adopter l'un des deux autres régimes organisés par ce code, savoir l'exclusion de communauté

ou la séparation de biens, ou lui emprunter une disposition quelle qu'elle soit.

15. Régime de droit commun. — Il peut arriver que deux époux se soient mariés sans contrat. A quel régime seront-ils soumis ? Le législateur devait, en vue de cette situation qui est fréquente, établir un régime de droit commun, que les époux seraient censés avoir adopté par cela seul qu'ils n'en auraient pas stipulé un autre. De même que la loi a fait le testament de tout homme qui meurt sans avoir manifesté légalement ses volontés dernières, de même elle devait faire le contrat de mariage de tous ceux qui se marient sans indiquer le régime auquel ils entendent se soumettre ; et, de même que, dans la détermination des vocations héréditaires, la loi s'est inspirée de la volonté probable du défunt, de même, en faisant le contrat de mariage de droit commun, elle devait se conformer à la volonté probable des époux. Elle n'a pas failli à ce double devoir.

Il y avait à choisir entre le régime de la communauté, enfant du sol, objet de la prédilection des pays de coutume, et le régime dotal, d'origine exotique, pratiqué dans les pays de droit écrit. Le législateur a donné la préférence au premier. « A défaut de stipulations

» spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le

» modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II

» formeront le droit commun de la France » (art. 1393). Ce choix se justifie à un triple point de vue : 1° le régime de la communauté était dans notre ancien droit le régime de la majorité des Français : les pays de droit coutumier étaient plus nombreux et plus peuplés que ceux de droit écrit ; 2° ce régime, qui joint une société de biens à la société de personnes fondée par le mariage, et qui établit ainsi entre les époux une certaine solidarité d'intérêts, est plus

conforme à la nature du mariage que le régime dotal, qui crée entre les époux une séparation complète de biens ; 3° enfin le régime de la communauté est plus favorable aux tiers que le régime dotal, qui leur tend un piège dans lequel ils se prennent souvent ; il est plus favorable aussi au crédit auquel l'inaliénabilité dotale porte une grave atteinte.

Le régime de la communauté légale étant le régime de droit commun, concluons-en : d'une part, qu'il s'appliquerait non seulement aux époux qui n'ont pas fait de contrat, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause, mais aussi à ceux qui ont fait un contrat nul ou inintelligible (Bordeaux, 1^{er} juil. 1886, S., 88. 2. 187, D., 86. 2. 283) ; et d'autre part, que, lorsque les époux ont fait un contrat, les dispositions du régime de la communauté légale s'appliqueront sur tous les points auxquels le contrat n'a pas dérogé. Cpr. Rouen, 20 fév. 1907, D., 07. 2. 323.

16. A quel régime seront soumis deux époux, qui se sont mariés en France, sans contrat, lorsqu'ils sont l'un et l'autre étrangers, ou l'un Français et l'autre étranger ? Sera-ce à la communauté, qui forme le droit commun de la France, ou au régime de droit commun fixé par la loi étrangère ? Même question pour les époux qui se sont mariés en pays étranger sans contrat, lorsqu'ils sont tous les deux Français, ou l'un Français et l'autre étranger, ou qu'étant tous deux étrangers ils n'appartiennent ni l'un ni l'autre à la nationalité du pays où le mariage est contracté.

La loi française attribue aux Français, qui se marient sans contrat en France, le régime de la communauté légale, parce qu'elle suppose que, n'ayant pas dérogé, comme ils auraient pu le faire, aux règles de ce régime qui forme le droit commun, ils ont entendu l'adopter (infra, n. 40). Mais cette supposition ne doit plus nécessairement être admise dans l'espèce proposée, les époux ayant pu vouloir adopter le régime de droit commun fixé par la loi étrangère, ce que

nulle disposition législative ne leur défend. Toute la question est de savoir quelle a été leur intention. En cas de contestation, les juges devraient apprécier cette intention d'après les circonstances de la cause. Le domicile des époux, soit celui qu'ils avaient au moment de la célébration du mariage, soit celui qu'ils se proposaient d'acquérir immédiatement après, ou domicile matrimonial, fournira à cet égard l'induction la plus puissante. V. Montpellier, 25 avril 1904, sous Cass., D., 06. 1. 70, Grenoble, 3 juil. 1907, D., 08. 2. 403, Alger, 2 janv. 1908, D., 09. 2. 69, Besançon, 18 mars 1912, D., 12. 2. 152, S., 12. 2. 275, et les nombreuses décisions rapportées sous ces arrêts. La convention de La Haye, du 17 juil. 1905 (L. 7 avril 1909 et D. 23 août 1912), décide, dans son art. 2, que : « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage ». V. Despagne et de Boeck, Précis de dr. int. privé, 5e édit., p. 974 s.

§ III. De la forme du contrat de mariage.

17. Le contrat de mariage est un contrat solennel, c'est à-dire un de ces contrats dans lesquels la forme est un élément vital : *forma dat esse rei*. En quoi consiste cette forme ? L'art. 1394 al. 1 répond : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant » le mariage, par acte devant notaire ». La forme requise est donc la forme notariée. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir un contrat de mariage. L'acte qu'il dresse à cet effet doit être retenu en minute à peine de nullité (argument tiré de ces mots de l'art. 1897 : à la suite de la minute... et des art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse de l'an XI).

L'acte notarié constatant les conventions matrimoniales doit être dressé conformément au droit commun, puisque rien n'indique une exception à ce droit commun. D'après les lois des 25 ventôse an XI (art 9) et 21 juin 1843, le droit commun sur ce point consistait en ce que le notaire rédacteur devait être assisté d'un notaire en second ou de témoins instrumentaires, au nombre de deux. Mais ce droit commun a été changé par la loi du 12 août 1902 qui a modifié plusieurs articles de la loi du 25 ventôse an XI et notamment l'art. 9. D'après le nouveau texte de cet article, les actes notariés en général peuvent être reçus par un seul notaire, sauf les exceptions établies par la loi. Le contrat de mariage ne figure pas sur la liste légale des exceptions, il demeure donc soumis à la règle. Et il en est ainsi même quand le contrat de mariage contient des donations faites par l'un des époux à l'autre, bien que les donations, en règle générale, soient comprises dans l'exception. Le nouvel art. 9-2° le dit formellement. Cpr. infra, n. 934. Cette immunité accordée aux donations faites par contrat de mariage s'explique par la faveur dont la loi entoure ces donations. — Et toutefois la signature d'un deuxième notaire ou de deux témoins instrumentaires deviendrait nécessaire si les parties ou l'une d'elles ne savaient ou ne pouvaient signer (nouvel art. 9-3°).

Un contrat de mariage ne pourrait donc pas valablement être passé dans la forme sous seing privé. La loi n'a pas voulu qu'un acte de cette importance pût être livré aux hasards d'une vérification d'écritures. D'un autre côté, un acte sous seing privé, même enregistré, n'eût pas présenté les mêmes garanties qu'un acte notarié, au double point de vue de sa conservation et de l'immutabilité des conventions matrimoniales qu'il constate ; car les époux auraient pu facilement le faire disparaître ou en modifier les dispositions. Enfin, il a pu paraître dangereux d'autoriser les époux à être eux-mêmes les ministres de leur propre volonté dans un acte aussi important et aussi difficile que le

contrat de mariage ; les connaissances spéciales du notaire, dont la loi impose le ministère, fourniront souvent un utile secours à des époux dépourvus de connaissances juridiques : l'acte sera rédigé avec plus de netteté et de précision, et bien des mécomptes seront ainsi évités, non seulement aux époux, mais aussi aux tiers qui entreront en relations d'affaires avec eux. Cette dernière raison, sinon les deux premières, existe même au cas où l'acte sous seing privé contenant les conventions matrimoniales aurait été déposé chez un notaire. On ne sauverait donc pas ainsi le contrat de mariage de la nullité. D'ailleurs la loi ne distingue pas.

Le contrat de mariage fait par acte sous seing privé serait plus que nul, il serait inexistant. Telle est la conséquence du défaut d'accomplissement des formes prescrites par la loi, quand il s'agit d'un acte solennel. Il en serait de même du contrat de mariage fait par acte notarié rédigé en brevet. Un semblable contrat ne pourrait donc pas être confirmé ou ratifié par les parties ; on ne confirme pas le néant. La jurisprudence et la grande majorité des auteurs admettent qu'il pourrait être confirmé expressément ou tacitement par les héritiers des parties ; on applique ici l'art. 1340. Mais n'est-ce pas oublier que l'art. 1340 est une disposition tout exceptionnelle, dont il est même très difficile de donner, au point de vue juridique, une explication satisfaisante, et qui par suite ne doit pas être étendue d'un cas à un autre, surtout quand il n'y a pas les mêmes motifs de décider ?

Quelques-unes de nos anciennes coutumes — elles étaient assez rares — admettaient la validité des contrats de mariage passés par actes sous seings privés. Il va sans dire que les contrats de mariage, faits sous l'empire de ces coutumes et conformément à leurs dispositions, n'ont pas cessé d'être valables depuis la promulgation du code civil. Arg. art. 2.

Certaines législations étrangères autorisent aussi l'usage de la forme sous seing privé pour les contrats de mariage. Conformément à la règle *Locus regit actum*, un Français pourrait valablement faire son contrat de mariage en cette forme dans un pays où elle est admise. Cpr. t. I, n. 84.

17 bis. Il y a une autre condition qui nous paraît se rattacher à la forme du contrat de mariage et qui par conséquent serait requise pour l'existence du contrat et non pas seulement pour sa validité. Les futurs époux doivent être personnellement présents au contrat, ou tout au moins s'y faire représenter par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique. Arg. art. 1394 al. 2 et 3 et 1398. Cpr. t. II, n. 1199. Dans nos anciennes provinces de droit écrit, il était d'usage à peu près constant que les contrats de mariage fussent dressés hors la présence de la future épouse ; le futur époux lui même n'y assistait pas toujours : le père ou les parents des époux stipulaient en leur nom sans mandat spécial. Un contrat de mariage fait conformément à ces anciennes traditions devrait être considéré comme inexistant, alors même qu'il s'agirait d'un époux mineur et qu'on se serait porté fort pour lui ; il ne serait donc pas susceptible de confirmation soit expresse, soit tacite, tout intéressé pourrait se prévaloir de l'inexistence du contrat, et les époux se trouveraient mariés sous le régime de la communauté légale. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître l'invalidité du contrat ; on ne discute que sur les conséquences de cette invalidité. Nîmes, 13 janv. 1897, D., 97. 2. 128, S., 97. 2. 141.

§ IV. De l'époque à laquelle doivent être rédigées les conventions matrimoniales. — De leur immutabilité.

18. Les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage (art. 1394 al. 1). Après, il serait trop tard, fût ce le jour même du mariage, et quelques instants après sa célébration. Cpr. Pau, 3 mars 1909, S., 10. 2. 76, D., 11. 2. 171.

Le principe, que les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant la célébration du mariage, devait nécessairement entraîner cette conséquence qu'elles ne peuvent être modifiées après ; car, modifier une convention matrimoniale, c'est en faire une nouvelle. Cette conséquence est formulée par l'art. 1395 : « Elles [les

» conventions matrimoniales] ne peuvent recevoir aucun changement

» après la célébration du mariage ». Le mariage met donc le sceau au contrat. Jusque-là, ce contrat n'était qu'un projet ; à partir de la célébration, il devient une charte immuable.

Le code civil a consacré sur ce point la règle des pays de coutume. En pays de droit écrit, les conventions matrimoniales pouvaient, conformément aux traditions du droit romain, être faites ou modifiées après la célébration du mariage.

Mais pourquoi cette immutabilité des conventions matrimoniales ? Avant le mariage, les époux jouissent d'une complète indépendance ; après, il y en a presque toujours un qui domine l'autre ; ordinairement c'est le mari ; la faculté de faire ou de modifier les conventions matrimoniales pendant le mariage aurait fourni au plus fort un moyen d'oppression contre le plus faible, notamment l'un des époux aurait pu arriver ainsi à se faire consentir par l'autre des donations irrévocables, en violation de l'art. 1096. Ensuite et surtout, la faculté de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage aurait permis aux époux de tromper les tiers. Le principe de l'immutabilité nous apparaît donc comme un principe de protection pour les époux eux-mêmes et pour les tiers.

Cass., 17 avril 1907, D., 08. 1. 41. Cpr. t. II, n. 727. Adde Cass., 24 fév. 1913, D., 13. 1. 141.

C'est dire que ce principe est basé sur des considérations d'ordre public. Il en résulte : 1° Que la nullité, qui frappe toute convention matrimoniale faite en violation des art. 1394 et 1395, est absolue ; elle pourrait donc être proposée par tout intéressé et ne serait pas susceptible de se couvrir soit pendant le mariage, soit même après sa dissolution, par une confirmation expresse ou tacite ; 2° Que toute clause, par laquelle les parties se seraient réservé le droit de modifier leurs conventions matrimoniales pendant le mariage, serait nulle et de nul effet. Arg. art. 6. Gand, 3 avril 1902, D., 05. 2. 103.

Tout ce qui concerne l'exécution des conventions matrimoniales est en dehors du principe de l'immutabilité. On peut donc, sans blesser ce principe, apporter un changement dans le paiement de la dot promise, convenir par exemple qu'elle sera payée en immeubles quand elle a été promise en argent. V. les références sous Cass., 29 mars 1904, S., 05. 1. 396, D., 05. 1. 138.

Les stipulations du contrat de mariage sont en principe opposables aux tiers qui traitent avec les époux pendant le mariage. Cass., 6 juil. 1905, D., 06. 1. 374. Mais les tiers qui, pendant le mariage, disposent à titre gratuit en faveur des époux ne sont pas tenus de respecter les conventions matrimoniales. Le disposant a le droit d'assigner au bien donné, par une clause spéciale de la donation ou du testament, une condition juridique autre que celle qu'il devrait avoir d'après le contrat de mariage. Art. 1401-1° et 1405, et infra, n. 352. Le tiers était en effet libre de ne pas donner à l'époux. S'il fait à celui-ci une libéralité, il doit lui être permis d'en régler les conditions. Des motifs que nous venons d'indiquer, la jurisprudence déduit en général cette conséquence, que la clause contraire aux conventions matrimoniales produit ses effets seulement dans les limites de la quotité disponible. Mais si l'époux donataire est un

héritier réservataire du donateur, la condition juridique des biens compris dans sa réserve sera nécessairement réglée par les conventions matrimoniales, nonobstant la volonté contraire exprimée par le disposant. Si, par exemple, les époux sont communs en biens, les objets mobiliers qui sont donnés à l'un d'eux par un ascendant sous la condition qu'ils lui resteront propres tomberont néanmoins dans la communauté pour ce qui excède la quotité disponible. Douai, 21 déc. 1905, D., 07. 2. 390. Cpr. t. I, n. 955.

19. Les conventions matrimoniales ne deviennent immuables que par la célébration du mariage ; jusqu'à cette époque, elles sont donc susceptibles de modifications. La loi désigne ces modifications sous le nom de changements ou contre-lettres (art. 1396). La particule ou, qui réunit ces deux expressions dans le texte précité, semble indiquer que le législateur les considère comme synonymes. Voyez toutefois l'art. 1397, qui dit changements ET contre-lettres. Au surplus, il n'y a pas grand intérêt à savoir s'il existe une différence entre les changements et les contre-lettres et quelle est cette différence, puisque la même règle s'applique aux uns et aux autres. Le législateur aurait pu se borner à employer l'expression contre-lettre, qui est traditionnelle en cette matière pour désigner toute espèce de modification aux conventions matrimoniales.

Doit être considérée comme changement ou contre-lettre toute stipulation tendant dans ses effets à modifier la situation respective que les époux se sont faite par leur contrat de mariage. De ce nombre serait la donation que l'un des époux ferait à l'autre dans l'intervalle des deux contrats, mais non celle qui serait faite à l'un des époux par un tiers. Quant aux donations faites pendant le cours du mariage par l'un des époux au profit de l'autre, l'art. 1096 les autorise, mais en même temps il les déclare révocables.

20. Les conditions, exigées par la loi pour la validité des changements ou contre-lettres, varient, suivant qu'on les

envisage par rapport aux parties contractantes ou par rapport aux tiers.

21. a. — Entre les parties contractantes. — Deux conditions sont requises pour la validité du changement ou contre-lettre entre les parties contractantes. Elles sont indiquées par l'art. 1396, ainsi conçu : « Les changements qui y seraient faits avant cette célébration,

» doivent être constatés par acte passé dans la même forme

» que le contrat de mariage. — Nul changement ou contre-lettre

» n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement

» simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat

» de mariage ».

PREMIÈRE CONDITION. Les changements ou contre-lettres doivent être passés dans la même forme que le contrat de mariage. C'est tout simple ; car le changement à une convention matrimoniale constitue une convention matrimoniale nouvelle.

DEUXIÈME CONDITION. Le changement doit être effectué en présence de toutes les personnes qui ont été parties au contrat de mariage et avec leur consentement simultané (art. 1396). L'absence d'une seule partie rendrait donc le changement impossible, et cela alors même que cette partie aurait été mise en demeure de se présenter, bien plus, alors même, qu'elle aurait envoyé son consentement par acte notarié à la modification projetée. Là loi exige en effet la présence et le consentement simultané de toutes les parties ; des consentements isolés, donnés par chacune séparément, ne suffiraient donc pas. Quel en est le motif ? Un consentement collectif est plus difficile à obtenir que des consentements isolés ; à ce titre, le consentement collectif offre une plus grande garantie, et

c'est pour cela que le législateur l'exige. Ici comme ailleurs l'union fait la force : les parties réunies refuseront souvent, à la suite de l'échange de vues qu'amène une discussion, ce qu'elles auraient concédé, prises isolément.

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que la contre-lettre constate le fait de la présence et du consentement simultané de toutes les parties.

Pour les changements ou contre-lettres comme pour le contrat lui-même, chaque partie jouit, conformément aux règles du droit commun, de la faculté de se faire représenter par un mandataire. La procuration doit être spéciale et authentique. Cpr. t. II, n. 1199.

22. Quelles sont les personnes que l'on doit considérer comme parties au contrat de mariage, et dont par suite le concours est nécessaire pour la validité du changement ou contre-lettre ? Ce sont toutes celles qui ont figuré au contrat pour y jouer un rôle actif, soit en stipulant ou en promettant quelque chose, soit en donnant une autorisation nécessaire pour la perfection du contrat.

D'après cela, sont parties au contrat :

1° Les futurs époux ;

2° Les parents du futur époux mineur, dont le consentement était nécessaire pour habiliter cet époux à régler ses conventions matrimoniales (art. 1398).

On ne doit pas considérer comme parties en cette seule qualité les père et mère du futur époux majeur, auxquels celui-ci est tenu de notifier son projet de mariage (nouvel art. 151, L. 21 juin 1907), s'ils ont figuré au contrat de mariage sans y jouer aucun rôle actif ; bien moins encore les autres parents des futurs qui ne sont intervenus au contrat et n'y ont apposé leur signature que *honoris causa*. Car on ne peut qualifier de partie à un acte une personne qui n'y a rien stipulé ni rien promis, et dont le consentement n'est d'ailleurs aucunement nécessaire pour la perfection de cet acte.

3° Enfin, sont parties au contrat les personnes qui y ont figuré pour faire des donations aux futurs ou à l'un d'eux, et aussi les tiers qui s'y sont engagés comme cautions au paiement de la dot promise ou qui y ont constitué une hypothèque destinée à assurer ce paiement.

Toutefois, le refus d'un donateur de consentir au changement projeté ne rend pas ce changement impossible : les époux peuvent l'opérer sans le consentement du donateur, en renonçant au bénéfice de la donation, et c'est ce qu'ils sont réputés avoir fait, s'ils ont procédé à ce changement sans l'assentiment du donateur. Le donateur n'est plus lié par le contrat, puisque l'économie de ce contrat, qui constituait sans doute à ses yeux une des conditions de la donation, se trouve changée sans son assentiment.

23. b. — A l'égard des tiers. — Il faut entendre ici par tiers, tous ceux qui ont traité avec les époux sur la foi du contrat primitif et dans l'ignorance du changement, par exemple celui auquel les époux auraient vendu un immeuble aliénable d'après le contrat et inaliénable d'après la contre-lettre. Nous croyons que les créanciers chirographaires des époux devraient, eux aussi, être considérés comme des tiers, s'ils n'ont pas eu connaissance de la contre-lettre et qu'elle leur nuise. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

Les deux conditions que l'art. 1396 exige pour que la contre-lettre soit valable entre les parties, sont nécessaires aussi pour qu'elle produise effet à l'égard des tiers ; mais elles ne suffisent plus. En effet, aux termes de l'art. 1397 : « Tous changements et

» contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent,

» seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés

» à la suite de la minute du contrat de mariage ; et le notaire ne

» pourra, à peine des dommages et intérêts des parties, et sous plus

» grande peine s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du

» contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou

» la contre-lettre ».

Les conditions requises par ce texte dans l'intérêt des tiers sont au nombre de deux :

1° La contre-lettre doit être rédigée à la suite de la minute du contrat de mariage. En l'absence de cette première condition, la contre-lettre ne pourrait pas être opposée aux tiers ; la loi suppose qu'ils ont pu l'ignorer.

2° Le notaire, qui délivre des grosses ou des expéditions du contrat de mariage, doit transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre : le tout, dit la loi, « à peine des dommages-intérêts des parties, et sous plus grande peine s'il y a lieu ». Ces derniers mots font allusion aux peines disciplinaires, que la négligence du notaire pourrait, selon les cas, lui faire encourir ; ces peines sont la suspension et même la destitution.

Mais que signifient ces mots « à peine des dommages et intérêts des parties » ? Suivant l'opinion générale, la loi désignerait ici sous la dénomination de parties les tiers qui ont traité, avec les époux sur la foi de l'expédition incomplète, et le texte signifierait que le changement est opposable aux tiers, bien qu'ils n'aient pas pu en avoir connaissance, l'expédition qui leur a été communiquée n'en faisant pas mention ; mais, comme ils éprouveraient ainsi un préjudice par la faute du notaire, celui-ci serait tenu de leur en fournir la réparation sous forme de dommages et intérêts. On le voit, cette opinion fait retomber les conséquences de la faute du notaire, qui délivre une expédition incomplète, sur les tiers et non sur les époux. Il n'y a, dit-on, aucune faute à reprocher aux époux, tandis qu'on peut en reprocher une, bien légère, il est vrai, aux

tiers qui ont reçu du notaire une expédition incomplète : ils auraient pu demander au notaire de les autoriser à confronter l'expédition avec la minute pour voir si elle en était la reproduction fidèle. — La faute est tellement légère, qu'à notre avis il n'y a pas faute. Qui donc songera à adresser à un notaire une demande aussi insolite et d'un caractère aussi blessant que celle dont il vient d'être parlé ? Dans la pratique, d'ailleurs, ce sont presque toujours les époux qui obtiendront du notaire l'expédition du contrat et la communiqueront aux tiers. Si elle est incomplète, n'est-il pas juste alors que les conséquences en retombent sur les époux qui auraient pu facilement s'apercevoir de la lacune et la signaler, plutôt que sur les tiers qui n'ont pas pu la soupçonner ? Aussi nous paraît-il plus probable que, dans la pensée du législateur, ces mots les parties désignent les époux qui ont été parties au contrat : interprétation beaucoup plus naturelle que la précédente et qui trouve un point d'appui solide dans l'historique de la rédaction de la loi. De sorte que, finalement, les conséquences de la faute du notaire, qui délivre une expédition incomplète, devraient retomber sur les époux, en ce sens qu'ils n'auraient pas le droit d'opposer la contre-lettre aux tiers, qui ont traité avec eux sur la foi de l'expédition incomplète, sauf leur action en dommages et intérêts contre le notaire.

§ V. De la capacité requise chez les futurs époux pour le règlement de leurs conventions matrimoniales.

24. Le majeur de vingt-un ans maître de ses droits a capacité pleine et entière pour le règlement de ses conventions matrimoniales.

La loi n'exige pas, pour les personnes majeures, qu'elles soient aptes à se marier ensemble, au moment où elles

consentent leurs conventions matrimoniales. Ainsi le contrat de mariage serait valable alors même qu'au moment où il a été passé il existait entre les parties un empêchement de mariage, pourvu, bien entendu, que le mariage ait ensuite été valablement contracté. V. pour le mariage entre beau-frère et belle-sœur, Paris, 9 fév. 1860, S., 60. 2. 65.

25. On sait que le mineur parvenu à un certain âge peut contracter mariage (v. art. 144) ; peut-il aussi régler ses conventions matrimoniales ? L'art. 1398 répond : « Le mineur habile à contracter

- » mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce

- » contrat est susceptible ; et les conventions et donations qu'il y a

- » faites, sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat,

- » des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité

- » du mariage ». Cpr. art. 1095 et 1309. La loi relève donc le mineur de l'incapacité dont le frapperait l'application des règles du droit commun (art. 1124 et 450). Le mineur peut régler lui-même ses conventions matrimoniales, mais à la condition d'être assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage. Et cela est assez rationnel : car ces personnes ne consentiraient peut-être pas au mariage, si les conventions matrimoniales devaient être arrêtées sans leur assistance. C'est une application de l'ancienne règle *Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia*. Et toutefois, notre article, ainsi qu'on le verra bientôt, donne à cette règle, en ce qui concerne le mineur, une portée beaucoup plus étendue que celle que lui reconnaissait notre ancien droit.

Le mineur ne peut valablement procéder au règlement de ses conventions matrimoniales qu'autant qu'il est « habile à contracter mariage ». Il faut donc qu'il ait atteint l'âge fixé

par l'art. 144 ou obtenu une dispense d'âge. Autrement le contrat de mariage serait nul, et il demeurerait tel, alors même que le mariage serait célébré plus tard en temps de capacité, ou que la nullité du mariage célébré avant l'âge requis viendrait à se couvrir (art. 185).

26. Le mineur, émancipé ou non, joue lui même son propre rôle dans son contrat de mariage : c'est lui qui parle, c'est lui qui stipule, avec l'assistance de certaines personnes. Dérogation grave aux règles générales, d'après lesquelles le mineur non émancipé ne figure pas personnellement dans les actes de la vie civile, mais y est représenté par son tuteur (art. 450), ou par son père administrateur légal (art. 389).

Les personnes dont l'assistance est requise pour la validité du contrat de mariage du mineur, sont celles dont le consentement est nécessaire pour la validité de son mariage (art. 148 à 150, 158 et 159, L. 10 mars 1913). Si le mineur est en tutelle, il n'y a pas à se préoccuper de savoir qui est son tuteur. Ainsi le mineur, qui est sous la tutelle de son oncle, sa mère ayant refusé la tutelle (art. 394) ou même en ayant été exclue ou destituée, n'en devra pas moins être assisté de celle-ci pour le règlement de ses conventions matrimoniales. On ne devrait même pas tenir compte de l'opposition d'intérêts, qui existerait entre le mineur et l'ascendant, qui a mission de consentir à son mariage ¹ ; car nous n'avons pas ici de disposition analogue à celle des art. 420 et 442-4°. Sur ces divers points le législateur a peut-être manqué de prévoyance.

Il a été jugé avec raison, par application de ce principe, que le mineur, qui se trouve quant à son mariage sous la puissance de son aïeul et de son aïeule maternels, peut valablement faire son contrat de mariage avec la seule assistance de son aïeul, puisque le consentement de cet aïeul suffirait à la validité du mariage du mineur (arg. art. 150 al. 1). Il importerait peu que l'aïeule n'eût pas été

consultée. Agen, 24 oct. 1888, S., 92. 2. 310, D., 92. 2. 104. Même solution pour le contrat de mariage qu'un mineur aurait fait avec l'assistance de son père sans que sa mère eût été consultée (arg. art. 148 in fine, et t. I, n. 309 al. fin.), ou avec l'assistance de l'aïeul qui représente l'une des deux lignes, les autres ayant été laissés à l'écart (arg. art. 150 al. fin.).

La loi requiert, pour la validité du contrat de mariage du mineur, quelque chose de plus que le consentement des personnes sous l'autorité desquelles il se trouve relativement à son mariage, elle exige leur assistance (art. 1095, 1309, 1398). Le vœu du législateur est ponctuellement rempli, lorsque les personnes dont il vient d'être parlé accompagnent le futur devant le notaire : ce qui permet un débat contradictoire sur les diverses clauses du contrat de mariage. Mais il est généralement admis, en doctrine et en jurisprudence, que la présence personnelle des protecteurs de l'enfant n'est pas absolument indispensable. La loi n'a pas voulu exiger l'impossible. Or, il est bien évident qu'on ne peut pas obliger le conseil de famille — et, à plus forte raison, le tribunal civil, jouant pour les enfants naturels le rôle de conseil de famille (nouveaux art. 389, al. 13, et 159, al. 2) — à se rendre en corps chez le notaire pour assister à la rédaction du contrat de mariage ; un ascendant peut lui-même se trouver dans l'impossibilité de se déplacer. D'ailleurs la loi ne dit pas que les ascendants ou le conseil de famille doivent assister au contrat, mais bien qu'ils doivent assister le mineur. Or, si on ne peut assister à une séance sans y être personnellement présent, on peut au contraire assister une personne de loin ; car assister quelqu'un ne signifie pas seulement être à ses côtés (*sistere ad*), mais aussi l'aider, le secourir. Assurément il ne suffira pas que celui ou ceux qui sont chargés de consentir au mariage de l'enfant l'autorisent, en termes généraux et sans autre explication, à passer son contrat de mariage. La loi veut — les expressions

énergiques qu'elle emploie le prouvent — que celui ou ceux qu'elle assigne à l'enfant pour ses protecteurs, l'aident de leurs conseils et de leurs lumières dans l'œuvre difficile du règlement de ses conventions matrimoniales, et non pas qu'ils abdiquent, qu'ils se désintéressent de leur mission. Pour lui donner satisfaction, les procédés suivants peuvent être employés. On transmettra aux ascendants, au conseil de famille ou au tribunal, dont l'assistance est requise, le projet de contrat de mariage, dont ils devront examiner et approuver toutes les clauses. Cette approbation sera donnée par l'ascendant dans un acte authentique, par le conseil de famille dans une délibération, par le tribunal dans une décision prise en chambre du conseil, dont une expédition sera annexée à la minute du contrat de mariage (arg. art. 73). Ou bien encore, l'ascendant pourra se faire représenter par un mandataire porteur d'une procuration authentique, ou le conseil de famille par un ou plusieurs de ses membres qu'il délèguera pour intervenir à sa place. Dans tous les cas, il faudra que, soit dans la procuration, soit dans l'acte, dans la délibération, ou dans la décision qui contient l'approbation, les diverses clauses du contrat de mariage soient détaillées en termes précis et formels. En ce sens Cass., 30 nov. 1908, D., 09. 1. 418, trib. civ. de Quimper, 23 nov. 1910, S., 12. 2. 257, et la note.

27. Notre ancienne jurisprudence n'autorisait le mineur à stipuler dans son contrat de mariage que les conventions matrimoniales ordinaires et non celles qui étaient exorbitantes du droit commun, comme la communauté universelle ou l'ameublement de tous les immeubles. Aussi Dumoulin donna-t-il à l'ancienne maxime cette formule nouvelle : *Habilis ad nuptias, habilis ad omnia pacta et renuntiationes quæ apponi in talibus solent*. Notre législateur a supprimé ces restrictions. L'art. 1398 déclare le mineur, assisté comme de droit, habile à consentir toutes les conventions dont le contrat est susceptible. Il s'agit seulement, bien entendu, des conventions matrimoniales,

c'est-à-dire des conventions relatives à la formation et au règlement de l'association conjugale et des donations faites au conjoint. Dans ce domaine, le mineur, avec l'assistance requise, est aussi capable qu'un majeur. Le droit commun reprendrait son empire pour les autres conventions, une vente par exemple, qui par accident trouveraient place dans le contrat de mariage. Limoges, 29 janv. 1879, S., 79. 2. 232, D., 80. 2. 255.

La règle, d'après laquelle le mineur, assisté comme de droit, est aussi capable qu'un majeur pour le règlement de ses conventions matrimoniales, souffre cependant une exception, dont le mérite est d'ailleurs fort contestable ; elle résulte de l'art. 2140, qui ne permet pas à la femme mineure de consentir dans son contrat de mariage la restriction de son hypothèque légale.

28. Qu'arrivera-t-il maintenant, si un mineur *habilis ad nuptias* a passé son contrat de mariage sans l'assistance requise ? L'art. 1398 dit implicitement, mais néanmoins très clairement, que le contrat ne sera pas valable (cpr. art. 1309), et comme il ne s'explique pas sur le caractère de cette invalidité, nous en concluons qu'il y a lieu d'appliquer le droit commun sur la rescision résultant de l'incapacité des mineurs.

On se trouve ainsi conduit à décider :

1° Que le droit d'attaquer le contrat appartiendra au mineur qui n'a pas été protégé-comme le veut la loi, mais non à son conjoint. Arg. art. 1125. Alger, 17 nov. 1906, D., 09. 2. 369. La jurisprudence admet la solution contraire. Cass., 16 juin 1879, D., 80. 1. 415 ; trib. civ. de Quimper, 23 nov. 1910, S., 12. 2. 257, et la note de M. Japiot. Appartiendrait-il aux tiers ? L'art. 1125 n'y fait pas obstacle, car il dit seulement que le contrat ne peut pas être attaqué par la partie capable, sans ajouter qu'il ne peut l'être par aucun autre que l'incapable ; et, d'autre part, les conventions matrimoniales sont, en principe, opposables aux tiers et peuvent être invoquées par eux ; or,

ce qu'ils demandent ici, c'est qu'on leur applique les véritables conventions matrimoniales des époux et non celles contenues dans un contrat entaché de nullité.

2° Que le mineur ne pourra attaquer le contrat qu'en démontrant qu'il est pour lui la source d'une lésion. Arg. art. 1305. Cette solution trouve en outre un point d'appui très résistant dans l'art. 1309 qui dispose que le mineur n'est pas restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'il a fait ce contrat avec l'assistance requise, donnant ainsi à entendre qu'il sera restituable s'il n'a pas obtenu cette assistance ; or on sait que le mot restitution fait toujours allusion, dans le langage du code civil, à la rescision pour cause de lésion. Nous n'adhérons donc pas à l'opinion commune, consacrée aussi par la jurisprudence, qui, considérant comme nul pour vice de forme le contrat dans lequel le mineur n'a pas été assisté comme le veut la loi, lui permet de l'attaquer indépendamment de toute lésion. Nous avons démontré (t. II, n. 398) que la loi ne considère pas l'assistance du curateur du mineur émancipé comme une forme, mais bien comme une condition de capacité ; il doit en être de même de l'assistance des personnes chargées d'habiliter le mineur pour son contrat de mariage.

3° Enfin que si le mineur fait prononcer la nullité de son contrat de mariage, son association conjugale sera régie par la communauté légale.

29.. Les règles que nous venons d'exposer nous paraîtraient applicables aussi au cas où la nullité du contrat de mariage résulterait de ce qu'il aurait été passé par un mineur n'ayant pas encore atteint l'âge requis par la loi pour pouvoir contracter mariage.

30. La loi, qui s'occupe dans l'art. 1398 des mineurs, ne dit rien des interdits ni des personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Quelle est la situation de ces incapables, au point de vue du règlement de leurs conventions matrimoniales ?

a. — En ce qui concerne le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire, on est d'accord pour reconnaître qu'il peut valablement se marier sans l'assistance de son conseil, le mariage ne figurant pas dans l'énumération que donnent les art. 499 et 513 des actes pour lesquels l'assistance du conseil est nécessaire. On reconnaît également qu'en se mariant sans contrat il se soumet au régime de la communauté légale. Cass., 10 mai 1898, D., 98. 1. 388. V. cep. trib. civ. de Bruxelles, 20 juil. 1910, S., 11. 4. 23. Sans doute l'adoption de ce régime peut entraîner une aliénation partielle des biens de l'incapable, et il ne peut aliéner sans l'assistance de son conseil (art. 499 et 513). Mais la règle générale reçoit ici exception. Du moment qu'on reconnaissait au prodigue ou au faible d'esprit la capacité de se marier sans l'assistance de son conseil, il fallait en accepter la conséquence pour le cas où il se marierait sans contrat. En réalité d'ailleurs, ce n'est pas le prodigue qui aliène : il se marie, et la loi fait produire cette conséquence à son mariage. Enfin le régime de la communauté légale est un régime de compensation. L'aliénation faite par chaque époux est compensée par l'aliénation semblable sinon égale que fait l'autre conjoint ; en tout cas notre législateur a considéré à tort ou à raison ce régime comme conciliant le mieux les intérêts respectifs des époux. Un raisonnement analogue conduit à décider que le mariage du prodigue contracté sans l'assistance de son conseil n'en entraîne pas moins l'hypothèque légale de l'art. 2121.

Ayant la capacité requise pour se soumettre tacitement au régime de la communauté légale en se mariant sans contrat, le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire peut certainement stipuler expressément ce régime dans un contrat de mariage qu'il passe sans l'assistance de son conseil. Il peut également stipuler un autre régime, si ce régime n'entraîne pas une aliénation de ses biens plus étendue que celle résultant de l'adoption du

régime de la communauté légale, comme il arrive pour le régime de la communauté d'acquêts (Paris, 13 juil. 1895, D., 96. 2. 302) ou pour le régime de séparation de biens. Mais peut-il, toujours sans assistance, faire des conventions matrimoniales excédant ces limites, par exemple stipuler la communauté universelle ou faire à son conjoint une donation de biens présents ou-même de biens à venir ? En un mot, peut-il régler librement ses conventions matrimoniales ? Sur ce point un conflit grave s'était élevé entre la cour de cassation, d'une part, et, d'autre part, la jurisprudence des cours d'appel et la doctrine. La cour de cassation décidait qu'en aucun cas la personne pourvue d'un conseil judiciaire n'avait besoin de l'assistance de son conseil pour le règlement de ses conventions matrimoniales. Ainsi le veut, disait-elle, la règle *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia pacta*. — Mais d'abord, même dans notre ancien droit, la règle n'a jamais eu une portée aussi étendue. « Elle ne signifiait pas, dit M. de Loynes (note sous Cass., postcité) que la personne capable de se marier était, par cela même, capable de consentir toutes les conventions et toutes les dispositions qu'on peut insérer dans un contrat de mariage. Elle signifiait seulement que les personnes incapables d'après le droit commun pouvaient consentir, en se mariant, les conventions qui étaient ordinaires dans les contrats de mariage ; et celles-ci étaient déterminées par la coutume ou arbitrairement réglées par le juge, conformément à la raison ». D'ailleurs notre législateur ne consacre nulle part, comme règle générale de droit, l'ancienne maxime *Habilis ad nuptias*... ; il en fait seulement une application particulière au mineur (art. 1398), et sa disposition sur ce point n'est pas susceptible d'une interprétation extensive, parce qu'elle déroge au droit commun. Ce sont donc les règles du droit commun qui doivent, dans le silence de la loi, être appliquées à la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour le règlement de ses conventions matrimoniales ; par

conséquent il lui faudra, pour ce règlement, l'assistance de son conseil judiciaire, toutes les fois que le contrat contiendra des stipulations entraînant des aliénations plus étendues que celles qui résultent de la communauté légale, d'autant plus que l'application à la personne pourvue d'un conseil judiciaire de la maxime *Habilis ad nuptias*... la laisserait sans aucune protection pour le règlement de ses conventions matrimoniales, à la différence du mineur qui reçoit pour ce règlement la même protection que pour son mariage (art. 1398). Telle était la solution admise par la doctrine et par les cours d'appel. Après avoir résisté pendant de longues années, la cour de cassation s'est rangée à l'opinion générale, condamnant sa propre jurisprudence. L'arrêt solennel du 21 juin 1892 (D., 92. 1. 369, S., 94. 1. 499) peut être considéré comme mettant fin au débat ; aussi n'insisterons-nous pas davantage sur cette question.

La nullité résultant du défaut d'assistance du conseil judiciaire, dans les cas où cette assistance est requise, nous semble ne pouvoir être invoquée que par l'incapable (arg. art. 1125). Reste à savoir sur quoi frappera la nullité ; sera-ce sur le contrat tout entier, ou seulement sur les clauses qui contiennent des aliénations excédant les limites légales ? C'est à ce dernier parti qu'on semble en général se rallier, d'après la règle *Utile per inutile non vitiatur*. Mais dans certains cas n'arrivera-t-on pas ainsi à un résultat inacceptable comme étant tout à fait contraire à la justice et à la volonté des contractants ? Ainsi le contrat contient des donations réciproques ; on va donc annuler celles qui ont été faites par l'incapable et maintenir celles qui ont été faites à son profit ! Le contrat de mariage n'est-il pas alors un ensemble, dont toutes les parties sont solidaires, et par suite n'est-il pas plus juste et plus rationnel, au moins quand c'est une clef de voûte qui tombe, de détruire l'édifice tout entier ?

b. — Après ce qui vient d'être dit relativement aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire, il y a peu de chose à ajouter relativement aux interdits. Il est bien évident tout d'abord que la question de savoir s'ils peuvent régler leurs conventions matrimoniales est subordonnée à celle de savoir s'ils peuvent contracter mariage, dans un intervalle lucide, bien entendu. En admettant sur ce dernier point l'affirmative (cpr. t. I, n. 1205 et 1206), il faudrait, par analogie de ce qui vient d'être dit, décider que l'interdit qui contracte mariage demeure soumis au droit commun pour le règlement de ses conventions matrimoniales. Son contrat de mariage pourrait donc être fait par son tuteur qui le représente dans tous les actes civils (art. 450), avec cette restriction toutefois que le contrat ne pourra pas contenir de donations faites au nom de l'interdit à son futur conjoint, car les donations excèdent le mandat du tuteur. Si l'interdit a procédé seul au règlement de ses conventions matrimoniales, le contrat est nul de droit. Arg. art. 502. Le système admis autrefois par la cour de cassation relativement à la personne pourvue d'un conseil judiciaire, conduisait logiquement à décider que l'interdit avait capacité pour procéder seul au règlement de ses conventions matrimoniales. C'était un argument de plus contre le système de la cour.

§ VI. De l'effet des conventions matrimoniales à l'égard des tiers et de la publicité du contrat de mariage.

31. Quand un contrat de mariage a été fait conformément aux prescriptions de la loi, les conventions matrimoniales qu'il contient peuvent être opposées par les époux aux tiers (arg. a contrario de l'art. 1397). Ainsi une femme mariée sous le régime dotal vend avec l'autorisation de son mari

un immeuble dotal ; elle pourra plus tard faire annuler la vente en opposant à l'acheteur la disposition de son contrat d'où résulte la dotalité de l'immeuble et par suite son inaliénabilité. — Réciproquement, les conventions matrimoniales peuvent être invoquées contre les époux par les tiers qui traitent avec eux. Ainsi le mari vend un immeuble mis par sa femme en communauté, ainsi que le permet l'art. 1505. Si la femme critique la vente, l'acquéreur pourra la faire maintenir en invoquant les conventions matrimoniales, d'où résulte pour le mari le pouvoir d'aliéner (art. 1421 et 1507). C'est une double dérogation aux règles du droit commun, d'après lequel les conventions ne nuisent ni ne profitent aux tiers (art. 1121).

32. Les conventions matrimoniales produisant leur effet à l'égard des tiers, ceux-ci peuvent avoir intérêt à les connaître lorsqu'ils ont à traiter avec les époux ou l'un d'eux ; comment y parviendront-ils ? Le moyen le plus simple consiste à demander aux époux la communication de leur contrat de mariage ; s'ils consentent à le produire, on sera renseigné. Mais les époux peuvent avoir intérêt à dissimuler leur contrat. Ainsi deux époux mariés sous le régime dotal ont besoin d'emprunter de l'argent ; le capitaliste auquel ils s'adressent donnerait volontiers ses fonds, mais il veut des garanties ; les époux lui offrent une hypothèque sur des immeubles dotaux de la femme. S'il connaissait les conventions matrimoniales des époux, il refuserait certainement son argent, car il saurait ce que vaut la garantie qu'on lui offre, les immeubles dotaux ne pouvant pas être hypothéqués pendant le mariage (art. 1554). Aussi les époux se gardent-ils bien de lui dire la vérité. Bien plus, lorsque le futur prêteur leur demande la communication de leur contrat de mariage, ils répondent qu'ils se sont mariés sans contrat, et que par suite ils sont soumis au régime de la communauté légale, régime sous lequel la femme a pleine capacité pour s'obliger et engager ses biens avec l'autorisation de son mari. Comment le

prêteur vérifiera-t-il l'exactitude de cette affirmation ? Le code civil n'en offrait aucun moyen légal ; aussi des fraudes nombreuses furent-elles commises. Des dispositions législatives postérieures au code civil ont été portées en vue de prévenir ces fraudes.

Il faut d'abord mentionner, dans l'ordre chronologique, les art. 67, 68, 69 et 70 du code de commerce. Mais ces textes, écrits spécialement en vue du cas où l'un des époux au moins est commerçant, laissaient sans défense les tiers qui traitaient avec des époux non commerçants.

Une loi qui s'est fait beaucoup attendre, celle du 10 juillet 1850, applicable à tous les époux, commerçants ou non, est venue combler en partie cette lacune ; elle a ajouté un alinéa à chacun des art. 75, 76, 1391 et 1394 du code civil. Voici ce qui résulte de ces textes dont nous nous bornons à analyser les dispositions. Le notaire qui reçoit un contrat de mariage doit, aux termes de l'art. 1394 al. 2, donner lecture aux parties du dernier alinéa de l'art. 1391 et du dernier alinéa de l'art. 1394. Puis, au moment de la signature du contrat, il doit délivrer aux parties un certificat sur papier libre et sans frais, indiquant ses nom et lieu de résidence, les noms, prénoms, qualités et demeures des futurs époux et la date du contrat (art. 1394 al. final). A l'instant de la célébration du mariage, l'officier de l'état civil interpelle les futurs époux et les personnes qui autorisent le mariage d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat (art. 75 al. 2). C'est le moment de remettre à l'officier de l'état civil le certificat délivré par le notaire, et alors l'officier de l'état civil, reproduisant le contenu de ce certificat, mentionnera dans l'acte de mariage la date du contrat et les nom et lieu de résidence du notaire qui l'a reçu (art. 76-10°).

Voici maintenant le résultat pratique de toutes ces formalités. Les actes de l'état civil étant publics, les tiers, auxquels des époux déclarent qu'ils sont mariés sans contrat, peuvent aisément contrôler l'exactitude de cette

assertion en consultant l'acte de mariage des époux. S'ils y trouvent la preuve que l'assertion des époux est mensongère, ils se garderont bien de traiter jusqu'à ce qu'on leur ait donné connaissance du contrat.

Mais il fallait prévoir une fraude facile à commettre. Sur l'interpellation qui leur est adressée par l'officier de l'état civil, les époux, qui, on le suppose, ont fait un contrat, déclarent n'en avoir pas fait, et l'officier de l'état civil mentionne leur réponse. Les tiers auront beau, en pareil cas, consulter l'acte de mariage, ils n'y découvriront pas la trace de l'existence du contrat de mariage. Seront-ils victimes de l'erreur dans laquelle les induit la fraude des époux ? La loi décide que la femme sera dans ce cas « réputée, à l'égard

- » des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun, à moins que, dans

- » l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de

- » mariage » (art. 1391 al. 4).

La disposition qui vient d'être transcrite pourrait paraître, à première vue, signifier que la femme, dans le cas qui nous occupe, sera réputée mariée sous le régime de la communauté légale, que par suite elle ne pourra aucunement opposer aux tiers ses conventions matrimoniales quelles qu'elles soient. Législativement ce serait peut-être la meilleure solution. Mais, en présence des explications très nettes qui ont été données par le professeur Valette, rapporteur de la loi, il faut reconnaître que notre disposition a une portée beaucoup moins étendue. D'abord, elle vise seulement, bien que le texte ne le dise pas, la femme mariée sous le régime dotal. Elle est donc inapplicable à la femme mariée sous tout autre régime. En second lieu, en ce qui concerne la femme dotale elle-même, la disposition signifie seulement que, si les époux ont dissimulé à l'officier de l'état civil l'existence de leur contrat, la femme ne pourra pas se prévaloir à l'égard

des tiers de l'inaliénabilité de ses biens dotaux et de l'incapacité de les obliger qui en résulte. Pour le surplus, les conventions matrimoniales de la femme seront opposables aux tiers. En effet, c'est uniquement au point de vue de sa capacité de contracter qu'elle est réputée, et seulement à l'égard des tiers, mariée sous le régime de la communauté légale. La loi n'a donc statué qu'en vue d'un genre particulier de fraude. Elle ne s'est pas préoccupée des autres fraudes, parce que le droit commun fournit aux tiers le moyen de se prémunir contre elles : il leur suffit d'exiger le concours à l'acte du mari et de la femme. Au contraire, les tiers ne peuvent par aucun moyen se mettre à l'abri des conséquences résultant de l'inaliénabilité des biens dotaux ; aussi la loi est-elle venue à leur secours.

* D'ailleurs la loi de 1850 est tout à fait inapplicable au cas où les époux, en vue de déterminer un tiers à contracter avec eux, auraient par des manœuvres dolosives persuadé à ce tiers qu'ils étaient mariés sous le régime de la communauté légale. Les époux seraient alors responsables dans les termes de l'art. 1382 et ne pourraient pas opposer leurs conventions matrimoniales à la victime du dol. Cass., 5 fév. 1894, S., 95. 1. 21, D., 94. 1. 416.

Maintenant, si l'officier de l'état civil a omis d'adresser aux époux l'interpellation prescrite par l'art. 75 al. 2, ou si, ayant fait cette interpellation, il a négligé d'en indiquer le résultat dans l'acte de mariage, les époux ne pourront pas souffrir de ces omissions, et leurs conventions matrimoniales seront opposables aux tiers (même rapport). Il n'y a en pareil cas d'autre sanction pénale que l'amende prononcée contre l'officier de l'état civil (art. 76), sans préjudice des dommages et intérêts.

32 bis. A dater de quelle époque le contrat de mariage produit-il ses effets, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers ? La jurisprudence fait remonter ces effets au jour du contrat de mariage, par conséquent à une époque

antérieure à la célébration du mariage. Le contrat de mariage, dit-elle en substance, est un contrat conditionnel, il est fait sous la condition si nuptiæ sequantur ; cette condition une fois réalisée rétroagit au jour du contrat, aux termes de l'art. 1179. La cour de cassation, cassant un arrêt de la cour de Toulouse, a fait une application de cette théorie en déclarant nulle, par application de l'art. 1554, l'aliénation d'un immeuble dotal, faite dans l'intervalle écoulé entre le contrat de mariage et la célébration (Cass., 18 déc. 1878, D., 79.1. 441, S., 81. 1. 353). Notons en passant qu'il est difficile de concilier cette décision avec la jurisprudence qui refuse de faire rétroagir l'hypothèque légale de la femme au jour du contrat de mariage, pour la reprise de la dot et des conventions matrimoniales (Cass., 22 janv. 1878, D., 78. 1. 154, S., 78. 1. 306). A son tour, la cour de Toulouse, revenant sur sa propre jurisprudence, a validé l'hypothèque consentie par le mari, dans l'intervalle écoulé entre les deux contrats, sur un immeuble mis par la femme dans la communauté (arrêt du 8 mai 1883, rapporté par M. Vidal dans son intéressante Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques, p. 132-134).

La doctrine tout entière proteste contre ces décisions, en attaquant le principe même d'où elles découlent. Le bon sens dit que l'effet du contrat de mariage ne peut pas précéder le mariage. Comment peut-il y avoir des conventions matrimoniales quand il n'y a encore ni mari ni femme ? Et le bon sens n'est pas désavoué par la loi. Le contrat de mariage n'est pas un contrat véritablement conditionnel au sens juridique de ce mot, et il ne peut être question par suite d'appliquer le principe de la rétroactivité de la condition accomplie. Comme le disent fort justement MM. Aubry et Rau, « il est des conventions ou dispositions qui, d'après leur nature ou leur objet, supposent nécessairement l'existence ou la réalisation ultérieure de certains faits. Ces faits ne constituent pas de véritables

conditions, alors même qu'ils ont été expressément indiqués comme tels ». Nous concluons que le contrat de mariage ne peut produire ses effets qu'à dater de la célébration du mariage.

CHAPITRE II

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ

33. La rubrique de ce chapitre ne donne qu'une idée fort incomplète des matières qu'il traite. Le législateur ne s'y occupe pas seulement du régime en communauté, mais en outre de deux autres régimes qui sont très différents de la communauté, puisqu'ils en excluent le premier principe, savoir : le régime sans communauté et le régime de séparation de biens. Quant au régime dotal, il fait l'objet d'un chapitre spécial, le troisième et dernier.

Cette classification anti-méthodique ne peut s'expliquer qu'historiquement. On a réuni dans un même chapitre les régimes usités dans les pays de coutume (régime en communauté, régime de non-communauté, régime de séparation de biens), et on a relégué dans un autre chapitre le régime dotal à peu près exclusivement pratiqué dans les pays de droit écrit. De sorte que la classification adoptée par le code civil répond à celle-ci : CHAPITRE II, Régimes usités dans les pays de coutume ; CHAPITRE III, Régime pratiqué dans les pays de droit écrit.

34. « La communauté, dit Pothier, est une espèce de société de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient ». Cette société est universelle ; elle comprend en effet tous les biens des époux soit en propriété, soit en jouissance. Elle est régie par des règles toutes particulières, qui en font une société différant à beaucoup d'égards des sociétés ordinaires.

La différence fondamentale consiste en ce que, dans les sociétés ordinaires, chaque associé a, en principe, un droit

égal (art. 1859) ; tandis que, dans la société de biens qui constitue la communauté, le droit de la femme sur les biens communs semble s'effacer devant celui du mari, dans les mains duquel la loi concentre presque tous les pouvoirs (v. art. 1421). Comme contre-poids de cette quasi-omnipotence, la loi accorde à la femme des garanties particulières : elle lui permet de demander la séparation de biens, si le mari compromet ses intérêts (art. 1443), de renoncer à la communauté lors de sa dissolution, si le budget social est au-dessous du pair (art. 1453), et, au cas d'acceptation, de jouir du bénéfice d'émolument, si elle a fait inventaire (art. 1483).

Les époux communs en biens sont donc associés et copropriétaires du patrimoine commun ; seulement, ils sont investis de pouvoirs inégaux sur les biens compris dans ce patrimoine. Les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté sont tellement étendus que nos anciens le qualifiaient de « seigneur et maître de la communauté » et que Dumoulin a pu dire de la femme que, pendant la durée de l'association conjugale, non est propria socia, sed speratur fore. Mais Dumoulin ne voulait pas dire par là que la femme n'est pas copropriétaire des biens de la communauté, et que son droit commence seulement à la dissolution de la communauté. Il voulait dire simplement, ainsi qu'il l'explique d'ailleurs lui-même, que, pendant la durée de l'association conjugale, le droit de la femme sommeille devant celui du mari. Le droit de la femme, dit-il, est in habitu plutôt que in actu. D'ailleurs la preuve que la loi reconnaît à la femme un droit sur la communauté pendant l'association conjugale, se trouve dans l'art. 1422, qui défend au mari d'aliéner à titre gratuit les biens de la communauté, et dans l'art. 1492, aux termes duquel la femme qui renonce à la communauté perd toute espèce de droits sur les biens de la communauté : ce qui implique qu'elle avait des droits sur ces biens avant sa renonciation, car on ne peut perdre que ce que l'on a.

On peut signaler un grand nombre d'autres différences d'un ordre secondaire entre la société ordinaire et la communauté.

1° Rien n'empêche les associés, dans une société ordinaire, de modifier les conventions primitivement arrêtées entre eux. Au contraire, les époux ne peuvent en aucune façon modifier les bases de leur communauté, à partir du jour où elle a commencé, c'est-à-dire du jour de la célébration du mariage (art. 1395).

2° Dans une société ordinaire, les parties peuvent fixer comme elles l'entendent l'époque à laquelle la société commencera et celle à laquelle elle prendra fin (art. 1843, 1865). Au contraire, c'est la loi qui fixe le point de départ et le terme de la communauté, sans que les parties puissent déroger sur ce point à ses dispositions (art. 1399 et 1441).

* Voyez encore d'autres différences résultant des art. 1868 et 1442, de l'art. 1837 al. 2 combiné avec l'art. 1526, et des art. 1855 al. 1 et 1525.

35. La communauté n'est pas autre chose qu'une masse de biens, soumis à une affectation spéciale, et dont les deux époux sont copropriétaires par indivis. Elle constitue un patrimoine commun au mari et à la femme, dans lequel viennent se fondre toutes les sommes qui sont payées aux époux pendant la durée de l'association conjugale et dans lequel les époux puisent les sommes nécessaires à l'entretien du ménage et de la famille et celles dont ils ont besoin pour la conservation et l'amélioration de leurs biens personnels. De même que des associés ont chacun individuellement un compte avec le fonds social et qu'un héritier bénéficiaire a également un compte à régler avec la succession bénéficiaire, les deux époux, considérés comme représentant leur patrimoine propre, ont un compte ouvert avec leur patrimoine commun. Les sommes provenant des biens propres des époux sont portées à leur crédit et au débit de la communauté qui les a perçues pour eux. Et inversement les sommes que, dans l'intérêt de leur

patrimoine propre, les époux ont puisées dans la communauté, sont inscrites au crédit de la communauté et au débit des époux. Ce compte entre la masse commune et le patrimoine propre de chacun des époux reste ouvert tant que dure la communauté ; il est arrêté seulement à la dissolution de celle-ci résultant de la séparation de biens, de la séparation de corps, du divorce ou du décès de l'un des deux époux.

Il est donc inutile, pour expliquer le fonctionnement de la communauté, de faire de celle-ci une personne morale, une personne civile, distincte de la personne des deux époux, ayant un patrimoine propre et par suite des droits et des obligations distincts de ceux des époux. L'idée que la communauté n'est pas une personne morale, admise déjà dans notre ancien droit, est professée aujourd'hui encore, avec raison, par la majorité des auteurs ; la jurisprudence est conforme (Cass., 16 janv. 1877, D., 78. 1. 265, 10 fév. 1896, S., 00. 1. 511, et Aix, 10 mai 1906, S., 08. 2. 61. V. cep. Rennes, 12 nov. 1891, D., 92. 2. 296). On sait que la personnalité civile ne peut être conférée que par un acte de l'autorité publique, ordinairement une loi ou un décret (t. I, n. 151 à 154). Or il n'y a pas de texte qui consacre expressément la personnalité civile de la communauté, et nous n'en connaissons pas non plus qui suppose nécessairement cette personnalité. Ceux que l'on cite à l'appui de l'opinion contraire, par exemple les textes qui parlent des récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux ou réciproquement, peuvent tout aussi bien recevoir une autre explication : il suffit de les entendre comme désignant sous le nom de communauté les époux eux-mêmes en tant que communs en biens. Amiens, 30 janv. 1901, D, 03. 2. 289.

* D'ailleurs, il y a plusieurs textes qui résistent à l'idée de la personnalité civile de la communauté, notamment les art. 1403 et 1423, et surtout les art. 1474 et 1476, 1482 à 1484, desquels il semble bien résulter que les créanciers de la

communauté n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la communauté par préférence aux créanciers personnels des époux, ce qui est la négation de la personnalité civile de la société conjugale.

* Outre l'intérêt que nous venons de signaler à l'instant même, la question en présente encore un autre au point de vue de la rétroactivité du partage. Si la communauté est une personne morale distincte des époux, elle demeure propriétaire des biens communs jusqu'à sa dissolution ; c'est seulement à cette époque que ces biens deviennent indivis entre les époux, et par suite le partage ne rétroagira pas au delà, parce qu'il ne peut rétroagir qu'au jour où l'indivision a commencé. Si, au contraire, la communauté ne jouit pas, comme nous le croyons, de la personnalité civile, les biens communs deviennent indivis entre les époux au moment même où ils tombent dans la communauté, et c'est à cette époque que devra rétroagir le partage : ce qui engendre une conséquence importante que nous avons signalée sous l'art. 2123 (t. II, n. 1572). D'ailleurs, quelle que soit l'époque à laquelle on fasse rétroagir le partage, il faut reconnaître que les droits réels créés par le mari sur les biens de la communauté pendant sa durée, doivent toujours être maintenus quoi qu'il arrive. Au cas où la femme renonce à la communauté, c'est évident. Et ce n'est pas moins certain si elle l'accepte, car, par son acceptation, elle ratifie tous les actes accomplis par son mari, qui est censé avoir agi tant en son nom personnel à lui mari que comme mandataire de son épouse.

36. Nous venons de dire que, dans les textes invoqués à l'appui de la personnalité civile de la communauté, le mot communauté est pris comme désignant simplement les époux eux-mêmes considérés comme associés, par opposition aux époux envisagés individuellement. Les textes et la doctrine emploient aussi le mot communauté dans deux autres sens. Tantôt il désigne le fonds commun aux deux époux, ou autrement dit une masse de biens à

l'état d'indivision entre les époux, par exemple dans les textes qui parlent de l'actif et du passif de la communauté. Tantôt il signifie : le fait même de l'association existant entre les époux, comme dans l'art. 1399 où il est dit que la communauté commence le jour du mariage.

37. On distingue deux espèces de communauté, la communauté légale et la communauté conventionnelle.

La communauté légale est celle qui est établie par la loi. Comme on le verra bientôt, la loi ne l'impose à personne ; elle se borne à l'organiser en vue de ceux qui manifestent expressément ou tacitement la volonté de s'y soumettre.

La communauté conventionnelle est la communauté légale modifiée plus ou moins profondément par la convention des parties.

38. Légale ou conventionnelle, la communauté a toujours pour point de départ le moment même de la célébration du mariage :

« La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du

» jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil : on ne

» peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque », dit l'art. 1399. V. cep. supra, n. 32 bis.

Sur le fondement de cette fausse idée, que le mariage ne reçoit sa perfection que par la consommation, on admettait dans notre très ancien droit que la communauté ne commençait qu'au coucher des époux. Il y avait même des coutumes qui en plaçaient le point de départ au lendemain du mariage, et d'autres qui le reculaient jusqu'à l'an et jour à dater de la célébration, par un souvenir sans doute des anciennes communautés de pain et pot qui s'établissaient entre personnes, même étrangères, par le seul fait de la communauté de vie. C'est seulement vers le milieu du seizième siècle que se dégagea le vrai principe, d'après lequel le mariage est parfait à partir de sa célébration,

indépendamment de toute idée de consommation. La conséquence, en ce qui concerne le point de départ de la communauté, était facile à déduire ; on la trouve formulée dans l'art. 220 de la coutume de Paris réformée en 1580 : « ... et commence la communauté du jour des épousailles et bénédiction nuptiale ». L'art. 1399 reproduit le même principe, mais avec une modification de la formule, que la sécularisation du mariage avait rendue nécessaire.

La disposition de l'art. 1399 est prohibitive. Les époux ne peuvent donc pas y déroger, en stipulant que la communauté commencera soit avant, soit après la célébration du mariage. Ils ne pourraient pas non plus, en laissant à leur communauté le point de départ qui lui est assigné par la loi, en limiter la durée à un certain délai, en disant par exemple que la communauté durera pendant dix ans à dater de la célébration du mariage, pour faire place, à partir de cette époque, à un autre régime. La loi fixe la fin de la communauté (art. 1441), de même qu'elle en fixe le commencement ; et, sur l'un comme sur l'autre point, sa disposition a un caractère prohibitif, parce qu'elle est fondée sur des considérations d'ordre public.

On discute beaucoup à l'Ecole une question qui n'a pas la même importance au point de vue pratique qu'au point de vue théorique, celle de savoir si les époux peuvent stipuler la communauté sous condition, sous une condition casuelle, bien entendu, ou tout au moins mixte, car on est d'accord pour admettre qu'ils ne pourraient pas la stipuler sous une condition potestative : autrement le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales serait sacrifié. Tout ce qui n'est pas défendu en matière de conventions matrimoniales étant permis, on en conclut généralement que la stipulation d'une communauté sous condition est licite ; car la loi, qui prohibe le terme, ne prohibe pas la condition. On ajoute que les effets de la condition ne sont pas les mêmes que ceux du terme ; car, en vertu de l'effet rétroactif attaché à l'accomplissement de

la condition (art. 1179), il arrivera, ou bien que les époux seront considérés comme ayant toujours été mariés sous le régime de la communauté, si la condition s'accomplit, ou bien qu'ils seront considérés comme ayant toujours été mariés sous un autre régime (celui que le contrat désigne pour ce cas), si la condition ne s'accomplit pas ; de sorte qu'il y aura, dans tous les cas, unité de régime matrimonial pour les époux, à la différence de ce qui aurait lieu si la communauté était stipulée à terme. Qu'importe, après cela, que la stipulation conditionnelle de la communauté puisse donner lieu dans la pratique à des difficultés de fait, et que, dans certaines circonstances, elle rende difficile le règlement des relations des époux avec les tiers ? — La jurisprudence est dans notre sens.

PREMIÈRE PARTIE

De la communauté légale.

39. « La communauté qui s'établit par la simple déclaration

» qu'on se marie sous le régime de la communauté, ou à défaut de

» contrat, est soumise aux règles expliquées dans les six sections

» qui suivent ». Ainsi s'exprime l'art. 1400.

La communauté légale existe dans quatre cas, dont deux seulement sont indiqués par notre article :

1° Quand les époux se sont mariés sans contrat.

2° Quand les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage le régime de la communauté légale.

La pratique offre peu d'exemples de cette stipulation. On se demande même comment il peut arriver que deux époux, qui veulent adopter le régime de la communauté légale, songent à faire les frais d'un contrat de mariage, puisqu'ils

atteindraient exactement le même résultat, au point de vue du régime, en se mariant sans contrat. — En raisonnant ainsi, l'on oublie que le contrat de mariage, inutile en tant qu'il ne s'agirait que de stipuler la communauté légale, peut être nécessaire pour donner asile à certaines donations qui ne seraient pas faites valablement dans un autre acte, par exemple à une institution contractuelle (art. 1082). Le contrat sera fait alors en vue de la donation et non en vue du régime.

3° Lorsque les époux ont fait un contrat nul, par exemple un contrat dans la forme sous seing privé.

4° Lorsqu'ils ont fait un contrat inintelligible.

40. Bien qu'établie de plein droit par la loi dans les quatre cas qui viennent d'être indiqués, la communauté légale n'en doit pas moins, à notre avis, être considérée comme résultant de la volonté des parties. Cette volonté est certaine quand les parties l'ont exprimée dans leur contrat, et la loi la présume, sur le fondement d'une convention tacite, quand elles se sont mariées sans contrat ; elle la présume aussi, bien qu'ici la présomption soit moins facile à justifier, lorsque les époux ont fait un contrat de mariage nul ou inintelligible : à défaut du régime qu'ils ont stipulé dans leur contrat, et qu'il est impossible de leur appliquer, la loi suppose que leur volonté a été de se soumettre au régime de la communauté légale.

41. On lit dans le rapport du tribunal : « La communauté légale a, comme toute société, sa formation, ses progrès, sa dissolution ». Tel est en effet le plan adopté par notre législateur ; il va successivement régler : 1° la composition de la communauté tant en actif qu'en passif (section I) ; 2° son administration (section II) ; 3° sa dissolution et les conséquences qui en résultent (sections III, IV, V, VI).

SECTION PREMIÈRE

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ [ET LE PATRIMOINE PROPRE DES ÉPOUX] ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT

42. Il y a, sous le régime de la communauté, trois patrimoines à considérer : 1° le patrimoine propre du mari ; 2° le patrimoine propre de la femme ; 3° le patrimoine commun aux deux époux ou patrimoine de la communauté. Le législateur s'occupe, dans notre section, de la composition de chacun de ces trois patrimoines, tant en actif qu'en passif, et la rubrique de la section se trouve par suite trop restrictive puisqu'elle ne fait allusion qu'au patrimoine de la communauté. Les biens qui composent le patrimoine de la communauté s'appellent biens communs ; on les appelle aussi quelquefois acquêts ou conquêts. L'expression biens communs est plus compréhensive, car elle embrasse tous les biens communs indistinctement, tandis que celle d'acquêts ou conquêts ne s'applique qu'aux biens acquis pendant la durée de l'association conjugale, non à ceux apportés par les époux lors du mariage. Quant aux biens qui font partie du patrimoine propre de chaque époux, on les appelle indifféremment propres de communauté, propres ou biens propres.

La loi du 13 juillet 1907 soumet à un régime particulier les biens provenant du travail personnel de la femme, qui constituent ainsi une quatrième masse, distincte à la fois des biens ordinaires de la communauté et des biens propres de la femme. Pendant la durée de la communauté, ils font partie provisoirement de la masse commune ; mais ils sont soustraits en principe aux pouvoirs du mari et laissés par la loi à la disposition de la femme. Après la dissolution de la communauté, ils doivent, comme les biens communs ordinaires, être partagés entre les époux ou leurs représentants, avec les dettes qui en sont la charge. Mais la femme ou ses héritiers en ligne directe ont le droit de les reprendre, en renonçant à la communauté, comme s'ils

n'étaient pas tombés dans la masse commune. Ces biens ne sont pas cependant assimilés de tous points aux propres ordinaires de la femme, dans cette dernière hypothèse, car ils demeurent toujours grevés des dettes contractées, même par le mari, dans l'intérêt du ménage, aux besoins duquel ils sont spécialement affectés (infra, n. 250).

§ I. De l'actif de la communauté [et du patrimoine propre des époux].

43. La loi s'occupe, dans ce paragraphe, de la composition, au point de vue actif, de chacun des trois patrimoines dont il vient d'être parlé. Nous traiterons successivement de l'actif de la communauté et de l'actif du patrimoine propre de chaque époux.

N° 1. De l'actif de la communauté.

44. La composition de l'actif de la communauté est réglée par l'art. 1401, ainsi conçu : « La communauté se compose activement,

» — 1° De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la

» célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur

» échoit pendant le mariage, à titre de succession ou même de

» donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ; — 2° De tous

» les fruits, revenus, intérêts ou arrérages, de quelque nature qu'ils

» soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des

» biens qui appartenait aux époux lors de sa célébration, ou de

» ceux qui leur sont échus pendant le mariage à quelque titre que

» ce soit ; — 3° De tous les immeubles qui sont acquis pendant le

» mariage ».

L'actif de la communauté comprend donc : 1° le mobilier des époux ; 2° les fruits des biens qui leur restent propres ; 3° les biens acquis pendant le mariage.

1° Mobilier des époux.

45. Tout le mobilier des époux tombe, en principe, dans la communauté (art. 1401-1°). Cette règle s'applique au mobilier futur comme au mobilier présent. V. cependant infra, n. 79-2°.

On désigne sous le nom de mobilier présent celui qui appartient aux époux présentement, c'est-à-dire lors de la célébration du mariage.

Le mobilier futur est celui qui advient aux époux pendant le cours du mariage. Ce n'est pas seulement, comme paraît le dire l'art. 1401-1°, le mobilier qui échoit aux époux à titre de succession ou de donation (soit entre-vifs, soit testamentaire) qui tombe dans la communauté, mais aussi celui qui leur échoit à un autre titre quel qu'il soit, lucratif ou onéreux. La loi n'a parlé que de la succession et de la donation, parce que ces deux causes d'acquisition, étant les plus personnelles de toutes, étaient par cela même celles au sujet desquelles l'application de la règle devait soulever le plus de doutes : on aurait pu croire, si la loi ne s'en était pas expliquée, qu'elles devaient engendrer des propres. Il faut donc entendre la formule légale comme signifiant que le mobilier futur des époux tombe dans la communauté même quand il leur advient à titre de succession ou de donation. Ainsi il est certain notamment que le mobilier acquis par les époux à titre onéreux et les gains résultant de paris tomberaient dans la communauté.

D'ailleurs le mot mobilier, dans l'art. 1401-1°, a le sens le plus large (arg. art. 535) : il comprend tout ce qui n'est pas immeuble, donc non seulement les meubles corporels ou meubles par leur nature, mais aussi les meubles incorporels ou droits mobiliers ; peu importe d'ailleurs qu'ils soient personnels ou réels.

Ainsi tombent dans la communauté

1° — Les créances de sommes exigibles ou d'effets mobiliers, appartenant aux époux lors de la célébration du mariage ou qui leur adviennent pendant son cours, quelle qu'en soit la cause (Dijon, 8 juil. 1908, D., 09. 2. 173). Cette règle s'applique aux indemnités d'assurances sur la vie, en principe du moins. Nancy, 23 janv. 1904, D., 06. 2. 174. V. infra, n. 230, et t. II, n. 1190.

Quant aux créances immobilières, elles demeurent propres. D'ailleurs les créances immobilières sont aujourd'hui presque une abstraction, comme les dettes immobilières dont elles forment la contre-partie. Cpr. infra, n. 85.

Si la créance est à la fois mobilière et immobilière, ce qui arrive si elle a pour objet des meubles et des immeubles tout à la fois, elle tombe dans la communauté pour la partie mobilière seulement.

Sur le point de savoir si une créance alternative ou facultative de deux choses dont une est mobilière et l'autre immobilière tomberait dans la communauté, v. t. II, n. 190-1°.

2° — Les actions ou intérêts de l'un des époux dans une société de finances, de commerce ou d'industrie, alors même que le fonds social comprendrait des immeubles. Cass., 6 juil. 1905, D., 06. 1. 374, S., 08. 1. 289. Cpr. t. I, n. 1269 s.

3° — Les rentes perpétuelles ou viagères appartenant aux époux lors de la célébration du mariage ou qui leur adviennent pendant son cours. Elles tombent dans la

communauté non seulement pour les arrérages, mais aussi pour le capital. V. cep. infra, n. 79-3°.

* La règle ne souffrirait même pas exception pour les rentes viagères établies durant le mariage sur la tête des deux époux avec clause de réversibilité au profit de l'époux survivant. Inutilement invoque-t-on, pour soutenir que la rente doit être propre au survivant, la volonté manifeste des parties contractantes. Ce n'est pas la volonté des parties qui fait les propres, mais la loi ; or, d'après la loi matrimoniale que les époux ont adoptée, loi qu'ils ne peuvent plus changer (art. 1395), la rente doit tomber dans la communauté comme valeur mobilière ; elle devra donc être comprise dans la masse partageable à la dissolution de la communauté. En vain dit-on aussi que le contrat doit être interprété comme contenant de la part de chaque époux donation de sa part de communauté dans la rente au profit de son conjoint, pour le cas de survie de celui-ci. D'abord, il est très douteux que l'idée de donation se soit présentée à la pensée des époux ; c'est bien plutôt un contrat aléatoire, donc à titre onéreux, qu'ils ont entendu faire. En tout cas, la donation serait nulle comme étant réciproque et faite par un seul et même acte (art. 1097). Non obstat art. 1973 al. 2, qui paraît n'être qu'une application pure et simple de l'art. 1121. — La jurisprudence admet sur cette question une solution intermédiaire qui paraît difficilement acceptable, et qui d'ailleurs, au point de vue du résultat, diffère peu de celle que nous adoptons ; elle déclare la rente propre à l'époux, sauf récompense à la communauté. De sorte qu'on donne à l'époux survivant, mais en la lui faisant payer, la portion de la rente que nous lui refusons. Rouen, 10 fév. 1909, S., 10. 2. 81, D., 11. 2. 1, et les références. Cpr. infra, n. 79-6°.

4° — La valeur vénale d'un office dont le mari était titulaire lors de la célébration du mariage, ou qui lui advient pendant son cours. Mais le titre même de l'office doit être considéré comme propre au mari. Aussi aurait-il le

droit, à la dissolution de la communauté, de conserver l'office dont il se trouverait alors investi, sauf à tenir compte de sa valeur à la communauté. Aix, 10 mai 1906, D., 08. 2. 401, S., 08. 2. 61 et les notes.

5° — Le fonds de commerce appartenant à l'un des époux. C'est un meuble incorporel se distinguant très nettement des marchandises qui en dépendent. Cpr. t. I, n. 1283 et Cass., 3 juin 1908, S., 09. 1. 126. V. aussi infra, n. 250-IV.

6° — La propriété des compositions scientifiques, littéraires ou artistiques émanées de l'un des époux. Cass., 16 août 1880, D., 81. 1. 25, S., 81. 1. 25. — Cpr. Cass., 25 juin 1902, D., 03. 1. 5, S., 02. 1. 305, et infra, n. 250-IV et 254.

7° — Le trésor ou la portion de trésor acquise par l'un des époux soit jure inventionis, soit même jure soli. Cpr. t. I, n. 1314.

8° — Les droits d'usufruit mobilier constitués au profit de l'un des époux avant le mariage ou pendant.

46. La règle, qui fait tomber tout le mobilier des époux dans la communauté, peut amener une grande inégalité entre deux époux qui apportent en se mariant une fortune égale, mais composée de biens d'une nature différente. Ainsi un homme qui a 100.000 fr. d'argent comptant, épouse une femme qui possède 100.000 fr. d'immeubles. Si les époux adoptent le régime de la communauté légale, tout l'avoir du mari tombera dans la communauté, tandis que la femme n'y mettra aucune partie du sien, car les immeubles des époux leur restent propres, comme on le verra : de sorte qu'à la dissolution de la communauté, la femme reprendra tous ses biens, et profitera, en partageant la communauté, de la moitié de ceux du mari. Il y a mille combinaisons, au moyen desquelles on peut empêcher ce résultat de se produire ; mais il faut un contrat. Les époux en font presque toujours un quand ils ont une fortune d'une certaine importance ; de sorte qu'en fait la communauté

légale ne régit guère que l'association conjugale de ceux qui se sont mariés sans fortune ou avec une fortune minime, auquel cas la règle, qui fait tomber dans la communauté tout le mobilier des époux, ne présente pas d'inconvénients. Et c'est précisément la réponse que l'on peut faire à ceux qui soutiennent que cette règle, s'étant introduite dans notre droit à une époque où la fortune mobilière était sans importance, ainsi que l'atteste l'adage *Res mobilis res vilis*, devrait disparaître dans notre état social actuel, où la fortune mobilière a acquis un développement considérable qui en fait la rivale, sinon l'égale, de la fortune immobilière. A quoi l'on peut ajouter que, si la loi excluait de l'actif de la communauté légale le mobilier des époux, comme elle en exclut les immeubles, cette règle ne pourrait recevoir son application qu'autant que le mobilier de chaque époux serait constaté par un titre régulier, tel qu'un inventaire ; or, dans la classe pauvre, en vue de laquelle doit surtout être organisé le régime de droit commun, puisque les riches peuvent faire les frais d'un contrat, cet inventaire n'aurait presque jamais été dressé, et en fait tout le mobilier des époux serait tombé dans la communauté.

2° Fruits des propres des époux.

47. L'art. 1401-2° attribue à la communauté, pendant sa durée, tous les fruits des biens propres des époux. V. aussi n. 212, *infra*.

Cette disposition semble, au premier abord, constituer une superfétation en présence de celle de l'alinéa précédent, qui fait tomber dans la communauté tout le mobilier futur des époux : ce qui semble bien comprendre tous les fruits produits par leurs propres durant le mariage. Son utilité apparaîtra, si l'on songe qu'en principe ce qui provient des propres ne tombe pas dans la communauté (*infra*, n. 79-4°) ; on aurait pu croire que cette règle

s'appliquait même aux fruits des propres, et c'est ce doute que l'art. 1401-2° a voulu lever.

La communauté, on le voit, est usufruitière des biens propres des époux. L'étendue de ses droits doit donc être déterminée en principe, et sauf certaines restrictions que nous signalerons bientôt, d'après les règles qui gouvernent l'usufruit ordinaire. On se trouve ainsi conduit aux déductions suivantes :

1° La communauté devient propriétaire des propres dont on ne peut faire usage sans les consommer (arg. art. 587) ;

2° Ce ne sont pas seulement les fruits des propres qui appartiennent à la communauté ; elle a droit également à leur usage ;

3° La communauté acquiert les fruits des propres par la perception, s'il s'agit de fruits naturels ou industriels ; quant aux fruits civils, elle est réputée les acquérir jour par jour. Arg. art. 585 et 586. L'art. 1401-2° fait allusion à cette double règle, quand il parle des fruits échus ou perçus pendant le mariage. Le mot perçus se réfère aux fruits naturels et industriels, et le mot échus aux fruits civils, qui, au point de vue de leur acquisition par l'usufruitier, sont réputés échoir chaque jour ;

4° La communauté n'a aucun droit aux produits des propres qui n'ont pas le caractère de fruits. C'est ce qui résulte de l'art. 1403, al. 1, ainsi conçu : « Les coupes de bois et les produits des carrières

» et mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est

» considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre

» de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation ». C'est dire très clairement que les coupes de bois et les produits des carrières et des mines ne tombent pas dans la communauté, ou tout au moins qu'ils n'y tombent que sauf récompense ou indemnité au profit de l'époux propriétaire du fonds, pour tout ce qui n'en est pas considéré comme

usufruit. Cpr. art. 591, 592 et 598. Ainsi les produits des coupes de hautes futaies non aménagées, faites pendant la durée de la communauté, ou de l'exploitation d'une carrière ouverte pendant le mariage, ne tomberont dans la communauté que sauf récompense ou indemnité au profit de l'époux propriétaire du fonds, c'est-à-dire que la communauté n'encaissera la valeur de ces produits que sauf restitution à l'époux propriétaire du fonds, à l'époque où la communauté sera liquidée. C'est ce que dit l'art. 1403 al. 3 ainsi conçu : « Si les carrières et mines ont été

» ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la

» communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux

» à qui elle pourra être due ».

En ce qui concerne les mines, mais non les carrières, la disposition de l'art. 1403 al. 1 et 3 a reçu de la loi du 21 avril 1810 d'importantes modifications. On sait que, d'après la loi précitée, une mine ne peut être exploitée qu'en vertu d'une concession du gouvernement (art. 5), que cette concession peut être obtenue soit par le propriétaire, soit par tout autre (art. 16), et enfin que la mine, une fois concédée, forme une propriété immobilière distincte du sol qui la recèle (art. 19). C'est l'introduction de ce dernier principe qui a opéré implicitement les modifications dont nous venons de parler, ainsi qu'on va le voir en parcourant les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Première hypothèse. La mine a été concédée avant la célébration du mariage. Pas de difficulté si elle a été concédée à un tiers : en ce cas la communauté n'aura aucun droit aux extractions de matières minérales ; elle bénéficiera seulement, pendant sa durée, des annuités de la redevance allouée par l'acte de concession à l'époux propriétaire du fonds. Cette redevance appartient en propre à l'époux, comme accessoire de son fonds (t. I, n. 1332), mais la communauté n'en a pas moins droit aux

arrérages échus pendant sa durée, car ils ont le caractère de fruits. — Si au contraire la mine a été concédée à l'époux propriétaire, elle forme pour lui un propre (arg. art. 1404 al. 1), et par suite les extractions de matières minérales profiteront à la communauté pendant sa durée, car ce sont les fruits d'un immeuble propre. Il en serait ainsi alors même que la mine n'aurait été ouverte que pendant le mariage ; l'art. 1403 se trouve modifié sur ce point par l'application du nouveau principe.

Deuxième hypothèse. La mine a été concédée pendant le mariage. Ici encore nous n'éprouvons aucun embarras, si la concession a été faite à un étranger : la communauté n'aura aucun droit aux produits de l'exploitation de la mine : elle pourra seulement loucher, pendant toute sa durée, l'annuité de la redevance attribuée à l'époux. Au cas où la mine aurait été concédée à l'époux propriétaire, elle constitue pour lui un propre. En effet, il l'a acquise en vertu d'une concession du gouvernement, donc à titre gratuit ; or les immeubles acquis à titre gratuit pendant le mariage par l'un des époux lui appartiennent en propre (art. 1405). Il en résulte que la communauté aura droit, pendant toute sa durée, aux produits de la mine, car ce sont les fruits d'un propre. Sur ce point donc encore l'art. 1403 se trouve modifié, car il décide que la communauté n'a pas droit aux produits des mines ouvertes pendant le mariage. Le code civil considérait la mine comme faisant partie du terrain qui la recèle, à titre d'accessoire, et les matières qu'on en extrayait comme n'étant pas des fruits, au moins quand la mine n'avait pas été ouverte avant la naissance de l'usufruit ; la loi nouvelle considère la mine comme une propriété distincte du sol, dont les produits sont des fruits.

48. Différences entre l'usufruit de la communauté et un usufruit ordinaire. — Nous avons annoncé que les règles de l'usufruit ordinaire sont modifiées sur certains points en ce qui concerne l'usufruit de la communauté. On peut en effet

signaler un certain nombre de différences entre ces deux usufruits. Voici les principales :

1° L'usufruitier ordinaire doit, avant d'entrer en jouissance, faire inventaire et donner caution (art. 600 et 601). L'usufruit de la communauté est affranchi de cette double entrave (art. 1550, arg. a fortiori).

2° L'usufruitier qui n'a pas, pendant la durée de son usufruit, perçu des fruits qu'il avait le droit de percevoir, n'est fondé à réclamer de ce chef aucune indemnité au nu-propriétaire. Au contraire la communauté a droit à récompense à raison des fruits des propres qu'elle aurait dû régulièrement percevoir et qu'elle n'a pas perçus. Ainsi, à l'inverse d'un usufruitier ordinaire (art. 590), la communauté a droit à une indemnité pour les coupes de bois taillis qu'elle n'a pas faites, aux époques fixées, sur les propres des époux (art. 1403 al. 2). Autrement l'époux, sur le fonds duquel la coupe aurait dû être faite, s'enrichirait aux dépens de la communauté d'une somme égale à la valeur de la coupe, ce que ne permet pas l'art. 1437.

C'est à la communauté que la récompense est due, et non à l'époux non propriétaire du fonds, comme le dit inexactement l'art. 1403 al. 2, ainsi conçu : « Si les coupes de bois qui,

» en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été,

» il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers ». En effet une récompense ou indemnité est destinée à fournir la réparation d'un préjudice, et, naturellement, elle doit être allouée à celui qui éprouve le préjudice ; or le préjudice est, ici subi par la communauté qui aurait dû encaisser la valeur de la coupe ; donc c'est à elle que la récompense est due. Ce n'est pas une affaire de mots. En effet, il existe des différences importantes entre les récompenses dues par l'un des époux à la communauté et les récompenses dues par l'un des époux à l'autre. Cpr. infra, n. 153.

3° D'après le droit commun, l'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il a procurées au bien grevé d'usufruit (art. 599). Au contraire, la communauté a droit à une indemnité pour les améliorations qui ont été réalisées à ses dépens sur le propre de l'un des époux. Arg. art. 1437.

* 4° Un usufruitier ordinaire n'a pas droit à récompense pour les frais de labours et de semences, par lui faits, qui se trouvent profiter au nu propriétaire, l'usufruit ayant pris fin avant que l'usufruitier eût recueilli la récolte (art. 585 al. 2). Au contraire on admet en général, par application du principe écrit en l'art. 1437, que la communauté a droit à une récompense pour les frais de labours et de semences qu'elle a faits sur le fonds propre à l'un des époux, et qui profitent à cet époux, la communauté s'étant dissoute avant que la récolte fût parvenue à maturité.

3° Immeubles acquis [à titre onéreux] pendant le mariage.

49. Aux termes de l'art. 1401-3°, l'actif de la communauté comprend « tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage ». Cette règle, qui, dans sa généralité, comprend les immeubles acquis à un titre quelconque ², reçoit, comme on le verra bientôt, une exception tellement importante en ce qui concerne les immeubles acquis à titre gratuit (art. 1404 al. 1 et 1405), qu'elle ne subsiste plus guère, en fait, que relativement aux immeubles acquis à titre onéreux, principalement à titre d'achat. Ainsi limitée, la règle, qui attribue à la communauté les immeubles acquis pendant le mariage, se justifie par cette considération, qu'il n'y a pas de motifs pour que l'acquisition doive profiter à l'un des époux plutôt qu'à l'autre, et que d'ailleurs elle aura été payée le plus souvent avec des deniers de la communauté, dans les caisses de

laquelle vient se confondre, comme en un réservoir commun, tout l'argent des époux.

Peu importe d'ailleurs que l'acquisition ait été faite par les deux époux conjointement ou par l'un d'eux seulement.

Les biens, ainsi acquis pendant la durée de l'association conjugale, sont désignés indifféremment sous la dénomination d'acquêts ou de conquêts (de cum acquirere).

Dans notre ancien droit, on les appelait exclusivement conquêts. L'expression acquêts était réservée pour faire antithèse aux propres de succession, tandis que celle de conquêts. faisait antithèse aux propres de communauté.

50. Si les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, au contraire ceux qui appartiennent aux époux lors de la célébration du mariage leur demeurent propres. « Les

» immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du

» mariage... n'entrent point en communauté », dit l'art. 1404 al. 1.

Toutefois, la loi apporte immédiatement une exception importante à cette règle : « Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un

» immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de

» communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble

» acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins

» que L'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause

» du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention » (art. 1404 al. 2).

Deux futurs époux ont fait un contrat de mariage contenant stipulation du régime de la communauté ; dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et la célébration du

mariage, l'un des futurs, le mari par exemple, emploie tout ou partie de ses capitaux à l'acquisition d'immeubles. La loi décide que, sauf le cas où l'acquisition aurait été faite en exécution d'une clause du contrat de mariage, ces immeubles tomberont dans la communauté, contrairement à la règle générale formulée par l'art. 1404 al. 1. Mais pourquoi donc ? Parce que la femme, dans l'espèce, a dû compter que les valeurs mobilières appartenant à son mari lors du contrat tomberaient dans la communauté, et ses prévisions seraient trompées, si le mari pouvait soustraire ces valeurs à la communauté en les transformant en immeubles dans l'intervalle des deux contrats. Il y a là une fraude, tout au moins une indécatesse, dont la loi ne devait pas se faire la complice.

* Notre article donne la même solution, car il ne distingue pas, pour le cas où le prix de l'acquisition faite dans l'intervalle des deux contrats était encore dû lors de la célébration du mariage, et alors le motif de la disposition n'apparaît plus aussi clairement. Il n'y aurait pas eu grand inconvénient, dans cette hypothèse, à laisser l'immeuble propre à l'époux, conformément au droit commun, car la communauté n'en aurait payé le prix que sauf récompense (arg. art. 1409-1°).

51. Le texte que nous venons d'analyser déroge au droit commun (argument du mot Néanmoins) ; il doit donc, à ce titre, recevoir l'interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Nous tirerons de là plusieurs déductions :

1° L'art. 1404 al. 2 ne recevra pas son application au cas d'époux mariés sans contrat, quelque rapprochée du mariage que soit d'ailleurs l'acquisition.

2° Les acquisitions d'immeubles, faites antérieurement à la date du contrat de mariage, fût-ce la veille, resteront soumises au droit commun, et cela alors même qu'en fait l'autre époux les aurait ignorées.

3° La disposition de l'art. 1404 al. 2 ne s'appliquera pas aux immeubles acquis par l'un des époux, dans l'intervalle des deux contrats, soit à titre gratuit, soit moyennant des valeurs qui n'étaient pas destinées à tomber dans la communauté. Ainsi, entre le contrat de mariage et la célébration, le mari reçoit un immeuble à titre de donation, ou bien il échange un de ses immeubles contre un autre. L'immeuble ainsi acquis ne tombera pas dans la communauté, l'art. 1404 al. 2 ne recevant pas ici son application, parce que le motif qui l'a fait édicter manque complètement. L'époux ne cherche pas à frauder la communauté en s'appropriant une valeur destinée à devenir commune.

4° Si, dans l'intervalle des deux contrats, l'un des époux réalise l'opération inverse de celle que prévoit l'art. 1404 al. 2, c'est-à-dire s'il transforme ses immeubles en valeurs mobilières, en les vendant par exemple, ces valeurs mobilières tomberont dans la communauté, sans récompense au profit de l'époux. Le droit commun doit recevoir ici son application par cela seul qu'on est en dehors du cas pour lequel la loi y a dérogé. Et alias non est eadem ratio.

L'opinion contraire, qui, appliquant par analogie l'art. 1404 al. 2, déclare dans l'espèce proposée les valeurs mobilières propres à l'époux aliénateur, compte cependant de nombreux partisans. On prétend, pour la soutenir, que le texte précité n'est nullement une disposition exceptionnelle, mais au contraire l'application d'un principe général, du principe que les conventions matrimoniales ne peuvent être modifiées que dans les formes prescrites par la loi, à peine de nullité. Ce point de départ une fois admis, on dit : Si l'art. 1404 al. 2 a considéré la transformation de la fortune mobilière en immeubles comme une modification aux conventions matrimoniales, nulle parce qu'elle n'est pas faite dans les formes prescrites par la loi, il doit en être de même du cas

inverse, c'est-à-dire de celui où des immeubles ont été transformés en valeurs mobilières dans l'intervalle des deux contrats ; ces valeurs par suite ne devront pas profiter à la communauté. — Ce raisonnement serait exact, si les époux avaient détaillé, dans leur contrat de mariage, les biens mobiliers qui leur appartenaient lors du contrat et qu'ils entendaient mettre en communauté. Mais ce n'est pas là, on le suppose, ce qu'ils ont fait : ils ont déclaré se marier sous le régime de la communauté, sans dire quels biens la communauté comprendrait ; ils ont donc entendu se référer sur ce point aux dispositions de la loi. Or la loi a égard, pour déterminer la composition de la communauté, à l'état de la fortune des époux lors de la célébration du mariage, et non lors du contrat. D'ailleurs, cette opinion, qui aurait pour résultat de faire de l'art. 1404 al. 2 un texte complètement inutile, puisque ainsi entendu il ne ferait qu'appliquer une règle générale à un cas particulier, aurait le tort plus grave encore de conduire finalement à faire commencer la communauté au jour du contrat de mariage, contrairement à l'art. 1399, ou tout au moins de déterminer la composition de son actif en se référant à l'époque du contrat, et non à celle du mariage comme le dit la loi.

N° 2. De l'actif du patrimoine propre des époux.

52. La loi détermine la composition du patrimoine propre de chaque époux, de même qu'elle détermine la composition du patrimoine de la communauté. Les parties peuvent modifier sur ce point les dispositions légales par les stipulations de leur contrat de mariage, mais elles ne le peuvent pas pendant le mariage. Arg. art. 1395. Durant l'association conjugale, dit la cour de cassation dans un arrêt du 22 février 1893 (S., 94. 1. 65), il ne peut être constitué aucun propre en dehors des stipulations contenues dans le contrat de mariage. Adde Cass., 6 juil. 1905, D., 06. 1. 374.

Le patrimoine propre de chaque époux peut comprendre soit des immeubles, soit des biens mobiliers. Il y a donc deux catégories de biens propres : les propres immobiliers et les propres mobiliers.

I. Des propres immobiliers.

53. Chaque époux conserve à titre de propres : 1° les immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage ; 2° les immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage ; 3° certains immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.

A. Immeubles dont l'acquisition remonte à une époque antérieure au mariage (art. 1402 et 1404 al. 1).

54. Cette première catégorie comprend :

a. — Les immeubles dont les époux étaient propriétaires lors du mariage (art. 1404 al. 1), sauf l'exception relative aux immeubles acquis dans l'intervalle des deux contrats (art. 1404 al. 2).

b. — Les immeubles dont les époux avaient la possession légale antérieurement au mariage (art. 1402). Par possession légale entendez celle qui, étant conforme aux exigences de l'art. 2229, est susceptible avec le temps d'engendrer l'action possessoire ou la prescription. Il suffit d'ailleurs que la possession soit antérieure au mariage, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait duré plus d'un an ni qu'elle soit de bonne foi.

Il sera souvent plus facile à un époux de prouver sa possession légale antérieure au mariage que de prouver son droit de propriété. C'est surtout à ce point de vue que notre disposition présente de l'intérêt.

c. — Enfin, les immeubles acquis pendant le mariage en vertu d'une cause préexistante qui rétroagit à une époque antérieure à la célébration. On peut citer comme

exemples : le cas où l'un des époux était, avant le mariage, propriétaire sous une condition suspensive qui s'est réalisée pendant le mariage (art. 1179) ; celui où une donation d'immeuble, faite par l'un des époux avant le mariage, est révoquée pour cause d'inexécution des charges, de survenance d'enfant ou même d'ingratitude ; enfin le cas où une donation d'immeuble, faite avant le mariage par l'un des époux avec stipulation du droit de retour, est résolue pendant le mariage par l'événement du retour.

B. Immeubles acquis à titre lucratif pendant le mariage.

55. Les principaux titres lucratifs sont : l'accession ou incorporation, la succession, la donation.

a. Accession on incorporation.

56. Toutes les augmentations ou accroissements, qu'acquière les propres pendant le cours du mariage par voie d'accession ou d'incorporation, profitent à l'époux propriétaire et n'entrent pas en communauté. Il en est ainsi, pour les fonds voisins d'un cours d'eau, de l'accroissement provenant de l'alluvion (art. 556) ou des relais que forme l'eau courante (art. 557) et même de l'accroissement résultant soit de l'avulsio (art. 559), soit de la formation, dans la rivière, d'une île qui profite en tout ou en partie au fonds (art. 561). Ces divers accroissements font partie de l'immeuble et suivent le même sort que lui. Les bâtiments, qui seraient construits sur un terrain propre à l'un des époux pendant le mariage, seraient également propres à cet époux, sauf la récompense due à la communauté qui aurait payé les constructions. Cpr. Rouen, 3 juin 1907, S., 09. 2. 177, et la note.

b. Succession.

57. Les immeubles qui étoient aux époux pendant le cours du mariage à titre de succession ne tombent point en communauté, dit l'art. 1404 al. 1 ; ils forment donc des propres pour l'époux héritier. Nous savons qu'il en est autrement des meubles (supra, n. 45).

Si une même succession échue à l'un des époux est mixte, c'est-à-dire composée à la fois de meubles et d'immeubles, les meubles tomberont dans la communauté, les immeubles en seront exclus.

Il peut se faire que l'un des époux soit appelé à recueillir une succession mixte concurremment avec d'autres héritiers. Un partage sera alors nécessaire, et c'est au résultat de ce partage qu'il faudra s'en tenir, d'après la jurisprudence et la majorité des auteurs, pour déterminer les droits de la communauté sur la part attribuée à l'époux héritier. Si donc l'époux n'obtient dans son lot que des meubles, ils tomberont dans la communauté pour la totalité ; s'il n'obtient que des immeubles, ils seront propres pour le tout ; enfin si le lot de l'époux est composé partie de meubles, partie d'immeubles, les meubles tomberont dans la communauté et les immeubles en seront exclus. Cette solution admise par Pothier semble commandée encore aujourd'hui, dit-on, par l'art. 883, dont la disposition est conçue dans les termes les plus généraux. Il faut supposer bien entendu un partage fait sans fraude ; car la fraude fait cesser l'application de tous les principes.

Il y a cependant sur cette question de graves dissidences. Des auteurs considérables, Aubry et Rau notamment, soutiennent que l'art. 883, édicté uniquement dans la vue de prévenir les actions récursoires auxquelles donnerait lieu le partage si on lui faisait produire un effet translatif, ne doit être appliqué que dans les rapports de chaque héritier ou de ses ayant-cause d'une part, avec les autres héritiers ou leurs ayant-cause d'autre part ; que par suite les droits respectifs de l'époux héritier et de la

communauté, qui n'est pas l'ayant-cause des autres héritiers, doivent être réglés d'après le rapport existant entre la valeur des meubles et la valeur des immeubles de la succession, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper à ce point de vue des résultats du partage. Ainsi la succession mixte, dans laquelle un des époux est héritier pour partie, étant composée pour un quart de meubles et pour trois quarts d'immeubles, les biens mis dans le lot de cet époux tomberaient toujours pour un quart dans la communauté et demeureraient propres pour les trois quarts, sans que ce résultat pût être modifié par la composition du lot attribué à l'époux.

L'art. 1404 al. 1 déclare propres les immeubles qui étoient à l'un des époux pendant le mariage à titre de succession, par conséquent à un titre successif quelconque, car la loi ne distingue pas. Sont donc propres, non seulement les immeubles qui adviennent à l'un des époux pendant le mariage en qualité d'héritier, mais aussi ceux qu'il recueille comme successeur irrégulier ou par l'exercice du droit de retour successoral dans l'un des cas prévus par les art. 351, 747 et 766, ou même, suivant l'opinion générale, mais ceci est beaucoup plus douteux, par l'exercice du retrait successoral (art. 841).

c. Donation.

58. Dans notre ancien droit, les immeubles, donnés soit aux deux époux conjointement, soit à un seul, tombaient en principe dans la communauté. L'art. 1405 s'écarte de cette tradition, au moins en ce qui concerne les donations faites à un seul des époux : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage

» qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté, et

» appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne

» contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la
» communauté ».

Les immeubles donnés à l'un des époux soit entre vifs, soit par testament, car la loi ne distingue pas, demeurent donc propres à l'époux donataire, à moins que le donateur n'ait manifesté expressément dans la donation la volonté de gratifier la communauté.

En est-il de même des immeubles donnés aux deux époux conjointement ? Ces immeubles tombent-ils dans la communauté ; ou bien sont-ils propres à chaque époux pour la moitié, par application de l'art. 1405 ?

La question présente principalement de l'intérêt à deux points de vue. D'abord, si les immeubles dont il s'agit tombent dans la communauté, la femme n'en pourra réclamer sa part qu'autant qu'elle acceptera la communauté (arg. art. 1492) ; tandis que, s'ils sont propres à chaque époux pour la moitié, la femme aura droit à sa moitié même en cas de renonciation à la communauté (arg. art. 1493-1°). D'autre part, si ces immeubles sont communs, le mari pourra les aliéner à titre onéreux, en totalité, sans le concours de sa femme (art. 1421), tandis que, s'ils ne tombent pas dans la communauté, le mari ne pourra aliéner la moitié propre à la femme qu'avec le consentement de celle-ci (arg. art. 1428).

La question ne fait guère de doute, quand le donateur a manifesté d'une manière non équivoque la volonté que le bien donné fût propre à chaque époux pour partie, par exemple en leur assignant une part déterminée dans le bien donné : la moitié à chacun, ou le tiers à l'un, les deux tiers à l'autre. Il y a alors deux donations distinctes s'adressant à chaque époux séparément, et le bien donné ne tombe pas en communauté.

Dans les autres cas, la question est délicate. Nous croyons que l'immeuble donné devra tomber dans la communauté. En effet, d'après l'art. 1401-3°, l'actif de la

communauté comprend tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage, par conséquent les immeubles acquis même à titre gratuit ; car la loi ne distingue pas. Cette induction n'est pas détruite, comme on l'a prétendu, par l'art. 1402 in fine, qui déclare que la présomption, en vertu de laquelle tous les immeubles sont réputés acquis de communauté, tombe devant la preuve, faite par l'un des époux, que tel immeuble lui est échu à titre de donation ; sous-entendez : « dans les cas où la donation rend l'immeuble propre » : ce qui arrive en effet le plus souvent, mais non toujours, ainsi qu'on le voit par l'art. 1405 in fine. D'ailleurs, l'art. 1402 n'a nullement pour but de déterminer quels immeubles sont propres et quels autres conquêts, mais seulement de résoudre une question de preuve. Il ne faut pas chercher dans un texte la solution de difficultés qu'il ne s'est pas proposé de résoudre, sous peine de dénaturer la pensée du législateur. La règle est donc que les immeubles acquis même à titre gratuit pendant le mariage, tombent dans la communauté. A cette règle l'art. 1405 apporte une exception ; mais, comme toutes les exceptions, celle-ci est de stricte interprétation. Or elle n'est formulée qu'en vue des donations d'immeubles qui ne sont faites qu'à l'un des époux ; donc elle ne s'applique pas au cas de donations faites aux deux époux conjointement. Chambéry, 3 avril 1901, D., 03. 2. 54.

Au surplus, la distinction, que le législateur établit ainsi entre les donations qui ne sont faites qu'à l'un des deux époux et celles qui sont faites aux deux conjointement, est facile à justifier. Au premier cas en effet, le donateur semble avoir voulu gratifier personnellement l'époux donataire, tandis qu'au second il semble plutôt avoir voulu gratifier la communauté, qui n'est pas autre chose que l'association des deux époux.

* M. Arntz, qui admet sur cette question l'opinion contraire à celle que nous venons de développer, prétend que l'art. 849 al. 2 prouve à l'évidence la justesse de sa

solution ; « car, dit-il, lorsqu'un don a été fait à deux époux conjointement, dont l'un seulement est successible, celui-ci doit en rapporter la moitié » (t. III, n. 575). Le savant auteur n'a pas remarqué que l'art. 849 s'applique, à raison de la généralité de ses termes, même aux donations mobilières ; de sorte que, si l'argument fourni par ce texte était fondé, il conduirait à dire que toute donation, soit immobilière, soit même mobilière, faite aux deux époux conjointement, est une source de propres et non de conquêts : ce que personne n'a jamais proposé. Tout ce qu'on peut induire de l'art. 849 al. 2, c'est que la communauté entre époux ne constitue pas une personne morale.

C. Propres immobiliers résultant de certaines acquisitions à titre onéreux faites pendant la durée de la communauté.

59. Dans cinq cas exceptionnels, des acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage procurent des propres. Les quatre premiers cas sont prévus par les art. 1406, 1407, 1434-1435, 1408. Le dernier, que nous nous bornerons à mentionner ici, résulte de l'art. 1595-2°.

PREMIER CAS, prévu par l'art. 1406. Accommodement de famille.

60. « L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre

» ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il

» lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des

» étrangers, n'entre point en communauté ; sauf récompense ou

» indemnité » (art. 1406).

Éclaircissons ce texte par un exemple. Un père doit 10.000 fr. à son fils marié sous le régime de la communauté, par exemple du chef d'un compte de tutelle ou à titre de dot ; il lui cède en paiement un immeuble qui vaut à peu près cette somme. Ou bien c'est un père qui, étant débiteur de 10.000 fr. envers des tiers, cède à son fils un immeuble de cette valeur à la charge de payer ses dettes. — Une pareille cession est en réalité à titre onéreux ; par suite, l'immeuble ainsi acquis par le fils devrait tomber dans la communauté (art. 1401-3°). Cependant, l'art. 1406 le déclare propre, sans doute parce que l'opération est considérée comme un accommodement de famille, ayant pour but unique d'anticiper un résultat qui se serait produit lors de la mort du père, en vertu des lois régissant les successions. En effet, sans la cession dont il vient d'être parlé, le fils aurait été obligé, à la mort de son père et en qualité d'héritier de celui-ci, de subir la confusion de ce que son père lui devait (art. 1300), ou de payer ce que son père devait à des tiers, et il aurait recueilli l'immeuble à titre de propre. Ce résultat ne doit pas être changé par suite de l'avancement d'hoirie qu'a fait le père.

* Les mots « sauf récompense ou indemnité », qui terminent l'art. 1406, signifient qu'une indemnité sera due, le cas échéant, à la communauté, pour le préjudice que pourra lui causer l'application de l'art. 1406. Ainsi, la femme ayant été dotée par son père de 20.000 fr. en argent, le père donne en paiement de la dot promise un immeuble qui devient propre à la femme d'après notre article. La communauté aura droit à une récompense de 20.000 fr. contre la femme.

Comme on vient de le voir, la disposition de notre article déroge au droit commun, d'après lequel les immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage appartiennent à la communauté. Aussi cette disposition doit-elle être interprétée restrictivement, d'après la règle *Exceptio est*

strictissimæ interpretationis. Elle ne s'appliquerait donc pas :

1° A la cession faite par tout autre qu'un ascendant, l'époux cessionnaire fût-il l'héritier présomptif du cédant ;

2° A la cession faite par un ascendant moyennant un prix payable entre ses mains. Il y aurait alors une véritable vente ;

3° A la cession qui serait faite par un ascendant de l'un des époux au conjoint de celui-ci.

Dans ces trois cas, on est en dehors des termes de l'art. 1406, en dehors de l'exception par conséquent ; on rentre donc dans la règle.

Mais s'il importe de ne pas étendre la loi au delà de ses véritables limites, il importe non moins de n'en pas restreindre arbitrairement la portée. L'art. 1406 s'appliquerait donc à l'abandon fait par un ascendant quel qu'il soit, et alors même que le descendant, au profit duquel l'abandon a lieu, se trouverait n'être pas héritier de l'ascendant lors du décès de celui-ci, étant précédé par des parents plus proches.

DEUXIÈME CAS. Echange (art. 1407).

61. « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange

» contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre

» point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui

» a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte » (art. 1407).

= Est subrogé. C'est-à-dire qu'il remplace l'immeuble aliéné et devient propre à sa place. Nous sommes en présence d'un cas de subrogation réelle, par opposition à la subrogation personnelle dont il est question dans les art.

1249 et s. Cpr. t. II, n. 276. Cette subrogation se produit de plein droit.

La loi dit : « sauf la récompense s'il y a soulte ». La soulte, de solvere, solutum, est le retour en argent que l'un des coéchangistes s'engage à payer à l'autre pour compenser la différence de valeur entre les deux immeubles échangés. Cette soulte donne toujours lieu à une récompense, qui est due à la communauté ou par la communauté, suivant que celle-ci a payé la soulte ou l'a encaissée.

L'art. 1407 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que sa disposition s'appliquerait alors même que la soulte serait considérable et dépasserait la valeur du propre échangé. Tel serait le cas où un immeuble propre valant 40.000 fr. serait échangé contre un autre immeuble valant 100.000 fr. avec 60.000 fr. de soulte : ce dernier immeuble serait propre pour la totalité, sauf à récompenser la communauté de 60.000 fr. pour la soulte qu'elle aurait payée.

Cette solution est toutefois contestée par un grand nombre d'auteurs, qui, s'appuyant sur l'autorité de Pothier, pensent qu'il y a en pareil cas mélange de vente et d'échange, et que par suite il faut appliquer distributivement les règles de ces deux contrats : ce qui conduit à décider que l'immeuble acquis doit être propre dans la mesure pour laquelle il y a échange (4 dixièmes dans notre espèce) et conquêt dans la mesure où il y a vente, c'est-à-dire pour le surplus (6 dixièmes). Quelques-uns même soutiennent que, lorsque la soulte dépasse la valeur du propre aliéné, on doit appliquer exclusivement les principes de la vente, en vertu de la règle Major pars trahit ad se minorem : d'où il résulterait que l'immeuble acquis serait conquêt pour la totalité, sauf récompense à l'époux propriétaire. — Au milieu de ces divergences, le plus sûr paraît être de s'en tenir au texte, qui, ainsi que nous l'avons déjà noté, ne fait aucune distinction : sauf la

récompense s'il y a soulte, dit la loi. — Nous admettrions cependant une restriction pour le cas où, sous le nom mensonger d'échange, se cacherait une véritable vente ; car la nature d'un contrat ne doit pas toujours être appréciée d'après le nom que lui ont donné les parties, mais d'après la réalité des choses. *Contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt*. Tel serait le cas où le mari aurait échangé un immeuble propre de 5.000 fr. contre un autre immeuble de 100.000 fr., avec 95.000 fr. de soulte. En allant au fond des choses on voit clairement ici un achat sous le nom d'échange : le mari a en réalité acheté un immeuble de 100.000 fr., et il a donné en paiement (*datio in solutum*), son immeuble propre jusqu'à concurrence de 5.000 fr. L'immeuble acquis sera donc conquêt pour la totalité, sauf la récompense.

Si un propre mobilier — nous verrons bientôt qu'il y en a — est échangé contre un immeuble, la subrogation se produira-t-elle, par application de l'art. 1407 ? Pothier admettait l'affirmative, et sa décision semble devoir être encore suivie. Où serait en effet la raison de distinguer ? Il est vrai que l'art. 1407 ne parle que des propres immobiliers ; mais son silence en ce qui concerne les propres mobiliers s'explique facilement par la rareté de ces propres, surtout sous le régime de la communauté légale. Ici comme ailleurs, *lex statuit de eo quod plerumque fit*.

TROISIÈME CAS. Remploi (art. 1434 et 1435).

62. Bien que le législateur réglemente cette matière dans la section qui traite de l'administration de la communauté (art. 1434 et 1435), il convient d'en traiter ici, parce qu'elle forme le complément indispensable de l'ordre d'idées dans lequel nous sommes engagé.

Remploi signifie remplacement : par le moyen du remploi, un propre est remplacé par un autre. — Mais c'est aussi ce qui a lieu dans le cas d'échange ; où donc est la

différence ? La voici : l'échange opère la substitution immédiate d'un propre à un autre, tandis que le remploi n'opère qu'une substitution médiate. On commence par vendre le propre de l'un des époux, puis le prix provenant de la vente est employé à acheter un autre immeuble qui, moyennant l'accomplissement de certaines conditions prescrites par la loi, est subrogé au premier. Le propre est donc d'abord converti en argent, puis l'argent en un immeuble qui est subrogé au propre, lequel se trouve ainsi remployé, c'est-à-dire remplacé.

On distingue deux espèces de remploi : le remploi facultatif et. le remploi conventionnel. Le remploi facultatif ³ est celui qui est autorisé, mais non imposé par la loi, dans le silence du contrat. de mariage muet sur le remploi. On appelle remploi conventionnel celui qui est prévu et ordinairement imposé par le contrat de mariage ; d'où le nom de remploi obligatoire qu'on lui donne quelquefois.

63. I. Remploi facultatif. — Un immeuble propre à l'un des époux ayant été vendu, la loi permet de lui subroger, par le moyen du remploi, un autre immeuble acheté avec le prix du premier. Il y aura alors exception à la règle, que les immeubles acquis pendant le mariage forment des conquêts (art. 1401-3°).

Mais, pour que le remploi s'opère, la loi exige certaines conditions, qui varient suivant que l'opération est effectuée pour le compte du mari ou pour celui de la femme.

64. 1° Remploi facultatif opéré pour le compte du mari. Il est réglementé par l'art. 1434, ainsi conçu : « Le remploi est censé

» fait à l'égard du mari, toutes les fois que, lors d'une acquisition,

» il a déclaré qu'elle était faite des deniers provenus de l'aliénation

» de l'immeuble qui lui était personnel, et pour lui tenir

lieu de

» remploi ».

Ainsi la loi exige une double déclaration : déclaration de l'origine des deniers, déclaration du but de l'acquisition.

Déclaration de l'origine des deniers. Le mari déclarera que les deniers employés à la nouvelle acquisition proviennent de l'aliénation d'un immeuble qui lui était propre.

Au surplus, la loi n'exige pas que les deniers employés à la nouvelle acquisition soient identiquement les mêmes que ceux provenant de l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer. Ces deniers sont peut-être depuis longtemps confondus avec d'autres dans la caisse de la communauté ; souvent même ils auront été placés. Ici, bien évidemment, tantumdem est idem.

Déclaration du but de la nouvelle acquisition. Le mari dira qu'elle est faite pour lui tenir lieu de remploi.

Ces deux déclarations sont exigées cumulativement, ainsi que l'indique la conjonctive et employée par l'art. 1434, que le législateur a substituée à dessein à la disjonctive ou employée par Pothier. Le contraire a été soutenu à tort.

La double déclaration dont il vient d'être parlé doit être contemporaine de l'acquisition, par conséquent contenue dans l'acte même d'acquisition. Autrement l'immeuble acquis tomberait dans la communauté en vertu de l'art. 1401-3°. On ne pouvait pas laisser au mari la faculté de s'approprier l'acquisition quand il le jugerait à propos, ce qui lui eût permis de profiter des bonnes chances et de laisser les mauvaises au compte de la communauté.

65. 2° Remploi facultatif opéré pour le compte de la femme. — Si l'acquisition destinée à tenir lieu de remploi à la femme est faite par la femme elle-même autorisée comme de droit, les deux conditions, exigées par l'art. 1434 pour la validité du remploi concernant le mari, sont nécessaires et suffisantes. Elles sont nécessaires encore, mais elles ne suffisent plus, si cette acquisition est

effectuée par le mari pour le compte de la femme et sans mandat de la part de celle-ci. Dans ce cas, la validité du emploi est subordonnée à l'acceptation de la femme, car l'acquisition faite par le mari peut être désavantageuse, et il ne serait pas juste que cette acquisition pût être imposée à la femme. Cass., 25 juin 1883, D., 84. 1. 79, S., 85. 1. 376. L'acceptation doit être formelle, c'est-à-dire expresse ; elle peut utilement survenir jusqu'à la dissolution de la communauté. Après il serait trop tard ; la condition à laquelle était subordonnée la validité du emploi serait définitivement défaillie, et la femme n'aurait plus droit qu'à la récompense du prix de son propre.

Nous venons d'analyser l'art. 1435, ainsi conçu : « La déclaration

- » du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de

- » l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de emploi, ne

- » suffit point si ce emploi n'a été formellement accepté par la

- » femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit, lors de

- » la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son

- » immeuble vendu ».

Les mots lors de l'acquisition, qui figurent dans l'art. 1434, ne se retrouvent plus dans l'art. 1435. De là on a voulu conclure que la double déclaration, exigée dans tous les cas pour la validité du emploi, ne doit être contemporaine de l'acquisition que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1434, c'est-à-dire lorsque le emploi concerne le mari ; elle pourrait donc utilement être faite ex intervallo, lorsque le emploi concerne la femme. Mais cette solution doit être rejetée. Outre qu'on ne verrait que de bien faibles motifs de cette différence entre les deux emplois, les termes mêmes de l'art. 1435 la proscrivent ;

car il dit : « La déclaration du mari que l'acquisition EST faite », tandis qu'il aurait fallu dire : est ou a été faite, si le législateur avait voulu autoriser une déclaration postérieure. D'ailleurs, il est manifeste que la formule employée par l'art. 1435 est l'équivalent de celle-ci : Les deux conditions exigées par l'article précédent sont nécessaires, mais ne suffisent plus, quand le remploi est effectué par le mari pour le compte de la femme.

66. Il existe une grave controverse sur le point de savoir quel est, au point de vue juridique, la nature de l'acte que le mari accomplit, lorsque, voulant procurer à sa femme le remploi d'un propre aliéné par celle-ci, il fait l'acquisition d'un immeuble avec la double déclaration prescrite par l'art. 1435.

D'après un premier système, l'opération doit être décomposée de la manière suivante acquisition par le mari d'un immeuble pour le compte de la communauté, en vue de mettre celle-ci à même de s'acquitter envers la femme ; offre faite à la femme d'accepter cet immeuble en paiement du prix de son propre, que lui doit la communauté. Le mari apparaît ainsi comme représentant principalement l'intérêt de la communauté, au nom de laquelle il fait à la femme une offre de dation en paiement, que celle-ci peut accepter ou refuser. En l'acceptant, la femme devient l'ayant-cause de son mari, qui lui transmet l'immeuble comme chef de la communauté, après l'avoir d'abord acquis pour le compte de celle-ci.

Ce système conduit, entre autres, aux deux conséquences suivantes : 1° Il y a lieu au profit du fisc à la perception de deux droits de mutation, un pour l'acquisition faite au profit de la communauté, un autre pour la cession faite par la communauté à la femme ; 2° Les aliénations ou les constitutions de droits réels, consenties par le mari avant l'acceptation de la femme, sur l'immeuble offert en remploi à celle-ci, ne peuvent recevoir aucune atteinte par suite de cette acceptation ; car le mari n'a pu transmettre à la

femme, son ayant-cause, que le droit qui lui appartenait à lui-même au moment de la cession. On peut dire encore qu'en aliénant l'immeuble, le mari a retiré son offre de remploi, et qu'en le grevant de droits réels il a modifié cette offre ; or une offre retirée ne peut plus être utilement acceptée, et une offre modifiée ne peut plus être acceptée que dans les conditions nouvelles où elle se présente.

Dans un autre système, que nous préférons et qui a pour lui l'autorité de Pothier, on considère le mari, qui fait une acquisition destinée à tenir lieu de remploi à sa femme, avec les deux déclarations prescrites par l'art. 1435, comme agissant, d'une part, en qualité de représentant de la communauté, en vue de la libérer de sa dette, et, d'autre part, à titre de gérant d'affaire, pour le compte de la femme, en vue de lui procurer un remploi avantageux. L'acceptation faite par la femme doit en conséquence être considérée comme une ratification de la gestion entreprise par le mari, de sorte qu'en vertu de la règle *Ratihabilio mandato æquiparatur*, l'acquisition est censée avoir été faite pour le compte de la femme, absolument comme si le mari avait agi en vertu d'un mandat donné par elle. En d'autres termes, l'acceptation de la femme produit un effet rétroactif au jour de l'acquisition, ce qui conduit finalement à décider, d'une part, qu'un seul droit de mutation est dû au fisc, et, d'autre part, que l'acceptation de la femme met à néant les aliénations et les constitutions de droits réels faites par le mari. Cette solution n'est pas aussi injuste à l'égard des tiers qu'elle le paraît au premier abord. En effet, si les tiers, avant de traiter avec le mari, avaient pris, comme le leur commandait la prudence la plus vulgaire, connaissance de son litre d'acquisition, ce titre leur eût révélé le danger suspendu sur leur tête, et il leur eût été facile de le conjurer en exigeant le concours de la femme à l'aliénation ou à la constitution de droits réels proposée par le mari.

* Le système, que nous venons d'exposer en dernier lieu, permet de ne pas confondre le remploi proprement dit, dont parlent les art. 1434 et 1435, avec l'opération que l'art. 155-2° appelle improprement de ce nom. Il s'agit du cas où un mari commun en biens cède à sa femme, soit un bien à lui propre, soit un bien appartenant à la communauté, mais qui n'a pas été acquis dans cette vue, pour remplir la femme du prix d'un propre aliéné, dont la communauté se trouve débitrice envers elle : c'est-à-dire que nous sommes dans l'hypothèse d'une datio in solutum et non d'un remploi. La femme devient l'ayant-cause de son mari, ce qui entraîne les conséquences signalées plus haut en exposant le premier système : notamment il y a deux droits de mutation à payer au fisc, et la femme doit respecter les aliénations consenties par le mari et les droits réels établis de son chef.

67. La loi ne parle que du remploi des propres immobiliers, mais ses termes doivent être considérés comme simplement énonciatifs, et ne feraient par suite nul obstacle à ce que les époux pussent effectuer le remploi de leurs propres mobiliers qui auraient été aliénés. Le silence de la loi en ce qui concerne le remploi des propres mobiliers s'explique d'ailleurs d'une manière toute naturelle, ce remploi n'étant susceptible de se produire que dans des cas infiniment rares, à cause de la rareté même des propres mobiliers sous le régime de la communauté légale (infra, n. 79). Le propre mobilier aliéné pourrait du reste être remplacé, soit par un autre objet mobilier, soit par un immeuble.

68. De même, de ce que les art. 1434 et 1435 supposent, comme il arrivera en effet le plus souvent, que le remploi est effectué après l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer, il ne faudrait pas en conclure que le remploi ne peut pas être fait avant. Le remploi anticipé est souvent une nécessité dans la pratique, et une jurisprudence constante en admet la validité lorsque d'ailleurs il satisfait,

au moins par équipollent, aux prescriptions des art. 1434 et 1435. Ainsi le mari se propose de vendre un immeuble rural qui lui est propre et de le remplacer par une maison. Avant d'avoir trouvé un acquéreur pour son immeuble, il trouve une maison à sa convenance et il l'achète. Dans l'acte qui est dressé pour constater cet achat, il déclare que l'acquisition est faite pour lui tenir lieu de remploi de son domaine, qu'il se propose de vendre à première occasion, et que le prix de la maison sera payé avec les deniers à provenir de la vente du domaine, dont il délègue, si l'on veut, le prix par anticipation au vendeur de la maison. Plus tard le domaine est vendu ; le prix en est payé entre les mains du vendeur de la maison, et le mari, par surcroît de précautions, fait constater dans la quittance l'origine des deniers qu'il paie. Pourquoi donc le remploi, fait dans de semblables conditions, ne serait-il pas valable ? On objecte qu'on ne peut pas remplacer un immeuble qui occupe encore sa place dans notre patrimoine. — Sans doute. Mais on-peut le remplacer pour le cas où il aura cessé d'y figurer ; le remploi est alors conditionnel, voilà tout. — Cpr. Cass., 8 nov. 1886, D., 87. 1. 395, S., 87. 1. 61 ; 7 juil. 1891, D., 92. 1. 185, S., 94. 1. 458 ; 12 avril 1910, S., 12. 1. 401 et la note. — Sur les dangers des remplois anticipés, v. note sous Cass., 16 juil. 1890, D., 91. 1. 335.

69. Effets du remploi facultatif. Frais. — L'immeuble acquis en remploi est subrogé au propre aliéné.

Si une partie seulement des deniers provenus de l'aliénation du propre a été employée à l'acquisition du nouvel immeuble, l'époux, pour le compte duquel le remploi a été effectué, conserve pour le surplus son droit à récompense contre la communauté. Ainsi un propre de la femme, vendu 30.000 fr., a été remployé en un immeuble acheté 20.000 fr. ; la femme conservera le droit de réclamer à la communauté une récompense de 10.000 fr.

En sens inverse, si le prix de l'immeuble acquis en remploi dépasse le prix retiré de l'aliénation de l'immeuble

remployé, l'immeuble nouvellement acquis ne sera propre que pour une fraction correspondant au prix du propre remployé ; il tombera dans la communauté pour le surplus. Ainsi un immeuble propre de la femme, vendu pour 30.000 fr., a été remployé en un immeuble acheté 40.000 francs ; ce dernier sera propre pour trois quarts et commun pour un quart. En effet la subrogation ne peut avoir lieu que pour la partie de l'immeuble acquise avec les deniers provenant de l'aliénation du propre qu'il s'agit de remployer (arg. art. 1434 et 1435) ; le surplus tombe dans la communauté en vertu de l'art. 1401-3°. Nous n'avons pas ici un texte analogue à l'art. 1407, qui permette de considérer l'immeuble comme devenant propre pour le tout. Cependant Pothier décidait que, si l'excédent de valeur de l'immeuble acquis en remploi était très peu considérable, cet immeuble deviendrait propre pour le tout, sauf récompense à la communauté. La plupart des auteurs acceptent encore cette solution, contre laquelle s'élèvent cependant de graves objections. Cpr. supra, n. 61 et Douai, 21 déc. 1905, D., 07. 2. 390.

Les frais du remploi sont à la charge de l'époux pour le compte duquel il a été fait.

70. II. Remploi conventionnel. Le remploi conventionnel est celui qui est prévu et réglé par une clause du contrat de mariage. La convention de remploi est presque toujours relative aux biens de la femme, et a le plus souvent pour but d'obliger le mari à faire le remploi de ces biens dans un certain délai à dater de leur aliénation.

La validité du remploi conventionnel est subordonnée à l'accomplissement des conditions prescrites par les art. 1434 et 1435, sauf les dérogations résultant des dispositions du contrat de mariage. Ainsi le contrat contient quelquefois une acceptation anticipée du remploi, faite par la femme. Cette clause a pour résultat de constituer le mari mandataire de sa femme relativement à

l'acquisition des biens destinés à lui tenir lieu de remploi, et la ratification de celle-ci n'est plus dès lors nécessaire.

* La clause de remploi conventionnel n'est pas opposable aux tiers, à moins que le contraire ne résulte formellement des termes du contrat, comme s'il y est dit par exemple que les immeubles de la femme ne pourront être aliénés que moyennant remploi et que les acquéreurs seront responsables de ce remploi

71. Clause d'emploi. — On désigne sous ce nom une clause du contrat de mariage, dont l'objet est de déterminer l'emploi qui devra être fait de sommes d'argent ou de valeurs mobilières apportées par l'un des époux, la femme ordinairement, et qui lui ont été réservées propres par le contrat de mariage. Quoique empruntée au régime dotal, cette clause peut valablement être insérée dans un contrat de mariage contenant stipulation de la communauté. Cass, 21 févr. 1894, D., 94. 1. 294.

71 bis. En quels biens le remploi ou l'emploi doit-il être effectué ? Il y a lieu de se conformer sur ce point aux dispositions de la loi ou du contrat de mariage. Ainsi, quand il est dit dans le contrat que l'emploi ou le remploi devra être fait en immeubles, il ne pourrait pas être effectué valablement en valeurs mobilières. Toutefois, aux termes de l'art. 29 al. I et 2 de la loi de finances du 16 septembre 1871 : « Les sommes dont le placement ou le remploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit entre vifs, ou testamentaire, peuvent, à moins de clause contraire, être employées en rentes françaises de toute nature. Dans ce cas, et sur la réquisition des parties, l'immatricule de ces rentes au grand livre de la dette publique en indique l'affectation spéciale ». Adde loi du 11 juin 1878, art. 3.

QUATRIÈME CAS. Acquisition d'une portion indivise d'un immeuble dont l'autre portion appartient en propre à l'un

des époux (art. 1408).

72. Cette difficile matière, qui a son origine dans la loi 78, D., De jure dotium (XXIII, 3), est régie par l'art. 1408 ainsi conçu : « L'acquisition

- » faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement,

- » de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire

- » par indivis, ne forme point un conquêt ; sauf à indemniser la

- » communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

- » — Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel,

- » acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un

- » immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la

- » dissolution de la communauté, a le choix ou d'abandonner l'effet

- » à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme

- » de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer

- » l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition ».

Le législateur prévoit deux hypothèses fort distinctes.

73. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Une portion indivise d'un immeuble appartient en propre à l'un des époux, soit au mari, soit à la femme. Cet époux acquiert les autres portions indivises ou quelques-unes d'entre elles à titre de licitation ou autrement. L'acquisition formera un propre pour l'époux, sauf à récompenser la communauté de la somme qu'elle aurait fournie pour l'acquisition. Ainsi c'est le mari qui est copropriétaire par indivis d'un immeuble

avec Primus ; sa portion indivise constitue pour lui un propre ; le mari achète la part de son consort pour 10.000 fr. Cette acquisition, étant faite à titre onéreux, devrait former un conquêt (art. 1401-3°) ; mais la loi, dérogeant au droit commun, décide que l'acquisition formera un propre pour l'époux, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle aurait fournie pour l'acquisition. Dans notre espèce, l'immeuble tout entier sera donc propre au mari, sauf la récompense. La part indivise, qui appartenait à l'époux dans l'immeuble, et qui constituait pour lui un propre, a ainsi l'énergie d'attirer à elle les autres parts indivises dont cet époux fait l'acquisition. Sans cette disposition, l'indivision ne cesserait d'exister entre l'époux copropriétaire et ses consorts que pour continuer entre cet époux et la communauté devenue propriétaire des parts acquises. Résultat contraire, non seulement à la volonté probable des époux, mais encore à l'intérêt général de la société, qui exige que l'indivision ne se perpétue pas.

De ces motifs il résulte que l'art. 1408 al. 1 ne doit pas être appliqué seulement dans le cas où le droit indivis acquis par l'époux a pour objet un ou plusieurs immeubles déterminés. S'il a acquis la part indivise de l'un ou de quelques-uns de ses consorts dans une universalité comprenant à la fois des meubles et des immeubles, ces derniers resteront propres à l'époux et les meubles seuls tomberont dans la communauté. La communauté aura droit à une récompense pour la somme qu'elle a fournie en vue de l'acquisition des immeubles, somme qui sera déterminée par une ventilation, si l'acquisition a été faite pour un prix unique. Cass., 18 fév. 1908, D., 08. 1. 529 et la note.

L'explication que nous avons donnée de l'art. 1408 al. 1 a été fournie lors de la confection de la loi par le tribun Siméon. Tronchet en a présenté une autre au conseil d'Etat. D'après lui, la disposition de l'art. 1408 al. 1 ne serait qu'une conséquence du principe que le partage est déclaratif de propriété (art. 883). Les parts indivises,

acquises par licitation ou autrement, seraient déclarées propres à l'appoux adjudicataire ou acquéreur, parce qu'il est réputé en avoir toujours été seul propriétaire. C'était l'explication admise par Pothier ; mais d'autres auteurs, notamment Lebrun, la repoussaient. D'après eux, le principe, que le partage est déclaratif de propriété, était étranger aux relations des cohéritiers avec la communauté, et c'est encore aujourd'hui l'avis de plusieurs jurisconsultes. Cpr supra, n. 57.

74. Quatre conditions sont requises pour l'application de l'art. 1408 al. 1.

1° Il faut que l'un des époux soit propriétaire d'une portion indivise dans un immeuble. L'article ne recevrait donc pas son application au cas où, l'indivision ayant cessé par un partage qui a attribué à l'époux une part divisée dans l'immeuble, cet époux acquerrait les autres parts attribuées par le partage à ses consorts : l'acquisition profiterait à la communauté d'après l'art. 1401-3°. On n'est plus ici dans l'exception ; par conséquent on rentre dans la règle. Cpr. Besançon, 16 mai 1906, S., 07. 2. 89 et la note de M. Wahl.

* De là nous concluons que l'acquisition à titre onéreux, faite pendant le mariage, de l'usufruit grevant un immeuble propre à l'un des époux, formerait un conquêt et non un propre ; en d'autres termes, l'usufruit racheté tomberait dans la communauté, par application de l'art. 1401-3°. L'art. 1408 al. 1 n'est pas applicable ici, parce qu'il n'y a pas indivision entre l'époux nu propriétaire et l'usufruitier (cpr. t. I, n. 1517). Non obstat art. 1437 ; la décision que donne cet article relativement au rachat des services fonciers, expression qui ne désigne que les servitudes réelles, n'est pas nécessairement applicable à l'usufruit, qui est une servitude personnelle. Et puis il est matériellement impossible que le rachat d'une servitude profite à un autre qu'au propriétaire du fonds servant, tandis que pareille impossibilité n'existe pas pour l'usufruit.

D'ailleurs, du moment qu'il y a indivision, il importe peu qu'elle ait pris naissance avant le mariage ou pendant : lex non distinguit. Peu importe aussi la cause qui a donné naissance à l'indivision, succession, donation, legs ou tout autre titre. Enfin il n'y a pas à se préoccuper non plus de savoir quelle est l'importance de la portion indivise qui appartient à l'époux ; fût-elle d'un centième seulement, l'article s'appliquerait.

2° — Il faut que la portion indivise de l'un des époux dans l'immeuble lui appartienne en propre. Si cette portion indivise est tombée dans la communauté, soit parce qu'elle a été acquise à titre onéreux pendant le mariage, soit parce qu'elle a été donnée à l'époux à la condition qu'elle tomberait dans la communauté, soit parce qu'elle a été attribuée à la communauté par une clause du contrat de mariage, alors c'est la communauté qui est copropriétaire de l'immeuble, et c'est à elle que profiteront les acquisitions des autres portions indivises.

3° — L'acquisition des parts indivises appartenant aux conjoints de l'époux doit avoir été faite à titre onéreux. Arg. des mots : « de la somme fournie pour l'acquisition ». Si donc ces parts ont été acquises par donation entre vifs ou testamentaire, il y aura lieu à l'application de l'art. 1405, et non de l'art. 1408.

Mais qu'importe, dira-t-on, puisque l'application de l'art. 1405 conduit également à décider que les parts acquises sont propres ? Quel intérêt y a-t-il à dire qu'elles sont propres d'après l'art. 1405 plutôt que d'après l'art. 1408 ? Il importe beaucoup. En effet, l'art. 1405 recevant ici son application, à l'exclusion de l'art. 1408, il en résulte que les parts acquises par donation pourront tomber dans la communauté, en vertu d'une clause formelle de la donation, et qu'elles y tomberaient également si la donation avait été faite aux deux époux conjointement sans assignation de parts. Voyez supra, n. 58.

D'ailleurs, du moment que l'acquisition a été faite à titre onéreux, il importe peu que ce soit par vente, cession, transaction ou tout autre fait juridique. La loi dit : « à titre de licitation ou autrement ». Les mots ou autrement ne figuraient pas dans la rédaction primitive ; ils ont été ajoutés sur la demande du tribunal, pour qu'il fût bien entendu que la disposition s'appliquait à l'acquisition faite à un titre onéreux quelconque.

Il n'y a pas à se préoccuper non plus de savoir si l'indivision a cessé complètement entre l'époux et ses consorts par l'acquisition de toutes les parts de ceux-ci, ou partiellement par l'acquisition de quelques-unes. Dans tous les cas l'art. 1408 al. 1 s'appliquera ; lex non distinguit. Lyon, 21 janv. 1876, D., 78. 2. 38. L'opinion contraire compte d'assez nombreux partisans. L'esprit de la loi, disent-ils, ne permet d'appliquer sa disposition qu'au cas où l'indivision a cessé complètement par l'acquisition de toutes les parts des consorts. En ce sens, Riom, 12 déc. 1888, S., 91. 2. 85. — Mais l'esprit de la loi est très douteux, tandis que son texte est positif : le plus sûr est de s'y tenir.

4° — Enfin il faut que l'acquisition ait été faite par l'époux propriétaire de la portion indivise (Pau, 9 déc. 1889, S., 91. 2. 49) ou tout au moins avec son concours. Ainsi c'est à la femme qu'appartient en propre la portion indivise ; les parts de ses consorts sont achetées par la femme régulièrement autorisée, ou par les deux époux conjointement (Paris, 11 août 1903, D., 05. 2. 43) ou par le mari agissant comme mandataire de la femme ; l'art. 1408 al. 1 s'appliquera. Au contraire il ne s'appliquera plus, si l'acquisition est faite par le mari sans le concours de la femme et sans mandat de la part de celle-ci ; mais nous tombons alors dans l'hypothèse de l'alinéa 2.

75. DEUXIÈME HYPOTHÈSE (art. 1408 al. 2). C'est à la femme qu'appartient en propre une portion indivise d'immeuble. Le mari achète les portions appartenant aux

consorts de la femme ou quelques-unes d'entre elles ; ou bien, l'immeuble étant licité, le mari s'en rend adjudicataire ; tout cela sans le concours de la femme. En un mot, comme le dit l'art. 1408 al. 2, le mari agissant seul et en son nom-personnel se rend acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité de l'immeuble appartenant par indivis à la femme. L'acquisition ainsi faite formera-t-elle un conquêt de communauté, ou procurera-t-elle un propre à la femme ? Adopter le premier parti, c'eût été donner au mari le moyen de réaliser pour le compte de la communauté, en tenant la femme à l'écart, une spéculation qui semblait s'offrir naturellement à la femme, à raison de son droit de copropriété. D'un autre côté on ne pouvait guère songer à imposer l'acquisition à la femme en la lui attribuant à titre de propre ; car cette acquisition peut ne pas lui convenir ; peut-être aussi a-t-elle été faite dans des conditions désavantageuses. C'est pourquoi la loi a pris un moyen terme ; elle accorde à la femme un droit d'option : la femme peut, ou bien laisser au compte de la communauté l'acquisition faite par le mari, ou bien la prendre pour son propre compte, ce qui s'appelle exercer le retrait d'indivision.

76. Premier terme du droit d'option. La femme laisse au compte de la communauté l'acquisition faite par le mari. C'est ce que la loi appelle abandonner l'effet à la communauté. L'article ajoute que la communauté « devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix ». Ainsi, la femme étant copropriétaire pour la moitié d'un immeuble indivis entre elle et son frère, le mari se rend adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble moyennant une somme de 20.000 fr. Si la femme abandonne l'effet à la communauté, elle aura droit à une récompense de 10.000 fr. représentant sa part dans le prix, qui est de la moitié.

Ce que la femme doit abandonner à la communauté, c'est l'acquisition faite par le mari. Par conséquent l'abandon

devra porter sur la totalité de l'immeuble, si le mari s'en est rendu adjudicataire sur licitation ; car alors c'est la totalité de l'immeuble qui a été acquise. Au contraire, si le mari n'a fait qu'acquérir les parts des consorts de la femme, l'abandon ne doit porter que sur ces parts. Dans cette dernière hypothèse, la femme conserve donc comme propre la part indivise qui lui appartient dans l'immeuble, et se trouve désormais dans l'indivision avec la communauté. Il faut rejeter l'opinion d'après laquelle la femme devrait abandonner l'immeuble tout entier, y compris sa part indivise. Un texte bien formel serait nécessaire pour que cette opinion dût être admise, et il ne se trouve pas, à notre avis, dans la disposition de notre article, d'après laquelle l'abandon doit porter sur l'effet, ce mot extrêmement vague pouvant s'entendre de l'acquisition faite par le mari, tout aussi bien que de la totalité de l'immeuble.

77. Deuxième terme du droit d'option, ou retrait d'indivision. La femme déclare qu'elle entend prendre pour son compte l'acquisition faite par le mari. C'est ce qu'on est convenu d'appeler retrait d'indivision : retrait, parce que la femme retire de la communauté, comme le dit l'art. 1408, l'acquisition faite par le mari pour se l'approprier ; d'indivision, parce que ce retrait est exercé à l'occasion et comme conséquence de l'indivision qui existait entre la femme et ses consorts. L'immeuble ou la portion d'immeuble ainsi retirée par la femme constitue pour elle un propre.

La femme qui exerce le retrait d'indivision doit rembourser à la communauté le prix de l'acquisition, et en outre, quoique la loi ne le dise pas, les frais et loyaux coûts du contrat ; car il est juste que la communauté soit rendue complètement indemne. Mais la femme ne doit rien de plus, alors même que la valeur de l'immeuble acquis aurait considérablement augmenté ; comme aussi, en sens inverse, si l'immeuble a diminué de valeur, la femme n'en

est pas moins tenue au remboursement intégral de tout ce que la communauté a payé.

La femme qui exerce le retrait d'indivision, prenant pour son compte l'acquisition faite par le mari, est nécessairement réputée avoir été propriétaire dès le jour de cette acquisition. Il en résulte notamment que le fisc ne peut pas réclamer deux droits de mutation, et que la femme n'est pas obligée de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels faites par le mari seul *medio tempore* ; car elle n'est pas l'ayant-cause de celui-ci. D'ailleurs, s'il en était autrement, rien ne serait plus facile au mari que de rendre illusoire le droit d'option de la femme, en aliénant l'immeuble ou en le grevant de droits réels.

* Suivant l'opinion générale, la femme qui exerce le retrait d'indivision n'est pas tenue personnellement, mais seulement en tant que commune en biens, des obligations contractées envers ses consorts par le mari comme condition de l'acquisition, par exemple du paiement à ses consorts de leur part dans le prix de la licitation ; sauf bien entendu l'exercice, de la part de ceux-ci, de leur droit de privilège ou de résolution sur l'immeuble dans lequel ils avaient un droit indivis.

78. Il résulte de l'art. 1408 al. 2 que la femme ne peut pas être forcée d'exercer son droit d'option avant la dissolution de la communauté. A cette époque, qui sera souvent éloignée de celle de l'acquisition, la femme tiendra naturellement compte, pour fixer son choix, de la valeur actuelle de l'immeuble. Si cette valeur a doublé, la femme ne manquera pas d'exercer le retrait ; en sens inverse, elle ne se fera pas faute de laisser l'acquisition à la communauté, si la valeur de l'immeuble a diminué de moitié : de sorte que la femme profitera des chances heureuses, et laissera les mauvaises au compte de la communauté.

La femme a le droit d'attendre la dissolution de la communauté pour exercer son option, mais elle n'y est pas obligée. Libre à elle de renoncer au bénéfice que la loi lui accorde, en devançant un terme qui a été fixé dans son intérêt exclusif. L'opinion générale s'est formée en sens contraire : la plupart des auteurs enseignent que l'option laissée à la femme ne peut valablement être exercée qu'à la dissolution de la communauté. La jurisprudence est aussi en ce sens. Rennes, 9 fév. 1891, D., 91. 2. 174, S., 91. 2. 127.

Conformément aux règles du droit commun, qui doivent recevoir ici leur application par cela seul que la loi n'y a pas dérogé, la volonté de la femme, exerçant son droit d'option soit pendant la communauté, soit après la dissolution, peut être manifestée tacitement aussi bien qu'expressément. Ainsi la femme, qui a concouru à la vente faite par le mari de l'immeuble par lui acquis, a manifesté tacitement la volonté d'abandonner l'effet à la communauté ; elle ne pourra donc pas plus tard venir exercer le retrait d'indivision au préjudice de l'acquéreur. Cass., 26 janv. 1887, S., 90. 1. 293, D., 87. 1. 275. C'est aussi d'après les règles du droit commun que doit être gouvernée la prescription du droit d'option accordé à la femme ; elle s'accomplirait par trente ans à dater de la dissolution de la communauté (arg. art. 2262). Est-ce à dire que, pendant toute la durée de ce long délai, la femme puisse entraver la liquidation de la communauté, en refusant de se prononcer ? Assurément non ; on s'accorde à reconnaître que le mari ou ses héritiers auraient le droit de mettre la femme en demeure de s'expliquer ; car, non seulement la loi ne lui accorde pas trente ans pour délibérer, mais elle ne lui accorde même aucun délai.

Qu'arrivera-t-il maintenant, si la femme laisse la prescription de son droit d'option s'accomplir ? A notre avis l'acquisition faite par le mari constituera définitivement un conquêt. Cette qualité lui appartient d'après les règles du

droit commun, et la femme ne peut la lui faire perdre qu'en exerçant le retrait d'indivision en temps utile.

Nous donnerions la même solution, si la femme refusait de se prononcer sur une mise en demeure régulière.

Le droit d'option de la femme passe après sa mort à ses héritiers. Riom, 12 déc. 1888, S., 91. 2. 85. Nous pensons que les créanciers de la femme pourraient aussi l'exercer de son chef par application de l'art. 1166 ; car c'est là un droit pécuniaire, et on ne voit pas pourquoi il devrait être considéré comme exclusivement attaché à la personne de la femme. La jurisprudence est en sens contraire. Voir Riom, précité, et Lyon, 31 mai 1894, sous Cass., D., 98. 1. 68.

* La femme peut incontestablement se prévaloir du droit d'option établi à son profit par l'art. 1408, non seulement lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté légale, mais aussi lorsqu'elle est mariée sous un régime de communauté conventionnelle (arg. art. 1528). Une jurisprudence constante, approuvée par la doctrine, étend l'application de l'art. 1408 au cas où la femme est mariée sous le régime dotal. Cass., 26 janv. 1887, S., 90. 1. 293, D., 87. 1. 275. Cette solution, contre laquelle paraît ne pas s'élever d'objection sérieuse quand il y a société d'acquêts entre les époux, la société d'acquêts étant une communauté conventionnelle, est plus difficile à justifier quand le régime dotal a été stipulé sans société d'acquêts. En effet l'art. 1408, dérogeant au droit commun, semble ne pouvoir être étendu en dehors du cas pour lequel il a été écrit ; or la place qu'il occupe et les termes dans lesquels il est conçu paraissent bien démontrer qu'il n'a été édicté qu'en vue du cas où il y a communauté entre les époux.

II. Des propres mobiliers.

79. On donne le nom de propres mobiliers à certains objets mobiliers, qui appartiennent en propre aux époux,

par dérogation à la règle d'après laquelle tout le mobilier présent et futur des époux tombe dans la communauté (art. 1401-1°).

Doivent être considérés comme ayant ce caractère :

1° Les objets mobiliers que les époux se sont réservés propres par une clause de leur contrat de mariage. Il est vrai que cette clause transforme la communauté légale en communauté conventionnelle.

2° Les objets mobiliers qui ont été donnés ou légués à l'un des époux sous la condition expresse qu'ils ne tomberaient pas dans la communauté (art. 1401-1°). V. cep. infra, n. 230, où il est expliqué que les donations mobilières faites par l'un des époux à l'autre engendrent un propre au profit de l'époux donataire, en vertu de la volonté certaine quoique non exprimée du donateur. Cpr. infra, n. 245 et supra, n. 18 in fine.

3° Tous les droits qui sont incessibles, par exemple une rente viagère donnée ou léguée à l'un des époux sous la condition de ne pouvoir être cédée. On peut citer encore les soldes de retraite, les pensions de la légion d'honneur et en général les pensions dues par les administrations publiques et par l'Etat, toutes déclarées incessibles par diverses lois. Les biens des époux ne pouvant tomber dans la communauté qu'en vertu d'une cession expresse ou tacite, ceux de ces biens qui ne sont pas susceptibles d'être cédés sont nécessairement exclus de la communauté. Alger, 11 mars 1885, D., 86. 2. 222, S., 87. 2. 59. La communauté a seulement droit aux arrérages échus pendant son cours. Arg. art. 1401-2°.

Mais les biens des époux qui sont insaisissables sans être incessibles tomberaient dans la communauté. Il en est ainsi notamment des rentes sur l'Etat.

4° Toutes les choses mobilières qui proviennent d'un propre sans en être des fruits, comme la coupe d'une haute futaie non aménagée (arg. art. 1403 al. 1), les produits

d'une carrière non ouverte avant la célébration du mariage (même article), enfin les matériaux provenant de la démolition d'une maison propre à l'un des époux.

5° « Toutes les choses mobilières qui sont substituées pendant la communauté à un propre de l'un des conjoints » (Pothier). On ne pourrait les faire tomber dans la communauté, sans porter atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, puisqu'un bien, qui, d'après ces conventions, devait être propre, se transformerait en un autre qui deviendrait commun.

Voici deux applications de cette règle

a. Un immeuble propre ayant été vendu pendant le mariage, la créance du prix est subrogée à l'immeuble et devient propre à sa place (arg. art. 1433). Il en est de même de la soulte, que l'un des époux stipule à son profit en échangeant un immeuble propre contre un autre immeuble de valeur moindre.

b. La créance d'indemnité contre une compagnie d'assurances, à raison de l'incendie d'un bâtiment propre à l'un des époux, ne tombe pas dans la communauté. Il en serait ainsi, alors même que, s'agissant d'un immeuble propre à la femme, l'assurance aurait été faite par le mari et les primes payées par la communauté. Le mari a rempli un devoir en faisant l'assurance, car il est chargé d'administrer la fortune de la femme et par suite de veiller à sa conservation (art. 1428), et la communauté en a rempli un autre en payant les primes, qui sont charge de sa jouissance ; aussi n'aurait-elle droit de ce dernier chef à aucune récompense.

* 5° bis. — La soulte en argent attribuée à l'un des époux dans le partage d'une succession purement immobilière à laquelle il était appelé avec d'autres héritiers, constitue une créance propre à cet époux. On ne peut pas dire qu'en vertu de la rétroactivité attachée au partage par l'art. 883, l'époux créancier de la soulte doit être considéré comme ayant toujours eu droit à la soulte, que par suite la créance

dans laquelle consiste cette soulte doit tomber dans la communauté. En effet, le principe de l'art. 883 ne s'applique qu'aux effets de la succession ; or, la créance attribuée à l'époux à titre de complément de sa part héréditaire n'est pas un bien de la succession.

6° V. aussi L. 20 juil. 1886, art. 13, al. 3 et 5, et L. 9 mars 1910, art. 2, al. 2, *infra* n. 97 *ter*.

80. La communauté, nous le savons, est usufruitière de tous les biens personnels des époux, par conséquent de leurs propres mobiliers comme de leurs propres immobiliers. Pour déterminer l'étendue des droits qui appartiennent à la communauté comme usufruitière des propres mobiliers, il faut se référer aux règles du droit commun. L'application de ces règles conduit à distinguer suivant que les propres mobiliers sont tangibles ou non fongibles.

a — Sur les propres mobiliers consistant en choses fongibles, comme de l'argent comptant, des denrées, la communauté a les droits déterminés par l'art. 587 ; elle en devient donc propriétaire, sauf récompense. Le droit de propriété de l'époux du chef duquel proviennent ces propres, se transforme en un droit de créance contre la communauté pour leur valeur. Aussi désigne-t-on dans la doctrine les propres de cette première catégorie sous le nom de propres imparfait.

b. — Au contraire, sur les propres mobiliers consistant en choses non tangibles, comme une créance, une rente, un office ministériel, des meubles meublants, la communauté n'a que les droits de jouissance déterminés par les art. 582 et 589 ; la propriété reste à l'époux. D'où plusieurs conséquences : 1° Les risques demeurent au compte de l'époux, qui profite aussi des améliorations dues au cours naturel des choses. *Cpr. infra*, n. 253, 254 et 259 ; 2° Les propres mobiliers de cette nature appartenant à la femme ne peuvent pas être aliénés par le mari (*infra*, n. 132 *bis*) ni saisis par ses créanciers ; 3° L'époux propriétaire a le droit

de reprendre son bien en nature lors de la dissolution de la communauté. — Les propres de cette seconde catégorie sont désignés sous le nom de propres parfaits.

81. Telle est la composition en actif de chacun des trois patrimoines dont la communauté suppose l'existence ⁴.

Maintenant, si l'un des époux soutient que tel bien lui est propre, l'autre prétendant qu'il est conquêt, lequel des deux devra prouver sa prétention ? La question est résolue par l'art. 1402, ainsi conçu : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé

» que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement

» au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de
» succession ou donation ». Ce que la loi dit des immeubles s'applique à plus forte raison aux meubles, qui sans doute ne se sont pas présentés à la pensée du rédacteur parce qu'ils n'ont la qualité de propres que dans des cas assez rares. D'autre part, il est clair que l'un des époux peut revendiquer un bien comme propre, en prouvant qu'il l'a acquis en vertu d'une cause productive de propres quelle qu'elle soit, alors même qu'elle ne serait pas comprise dans l'énumération incomplète de l'art. 1402, comme l'échange ou le remploi. L'art. 1402 eût donc été rédigé d'une manière plus simple et plus correcte tout à la fois, si le législateur eût dit : « Tout bien est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé qu'il appartient en propre à l'un des époux ».

Ainsi, dans le doute, la loi présume commun le bien dont la nature est contestée : Cette présomption se base sur ce que la communauté possède tous les biens, tant communs que propres, par l'intermédiaire de son chef qui les administre ; en qualité de possesseur, elle est réputée propriétaire. L'époux, qui prétend qu'un bien lui est propre, devra donc en fournir la preuve. *Actori incumbit probatio*. Dans tous les cas d'ailleurs, la preuve devra être faite

conformément aux règles du droit commun. Ces règles sont applicables par cela seul que le législateur n'y a pas dérogé.

§ II. Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté.

82. Dans le paragraphe précédent, le législateur s'est occupé de la composition active de chacun des trois patrimoines dont la communauté suppose l'existence ; il va s'occuper ici de leur composition passive ⁵.

De même que l'actif de la communauté se compose de certains biens des époux, le passif de cette même communauté est formé par certaines dettes des époux.

Formulons au début, sauf à les justifier plus tard, quatre règles dont la connaissance est nécessaire pour l'intelligence de cette difficile matière.

PREMIÈRE RÈGLE. La communauté n'a pas d'autre passif que les dettes des époux mises par la loi à sa charge. Toute dette de l'un des époux dont la loi n'a pas chargé la communauté demeure propre à cet époux.

Nous avons donc ici une règle inverse de celle écrite en l'art. 1402. D'après cet article, tout bien provenant du chef de l'un ou de l'autre des époux est réputé acquêt de communauté, sauf la preuve contraire. A l'inverse, toute dette de l'un des époux est réputée propre à cet époux, à moins qu'il ne prouve le contraire. Mais au fond, ces deux règles opposées sont peut-être bien la conséquence d'un même principe, savoir qu'il faut toujours admettre en cas de doute la solution la plus favorable à la communauté. Et en effet il n'y a pas de raison pour présumer un état de choses qui serait favorable à l'un des époux au détriment de l'autre.

DEUXIÈME RÈGLE. L'époux, du chef duquel une dette est tombée dans la communauté, peut toujours être

poursuivi pour le paiement intégral de cette dette.

Les conventions matrimoniales, expresses ou tacites, que fait un débiteur, peuvent bien avoir pour résultat d'améliorer la condition de son créancier en lui donnant un débiteur de plus, la communauté. Mais elles ne peuvent pas soustraire personnellement le débiteur à l'action de son créancier en lui substituant un nouveau débiteur, la communauté, ce qui empirerait peut-être la situation du créancier. En d'autres termes, par suite des conventions matrimoniales de son débiteur, un créancier gagnera quelquefois un nouveau débiteur, la communauté, mais il ne perdra pas l'ancien.

TROISIÈME RÈGLE. En principe, la communauté supporte définitivement toutes les dettes que la loi fait figurer dans son passif ; exceptionnellement, il y a quelques-unes de ces dettes que la communauté n'est tenue de payer que sauf son recours contre l'époux du chef duquel elle en a été chargée.

Dans le premier cas, on dit que la communauté est tenue sans récompense, dans le deuxième, qu'elle est tenue sauf récompense. En d'autres termes, il y a des dettes qui sont dettes de la communauté d'une manière absolue, c'est-à-dire non seulement dans les rapports de la communauté avec le créancier, mais aussi dans les rapports de la communauté avec les époux ou, ce qui est équivalent, des époux entre eux ; car la communauté n'est pas autre chose que les époux communs en biens ; exemple : les dettes contractées pendant le mariage pour les besoins du ménage (art. 1409-5°). Il y a d'autres dettes, au contraire, qui ne sont dettes de la communauté que d'une manière relative, c'est-à-dire par rapport au créancier seulement, mais non par rapport aux époux dans leurs relations entre eux, comme par exemple la dette contractée avant le mariage pour l'acquisition d'un immeuble qui est devenu propre. A bien dire, il n'y a que les dettes de la première catégorie qui soient des dettes de communauté ; ce sont

les seules auxquelles Pothier donne ce nom. Les autres sont plutôt des dettes des époux, payables par la communauté sauf recours, que des dettes communes. Néanmoins, la loi fait figurer les unes et les autres dans l'énumération qu'elle donne des dettes composant le passif de la communauté.

QUATRIÈME RÈGLE. Toute dette du mari est dette de la communauté, et réciproquement toute dette de la communauté est dette du mari.

Les créanciers du mari peuvent donc poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté, et réciproquement les créanciers de la communauté peuvent poursuivre leur paiement sur les biens du mari. Cela tient à ce que, le mari ayant sur les biens de la communauté des pouvoirs presque aussi étendus que ceux d'un propriétaire (art. 1421), les biens de la communauté sont, au moins tant que la communauté dure, réputés biens du mari, et sont censés ne former avec les biens propres de celui-ci qu'un seul et unique patrimoine soumis à l'autorité d'un même maître.

83. Cela posé, l'art. 1409 indique dans les termes suivants la composition passive de la communauté : « La communauté se

- » compose passivement, — 1° De toutes les dettes mobilières dont

- » les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage

- » ou dont se trouvent chargées les successions qui leur échoient

- » durant le mariage, sauf la récompense pour celles relatives aux

- » immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux ; — 2° Des dettes

- » tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari

- » pendant la communauté ou par la femme du consentement du

» mari, sauf la récompense dans les cas où elle a lieu ; —
3° Des

» arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui

» sont personnelles aux deux époux ; — 4° Des réparations usufructuaires

» des immeubles qui n'entrent point en communauté ; —

» 5° Des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants

» et de toute autre charge du mariage ».

Nous allons étudier successivement les divers termes de cette énumération dans l'ordre même de la loi. Toutefois les dettes des successions échues aux époux durant le mariage formant une matière toute spéciale régie par les art. 1411 à 1418, nous la mettrons en réserve pour la traiter dans un appendice.

I. Dettes mobilières des époux antérieures à la célébration du mariage.

84. La loi, qui fait tomber dans la communauté tout le mobilier appartenant aux époux lors du mariage, y fait tomber aussi, comme contre-partie, toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés à cette même époque, sans aucune exception, même les dettes hypothécaires, même les dettes contractées dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage. Cette règle a été empruntée à notre ancien droit, où elle avait été admise en vertu de ce principe, au sujet duquel il y aurait beaucoup à dire, que les dettes mobilières d'une personne sont une charge de l'universalité de ses meubles. « Qui épouse le corps, épouse les dettes », disait Loysel.

De là résulte une conséquence qui vaut la peine d'être signalée : si l'un des époux se trouve débiteur de l'autre au moment de la célébration du mariage, la dette s'éteint par confusion ; car elle tombe activement et passivement dans

la communauté, qui se trouve désormais investie de la double qualité de créancière et de débitrice (art. 1300,. Cpr. Besançon, 6 janv. 1906, D., 08. 2. 347.

85. En mettant à la charge de la communauté les dettes mobilières des époux, l'art. 1409-1° en exclut virtuellement leurs dettes immobilières. Nous savons qu'une dette est mobilière ou immobilière, suivant que la chose due est mobilière ou immobilière. C'est donc l'objet d'une dette qui détermine sa nature. Cpr. t. I, n. 1261.

Les dettes immobilières n'étaient pas rares dans notre ancien droit. On sait que la plupart des rentes étaient alors immobilières, et, d'autre part, la vente d'un immeuble n'en transférait pas la propriété de plein droit, mais faisait naître seulement l'obligation de transférer cette propriété, donc une dette immobilière. Ces deux sources fécondes de dettes immobilières ont été taries par le code civil, qui a mobilisé les rentes (art. 529 al. 2) et donné au seul consentement des parties la puissance de transférer la propriété indépendamment de toute tradition (art. 1138 et 1583). Cpr. t. I, n. 1361. Il en résulte que les dettes immobilières sont devenues presque une abstraction, à tel point qu'on éprouve quelque embarras pour en donner des exemples. On peut cependant citer le cas de la vente ou du legs d'un immeuble indéterminé, par exemple dix hectares de terre à prendre dans tel domaine. En dépit des art. 1138 et 1014, il est impossible qu'une pareille vente ou un pareil legs transfère la propriété, ce résultat ne pouvant se produire, par la force même des choses, que lorsqu'il s'agit d'un immeuble déterminé. Nous ne verrons donc naître ici qu'une obligation de transférer la propriété, donc une dette immobilière. De même, si les parties sont convenues, dans une vente ayant pour objet un immeuble déterminé, que la propriété ne sera transférée qu'à partir d'une certaine époque, jusqu'à l'arrivée du terme fixé, l'acquéreur n'a qu'un droit de créance immobilière. Enfin on peut citer encore comme donnant naissance à une dette immobilière

la promesse de constituer une hypothèque ou une servitude sur un immeuble, dans les cas au moins où cette promesse ne fait pas naître par elle-même et par elle seule le droit qu'elle a pour objet de créer.

Après avoir dit que les dettes mobilières des époux antérieures au mariage tombent à la charge de la communauté, la loi ajoute : sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. Par dettes relatives aux immeubles propres... entendez celles qui ont été contractées pour l'acquisition, le recouvrement, la conservation ou l'amélioration d'un propre, et qui profitent ainsi exclusivement à l'époux auquel ce propre appartient (infra, n. 145 et 146). Ainsi le mari a acheté avant le mariage un immeuble, dont il doit encore le prix lors de la célébration. Cette dette, étant mobilière, puisqu'elle a pour objet une somme d'argent, tombera dans la communauté, bien qu'elle ait été contractée pour l'acquisition d'un immeuble qui reste propre à l'époux (art. 1404 al. 1). Seulement, comme il ne serait pas juste que la communauté supportât définitivement la dette du prix d'un propre, elle aura droit à récompense contre l'époux acquéreur, de sorte qu'elle fera seulement une avance de fonds. En sens inverse, la créance du prix d'un immeuble vendu par l'un des époux antérieurement au mariage tombe dans la communauté, mais sans récompense au profit de l'époux. On n'a plus à craindre ici les fraudes que la loi a voulu prévenir en décidant que la dette du prix d'un propre acheté avant le mariage ne tombe dans la communauté que sauf récompense.

Si une dette antérieure au mariage est à la fois mobilière et immobilière, elle tombera dans la communauté pour la partie mobilière et en sera exclue pour la partie immobilière.

S'agit-il d'une dette alternative portant sur un meuble ou sur un immeuble ? C'est au paiement qu'il faudra avoir

égard pour déterminer la nature mobilière ou immobilière de la dette. Il n'en serait pas de même d'une dette facultative : sa nature se détermine d'après celle de la chose qui est in obligatione, sans qu'il y ait lieu de considérer celle qui est in facultate solutionis. (V. t. II, n. 190). La nature de la dette se détermine de la même manière que celle de la créance, ou plutôt la créance et la dette sont les deux faces d'un seul et même droit.

* Le titre exécutoire contre la femme l'est aussi contre le mari et la communauté ; car la loi fait tomber les dettes des époux dans la communauté telles qu'elles se comportent. Il ne serait même pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, que le créancier fît au mari, préalablement à l'exécution, une signification dans les termes de l'art. 877. Cpr. Cass., 25 nov. 1907, D., 08. 1. 372.

86. La règle, qui met à la charge de la communauté les dettes mobilières des époux antérieures au mariage, souffre, en ce qui concerne la femme, une importante restriction résultant de l'art. 1410. Pour qu'une dette de la femme tombe à la charge de la communauté, il ne suffit pas qu'elle soit ou paraisse être antérieure au mariage, il faut en outre que l'acte qui la constate ait date certaine antérieure au mariage. Autrement rien ne serait plus facile à la femme que d'éluder, au moyen d'une antedate, la règle qui ne lui permet pas d'obliger la communauté pendant le mariage sans l'autorisation de son mari. La femme par exemple emprunterait de l'argent sans autorisation, et elle souscrirait au profit du prêteur une reconnaissance portant une date antérieure au mariage. Pour déjouer cette fraude si facile à commettre, la loi, assimilant avec raison la communauté à un tiers, lui permet de refuser le paiement de toute dette de la femme n'ayant pas date certaine antérieure au mariage. Une fraude du même genre n'était pas à craindre de la part du mari, la communauté étant tenue des dettes qu'il contracte pendant le mariage, aussi bien que de celles dont il était grevé auparavant (art. 1409-

2°) ; aussi la disposition de l'art. 1410 est-elle spéciale à la femme. Elle sera facilement comprise après les explications dans lesquelles nous venons d'entrer : « La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées

» avant le mariage par la femme, qu'autant qu'elles résultent d'un

» acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la

» même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par

» le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte. —
Le créancier

» de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas de date certaine

» avant le mariage, ne peut en poursuivre contre elle le paiement

» que sur la nue propriété de ses immeubles personnels. —
Le mari

» qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette

» nature, n'en peut demander la récompense ni à sa femme, ni à

» ses héritiers ».

Les mots « d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine » doivent être entendus comme signifiant : d'un acte authentique antérieur au mariage, ou d'un acte sous seing privé ayant reçu avant la même époque une date certaine ». Pour trouver ce sens à la disposition de la loi, il suffit de couper la phrase ainsi : « d'un acte — authentique antérieur au mariage — ou ayant reçu avant la même époque une date certaine ».

Remarquons en outre que, dans le membre de phrase qui suit, la loi ne mentionne que deux des causes qui, d'après l'art. 1328, font acquérir date certaine aux actes sous seing privé ; la troisième, qui consiste dans la relation de la

substance de l'acte sous seing privé dans un acte dressé par un officier public, n'y est pas mentionnée ; mais tout le monde admet que c'est là un oubli qui ne doit pas tirer à conséquence. En un mot, il faut et il suffit que l'acte sous seing privé, qui constate l'obligation de la femme, ait acquis date certaine antérieure au mariage par l'un des moyens qu'indique l'art. 1328. C'est le droit commun, et il n'y avait aucun motif d'y déroger.

87. Quand la loi exige que les dettes de la femme, pour tomber à la charge de la communauté, soient constatées par un acte ayant acquis date certaine antérieurement au mariage, elle suppose bien évidemment qu'il s'agit de dettes qui, d'après les règles du droit commun, doivent être constatées par un acte : la loi ne pouvait exiger un acte ayant date certaine que dans les cas où un acte est nécessaire. La disposition de l'art. 1410 ne s'appliquerait donc pas aux dettes de la femme antérieures au mariage, dont l'existence peut, d'après les règles du droit commun, être établie indépendamment de tout acte écrit. Il en est ainsi :

a. Des dettes qui n'excèdent pas 150 francs (arg. art. 1341). Cour de justice civile de Sénevé, 6 juin 1887, S., 87. 4. 27, et 29 oct. 1892, S., 92. 4. 40.

b. Des dettes que la femme aurait contractées avant le mariage en qualité de commerçante (arg. art. 109 in fine C. co.). Rennes, 20 fév. 1911, D., 13. 2. 36.

c. Des dettes nées d'une source autre qu'un contrat, c'est-à-dire d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi, et généralement de toutes les dettes dont parle l'art. 1348.

Dans tous ces cas, l'antériorité au mariage pourra être prouvée par les mêmes moyens que l'existence de la dette. Ainsi un créancier de la femme, auquel il est dû 150 fr. ou moins, pourra prouver par témoins, à l'encontre de la communauté, d'une part que la femme lui doit cette

somme, et d'autre part qu'elle a contracté cette dette antérieurement au mariage.

88 Le paiement des dettes de la femme, antérieures au mariage et réputées telles à l'égard de la communauté, peut être poursuivi, non seulement sur tous les biens de la communauté, mais aussi sur les biens personnels du mari ; car toute dette de la communauté est dette du mari (arg. art. 1419). L'art. 180 de la coutume de Blois exprimait cette règle en termes saisissants : « Homme qui prend femme par mariage la prend cum honore et onere, et par ce moyen est tenu de payer les dettes personnelles dont il la trouve tenue et pour icelles peut être poursuivi ».

La situation des créanciers de la femme, pourvus d'un titre ayant date certaine antérieure au mariage, est donc particulièrement favorable. Ils ont pour gage les biens personnels de la femme, leur débitrice, les biens de la communauté et ceux du mari.

89. Recherchons maintenant quelle est la situation des créanciers de la femme, porteurs d'un acte sous seing privé ayant une date antérieure au mariage, mais une date non certaine ou devenue certaine après le mariage seulement. La femme pourra-t-elle se prévaloir à leur égard du défaut de date certaine antérieure au mariage, pour soutenir que la dette doit être considérée comme contractée pendant le mariage et que par suite elle est nulle pour défaut d'autorisation ? Assurément non. La femme n'est pas un tiers, elle est partie à l'acte qui constate son obligation. Or ce sont seulement les tiers qui peuvent contester la sincérité de la date d'un acte sous seing privé ne satisfaisant pas aux prescriptions de l'art. 1328 ; les parties n'ont pas ce droit. La date de l'acte qui constate l'obligation de la femme fait donc foi à son égard jusqu'à preuve contraire. En conséquence, sa dette est réputée antérieure au mariage, au moins dans ses rapports avec son créancier, et celui-ci peut la poursuivre pour obtenir son paiement, mais à la condition de respecter les droits de

la communauté, à laquelle la dette n'est pas opposable. Le créancier ne pourra donc s'attaquer ni aux biens qui sont tombés dans la communauté du chef de sa débitrice, ni à l'usufruit des biens propres de celle-ci ; car cet usufruit appartient également à la communauté. Il reste la nue propriété des biens personnels de la femme ; ce sera l'unique gage du créancier, aux termes de l'art. 1410. V. cep. pour le droit des créanciers sur les biens réservés, *infra*, n. 250 VIII.

Par où l'on voit qu'en fait une femme mariée sous le régime de la communauté peut arriver à engager pendant le mariage la nue propriété de ses biens personnels sans l'autorisation de son mari : il lui suffit pour cela d'antidater l'acte sous seing privé constatant l'obligation qu'elle contracte. Mais c'est là une fraude à la loi, dont la femme pourrait démontrer l'existence par tous les moyens possibles ; et, cette preuve une fois faite, l'obligation devrait être annulée pour défaut d'autorisation. Que les créanciers ne s'y fient donc pas !

90. Un créancier de la femme, dont le titre porte une date antérieure au mariage, mais une date non certaine, vient demander son paiement au mari en sa qualité de chef de la communauté ; celui-ci ne se prévaut pas, comme il en aurait le droit, du défaut de date certaine, et il paie. La loi considère ce paiement comme équivalant à une reconnaissance tacite, faite par le mari, de la sincérité de la dette, c'est-à-dire de son antériorité au mariage. La situation sera donc désormais la même que si la dette, payée par le mari, se trouvait constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage ; en d'autres termes, le vice résultant du défaut de date certaine est purgé. La loi en tire cette conséquence, que le mari, ou plutôt la communauté, avec les deniers de laquelle a été fait le paiement, ne pourra pas demander la récompense du montant de la dette à la femme ou à ses héritiers (art. 1410 *in fine*).

91. Et toutefois le mari, qui a payé une dette de sa femme sans opposer l'exception tirée de l'art. 1410, aurait le droit de réclamer une récompense dans deux cas :

1° Si la dette est de telle nature qu'elle ne serait tombée dans la communauté qu'à charge de récompense, en supposant son antériorité au mariage légalement établie, s'il s'agit par exemple d'une dette relative à l'amélioration d'un propre de la femme. Il est clair en effet que le paiement fait par le mari ne peut que couvrir le vice résultant du défaut de certitude de la date, et que par suite il peut tout au plus replacer les parties dans la situation où elles se seraient trouvées si la dette eût été constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage. Tout ce que la loi veut dire, c'est que le paiement effectué par le mari ne fait pas naître à son profit une récompense, à laquelle il n'aurait pas eu droit si la dette eût été constatée par un acte ayant date certaine antérieure au mariage ; mais elle n'entend certainement pas le priver de la récompense à laquelle il aurait eu droit dans cette hypothèse.

2° Si le mari, en payant, a fait des protestations et des réserves, par exemple s'il a déclaré qu'il ne payait que pour épargner à sa femme l'expropriation de ses immeubles personnels, et qu'il entendait se réserver contre elle un recours à raison dudit paiement. Comment voir en effet dans le paiement fait par le mari une reconnaissance tacite de la sincérité de la dette, lorsqu'il proteste à l'avance contre cette interprétation de sa conduite ?

En somme, l'art. 1410 in fine aurait dû être ainsi rédigé : « Le paiement d'une dette de cette nature, fait par le mari sans protestations ni réserves, purge le vice résultant du défaut de date certaine ».

* 92. Quand la femme s'est réservé, par une clause du contrat de mariage, le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels, ces revenus peuvent-ils

être saisis par un créancier de la femme porteur d'un acte ayant une date antérieure au mariage mais une date non certaine ? La cour de cassation a décidé la négative. Et en effet la clause dont il s'agit n'empêche pas que les revenus, dont la femme s'est réservé la disposition, appartiennent à la communauté ; donc le créancier ne peut pas les saisir. D'ailleurs, la saisie de ces revenus aurait pour résultat de faire retomber à la charge de la communauté l'entretien de la femme, auquel ils avaient pour but de pourvoir, et la saisie rejaillirait ainsi, au moins indirectement, sur la communauté. Cpr. infra, n. 250 VIII.

II. Dettes contractées pendant le mariage par le mari, ou par la femme autorisée du mari.

93. Ici la loi ne distingue plus, comme elle le fait en ce qui concerne les dettes antérieures au mariage, entre les dettes mobilières et les dettes immobilières ; les unes et les autres sont donc gouvernées par les mêmes règles. Nous parlerons successivement des dettes du mari et de celles de la femme.

A. Dettes du mari.

94. Toute dette du mari, qui prend naissance pendant le cours de l'association conjugale, tombe à la charge de la communauté, non seulement celles qu'il contracte, comme le dit l'art. 1409-2°, mais aussi celles qui naissent à sa charge par suite d'un quasi-contrat ou même par suite d'un délit (art. 1424) et à plus forte raison d'un quasi-délit ou des dispositions de la loi. Et il n'est nullement nécessaire que la dette profite à la communauté ; la communauté serait tenue même des dettes « de mauvais ménage », selon l'expression de Guy-Coquille. *Maritus potest perdere, dissipare, abuti*, disaient nos anciens. Il est fait cependant

exception à cette règle en ce qui concerne les biens réservés à la femme (infra, n. 250 XIV).

Parmi les dettes qui prennent naissance du chef du mari pendant le mariage, il y en a qui ne tombent dans la communauté que sauf récompense, en vertu de la règle que l'un des époux ne peut pas s'enrichir aux dépens de la communauté (art. 1437) : ce sont celles qui procurent au mari un profit personnel. Au premier abord, il peut paraître singulier que le mari, qui a le droit de dissiper les biens de la communauté, ne puisse pas s'enrichir à ses dépens. Cela s'explique cependant. La loi a pu, sans grand danger, permettre au mari de ruiner la communauté (et par suite sa femme dans une certaine mesure) en se ruinant lui-même : il n'y avait pas à craindre que le mari abusât de cette faculté, retenu qu'il sera par le frein de son propre intérêt. Il eût été dangereux, au contraire, de lui permettre de ruiner la communauté en s'enrichissant à ses dépens.

B. Dettes de la femme.

95. En principe, les dettes contractées par la femme pendant le cours du mariage ne tombent pas à la charge de la communauté. Règle inverse de celle qui gouverne les dettes du mari. Pourquoi cette différence ? Les deux époux sont sans doute associés, et par suite copropriétaires des biens de la communauté. Mais le mari est le chef de la communauté, et c'est lui seul qui a, pendant la durée de l'association conjugale, l'exercice du droit de propriété, le droit d'aliéner les biens communs et celui de les obliger. On s'explique ainsi que la simple autorisation du mari suffise pour rendre exécutoires sur les biens de la communauté les obligations contractées par la femme ; car cette autorisation lève l'obstacle qui s'opposait à ce que la femme exerçât son droit de copropriété, à ce qu'elle obligeât la communauté en s'obligeant elle-même ; en définitive, les biens communs se trouveront obligés en

vertu du concours des deux associés, ce qui est très juridique. Et comme les biens du mari, pendant toute la durée de l'association conjugale, se confondent avec ceux de la communauté, il est tout simple que les créanciers, qui ont traité avec la femme autorisée de son mari, puissent poursuivre aussi les biens personnels du mari. C'est ce que dit l'art. 1419, ainsi conçu : « Les créanciers peuvent poursuivre

- » le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement

- » du mari, tant sur tous les biens de la communauté, que

- » sur ceux du mari ou de la femme ; sauf la récompense due à la

- » communauté, ou l'indemnité due au mari ».

Comme on le voit, ce n'est pas à raison de son incapacité personnelle que la femme ne peut pas obliger la communauté sans l'autorisation de son mari : c'est parce que, ayant une situation subordonnée dans l'association conjugale, elle n'en a pas le pouvoir. Et la preuve en est que l'autorisation de la justice, bien qu'elle rende la femme capable de s'obliger, ne lui donne pas en principe le pouvoir d'engager les biens de la communauté (art. 1426). Il n'en est autrement que dans les cas exceptionnels où la loi permet à la femme de se substituer au mari dans la gestion de la communauté (infra, n. 125).

La disposition de l'art. 1419 présente cet avantage, au point de vue pratique, d'empêcher que le mari ne fasse obliger sa femme sans engager son patrimoine personnel ni celui de la communauté, lorsque l'obligation intéresse le mari personnellement ou la communauté.

Résulte-t-il de l'art. 1419, comme on l'enseigne généralement, que le mari soit personnellement obligé par les contrats que sa femme passe avec son autorisation ? A notre avis, l'art. 1419 ne dit rien de semblable. Il est de principe que celui qui se borne à autoriser ne s'oblige pas, qui auctor est non se obligat ; et nous ne connaissons pas

de texte, ni l'art. 1419, ni aucun autre, qui fasse exception à cette règle en ce qui concerne le mari. Tout ce qui résulte de l'art. 1419, c'est que le mari peut être poursuivi pour l'exécution des obligations contractées par sa femme avec son autorisation ; mais cela ne prouve pas que le mari devienne débiteur, car on peut quelquefois être tenu de payer une dette dont on n'est pas débiteur personnel. Nous l'avons dit, en s'obligeant avec l'autorisation du mari, la femme oblige la communauté, et, comme les biens de la communauté se confondent avec ceux du mari pendant toute la durée de l'association conjugale, la loi déclare que le créancier qui a action sur les biens de la communauté, a par cela même action sur les biens du mari. Voilà tout ce que signifient l'art. 1419 et l'a règle Toute dette de la communauté est celle du mari, qui n'en est qu'une reproduction abrégée.

* Montrons l'intérêt de la question. Ceux qui admettent que le mari devient débiteur personnel des dettes que sa femme contracte avec son autorisation, enseignent qu'il peut être poursuivi pour le total de ces dettes, même après la dissolution de la communauté. Dans l'opinion contraire, on décide que le mari, après la dissolution de la communauté, ne peut être poursuivi que comme commun en biens, par conséquent pour la moitié, au cas d'acceptation de la femme ; car, la communauté une fois dissoute, la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté cesse, et par suite la cause, qui autorisait les créanciers à poursuivre le mari pour le tout, n'existe plus.

* Encore un mot. Dans l'opinion commune, d'après laquelle le mari est tenu personnellement des dettes contractées par sa femme avec son autorisation, on ne fait aucune différence entre l'obligation contractée par le mari et la femme solidairement et l'obligation contractée par la femme avec l'autorisation du mari, ce qui est au moins singulier. La cour de cassation va même jusqu'à dire que l'art. 1419 établit la solidarité entre les époux à raison des

dettes contractées par la femme avec l'autorisation de son mari. Cass., 16 juil. 1902, D., 03. 1. 401, S., 05. 1. 22. A notre avis, pour savoir si le mari est ou non personnellement obligé, il faut rechercher s'il a ou non parlé au contrat ; il n'y a pas d'autre criterium certain. En ce sens, Pau, 24 oct. 1910, D., 12. 2. 5. La cour décide que le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce, profite du concordat obtenu par celle-ci.

95 bis. La règle que la communauté et le mari sont tenus des obligations contractées par la femme avec l'autorisation du mari, souffre deux exceptions. La première est consacrée par l'art. 1413 : l'acceptation par la femme avec l'autorisation du mari d'une succession purement immobilière à elle échue n'oblige ni le mari ni la communauté (v. infra, n. 109). La seconde résulte par argument a contrario de l'art. 1432 ; l'obligation de garantie née de la vente d'un propre de la femme, consentie par celle-ci avec l'autorisation du mari, n'atteindra ni le mari ni la communauté (infra, n. 151). Ces deux exceptions sont fondées sur ce que l'obligation contractée par la femme l'intéresse personnellement et exclusivement. Mais ce sont des exceptions, et il faut bien se garder de les étendre à tous les cas d'obligations contractées par la femme dans son intérêt exclusif.

96 Les quasi-contrats étant en général régis par les mêmes règles que les contrats, il y a lieu de décider que les engagements, résultant pour la femme d'un quasi-contrat, ne grèvent la communauté qu'autant qu'ils ont été autorisés par le mari : ce qui peut se concevoir quand la femme joue le rôle actif dans le quasi contrat, par exemple si elle gère l'affaire d'autrui.

En aucun cas, la communauté ne peut être obligée par les délits ou les quasi-délits de la femme (arg. art. 1424). Il n'y a pas lieu de distinguer ici, comme pour les contrats et les quasi contrats, si la femme a été autorisée ou non par

son mari ; car un mari ne peut pas valablement autoriser sa femme à accomplir un acte illicite.

On le voit, la règle que la femme ne peut pas obliger la communauté sans l'autorisation de son mari, est générale ; elle s'applique à toutes les obligations qui naissent à la charge de la femme, quelle qu'en soit la source.

97. Après avoir parlé des obligations que la femme contracte avec l'autorisation maritale, il faut nous occuper de celles qu'elle contracte en qualité de mandataire de son mari. Conformément à la règle Qui mandat ipse fecisse videtur (art. 1998), la femme oblige alors son mari, et par suite la communauté, sans s'obliger elle-même personnellement. « Toute dette qui n'est contractée par la

» femme qu'en vertu de la procuration générale ou spéciale du mari,

» est à la charge de la communauté ; et le créancier n'en peut poursuivre

» le paiement ni contre la femme ni sur ses biens personnels », dit l'art. 1420. Les créanciers, qui traitent avec la femme agissant en vertu d'un mandat de son mari, sont donc moins favorisés que ceux qui traitent avec la femme autorisée de son mari : ces derniers ont en effet pour gage les trois patrimoines dont la communauté suppose l'existence (art. 1419), tandis que les premiers n'ont pour gage que le patrimoine du mari et celui de la communauté.

97 bis. Conformément aux règles du droit commun, un mandat tacite habiliterait la femme à contracter pour le compte du mari, tout aussi bien qu'un mandat exprès. La jurisprudence et les auteurs admettent, comme on le faisait déjà dans notre ancien droit, l'existence d'un pareil mandat au profit de la femme pour toutes les dépenses du ménage, telles qu'achats de provisions de bouche, de linge, d'étoffes pour les vêtements..., tous détails dont le mari n'a pas le loisir de s'occuper et qui rentrent naturellement dans le

département de la femme. Agen, 1^{er} juin 1904, D., 07. 2. 53. Le mari et la communauté seraient donc tenus de l'exécution des obligations que la femme contracte dans cette sphère, sans que la femme en fût elle-même tenue sur ses biens personnels.

Le mandat tacite dont il vient d'être parlé existe sous tous les régimes, même sous le régime dotal (Cass., 7 juil. 1896, D., 98. 1. 18), et sous celui de la séparation de biens (Trib. civ. de la Seine, 3 déc. 1895, D., 96. 2. 132).

Un mandataire ne doit pas dépasser les limites de son mandat. La femme les dépasse lorsqu'elle fait des dépenses excessives, des dépenses en disproportion avec les ressources de son mari, et elle n'oblige plus alors celui-ci ni la communauté, car le mandataire ne représente plus le mandant, lorsqu'il agit en dehors des limites de son mandat. Paris, 5 fév. 1895, D., 95. 2. 495. La femme qui excède son mandat ne s'oblige même pas personnellement ; car il faudrait pour cela qu'elle fût valablement autorisée, et elle ne l'est pas. Ceux qui ont traité avec elle n'ont donc d'action ni contre elle ni contre le mari. Par où l'on voit que les fournisseurs doivent avoir soin de n'accorder à une femme mariée qu'un crédit raisonnable eu égard à la situation de son mari. Et comme l'appréciation de cette situation peut être délicate, les tribunaux devront tenir grand compte en pareil cas. de la bonne foi des fournisseurs.

Le mandat tacite est susceptible d'être révoqué comme le mandat exprès. Cette révocation peut résulter d'un avertissement individuel, adressé par le mari aux fournisseurs (Cass., 16 juil. 1839, D., 91. 1. 158, S., 90. 1. 115), ou même d'un avertissement collectif, donné, comme on le voit quelquefois, par la voie des journaux. Mais, dans ce dernier cas, les fournisseurs, qui ne sont pas obligés de lire les journaux, même celui auquel ils sont abonnés, pourraient protester de leur ignorance et invoquer l'art.

2005, qui accorde aux tiers une action contre le mandant, lorsque, la révocation ne leur ayant pas été notifiée, ils ont traité de bonne foi avec le mandataire.

* Le mandat tacite, donné par le mari à la femme pour les dépenses du ménage, suppose la vie commune entre les époux ; ce mandat devrait donc être considéré comme implicitement révoqué, si les époux cessaient de vivre en commun. Cela ne peut faire de doute, si les époux se sont séparés légalement, comme il arrive pour des époux séparés de corps, ou même pour des époux plaidant en séparation de corps ou en divorce, lorsque le demandeur a obtenu du président du tribunal l'autorisation de quitter le domicile conjugal. Cpr. Paris, 22 nov. 1890, D., 91. 2. 257, et la note de M. de Loynes. Nous admettrions la même solution au cas où les époux se sépareraient volontairement, du moins si le fait de la séparation est notoire et si le mari sert à la femme une pension suffisante (Paris, 25 mai 1898, D., 99. 2. 309). Il est toujours vrai de dire qu'un mandat qui implique la vie commune ne peut survivre à la cessation de la vie commune. Mais le mari ne cesserait pas pour cela d'être tenu de pourvoir à la nourriture et à l'entretien de sa femme. Si donc il ne lui donnait pas une pension suffisante pour vivre, celle-ci aurait action contre lui pour l'obtenir. Les fournisseurs qui auraient fait crédit à la femme pourraient agir de son chef contre le mari par l'action indirecte de l'art. 1166 ; ils pourraient même agir contre le mari par l'action de in rem verso, car ils ont fait l'affaire de celui-ci en pourvoyant à une obligation dont il était tenu. Trib. de paix de Paris, 14 avril 1905, D., 05. 2. 249.

97 ter. Le mandat tacite dont nous venons de parler entraîne un autre pour la femme, celui de placer les économies qu'elle réalise sur les ressources dont son mari lui laisse la disposition pour les besoins du ménage, et de disposer des fonds dont elle a ainsi opéré le placement.

Aux termes de l'art. 16 al. 4 de la loi du 20 juillet 1895 sur les caisses d'épargne, la femme mariée, quel que soit son régime matrimonial, peut, sans l'autorisation de son mari, se faire ouvrir un livret et retirer les sommes déposées par elle ⁶. Mais le mari a le droit de s'opposer au retrait. Pendant le délai d'un mois à partir du jour où l'opposition du mari aura été dénoncée à la femme, à la diligence de la caisse d'épargne, ni la femme ni le mari ne peuvent toucher les sommes inscrites au livret. Au bout de ce temps, le mari pourra loucher, à l'exclusion de la femme, si celle-ci ne s'est pas pourvue contre l'opposition par les voies légales, en supposant que ses conventions matrimoniales lui en donnent le droit. Si la femme s'est pourvue, la justice réglera le différend. Tel nous paraît être le sens de la disposition contenue dans l'art. 16, al. 4 in fine et 5, de la loi précitée. Dijon, 20 déc. 1905, D., 06. 2. 327.

La loi du 9 avril 1881 sur la caisse d'épargne postale, dans son art. 6 al. 5, qui était applicable aussi aux caisses d'épargne ordinaires (art. 21 al. 1 de la même loi) avait également reconnu à la femme le droit d'opérer des versements et des retraits sans l'autorisation du mari. Dans la pensée de ses auteurs, cela ne portait aucune atteinte aux pouvoirs du mari comme chef. C'était sur le fondement d'un mandat tacite de son mari que la femme était autorisée à faire ces opérations. Il était naturel d'admettre l'existence d'un semblable mandat, les économies étant presque toujours réalisées, au moins dans les petits ménages, qui sont les plus nombreux, par les soins de la femme, et faites souvent sur les produits de l'industrie de la femme. Le mari pouvait révoquer ce mandat ad nulum, soit tacitement en retirant lui-même les fonds déposés par la femme, soit expressément par le moyen d'une opposition signifiée à la caisse d'épargne. A dater de cette opposition, la femme perdait le droit de retirer les fonds déposés par elle. Le droit ainsi reconnu au mari a paru exorbitant, et la

loi du 20 juillet 1895 a retiré au mari le droit de révocation ad nutum. Elle a conféré à la femme un droit propre ⁷ qui ne peut lui être enlevé arbitrairement par son mari. C'est un premier pas dans la voie qui a conduit à la loi du 13 juillet 1907 (infra, n. 250), aux termes de laquelle les gains de la femme et les biens acquis par celle-ci sur ses économies personnelles échappent au pouvoir du mari, de telle sorte que l'épouse acquiert ainsi l'administration d'une partie des biens communs.

« Signalons encore la disposition de l'art. 13 al. 4 de la loi du 20 juillet 1886, relative à la caisse nationale des retraites pour la vieillesse, ainsi conçu : « Les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, sont admises à faire des versements sans l'assistance de leur mari ». L'alinéa suivant ajoute : « Le versement fait pendant le mariage, par l'un des deux conjoints, profite séparément à chacun d'eux par moitié ». Le législateur a dérogé ici, sans s'en douter peut-être, à tous les principes de la matière. Les époux sont-ils mariés sous le régime de la communauté ? D'après le droit commun, les versements faits pendant le mariage devraient profiler à la communauté ; notre texte décide qu'ils profileront à chaque époux personnellement pour la moitié ; ils engendrent un propre pour chaque époux et non un conquêt. Sont-ils mariés sous un régime autre que la communauté ? Le versement devrait profiler exclusivement à l'époux qui le fait ; il profilera d'après notre article à chaque époux pour la moitié. Toutefois le législateur revient au droit commun, si les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ou si, mariés sous quelque régime que ce soit, ils sont judiciairement séparés de biens ou de corps : alors le versement profite exclusivement à l'époux qui le fait (al. 7). Il y a encore deux autres cas dans lesquels l'un des conjoints est admis à faire des versements à son profit

exclusif. Le premier est celui où le versement est opéré à une époque où le conjoint du déposant a atteint le maximum de rente, ou après que les versements faits dans l'année au profit exclusif de ce conjoint soit antérieurement au mariage, soit par donation ont atteint le maximum des versements annuels (al. 6). Le second est celui où, l'un des conjoints étant absent ou éloigné depuis plus d'une année, l'autre s'est fait autoriser par le juge de paix à faire des versements à son profit exclusif. La décision du juge de paix peut être frappée d'appel devant la chambre du conseil du tribunal de première instance (al. 8 et 9).

* V. enfin l'art. 2 de la loi du 9 mars 1910, relative aux opérations de la Caisse nationale d'assurance en cas de décès.

III. Arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux époux.

98. « La communauté se compose passivement, dit l'art. 1409-3°, des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux ». La communauté est usufruitière de tous les biens des époux. A ce titre elle a droit à la jouissance active de leurs biens, c'est-à-dire aux fruits de ces biens. Comme contre-partie, elle doit supporter la jouissance passive, c'est-à-dire les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux époux. Un bon administrateur prend sur son revenu, et non sur son capital, pour payer les intérêts de ses dettes ; cette charge doit donc incomber à la communauté, qui absorbe tous les revenus des époux.

Entendez ici par rentes ou dettes passives personnelles aux époux, non seulement les rentes ou dettes qui leur restent propres soit en vertu des dispositions de la loi (v. notam. art. 1410, 1413, 1424, 1427), soit en vertu d'une clause du contrat de mariage, mais aussi celles qui ne tombent dans la communauté qu'à charge de récompense.

Ainsi la communauté devrait supporter les intérêts de la dette du prix d'un immeuble propre acheté par l'un des époux avant le mariage, ou les arrérages de la rente passive qui représente le prix de cet immeuble, ou les intérêts de la dette hypothécaire qui grevait lors du mariage l'immeuble propre à l'un des époux, et dont il n'était pas débiteur personnel : toutes dettes ou rentes qui tombent à la charge de la communauté, mais sauf récompense, comme relatives à des immeubles propres (art. 1409-1°), et sont par suite personnelles hoc sensu.

IV. Réparations usufruituaires des immeubles qui n'entrent pas en communauté.

99. L'obligation de supporter les réparations usufruituaires des immeubles propres aux époux (art. 1409-4°) est, comme l'obligation de supporter les arrérages ou intérêts des dettes qui leur sont personnelles, une conséquence du droit d'usufruit universel appartenant à la communauté sur les biens des époux. Aussi faut-il décider que ce ne sont pas seulement les réparations usufruituaires que la communauté doit supporter, mais, d'une manière générale, toutes les charges de l'usufruit, telles que l'obligation de payer les contributions (art. 608) et celle de supporter les frais des procès concernant la jouissance (art. 613).

Les réparations usufruituaires sont les réparations d'entretien. V. art. 605 et 606. Les grosses réparations, dont les propres des époux pourraient avoir besoin, ne sont pas en principe à la charge de la communauté, qui aurait droit à récompense, si elle les avait fait exécuter à ses frais. Il faut excepter toutefois le cas où, s'agissant d'un propre de la femme, les grosses réparations seraient devenues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien ; on appliquerait alors l'art. 605 al. 2. Le mari est en faute de n'avoir pas fait à temps les réparations d'entretien (arg.

art. 1428), et les conséquences de cette faute doivent retomber sur la communauté, qui est tenue de toutes les dettes nées du chef du mari pendant la durée de l'association conjugale (supra, n. 94).

V. Charges du mariage.

100. « La communauté se compose passivement..... 5° Des aliments des époux, de l'éducation et de l'entretien des enfants, et de toute autre charge du mariage », dit l'art. 1409 in fine. Ce sont là des dettes naturelles de la communauté.

Les enfants dont parle ici la loi sont les enfants du mariage. Les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants d'un autre lit de l'un des époux tomberaient bien aussi à la charge de la communauté, mais en vertu de l'art. 1409-1°, comme dettes mobilières dont l'auteur de ces enfants était grevé lors du mariage. Même solution pour les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants naturels de l'un des époux, procréés antérieurement au mariage, pourvu toutefois qu'ils aient été reconnus avant le mariage ; car s'ils avaient été reconnus pendant, on ne pourrait charger la communauté de leur entretien et de leur éducation sans violer l'art. 337, qui s'oppose à ce que la reconnaissance faite pendant le mariage nuise au conjoint.

Bien entendu, la communauté n'est obligée de supporter les frais de l'éducation et de l'entretien des enfants d'un autre lit ou des enfants naturels de l'un des conjoints qu'autant que le conjoint en est lui-même tenu. Si donc les enfants dont il s'agit avaient des biens personnels, d'une valeur suffisante pour subvenir à leurs besoins, la communauté ne leur devrait aucun subside. A moins cependant que l'auteur des enfants n'eût la jouissance légale de leurs biens, car alors la communauté, profitant de cette jouissance, supporterait les frais de nourriture,

d'entretien et d'éducation qui en sont une charge (art. 385-2°).

101. Pour compléter l'énumération des différentes charges qui constituent le passif de la communauté, il faut ajouter : les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage (art. 1482). Les frais de scellés, d'inventaire et de liquidation resteraient à la charge de la communauté et par suite du mari, même en cas de renonciation de la femme à la communauté. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

Appendice. — Dettes et charges des successions et des donations échues aux époux pendant le mariage.

I. Dettes des successions.

102. Cette difficile matière est régie par les art. 1411 à 1417. Le législateur l'a déjà ébauchée dans l'art. 1409-1°, mais en termes fort inexacts : « La communauté, dit la loi, se compose passivement, — 1° De toutes les dettes mobilières... dont se trouvent chargées les successions qui étoient aux époux durant le mariage ». Cela donne à entendre que la communauté n'est tenue en aucun cas des dettes immobilières qui peuvent grever lesdites successions, et qu'elle est chargée pour le tout des dettes mobilières. Or, cette double proposition serait inexacte. D'abord, il résulte des art. 1411 s. qu'il n'y a pas lieu de distinguer ici les dettes mobilières des dettes immobilières : les mêmes règles s'appliquent aux unes et aux autres ; puis il y a des cas dans lesquels ces diverses dettes ne tombent à la charge de la communauté que pour partie, et d'autres où elles n'y tombent pas du tout, nous le démontrerons tout à l'heure.

Les règles que nous allons étudier et qui sont écrites, nous l'avons déjà dit, dans les art. 1411 à 1417, ne s'appliquent qu'aux successions échues aux époux pendant

le mariage. Quant à celles qui leur étaient échues avant, leur passif figure parmi les dettes présentes des époux et reste soumis à la règle écrite dans l'art. 1409-1°. Les dettes mobilières de ces dernières successions tombent donc pour le tout à la charge de la communauté, et les dettes immobilières en sont exclues.

103. Le législateur avait deux questions à résoudre relativement aux dettes des successions échues aux époux pendant le cours du mariage : 1° Qui supportera définitivement ces dettes ? Sera-ce la communauté, l'époux héritier, ou l'une et l'autre tout à la fois ? 2° A qui les créanciers de la succession pourront-ils s'adresser pour obtenir le paiement de ce qui leur est dû ? à quels biens ces créanciers pourront-ils s'attaquer ? La première question est une question de contribution aux dettes : il s'agit de déterminer comment se répartiront en définitive les dettes de la succession entre l'époux héritier et la communauté. La deuxième est une question d'obligation aux dettes : il s'agit de régler les rapports des époux et de la communauté à l'égard des créanciers de la succession, de déterminer la mesure dans laquelle les époux et la communauté seront tenus de répondre aux poursuites de ces créanciers.

A. Contribution aux dettes.

104. Les règles de la contribution aux dettes sont fort simples. Le passif (mobilier ou immobilier) des successions échues aux époux pendant la communauté se répartit de la même manière et dans la même proportion que l'actif. L'actif de la succession reste-t-il tout entier propre à l'époux héritier ? le passif demeurera définitivement à sa charge. L'actif tombe-t-il tout entier dans la communauté ? la communauté supportera définitivement tout le passif. Enfin, si une partie de l'actif de la succession, un quart par exemple, demeure propre à l'époux héritier, et que le

surplus, soit les trois quarts, tombe dans la communauté, le passif se répartira dans la même proportion. En définitive, chacun supporte une part des dettes proportionnelle à l'émolument qu'il recueille.

Toutes différentes sont les règles qui régissent les dettes des époux antérieures au mariage. Elles se résument dans cette formule : « Là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier ; là où va l'actif immobilier, là va le passif immobilier » : ce qui conduit à mettre toutes les dettes mobilières antérieures au mariage à la charge de la communauté, et à laisser toutes les dettes immobilières à la charge de l'époux débiteur (art. 1409-1°). L'apport passif, qu'un époux fait à la communauté, peut donc avoir une proportion toute différente de son apport actif. C'est ainsi que le futur époux, dont tout l'avoir consiste en immeubles et dont toutes les dettes sont mobilières, apportera tout son passif à la communauté sans lui donner aucune portion de son actif. Un pareil résultat, que les parties peuvent d'ailleurs conjurer au moyen d'une stipulation spéciale, n'est pas à craindre relativement aux successions qui échoient aux époux pendant le mariage. La loi ne distingue plus ici entre les dettes mobilières et les dettes immobilières : elle les confond toutes en une même masse, et les répartit de la même manière que l'actif. C'est le principe de l'égalité proportionnelle, principe beaucoup plus équitable que celui qui régit les dettes antérieures au mariage.

105. Passons aux applications de notre règle. Il y a trois hypothèses à examiner, suivant que la succession est mobilière, immobilière ou mixte.

1° Succession purement mobilière. — Quand la succession échue à l'un des époux pendant le mariage est entièrement mobilière, c'est-à-dire exclusivement composée de meubles, tout l'actif va dans la communauté (art. 1401-1°). D'après notre principe, il en devra être de même du passif. C'est ce que dit l'art. 1411 : « Les

» dettes des successions purement mobilières qui sont échues aux

» époux pendant le mariage, sont pour le tout à la charge de la

» communauté ».

2° Succession purement immobilière. — « Les dettes d'une succession

» purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant

» le mariage, ne sont point à la charge de la communauté

», dit l'art. 1412 al. 1. L'actif d'une pareille succession demeurant tout entier propre à l'époux héritier (art. 1404 al. 1), il en devait être de même des dettes. La communauté supporte seulement les intérêts de ces dettes (arg art. 1409-3°) : ce qui est juste, puisqu'elle a la jouissance de tout l'actif de la succession.

Les successions purement immobilières sont fort rares. On peut cependant citer comme exemples : 1° le cas d'un ascendant reprenant à titre de retour successoral, dans la succession de son descendant décédé sans postérité (art. 747), un ou plusieurs immeubles dont il lui a fait donation, sans recueillir en même temps la succession ordinaire du défunt dont il est exclu par des héritiers plus proches ; 2° le cas où, le défunt ayant légué tous ses meubles, la succession déférée à l'héritier légitime ne comprend plus que les immeubles.

3° Succession mixte. — L'actif d'une succession mixte, c'est-à-dire à la fois mobilière et immobilière, se divisant entre la communauté qui prend les meubles et l'époux héritier qui conserve les immeubles à titre de propres, le passif se divisera dans la même proportion. La communauté contribuera donc aux dettes proportionnellement à la valeur du mobilier, et l'époux héritier, proportionnellement à celle des immeubles. Ainsi les biens de la succession valent 5 ; les meubles figurent dans cette masse pour 1, les immeubles pour 4. Eh bien ! la

communauté contribuera aux dettes pour 1, et l'époux héritier pour 4 ; autrement dit, la communauté supportera un cinquième des dettes, et l'époux héritier, quatre cinquièmes. C'est ce que veut dire l'art. 1414 al. 1, ainsi conçu :

« Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie mobilière

» et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne

» sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de

» la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la

» valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles ».

106. Maintenant, comment déterminera-t-on la valeur comparative des meubles et des immeubles, ou, comme le dit l'art. 1414 al. 1, la portion contributoire du mobilier et des immeubles dans les dettes ? L'art. 1414 al. 2 répond :

« Cette portion contributoire

» se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder,

» soit de son chef, si la succession le concerne personnellement, soit

» comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme, s'il s'agit

» d'une succession à elle échue ».

Pour permettre de déterminer la portion contributoire du mobilier et des immeubles dans les dettes, l'inventaire doit contenir, non seulement l'estimation des meubles, mais encore celle des immeubles. Si l'inventaire ne contenait pas l'estimation des immeubles, il faudrait y faire procéder par acte séparé.

La sanction du défaut d'inventaire est écrite dans l'art. 1415, ainsi conçu : « A 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 la commune renommée,

» de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. —
Le

» mari n'est jamais recevable à faire cette preuve ».

Le défaut d'inventaire ne permet pas, la plupart du temps, d'établir d'une manière régulière la valeur du mobilier de la succession et par suite la portion contributoire de la communauté dans les dettes.

S'ensuit-il que l'époux héritier doive supporter définitivement toutes les dettes de la succession, la communauté se trouvant déchargée de sa portion contributoire ?

Que ce résultat puisse se produire quand la succession est échue au mari, on le conçoit. C'est une punition sévère mais juste de sa négligence. Dans l'impossibilité où il se trouve par sa faute, n'ayant pas fait dresser d'inventaire, d'établir d'une manière régulière la portion contributoire de la communauté dans les dettes, il n'y a rien d'exorbitant à décharger celle-ci de toute contribution. Pour quelle part d'ailleurs la ferait on contribuer ? S'en tiendrait-on à la déclaration du mari ? Ce serait manifestement impossible.

Mais la même décision ne pouvait pas être admise en ce qui concerne les successions échues à la femme. Décharger en pareil cas la communauté de toute contribution aux dettes, parce que le mari a omis de faire dresser un inventaire constatant l'importance du mobilier, laisser par suite toutes ces dettes à la charge de la femme, c'eût été faire supporter à celle-ci les conséquences d'une faute qu'elle n'a pas commise. Aussi la loi permet elle à la femme, dans ce cas, comme dans tous les autres où le

défaut d'inventaire lui préjudicie, de suppléer au titre dont la négligence de son mari l'a privée, non seulement par tous autres modes de preuve du droit commun, mais en outre par certains modes exceptionnels. C'est ainsi que la femme est autorisée à employer la preuve par titres et papiers domestiques, qui, dans les cas ordinaires, n'est pas admise (art. 1331), et aussi la preuve par témoins, même au-dessus de 150 fr., contrairement à l'art. 1341. En outre, elle peut avoir recours à la preuve par la commune renommée, qui n'est qu'une preuve testimoniale d'un genre particulier, offrant moins de garanties encore que la preuve testimoniale ordinaire. Dans l'enquête ordinaire, en effet, les témoins déposent de faits qui sont à leur connaissance personnelle, qu'ils ont pu constater *proprieis sensibus*, de visu aut auditu, tandis que, dans l'enquête par commune renommée, ils déposent d'après de simples rumeurs, d'après des on dit. Ils viendront dire par exemple : « Nous ne savons pas personnellement quelle était l'importance du mobilier de la succession, mais nous estimons que ce mobilier valait 100.000 fr. ; nous avons entendu affirmer qu'il avait cette valeur, c'est le bruit qui court » ; La commune renommée, c'est la vox de via collecta, et, comme les propos de la rue sont souvent empreints d'une grande exagération, on comprend combien un semblable mode de preuve peut être dangereux pour le mari contre lequel on en fait usage. Qu'il ne se plaigne pas ! il est en faute de n'avoir pas procuré à sa femme, en faisant dresser un inventaire, le titre régulier et normal à l'aide duquel elle aurait pu établir la consistance du mobilier. — Les mots « et au besoin », qu'emploie l'art. 1415. semblent d'ailleurs indiquer que c'est seulement à défaut de tout autre mode de preuve que la femme serait autorisée à avoir recours à celui-là.

L'enquête par commune renommée doit être faite devant un juge commissaire, comme l'enquête ordinaire, et non devant un notaire. Douai, 11 avril 1884, S., 84. 2. 156.

Les modes de preuve exceptionnels dont il vient d'être parlé, preuve par titres et papiers domestiques, preuve par témoins au-dessus de 150 fr., et surtout preuve par la commune renommée, ne pourraient pas être employés par le mari pour suppléer au défaut d'inventaire qui lui préjudicie.

Mais c'est là tout ce que signifie l'art. 1415 in fine. Le mari pourrait donc, à défaut d'inventaire, et quand son intérêt l'exige, établir la consistance du mobilier de la succession mixte, échue soit à lui, soit à la femme, par les moyens de preuve du droit commun, à l'aide d'un titre, par exemple, tel qu'un compte de tutelle ou un acte de partage fait peu de temps après l'ouverture de la succession. Souvent les moyens de preuve du droit commun manqueront au mari ; il supportera alors la peine de sa négligence.

* Les héritiers du mari, pas plus que le mari lui-même, ne pourraient avoir recours, pour établir la consistance et la valeur du mobilier non inventorié, aux modes de preuve exceptionnels indiqués par l'art. 1415. Leurs droits se mesurent à ceux du mari. Il faut toutefois excepter le cas où le défaut d'inventaire serait le résultat d'une collusion frauduleuse des époux, ayant pour but de dissimuler un avantage supérieur à la quotité disponible, que le mari aurait entendu faire indirectement à sa femme (arg. art. 1099 al. 1). Les héritiers du mari pourraient, conformément au droit commun, déjouer cette fraude à la loi en établissant la consistance et la valeur du mobilier par tous les moyens de preuve qu'autorise l'art. 1415, sauf peut-être la preuve par la commune renommée, qui, à raison de sa nature tout à fait exceptionnelle, paraît ne pouvoir être admise que dans le cas où la loi l'autorise par un texte formel. Que si l'avantage indirect, résultant du défaut d'inventaire, n'excède pas les limites de la quotité disponible entre époux, alors il n'y a pas fraude à la loi, les parties pouvant faire indirectement ce que la loi leur

permet de faire directement, et par suite les héritiers du mari rentrent dans le droit commun en ce qui concerne la preuve de la consistance du mobilier.

B. Obligation aux dettes ou droit de poursuite des créanciers.

107. Les créanciers d'une succession, échue à l'un des époux pendant le mariage, peuvent toujours agir contre cet époux ou contre la communauté dans la mesure pour laquelle les dettes sont définitivement à sa charge : il est tout simple que les créanciers puissent forcer chaque contribuable à payer sa part contributoire. Tout serait dit sur l'obligation aux dettes, si les créanciers de la succession étaient contraints de s'en tenir là ; mais quelquefois leur droit de poursuite est plus étendu. Ainsi, dans telle hypothèse où la communauté ne doit contribuer que pour moitié aux dettes d'une succession échue à l'un des époux, il peut arriver que les créanciers de la succession aient le droit, par suite des règles qui vont être exposées, de la forcer à payer le total.

Ces règles paraissent d'une extrême complication, quand on lit les articles du code civil qui les établissent. Elles se résument cependant à des idées fort simples, qu'on peut condenser dans les cinq propositions suivantes :

1° Les biens de la succession forment dans tous les cas le gage des créanciers du défunt. Il en est ainsi, alors même qu'en vertu des conventions matrimoniales des époux ces biens seraient tombés dans la communauté.

2° L'époux héritier, lorsqu'il a régulièrement accepté la succession, et en supposant une acceptation pure et simple, ce que nous ferons dans la suite de ces explications ⁸, peut toujours être poursuivi pour le total sur ses biens personnels.

3° Toute dette du mari étant dette de la communauté, la communauté peut être poursuivie pour la totalité des dettes, lorsque c'est le mari qui est héritier. Il en est de même quand, la succession étant échue à la femme, celle-ci l'a acceptée avec l'autorisation de son mari, sauf une exception prévue par l'art. 1413 (infra, n. 109).

4° Les dettes d'une succession acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice au refus du mari, ne peuvent être poursuivies que sur les biens de la succession et sur la nue propriété des biens personnels de la femme, mais non sur les biens de la communauté, ni sur ceux du mari. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'un inventaire régulier ait été dressé. Si, à défaut d'inventaire, le mobilier de la succession s'était confondu dans celui de la communauté, les créanciers, qui ne doivent pas souffrir de cette confusion, auraient le droit de poursuivre pour le tout les biens de la communauté et par suite ceux du mari.

5° Toutes les fois que, par suite de l'application des règles de l'obligation aux dettes, l'un des époux ou la communauté a payé au delà de sa part contributoire, il y a lieu en sa faveur à récompense pour l'excédent. Ainsi une succession, dans laquelle il y a 5.000 fr. de meubles et 15.000 fr. d'immeubles, échoit au mari ; les dettes s'élevant par hypothèse à 4.000 fr., la communauté, dont la portion contributoire est d'un quart, soit 1.000 fr., paie la totalité des dettes, 4.000 fr. Elle aura droit à récompense contre le mari pour 3.000 fr. ; car elle a payé cette somme à sa décharge. Notons cette règle générale une fois pour toutes, afin de nous dispenser d'avoir à la Formuler dans les nombreux cas où elle va trouver son application.

Ces préliminaires posés, nous allons entrer dans l'étude des textes.

Pour l'obligation aux dettes, de même que pour la contribution, la loi distingue si la succession est mobilière, immobilière ou mixte.

I. Succession purement mobilière.

108. Il faut distinguer si elle est échue au mari ou à la femme :

a. — La succession est échue au mari. Les créanciers peuvent s'attaquer :

1° Aux biens propres du mari, qui est obligé personnellement en sa qualité d'héritier sauf récompense contre la communauté, qui doit en définitive supporter toutes les dettes puisqu'elle profite de tout l'actif.

2° Aux biens de la communauté, qui se trouve tenue en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté.

b. — La succession est échue à la femme. Il faut sous-distinguer si la succession a été acceptée avec l'autorisation du mari ou avec celle de la justice.

α. — La succession a-t-elle été acceptée avec l'autorisation du mari ? Les créanciers sont particulièrement favorisés ; ils peuvent poursuivre

1° Les biens de la communauté (arg. art. 1419). Il est naturel que la communauté soit tenue des dettes, puisque la succession lui profite :

2° Les biens personnels du mari (arg. art. 1419) ;

3° Les biens personnels de la femme en pleine propriété (arg. art. 1419 ;.

Le tout sauf la récompense due par la communauté, si les dettes ont été payées sur les biens personnels de la femme ou sur ceux du mari.

β. — La succession purement mobilière échue à la femme a-t-elle été acceptée avec l'autorisation de la justice ? Le mari n'est pas engagé par cette acceptation, ni la communauté non plus (arg. art. 1426) ; du moins la communauté n'est tenue envers les créanciers que jusqu'à concurrence de la valeur des meubles de la succession qu'elle détient. Le mari sera donc quitte en rendant compte aux créanciers de cette valeur. Mais il faut qu'il soit à

même de l'établir par un inventaire, qu'il a dû faire dresser à cet effet (arg. art. 1414). Au cas où, à défaut d'inventaire, les meubles de la succession se seraient confondus avec ceux de la communauté, les créanciers, auxquels ce fait n'est pas imputable, seraient autorisés à poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté (arg. art. 1416 al. 2). En cas d'insuffisance du mobilier de la succession, les créanciers pourraient poursuivre leur paiement sur la nue propriété des biens personnels de la femme (arg. art. 1417) ; sur la nue propriété seulement, car l'usufruit de ces biens appartient à la communauté, et celle-ci n'est pas obligée. C'est seulement après la dissolution de la communauté que les créanciers pourraient poursuivre les biens de la femme en pleine propriété.

2. Succession purement immobilière.

109. Distinguons encore si elle est échue au mari ou à la femme.

a. — La succession est échue au mari. Cette hypothèse est prévue et réglée par l'art. 1412, ainsi conçu : « Les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un

» des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté ; sauf le

» droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur paiement sur les immeubles de ladite

» succession. — Néanmoins, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession

» peuvent poursuivre leur paiement, soit sur tous les biens propres au mari, soit

» même sur ceux de la communauté ; sauf, dans ce second cas, la récompense due à la

» femme ou à ses héritiers ».

Ainsi les créanciers ont en pareil cas pour gage :

1° Les biens personnels du mari, devenu débiteur par son acceptation.

2° Les biens de la communauté, en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté. Toutefois, si la communauté paie, elle aura droit à récompense : l'art. 1412 dit à tort que la récompense sera due « à la femme ou à ses héritiers ».

* Il ne faut pas dire, comme on le fait quelquefois, que les dettes des successions purement immobilières échues au mari tombent dans la communauté à charge de récompense. Cette formule, contraire au texte de l'art. 1412, qui dit positivement que ces dettes ne sont point à la charge de la communauté, conduirait à décider que la femme, après la dissolution de la communauté, pourrait, au cas d'acceptation, être poursuivie personnellement pour la moitié desdites dettes (arg. art. 1482) : ce qui ne saurait être admis. Il faut dire que les dettes dont il s'agit sont propres au mari ; mais seulement le paiement peut en être poursuivi sur les biens de la communauté, tant qu'elle dure, à cause de la confusion qui existe entre les biens de la communauté et ceux du mari.

b. — La succession est échue à la femme. Lisons l'art. 1413 qui régit cette hypothèse : « Si la succession purement immobilière est échue à la femme et que celle-ci l'ait acceptée

» du consentement de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre

» leur paiement sur tous les biens personnels de la femme : mais si la succession n'a été

» acceptée par la femme que compte autorisée en justice au refus du mari, les créanciers,

» en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir

» que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme ».

Ainsi il faut sous-distinguer si la succession purement immobilière, échue à la femme, a été acceptée avec l'autorisation du mari, ou avec celle de la justice.

La femme a-t-elle accepté avec l'autorisation du mari ? D'après les principes généraux, la communauté devrait être tenue de toutes les dettes de la succession, et le mari aussi (arg. art. 1419). Mais la loi déroge ici à ces principes, parce que les motifs qui les ont fait établir n'existent pas dans l'espèce. D'une part, en effet, l'acceptation faite par la femme ne peut pas profiter à la communauté ni au mari, puisque tout l'actif de la succession reste propre à la femme ; et d'autre part les créanciers de la succession, n'ayant pas été parties à l'acte par lequel la femme a accepté, ne peuvent pas prétendre que l'autorisation donnée par le mari a été cause de leur confiance et qu'ils ont compté sur son obligation. Cependant, comme la communauté n'est pas complètement désintéressée dans l'affaire, puisqu'elle est appelée à jouir des biens de la succession, ainsi que de tous les autres biens personnels de la femme, la loi a voulu que l'autorisation du mari permît aux créanciers d'attaquer les biens de la communauté dans une certaine mesure. C'est pourquoi notre article décide que les créanciers pourront poursuivre, outre les biens de la succession, la pleine propriété des biens personnels de la femme : ils ne seront pas obligés par conséquent le respecter le droit d'usufruit qui appartient à la communauté sur ces biens. Mais ils ne pourraient pas poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté ni sur ceux du mari. Cpr. Cass., 8 mai 1912, S., 12. 1. 327.

La succession a-t-elle été acceptée par la femme avec l'autorisation de la justice au refus du mari ? Cette acceptation ne pourra aucunement préjudicier ni au mari ni à la communauté ; les créanciers ne seront donc fondés à poursuivre leur paiement que sur les biens de la succession, et en outre sur la nue propriété des biens personnels de la femme, mais seulement « en cas d'insuffisance des

immeubles de la succession ». Restriction qui s'explique par cette double considération : qu'une nue propriété se vend toujours assez mal et que cette vente peut occasionner bien des embarras au mari qui se trouvera ,insi usufruitier d'un bien dont la nue propriété appartiendra à un autre qu'à sa femme.

3. Succession mixte.

110. Celle hypothèse est régie par les art. 1416 et 1417, ainsi conçus :

ART. 1416. Les dispositions de l'article 1414 ne font point obstacle à ce que les créanciers d'une succession en partie mobilière et en partie immobilière poursuivent leur paiement sur les biens de la communauté, soit que la succession soit échue au mari, soit qu'elle soit échue à la femme, lorsque celle-ci l'a acceptée du consentement de son mari : le tout sauf les récompenses respectives. — Il en est de même si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, et que néanmoins le mobilier en il été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable.

ART. 1417. Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice au refus du mari, et s'il y a eu inventaire, les créanciers ne peuvent poursuivre leur paiement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession, et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme.

La loi distingue, et nous distinguerons avec elle, si la succession est échue au mari ou la femme, et dans ce dernier cas si la succession a été acceptée avec l'autorisation du nari ou avec cette de la justice.

a. — La succession est échue au mari. Les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur tous les biens de la communauté et sur tous les biens personnels du mari, sauf les récompenses respectives.

b. — La succession est échue à la femme. Une sous-distinction est nécessaire.

α. — Cette succession a-t-elle été acceptée avec l'autorisation du mari ? Il résulte de l'art. 416 al. 1 que les créanciers peuvent poursuivre leur paiement sur les biens de la femme n pleine propriété et en outre sur les biens de la communauté, par conséquent aussi sur ceux du mari. Arg. art. 1419. Cass., 23 avril 1888, S., 89. 1. 25, D., 89.1. 233. — En combinant les règles qui régissent le droit de poursuite des créanciers quand la succession est purement mobilière avec celles qui régissent ce même droit lorsque la succession est purement immobilière, on aurait dû être conduit à décider que, dans l'hypothèse qui nous occupe, la communauté et par suite le mari ne peuvent être poursuivis par les créanciers que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes. Mais comment les créanciers auraient-ils connu cette portion contributoire, et par conséquent la mesure de leur droit de poursuite contre la communauté ? Il y aurait eu là une source de difficultés, que le législateur a sans doute voulu tarir en décidant que la communauté pourrait être poursuivie pour le tout. Bien entendu, si la communauté paie le total des dettes, elle aura droit à récompense pour tout ce qui excède sa part contributoire.

β. — La succession n'a-t-elle été acceptée par la femme qu'avec l'autorisation de la justice ? En principe, cette acceptation n'engage ni le mari ni la communauté (arg. art. 1426). Les créanciers de la succession ne pourront donc s'attaquer qu'aux biens de la succession, et, en cas d'insuffisance, à la nue propriété seulement des biens personnels de la femme. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le mari puisse justifier, à l'aide d'un titre régulier, de la consistance et de la valeur du mobilier de la succession. Si, à défaut d'inventaire, ce mobilier se trouvait confondu dans celui de la communauté, les créanciers seraient en droit de poursuivre leur paiement sur tous les

biens de la communauté (art. 1416 in fine), et par suite aussi sur les biens personnels du mari. Que celui-ci ne se plaigne pas ! En omettant de faire dresser un inventaire, il s'est mis dans l'impossibilité de justifier de l'insuffisance du mobilier pour payer les dettes ; il doit supporter les conséquences de sa faute.

II. Dettes des donations.

111. Aux termes de l'art. 1418 : « Les règles établies par les

» articles 1411 et suivants régissent les dettes dépendantes d'une

» donation, comme celles résultant d'une succession ».

Il s'agit du cas où l'un des époux recueillerait pendant le mariage le bénéfice d'une donation universelle ou à titre universel, telle qu'une donation de biens à venir (art. 1082), ou bien un legs universel ou à titre universel. Les dettes dépendant de ces donations seraient régies soit au point de vue de la contribution, soit au point de vue de l'obligation, par les règles qui viennent d'être exposées. Ainsi, la donation est-elle purement mobilière ? on appliquera l'art. 1411 ; si elle est purement immobilière, on appliquera les art. 1412 et 1413 ; si elle est mixte, les art. 1414 à 1417.

Toutefois il semble que, si les biens dépendant d'une donation purement mobilière demeuraient propres à l'époux donataire en vertu d'une clause de la donation, les dettes qui grèvent cette donation devraient demeurer à la charge du donataire ; on appliquerait donc alors les règles des successions immobilières (art. 1412 et 1413), et non celles des successions mobilières (art. 1411). De même qu'en sens inverse, si les biens dépendant d'une donation purement immobilière tombaient dans la communauté en vertu de la volonté du disposant, les dettes grevant la donation tomberaient à la charge de la communauté par

application de l'art. 1411 relatif aux successions mobilières. En effet le législateur s'est évidemment inspiré de l'idée que le passif doit être supporté et payé par celui qui recueille l'actif ; il ne faut donc tenir compte de la nature des biens qu'en tant qu'elle sert à en régler l'attribution.

SECTION II

DE L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE L'EFFET DES ACTES DE L'UN OU DE L'AUTRE ÉPOUX RELATIVEMENT A LA SOCIÉTÉ CONJUGALE

112. La rubrique de cette section ne donne qu'une idée fort incomplète des matières qui y sont traitées. Le législateur va s'occuper non seulement, comme il l'annonce, de l'administration de la communauté, mais en outre de l'administration des biens personnels de la femme (art. 1428 à 1430), des récompenses (art. 1431 à 1438), matière au sujet de laquelle il traite du remploi dont nous sommes déjà occupé (*supra*, n. 62 s.), et enfin des constitutions de dot (art. 1438 à 1440). Ces matières feront l'objet d'autant de paragraphes.

§ I. De l'administration de la communauté.

113. Nous aurons successivement à parler des pouvoirs qui appartiennent au mari et de ceux qui appartiennent à la femme. Disons tout de suite que les pouvoirs du mari sont presque ceux d'un propriétaire, tandis que ceux de la femme sont à peu près nuls. Nous ne parlerons ici que de l'administration des biens ordinaires de la communauté. Celle des biens réservés fera l'objet d'une étude séparée (*infra*, n. 250).

N° 1. Pouvoirs du mari.

A. Actes licites.

114. Dans la société conjugale, comme dans toute société, il faut un chef. Ce titre, qui a été accordé au mari dans l'association conjugale envisagée quant aux personnes (art. 213), lui revenait nécessairement dans cette même association envisagée quant aux biens. Le mari est donc le chef de la communauté. Les pouvoirs qui lui appartiennent en cette qualité sont beaucoup plus étendus que ceux d'un administrateur ordinaire, dont la mission se borne à conserver les biens et à les faire fructifier. On en peut juger par l'art. 1421 ainsi conçu : « Le mari administre seul les biens de la

» communauté. — Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans

» le concours de la femme ».

Ainsi, non seulement le mari peut faire relativement aux biens de la communauté tous les actes d'administration, par exemple passer des baux, effectuer des réparations d'entretien, interrompre une prescription, mais la loi lui permet d'accomplir des actes qui sont l'apanage exclusif du propriétaire : elle l'autorise à vendre les biens, même immobiliers, plus généralement à en disposer à titre onéreux, même à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, à les grever d'hypothèque ou de tout autre droit réel tel que servitude, usufruit ; tout cela sans le concours de la femme ⁹. Nous savons aussi que la communauté est tenue de toutes les obligations résultant des contrats passés par le mari, ou des quasi-contrats dans lesquels il se trouve engagé (supra, n. 94).

Le mari peut donc ruiner la communauté par une gestion coupable ou inintelligente, potest perdere, dissipare, abuti,

et il n'est même pas tenu de rendre compte des valeurs qu'il dissipe, il ne doit de ce chef aucune récompense.

Comme contre-poids de cette omnipotence, la loi accorde à la femme le droit de demander la séparation de biens, si sa dot se trouve compromise par les dilapidations du mari ; elle l'autorise aussi, lors de la dissolution de l'association conjugale, à renoncer à la communauté, en vue de se soustraire à l'obligation de payer les dettes qui la grèvent ; enfin elle lui offre, au cas d'acceptation, le bénéfice d'émolument, qui lui permet de ne payer les dettes de la communauté que dans la mesure de son émolument, c'est-à-dire jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'elle recueille.

115. La toute-puissance du mari a pourtant une limite. Aux termes de l'art. 1422 : « Il ne peut disposer entre vifs à titre gratuit

- » des immeubles de la communauté, ni de l'universalité on
- » d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des

- » enfants communs. — Il peut néanmoins disposer des effets mobiliers

- » à titre gratuit et particulier, au profit de toutes personnes,

- » pourvu qu'il ne s'en réserve pas l'usufruit ».

Cette disposition est de droit nouveau. La plupart de nos anciennes coutumes autorisaient le mari à disposer à titre gratuit des biens de la communauté. L'art. 226 de la coutume de Paris portait : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme ; il peut en disposer sans le consentement de sa femme par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, à personne capable et sans fraude ». Notre législateur a pensé que, si les besoins d'une large administration peuvent quelquefois exiger l'aliénation à titre onéreux, ils n'exigent jamais l'aliénation à titre gratuit ; car donner, à

certaines égards, c'est perdre, donare est perdere. On voit qu'il n'est plus tout à fait vrai, comme autrefois, de dire que le mari est seigneur et maître de la communauté ; on pourrait le qualifier plus exactement, à l'exemple de quelques rares coutumes qui lui refusaient le droit d'aliéner à titre gratuit, d'administrateur cum libera, sous-entendez potestate. Cpr. supra, n. 38.

116. L'art. 1422 n'interdit pas au mari d'une manière absolue toute disposition à titre gratuit des biens de la communauté. Il lui interdit seulement :

1° Les donations d'immeubles de la communauté, quelque modique qu'en soit la valeur, sauf exception quand la donation est faite au profit d'un enfant commun (ou d'un petit-enfant) et pour son établissement, mariage ou autrement, car la loi ne distingue pas

Faite à un enfant d'un autre lit du mari, la donation d'un immeuble de la communauté serait nulle ; la loi n'excepte en effet que les donations faites à un enfant commun. L'art. 1469 dit, il est vrai, que les donations de biens communs faites à un enfant d'un autre lit donnent lieu à récompense, ce qui suppose leur validité ; mais il doit être entendu seulement des donations de meubles, autrement il serait en contradiction avec l'art. 1422. Cpr. Cass., 11 nov. 1902, D., 03. 1.373.

2° Les donations qui ont pour objet l'universalité ou une quote-part du mobilier, sauf exception encore pour le cas où la donation est faite en vue de l'établissement des enfants communs.

Une donation entre vifs de biens présents, portant sur des objets mobiliers, ne peut jamais être qu'à titre particulier. De deux choses l'une, en effet : ou il s'agira d'une donation manuelle, et alors elle ne s'appliquera qu'à chacun des objets particuliers dont il aura été fait tradition par le donateur au donataire, la tradition embrassât-elle en fait tous les meubles du donateur ; ou bien la donation sera faite par acte, et alors elle ne sera valable qu'autant qu'un

état énumératif et estimatif des objets compris dans la disposition sera joint à la minute de la donation (art. 948) ; ce qui en fera nécessairement une donation à titre particulier. Que veut donc dire l'art. 1422, quand il défend au mari de faire des donations portant sur l'universalité ou sur une quote-part du mobilier ? Sa disposition ne peut avoir de sens qu'autant qu'on la considère comme s'appliquant aux donations de biens à venir ou institutions contractuelles (art. 1082 s.), qui sont des donations entre vifs et qui cependant peuvent être et sont presque toujours universelles ou à titre universel. La loi veut donc dire que le mari ne peut pas, par donation de biens à venir, disposer de l'universalité ou d'une quote-part du mobilier de la communauté, sauf au profit des enfants communs. — D'après la jurisprudence, notre disposition interdirait toute donation du mobilier, même à titre particulier, qui, en fait, absorberait la plus grande partie de l'actif mobilier de la communauté. De semblables donations devraient sans doute être présumées faites en fraude des droits de la femme. Cpr. Bordeaux, 16 janv. 1878, S., 78. 2. 252, D., 19. 2. 182, Agen, 11 fév. 1896, D., 97. 2. 513, et infra, n. 119.

3° Les donations d'effets mobiliers, faites à titre particulier avec réserve d'usufruit en sa faveur. En l'absence de cette réserve, la donation serait valable. En d'autres termes, le mari peut donner la pleine propriété de meubles déterminés dépendant de la communauté ; il peut aussi donner la nue propriété à l'un et l'usufruit à l'autre, ou l'usufruit simplement, mais il ne peut pas donner la nue propriété seulement, se réservant ainsi l'usufruit. C'est une dérogation à la règle Qui peut le plus, peut le moins La loi a voulu retenir le mari par le frein de son propre intérêt ; le mari ferait volontiers peut être des donations en nue propriété, qui nuiraient plus à ses héritiers qu'à lui-même, puisqu'elles lui laisseront la jouissance des biens donnés ; il fera plus difficilement une donation de la pleine propriété, qui le privera immédiatement de la jouissance.

Les restrictions, que l'art. 1422 apporte au droit du mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté, lui laissent encore une grande latitude. En effet, s'il ne peut pas donner un immeuble de la communauté, quelque minime qu'en soit la valeur, il peut au contraire donner à toute personne le mobilier de la communauté, sans limitation, sous la seule condition de faire la donation à titre particulier et de ne pas se réserver l'usufruit. On lui défend de donner quelques mètres de terrain, et on lui permet de donner 100.000 fr. de rentes sur l'Etat ! Ce système est un écho de la maxime *Res mobilis res vilis*, maxime déjà vieillie à l'époque de la promulgation du code civil et aujourd'hui complètement surannée. L'art. 1422 est un de ceux qu'on ne laisserait probablement pas subsister dans le code civil, si on procédait à sa refonte.

117. Maintenant, quel est le sort d'une donation faite en violation de l'art. 1422 ? Elle est nulle ; cela résulte par argument de notre texte, qui est conçu en termes prohibitifs. Mais la nullité n'existe qu'à l'égard de la femme ; car c'est elle que le législateur a voulu protéger : seule elle pourra donc se prévaloir de la nullité, non le mari. Et comme toutes les actions de la femme relativement aux biens communs sommeillent tant que dure la communauté, il en résulte que c'est seulement à la dissolution qu'elle pourra élever la voix. Encore faut-il pour cela que la femme accepte la communauté. En effet, si elle renonce, les biens de la communauté sont considérés comme ayant toujours été la propriété exclusive du mari (arg. art. 1492, 1476 et 883), et par suite la donation ne peut plus être critiquée.

Supposons donc que la femme accepte la communauté (elle ou ses héritiers) et qu'elle invoque la nullité de la donation faite par son mari. Le bien donné sera compris dans la masse partageable, réellement s'il est encore entre les mains du mari, fictivement s'il a été livré au donataire : nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire, comme on

l'enseigne, que la femme le revendique préalablement contre le donataire. Alors, il arrivera de ces deux choses l'une :

Ou le bien donné sera attribué au mari par le résultat du partage ou des prélèvements qui le précèdent (art. 1470 et 1471), et alors, le mari étant réputé avoir toujours été seul propriétaire du bien (infra, n. 222 et 225 bis), la donation produira son plein et entier effet, car elle se trouvera, en définitive, émaner du propriétaire.

Ou le bien sera attribué à la femme, et alors, celle-ci étant réputée en avoir toujours été seule propriétaire, la donation faite par le mari sera considérée comme non avenue, et la femme aura le droit de s'attribuer le bien si le mari ne s'en est pas dessaisi, ou de le revendiquer contre le donataire si celui-ci est en possession, sauf à faire prononcer la nullité de la donation par la justice s'il y a contestation sur ce point.

* Le donataire qui se trouvera ainsi évincé aura-t-il le droit d'agir en garantie contre le mari et de lui demander des dommages et intérêts pour le préjudice qu'il souffre ? En d'autres termes, le donataire, qui ne peut pas obtenir ou conserver en nature le bien donné, peut-il exiger que le mari donateur lui en fournisse l'équivalent pécuniaire ? On admet généralement l'affirmative par argument de l'art. 1423 al. 2. En ce sens, Agen, 11 fév 1896, D., 97. 2. 513. C'est oublier que ce texte déroge au droit commun, et que, par suite, sa disposition ne saurait être étendue en dehors du cas précis qu'il prévoit ; or, la loi y parle d'un legs, et nous sommes dans l'hypothèse d'une donation entre vifs ; l'art. 1423 n'est donc pas applicable, et notre hypothèse demeure régie par les règles du droit commun, d'après lesquelles le donateur ne doit pas la garantie.

* Nous concluons que le donataire n'a pas d'action contre le mari, à moins cependant que l'on ne se trouve dans l'un des cas exceptionnels où le donateur doit la garantie : ce qui arrive quand elle a été promise par une stipulation

formelle, ou quand la donation a été l'aile dotis causa (art. 1440 et 1547).

118. On discutait autrefois sur le point de savoir si les donations prohibées par l'art. 1422 deviennent valables quand elles sont faites par le mari avec le concours de la femme, c'est-à-dire par le mari et par la femme conjointement ou même par le mari avec la simple adhésion de la femme. Un arrêt de la cour de cassation du 5 février 1850 paraît avoir définitivement fixé la jurisprudence dans le sens de l'affirmative. Derniers arrêts : Caen, 26 janv. 1888, S., 89. 2. 171, D., 88. 2. 299, et Nancy, 14 mars 1903, D., 03. 2. 331. C'est dans l'intérêt de la femme que la loi limite le droit du mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté ; pourquoi ne pourrait-elle pas renoncer au profit du donataire à un droit qui n'a été établi qu'en sa faveur ? Comment comprendre d'ailleurs que la femme, qui pourrait avec l'autorisation de son mari donner ses biens propres, ne puisse pas, de concert avec lui, donner les biens de la communauté, qui ne sont, comme nous l'avons vu plus haut (n. 35), que des biens appartenant indivisément au mari et à la femme ? Enfin la tradition est en ce sens ; Pothier et Lebrun notamment admettaient notre solution.

* 119. L'art. 225 de la coutume de Paris, après avoir consacré le droit pour le mari de disposer, même à titre gratuit, des biens de la communauté sans le consentement de sa femme, exceptait le cas de fraude. Les principes généraux, contenus dans les art. 1134 et 1167, suffisent pour faire admettre encore aujourd'hui cette limitation, que les art. 1421 et 1422 n'ont certainement pas entendu exclure par leur silence. Cpr. Cass., 11 nov. 1895, S, 96. 1. 281, D., 96. 1. 44.

La fraude peut se produire soit dans une aliénation à titre gratuit, soit dans une aliénation à titre onéreux ; dans l'un comme dans l'autre cas, le secours de l'action paulienne ou révocatoire sera accordé à la femme. Et toutefois, en cas

d'aliénation à titre onéreux, l'action en révocation ne réussira contre l'acquéreur qu'autant qu'il aura été conscius fraudis (t. II, n. 143). D'ailleurs, la preuve de la fraude peut être faite par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions (arg. art. 1353). Mais la fraude ne se présume pas. V. cep. supra, n. 116-2° in fine.

120. Après avoir indiqué dans quelle mesure le mari est autorisé à disposer par donation entre vifs des biens de la communauté, la loi va nous dire dans quelle mesure il peut en disposer par testament : « La donation testamentaire faite par le mari ne peut

- » excéder sa part dans la communauté. — S'il a donné en cette

- » forme un effet de la communauté, le donataire ne peut le réclamer

- » en nature, qu'autant que l'effet, par l'événement du partage,

- » tombe au lot des héritiers du mari : si l'effet ne tombe point au

- » lot de ces héritiers, le légataire a la récompense de la valeur totale

- » de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté

- » et sur les biens personnels de ce dernier » (art. 1423).

La loi prévoit successivement le cas où le mari a légué une partie aliquote de la communauté, comme une moitié, un tiers, un quart, et celui où le legs porte sur un objet déterminé dépendant de la communauté. Nous parlerons d'abord de ce dernier.

a. — Le mari a légué un effet déterminé dépendant de la communauté, telle maison par exemple ; la communauté se dissout par la mort du mari. Quel sera le sort du legs ?

Si la femme renonce à la communauté, il est sans difficulté que le legs produira tout son effet ; car la renonciation de la femme lui fait perdre tout droit sur les biens de la communauté, laquelle revient tout entière aux

héritiers du mari. La situation sera donc la même que si le mari avait légué un bien lui appartenant en propre. Si la femme accepte la communauté, il faut distinguer. L'objet légué tombe-t-il, par le résultat des opérations du partage, dans le lot des héritiers du mari ? Le légataire pourra le réclamer en nature : car le mari est réputé en avoir toujours été propriétaire, en vertu de l'effet rétroactif attaché au partage (art. 883 cbn. 1476) ; c'est donc bien sa chose qu'il a léguée. Si au contraire l'objet du legs est attribué à la femme, le légataire ne pourra pas le réclamer en nature ; car la femme est réputée en avoir toujours été propriétaire, et par suite le mari a en réalité légué la chose d'autrui. En résulte-t-il que le legs sera nul ? Il devrait l'être d'après l'art. 1021 ; mais la loi, dérogeant ici à cette règle, probablement pour ce motif que le mari est habitué à considérer comme siens les biens de la communauté dont il est seigneur et maître, décide que le légataire pourra réclamer la valeur de la chose léguée sur la part de communauté du mari et sur ses biens personnels, de sorte que le legs, qui ne peut pas s'exécuter en nature, s'exécutera en argent.

La combinaison des règles qui viennent d'être exposées conduit à décider que, si la chose léguée tombe partie dans le lot des héritiers du mari, partie dans le lot de la femme, le legs s'exécutera en nature pour la partie de la chose qui est tombée dans le lot des héritiers du mari et en argent pour le surplus.

b. — Le legs fait par le mari porte sur une quote part de la communauté, que nous supposons toujours dissoute par la mort du mari. Si la femme renonce à la communauté, le legs produira tout son effet, quelle que soit son étendue et alors même qu'il embrasserait toute la communauté, pourvu toutefois qu'il n'excède pas les limites de la quotité disponible. Si au contraire la femme accepte la communauté, sa part, qui normalement est de la moitié, ne pourra pas être ébréchée par l'exécution du legs. Ainsi

supposons que le legs fait par le mari soit des trois quarts de la communauté. La part de la femme ne sera pas pour cela réduite au quart ; elle aura le droit de se faire attribuer dans le partage la moitié des biens communs ; le légataire ne pourra donc réclamer que l'autre moitié, sauf à se faire payer en argent par les héritiers du mari la valeur de la portion qu'il ne peut obtenir en nature.

121. Ainsi qu'on l'a vu par les explications qui précèdent, l'art. 1423 déroge au droit commun, d'après lequel le legs de la chose d'autrui est nul (art. 1021) : sa disposition ne saurait donc être étendue en dehors du cas précis qu'il prévoit, conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là nous concluons :

1° Que, la loi ne parlant que du mari, le legs fait par la femme d'un effet dépendant de la communauté demeurerait soumis aux règles du droit commun, et qu'il serait nul par conséquent, si l'objet légué tombait par le résultat du partage dans le lot du mari ; d'autant plus que les motifs qui ont fait établir l'exception en ce qui concerne le mari, ne se rencontrent plus quand il s'agit d'un legs fait par la femme. Cpr. Cass., 6 juin 1883, S., 84. 1. 129, D., 84. 1. 33, et Besançon, 27 déc. 1911, S., 12. 2. 203.

2° Que l'art. 1423 demeurerait sans application au legs d'un effet de la communauté, fait par le mari lui-même après la dissolution de la communauté et avant qu'il ait été procédé à la liquidation et au partage de la communauté. La place qu'occupe l'art. 1423, situé dans une section ayant pour rubrique : De l'administration de la communauté..., et plus encore les motifs qui ont dicté la disposition de cet article (v. numéro précédent) prouvent qu'il n'a été écrit qu'en vue du testament fait par le mari pendant qu'il est chef de la communauté. En dehors de cette hypothèse, on rentre dans le droit commun.

3° Que l'art. 1423 est également inapplicable au legs d'un bien indivis entre le mari et la femme et propre à chacun d'eux. Besançon, 16 mai 1906, S., 07. 2. 89.

B. Actes illicites.

122. Ce ne sont pas seulement les actes licites du mari (contrats et quasi-contrats) qui obligent la communauté, mais aussi ses actes illicites (délits et quasi-délits). Comme le disaient nos anciens, le mari oblige la communauté tam delinquendo quam contrahendo.

Les dettes pécuniaires qui naissent d'un délit — nous prenons cette expression dans son sens le plus large — peuvent être de deux sortes, savoir : l'amende, qui a un caractère pénal, et les réparations civiles, qui, ainsi que leur nom l'indique, ont un caractère exclusivement civil et ne sont autre chose que des dommages et intérêts destinés à procurer la réparation du préjudice causé par l'infraction. Les quasi-délits ne peuvent donner naissance qu'à des réparations civiles.

Cela posé, les amendes prononcées contre le mari peuvent être poursuivies sur les biens de la communauté ; mais la communauté qui les paie a droit à récompense (art. 1424), contrairement à ce qui avait lieu dans notre ancien droit. Ainsi le veut le principe de la personnalité des peines.

La communauté est aussi tenue du paiement des réparations civiles, auxquelles le mari a été condamné pour délit ou quasi-délit ; mais à la différence de ce qui a lieu pour les amendes, la communauté, après avoir payé, n'a pas droit à récompense ; car la loi ne lui accorde pas ce droit.

* 123. Les art. 1424 et 1425 établissaient une distinction, difficile à justifier au point de vue juridique, entre les dettes des époux, nées d'une infraction n'emportant pas mort civile, et celles nées d'une infraction emportant mort civile. Cette distinction n'appartient plus qu'à l'histoire, la mort civile ayant été abolie. Aussi nous bornons-nous à renvoyer le lecteur à ces deux textes.

N° 2. Pouvoirs de la femme.

124. La femme n'a point l'administration de la communauté ¹⁰. Seul le mari a le droit d'aliéner les biens de la communauté et de les obliger. Les actes accomplis par la femme n'engagent donc pas la communauté, à moins qu'ils n'aient été passés avec l'autorisation du mari. C'est ce que dit l'art. 1426 1^{re} partie : « Les actes

» faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec

» l'autorisation de la justice, n'engagent pas les biens de la communauté ». Cpr. Paris, 14 juin 1907, D., 08. 2. 294. et supra, n. 95 et 96.

Quelle sera la situation du créancier envers lequel la femme s'est obligée avec l'autorisation de la justice, à défaut de celle du mari ? Il ne pourra s'attaquer qu'à la nue propriété des biens personnels de la femme ; car l'usufruit de ces biens appartient à la communauté, et nous savons que la communauté n'est point obligée. Arg. art. 1410, 1413, 1417, 1424.

Il va sans dire que, si la femme s'était obligée sans aucune autorisation, l'obligation serait nulle, et le créancier n'aurait pas d'action. A moins que l'obligation ne résulte d'un délit ou d'un quasi-délit, auquel cas le créancier pourrait en poursuivre l'exécution, mais seulement sur la nue propriété des biens personnels de la femme.

Après avoir dit que « Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté », l'art. 1426 apporte immédiatement à son principe une restriction dont le sens n'est pas très clair par ces mots : « si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique » et pour le fait de son commerce ».

Mise en rapport avec ce qui précède et prise à la lettre, cette disposition signifierait que la femme peut être

autorisée par la justice à faire le commerce et qu'elle oblige alors la communauté lorsqu'elle contracte pour le fait de son négoce. Mais s'il en était ainsi, l'art. 1426 se trouverait en opposition avec l'art. 4 du code de commerce, aux termes duquel : « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari ». Aussi faut-il considérer la restriction formulée par l'art. 1426 in fine comme ne tombant que sur la partie majeure de la proposition par laquelle débute l'article et non sur l'incise et même avec l'autorisation de la justice. En d'autres mots, pour comprendre le sens de la restriction formulée par la partie finale de notre article, il faut le lire en supprimant les mots et même avec l'autorisation de la justice. Ainsi entendu, l'art. 1426 in fine n'est que la reproduction en termes différents de l'art. 220, et ces deux textes signifient que l'autorisation de faire le commerce, donnée par le mari à sa femme, habilite celle-ci d'une manière générale à accomplir tous les actes dépendant de son négoce, sans qu'une autorisation spéciale soit nécessaire pour chacun d'eux, et que par suite ces actes engageront les biens de la communauté et ceux du mari, comme s'ils étaient faits en vertu d'une autorisation spéciale, conformément au droit commun. En somme, l'art. 1426, comme l'art. 220, entend seulement signaler, en ce qui concerne la femme commerçante, une exception au principe de la spécialité de l'autorisation, et non une exception au principe que la femme n'oblige point la communauté quand elle agit avec l'autorisation de la justice. Il ne se préoccupe nullement de résoudre la question de savoir de qui l'autorisation doit émaner, point qui est résolu par l'art. 4 C. co. — Maintenant, c'est une question controversée de savoir si ces textes n'ont pas été abrogés, du moins en partie, par la loi du 13 juil. 1907. V. t. I, n. 560, et infra n. 250 IX.

125. Cependant la règle, que les actes accomplis par la femme avec l'autorisation de la justice n'engagent point la

communauté, souffre exception dans deux cas prévus par l'art. 1427.

Le premier est celui où il s'agit de « tirer le mari de prison ». Un mari subit la contrainte par corps, par conséquent un emprisonnement, à raison d'une dette. Pour lui faire recouvrer sa liberté, la femme veut désintéresser le créancier de cette dette. L'emprunt qu'elle contractera pour se procurer la somme nécessaire obligera la communauté et le mari, non seulement lorsque la femme aura agi avec l'autorisation du mari, mais aussi lorsqu'elle aura été autorisée par la justice au refus du mari. Ce premier cas a perdu presque tout son intérêt, depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile, commerciale et contre les étrangers par la loi du 22 juillet 1867. Cpr. infra, n. 393.

Le second cas est celui où la femme veut pourvoir à rétablissement par mariage ou autrement de ses enfants (entendez des enfants communs) en cas d'absence du mari. Dans l'impossibilité où elle se trouve d'obtenir l'autorisation de son mari, la femme obtiendra celle de la justice, et la constitution de dot qu'elle fera avec cette autorisation aura le même effet que si elle eût été autorisée par le mari.

Ces deux cas, nous l'avons dit, sont prévus par l'art. 1427 ainsi conçu : « La femme ne

» peut s'obliger ni engager les biens de la communauté, même pour tirer son mari de

» prison, ou pour l'établissement de ses enfants en cas d'absence du mari, qu'après y

» avoir été autorisée par justice ».

La rédaction de cet article est on ne peut plus défectueuse. Pris à la lettre, il signifierait qu'en aucun cas, même dans les deux particulièrement favorables que prévoit ici la loi, la femme ne peut s'obliger ni obliger la communauté sans être autorisée par la justice ; de sorte que l'autorisation donnée par le mari ne pourrait en aucun

cas la dispenser d'obtenir celle de la justice. Ce serait le renversement de toutes les règles relatives à l'autorisation maritale. La loi a voulu dire, mais elle a employé une tournure de phrase très vicieuse, que, dans les deux cas exceptionnels prévus par l'art. 1427, la femme peut s'obliger et engager la communauté avec la seule autorisation de la justice, obtenue à défaut de celle du mari.

L'art. 1427 dérogeant au droit commun, sa disposition doit recevoir l'interprétation restrictive. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. En aucun cas donc, sauf les deux hypothèses exceptionnelles que prévoit ici la loi, l'engagement contracté par la femme autorisée de la justice n'obligera ni la communauté ni le mari. Le tribun Duveyrier l'a dit catégoriquement dans son discours au tribunal. On a cependant essayé de soutenir le contraire en argumentant du mot même de l'art. 1427, qui semble indiquer une citation faite à titre d'exemple. Mais cet argument, qui suppose que le législateur a parlé un langage d'une correction parfaite, perd presque toute sa valeur pour qui songe à la négligence avec laquelle ce texte a été rédigé ; nous venons de voir en effet que, pris à la lettre, il conduit à des résultats inacceptables. D'ailleurs, la solution que nous combattons aurait l'inconvénient grave de laisser l'interprète de la loi dans une grande perplexité sur le point de savoir quels sont, en dehors de l'art. 1427, les cas dans lesquels l'autorisation de la justice permet à la femme d'obliger la communauté, et elle serait dans la pratique la source de décisions arbitraires de la part du juge.

Par application du principe que nous venons de formuler, nous déciderons que la disposition de l'art. 1427 in fine ne pourrait pas être étendue au cas où le mari serait placé dans un établissement d'aliénés ni à celui où il serait interdit. Dans cette dernière hypothèse, il y aurait lieu, pour l'établissement des enfants, d'appliquer l'art. 511.

D'ailleurs, dans les deux cas prévus par l'art. 1427, la femme pourrait être autorisée à aliéner un bien de la communauté aussi bien qu'à emprunter. Une vente dans certains cas peut être moins préjudiciable qu'un emprunt.

128. La femme, qui ne peut, eu principe, obliger la communauté par ses actes licites, ne peut pas, à plus forte raison, l'obliger par ses actes illicites (délits ou quasi délits). Aussi l'art. 1424 in fine dispose-t il que les amendes « encourues par la femme ne peuvent » s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant » que dure la communauté ». Et cette décision doit certainement être étendue aux réparations civiles.

Toutefois, si la communauté a profité de l'infraction, par exemple si elle a encaissé l'argent provenant d'un vol commis par la femme, elle sera tenue par l'action de in rem verso dans la mesure du profit qu'elle a retiré ; l'équité le dit, à défaut de la loi, et cela suffit ; car l'action de in rem verso n'a pas d'autre fondement que l'équité.

§ II. De l'administration des biens personnels de la femme.

127. ART. 1428. Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. — Il peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. — Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. — Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires.

Il est naturel que celui qui jouit administre. Ayant la jouissance des biens de la femme, le mari devait donc en avoir aussi l'administration. Et comme le droit de jouissance du mari n'est pas essentiel, il en est de même du droit d'administration qui lui fait suite. En d'autres termes, une clause du contrat de mariage peut parfaitement

réserver à la femme la jouissance et l'administration de ses biens personnels en tout ou en partie (arg. art. 223, 1536 et 1576), et à plus forte raison lui donner le droit de toucher sur ses seules quittances une portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. La jouissance et l'administration des biens de la femme ne constituent pas pour le mari un droit lui appartenant comme chef, et dont il lui soit interdit, à ce titre, de se dépouiller (art. 1388). On sait qu'il en est autrement de l'administration des biens de la communauté (supra, n. 7). L'administration et même la jouissance des biens que la femme acquiert à titre de propres pendant le cours du mariage par donation entre vifs ou testamentaire, peut aussi être retirée au mari par une clause formelle de la donation ou du testament.

Tandis que le mari a, comme administrateur des biens de la communauté, des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire, comme administrateur des biens de la femme, au contraire, il n'a en général que les pouvoirs qui appartiennent à tout administrateur des biens d'autrui, notamment aux tuteurs et aux envoyés en possession provisoire. Les explications dans lesquelles nous allons entrer en fourniront la preuve. Nous parlerons d'abord des obligations du mari, ensuite de ses droits.

I. Obligations du mari.

128. Le mari doit administrer les biens de la femme en bon père de famille. C'est par application de ce principe que la loi le déclare « responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires » (art. 1428 al. 4). Encore faut-il cependant qu'il y ait faute de la part du mari. Sa responsabilité à cet égard s'apprécierait d'après les règles du droit commun (t. II, n. 91 s.).

Parmi les actes conservatoires figurent au premier rang les réparations, non seulement celles d'entretien, mais

aussi les grosses. Le mari doit entretenir les propres de la femme en bon état de réparations de toute nature. Les réparations d'entretien sont supportées définitivement par la communauté comme charge de la jouissance qui lui appartient ; quant aux grosses réparations, la femme devrait récompense à la communauté des sommes qu'elles ont coûté, à moins cependant qu'elles n'eussent été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien. Cpr. supra, n. 99.

L'interruption de la prescription est aussi un acte conservatoire. Le mari pourrait engager sa responsabilité, s'il laissait une prescription s'accomplir contre la femme, faute de faire ce qui est en son pouvoir pour la conjurer.

Nous en dirions autant du renouvellement d'une inscription hypothécaire en vue d'échapper à la péremption.

D'une manière générale, le mari est responsable de tout préjudice pécuniaire qu'il occasionne à la femme par sa faute relativement à son patrimoine personnel, par exemple de l'insolvabilité d'un débiteur personnel de la femme, qu'il aurait négligé de poursuivre en temps utile. Cass., 26 fév. 1908, D., 10. 1. 223, S., 08. 1. 272. Cpr. infra, n. 140 et 431.

II. Droits du mari.

128 bis. La loi les envisage successivement, en ce qui concerne les actions de la femme, les aliénations et les baux.

A. Actions de la femme.

129. Sur le point de savoir si le mari a le droit d'exercer les actions qui appartiennent à la femme (art. 1428), c'est-à-dire les actions relatives aux propres de celle-ci, la loi distingue entre les actions mobilières et les actions immobilières.

a. — Actions mobilières. Le mari a l'exercice de toutes les « actions mobilières... qui appartiennent à la femme » ou, en d'autres termes, de toutes les actions concernant les propres mobiliers de celle-ci. Il peut les exercer tant en demandant qu'en défendant. La femme est valablement représentée par le mari dans toutes les instances où se débattent ses droits mobiliers : ce qui est jugé avec lui est jugé avec elle, et par suite elle ne peut pas, sauf le cas de collusion, attaquer par la voie de la tierce opposition le jugement rendu contre le mari.

Le droit d'exercer les actions mobilières de la femme implique le droit pour le mari de toucher les créances mobilières qui appartiennent en propre à celle-ci. S'il peut poursuivre en justice les débiteurs de la femme pour les forcer à payer, c'est apparemment qu'il a le droit de recevoir d'eux le paiement. Et il en serait ainsi, alors même qu'il s'agirait de la créance du prix d'un immeuble propre à la femme, aliéné avec son consentement. Le mari, comme nous allons le dire, n'a pas le droit de vendre un bien propre à la femme ; mais, si celle-ci le vend, ce qui a pour résultat de transformer son droit de propriété en une créance de somme d'argent, le mari a le droit de toucher cette créance parce qu'elle est mobilière.

b. — Actions immobilières. Il faut sous-distinguer entre les actions possessoires et les actions pétitoires.

α. Les actions immobilières possessoires de la femme peuvent être exercées par le mari. En effet le mari jouit des biens de la femme ; il doit donc avoir les actions qui protègent la jouissance. De ce nombre sont les actions possessoires.

β. Quant aux actions immobilières pétitoires, il résulte par argument a contrario de l'art. 1428 al. 2 que l'exercice n'en appartient pas au mari. Dire que le mari a seulement l'exercice des actions possessoires, c'est bien lui refuser implicitement l'exercice des actions pétitoires. Bourges, 31 déc. 1894, D., 95. 2. 406, S., 95. 2. 82.

Celle induction tirée du silence de la loi acquiert une force irrésistible si l'on considère, d'une part, que Part. 233 de la coutume de Paris, dont l'art. 1428 a reproduit à peu près les termes, a toujours été entendu dans ce sens, et d'autre part, qu'en règle générale, dans notre droit, les administrateurs du bien d'autrui n'ont pas l'exercice des actions pétitoires. Voyez toutefois art. 1549 (infra n. 374).

Les actions immobilières pétitoires de la femme ne peuvent donc être exercées que par la femme elle-même dûment autorisée, ou par le mari agissant en vertu d'un mandat exprès donné par elle.

Mais voilà que la femme refuse d'intenter l'action en revendication d'un de ses immeubles personnels, détenu par un tiers. Cette résistance mettra-t-elle le mari dans l'impossibilité d'exercer sur cet immeuble le droit de jouissance qui lui appartient en qualité de chef de la communauté ? Evidemment non. Il ne peut dépendre de la femme de paralyser par son mauvais vouloir l'exercice du droit du mari. Celui-ci aura en pareil cas le droit qui appartiendrait à tout autre usufruitier, d'agir en son nom personnel comme ayant droit à la jouissance, et d'exiger du détenteur la restitution de l'immeuble. Il exercera en un mot contre le tiers détenteur l'action confessoire d'usufruit, action qui se distingue nettement par sa cause de l'action en revendication appartenant à la femme. Bourges, précité, et Orléans, 21 janv. 1898, S., 99. 2. 174. L'action confessoire du mari a pour cause son droit d'usufruit, tandis que l'action en revendication de la femme a pour cause son droit de propriété.

130. L'art. 1428 al. 2 dit que le mari « peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme » ; ce qui signifie que le concours de la femme ou même son consentement ne lui est pas nécessaire pour l'exercice de ces actions. Mais cette disposition n'est pas exclusive de la faculté pour la femme, autorisée comme de droit, d'exercer les actions

mobilières ou possessoires qui lui appartiennent, si le mari refuse ou même néglige de le faire. La loi ne dit pas que le mari peut seul exercer les actions..., formule qui serait exclusive du droit d'agir pour la femme ; elle dit que le mari peut les exercer seul, ce qui est bien différent. Bordeaux, 17 fév. 1897, D., 98. 2. 197 ; Cass. motifs), 15 mai 1907, D., 09. 1.337, S., 11.1. 573, et Lyon, 20 mai 1910, D., 11. 2. 32.

B. Aliénations.

131. Le mari « ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement » (art. 1428 al. 3). C'est une conséquence du principe que le propriétaire seul a le droit d'aliéner. L'aliénation ne peut donc émaner que de la femme, soit qu'elle y procède elle-même avec l'autorisation du mari ou de justice, soit qu'elle donne à cet effet mandat au mari. C'est sans doute à cette, dernière hypothèse que l'art. 1428 fait allusion, quand il parle de l'aliénation faite par le mari avec le consentement de sa femme.

La prohibition d'aliéner les immeubles personnels de la femme entraîne pour le mari celle de les grever de tous droits réels, tels qu'usufruit, servitude, hypothèque.

* 132. Supposons que le mari, contrevenant à la prohibition de l'art. 1428, ait vendu un immeuble personnel de la femme sans le consentement de celle-ci. Quelle va être la situation faite à la femme ? Notamment, pourra-t-elle, en supposant que la vente ait été exécutée, revendiquer l'immeuble et évincer ainsi l'acquéreur ?

Nous écartons d'abord l'hypothèse où le mari a vendu l'immeuble comme appartenant à la femme, et même celle où, le mari ne s'étant pas expliqué sur ce point, l'acheteur a connu la vérité. En pareil cas, en effet, l'acheteur n'a pas droit à la garantie farg. art. 1428. et 1997). Aucun obstacle ne s'oppose donc à ce que la femme revendique son bien

indûment aliéné, sauf à l'acheteur à demander condictione sine causa la restitution du prix qu'il aurait payé.

Mais la question devient délicate, si le mari a vendu l'immeuble comme sien à un acheteur de bonne foi. Il est incontestable que, dans cette hypothèse, le mari contracte envers l'acheteur l'obligation de garantie. Nous croyons que cette obligation, avec toutes ses conséquences, tombe à la charge de la communauté, qui est tenue, on le sait, de toutes les dettes contractées par le mari pendant la durée de l'association conjugale (art. 1409-2°).

Cela posé, si la femme renonce à la communauté, il est sans difficulté qu'elle peut revendiquer son immeuble contre l'acquéreur, sans que celui-ci puisse lui opposer la maxime Qui doit garantir ne peut évincer ; car elle échappe par sa renonciation à l'obligation de garantie, comme à toutes les autres dettes dont la communauté se trouve grevée du chef de son mari (arg. art. 1494).

Mais à notre avis il n'en serait plus de même, si la femme accepte la communauté. Par son acceptation la femme s'associe définitivement à tous les actes accomplis par le mari, à la vente de ses propres comme à tous les autres. Elle est donc alors censée venderesse pour la moitié, et tenue par suite pour moitié, sauf la limitation résultant de son bénéfice d'émolument, de la garantie et des obligations qu'elle engendre. De là il résulte que, si la femme revendique son propre, l'acquéreur pourra lui opposer l'exception de garantie, dont les effets sont résumés dans l'adage : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Et comme l'exception de garantie est indivisible, ainsi que nous l'avons démontré (t. II, n. 781), l'action de la femme se trouvera ainsi paralysée pour le tout et non pas seulement pour la moitié. Cpr. Cass., 8 nov. 1893, D., 94. 1. 417.

On voit que la question de savoir si la femme peut ou non revendiquer son immeuble-propre aliéné par le mari est subordonnée à celle de savoir si elle acceptera la

communauté ou si elle la répudiera. Nous en concluons qu'elle ne peut pas exercer son action en revendication pendant la durée de la communauté. Comment pourrait-elle être admise à revendiquer contre un acquéreur auquel elle devra la garantie si elle accepte la communauté ? L'acquéreur n'a-t-il pas le droit de dire à la femme : Vous ne pouvez revendiquer utilement qu'à la condition de renoncer à la communauté ; or vous n'avez pas le droit de renoncer avant la dissolution de la communauté ; donc votre action en revendication n'est pas recevable. Cpr. art. 2256 al. 1. Chambéry, 6 mai 1885, S., 86. 2. 177, D., 86. 2. 33.

132 bis. Le mari peut-il aliéner les propres mobiliers de la femme sans le consentement de celle-ci ? Nous admettons la négative. Le mari n'est qu'administrateur des biens personnels de la femme ; or, un administrateur n'a pas le droit d'aliéner même les biens mobiliers, à moins qu'un texte formel ne le lui accorde (v. notamment art. 452). Il importe peu que l'interdiction d'aliéner écrite dans l'art. 1428 ne porte que sur les immeubles. Ici comme ailleurs, la loi a statué de eo quod plerumque fit ; elle n'a pas parlé des propres mobiliers, parce que, sous le régime de la communauté légale, en vue duquel statue l'art. 1428, les propres mobiliers sont infiniment rares (supra, n. 79).

La question que nous venons d'examiner ne se pose qu'en ce qui concerne les propres mobiliers parfaits. Il est certain que le mari peut aliéner les propres mobiliers imparfaits de la femme, puisque la communauté en est propriétaire, sauf à compter de leur valeur.

D'autre part, même en ce qui concerne les propres mobiliers parfaits, la question ne présente guère d'intérêt que lorsqu'ils sont incorporels ; car, pour les meubles corporels, la maxime En fait de meubles la possession vaut titre mettra presque toujours l'acquéreur à l'abri de toute réclamation de la part de la femme.

133. Chargé, en sa qualité d'administrateur, de faire produire, aux biens de la femme le revenu dont ils sont susceptibles, le mari a par cela même le droit de donner ces biens à bail.

Quelle durée le mari peut-il assigner aux baux qu'il passe ? Ces baux devront-ils nécessairement prendre fin avec sa jouissance, c'est-à-dire lors de la dissolution de la communauté ? L'application rigoureuse des principes dicterait peut-être cette solution ; car il semble que le mari ne puisse pas disposer de la jouissance des biens de la femme pour le temps où cette jouissance ne lui appartiendra plus. Mais alors le mari ne trouvera pas de preneurs ! ou il n'en trouvera qu'à des conditions désavantageuses, un bon locataire ou un bon fermier exigeant toujours qu'on lui garantisse une jouissance d'une certaine durée ! Fallait-il alors déclarer obligatoires pour la femme ou ses héritiers les baux faits par le mari, quelle que fût leur durée ? Cette solution aurait eu l'inconvénient grave de permettre au mari de priver, pour un temps indéfini, la femme et ses héritiers de la jouissance en nature de leurs biens. Entre ces deux extrêmes, le législateur a pris un moyen terme, qu'indiquent les art. 1429 et 1430, et qui concilie dans la mesure du possible les droits de l'administrateur et ceux du propriétaire.

ART. 1429. Les baux que le mari seul a faits des biens de sa femme pour un temps qui excède neuf ans, ne sont, en cas de dissolution de la communauté, obligatoires vis-à-vis de la femme ou de ses héritiers que pour le temps qui reste à courir soit de la première période de neuf ans, si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde, et ainsi de suite, de manière que le fermier n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve.

ART. 1430. Les baux de neuf ans ou au-dessous que le mari seul a passés ou renouvelés des biens de sa femme

plus de trois ans avant l'expiration du bail courant s'il s'agit de biens ruraux, et plus de deux ans avant la même époque s'il s'agit de maisons, sont sans effet, à moins que leur exécution n'ait commencé avant la dissolution de la communauté.

Ainsi la loi, appliquant au mari une règle dont elle fait ailleurs l'application à l'usufruitier (art. 595), au tuteur (art. 1718) et au mineur émancipé (art. 481), considère les baux de neuf ans ou au-dessous comme des actes de simple administration. Ceux que le mari aura faits dans ces limites devront toujours être pleinement respectés.

D'autre part, comme un bon administrateur ne doit pas attendre au dernier moment pour passer un nouveau bail ou renouveler l'ancien, sous peine d'être privé de locataire ou de fermier pendant un certain temps, la loi permet au mari (art. 1430) de renouveler les baux en cours ou d'en passer de nouveaux, trois ans au plus avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit d'un bien rural, et deux ans seulement avant la même époque, s'il s'agit de maisons. Le délai est plus long pour les biens ruraux, parce qu'il est plus difficile de se procurer un bon fermier qu'un bon locataire.

Telles sont les limites extrêmes, dans lesquelles le mari peut passer ou renouveler des baux obligatoires pour la femme et les héritiers de celle-ci. De sorte que le plus long délai, pendant lequel la femme ou ses héritiers peuvent être liés en vertu d'un bail consenti par le mari, est de douze ans pour les biens ruraux et de onze ans pour les biens urbains ; et encore faut-il, pour que cette limite soit atteinte, supposer un concours de circonstances qui se rencontreront rarement, c'est-à-dire que le mari ait renouvelé un bail, ou qu'il en ait passé un autre, juste trois ans ou deux ans avant l'expiration du bail courant, et que la communauté se soit dissoute aussitôt après.

134. Maintenant qu'arrivera-t il, si le mari a dépassé les limites fixées par les art. 1429 et 1430, c'est à-dire s'il a

passé un bail de plus de neuf ans, ou s'il a passé ou renouvelé un bail plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant ?

135. a. — Supposons d'abord que le mari ait fait un bail de plus de neuf ans. Ce bail est pleinement obligatoire pour le mari, d'une part, et pour le fermier ou le locataire, d'autre part : ils sont l'un et l'autre parties au contrat, et le contrat les lie. Cpr. Cass., 29 janv. 1883, S., 85. 1. 482, D., 83. 1. 314. La femme elle-même ne peut pas critiquer le bail, tant que la communauté dure ; elle est sans intérêt, puisqu'elle n'a pas droit à la jouissance de son bien, cette jouissance appartenant à la communauté. Mais, à la dissolution de l'association conjugale, la femme pourra quelquefois demander la réduction du bail : elle a le droit d'exiger en effet que le preneur — l'art. 1429 ne parle que du fermier ; mais il est clair que sa disposition s'applique aussi au locataire — achève seulement la période de neuf ans, qui est en cours au moment de la dissolution de la communauté. Ainsi supposons un bail à ferme consenti par le mari pour vingt ans. La communauté se dissout-elle la septième année du bail par exemple ? On est encore dans la première période de neuf ans ; le fermier n'aura, si la femme l'exige, que le droit d'achever cette période, c'est-à-dire qu'il n'aura plus que deux ans à faire. Si la communauté, dans la même hypothèse, se dissout la quinzième année du bail, on est entré dans la deuxième période de neuf ans ; la femme pourra exiger que le fermier sorte à l'expiration de cette période, par conséquent à la fin de la dix-huitième année du bail ; le fermier n'aura donc plus droit qu'à trois années de jouissance. Enfin, si nous supposons que la communauté se dissolve la dix-neuvième année du bail, le contrat devra s'exécuter complètement.

C'est une faculté pour la femme de demander que le bail soit réduit aux limites qui viennent d'être indiquées ; elle a le droit, si elle le préfère, d'en exiger l'exécution complète. Lié envers la femme par le contrat auquel il a figuré, le

fermier ou le locataire est donc à la discrétion de celle-ci : obligé d'exécuter complètement le bail ou d'en subir la réduction, suivant que la femme le trouvera plus profitable à ses intérêts. Mais au moins faut-il que le preneur puisse savoir à quoi s'en tenir ; aussi admet on qu'il a le droit de mettre la femme en demeure de s'expliquer dans un bref délai sur le parti qu'elle entend prendre.

Les héritiers de la femme ont les mêmes droits qu'elle.

Le mari, qui donne à bail un bien propre de sa femme, peut-il valablement stipuler que les loyers ou les fermages lui seront payés par anticipation ? Si le mari ne fait à cet égard que se conformer aux usages, si par exemple il stipule que le locataire d'une maison paiera son loyer par trimestre et d'avance, nul doute qu'il n'outrepasse pas son droit. Seulement il y aurait lieu à récompense au profit de la femme pour les loyers ou fermages touchés par anticipation, qui représenteraient le prix de la jouissance postérieure à la dissolution de la communauté. Mais, si le mari, empiétant sur les droits du propriétaire, a stipulé le paiement par anticipation de plusieurs années de loyers ou de fermages, les juges du fait pourraient considérer cette stipulation comme excédant les limites du droit d'administration conféré au mari, et décider par suite que les paiements, à lui faits en exécution de cette clause, ne sont pas valables par rapport à la femme ou à ses héritiers, en tant qu'ils s'appliquent à la jouissance postérieure à la dissolution de la communauté. Pour prix de cette jouissance, la femme pourrait donc exiger un nouveau paiement, sauf le recours du preneur contre qui de droit. La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens.

136. b. — Le mari a passé ou renouvelé un bail plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, s'il s'agit d'un bien rural, ou plus de deux ans avant la même époque, s'il s'agit d'un bien urbain. Le nouveau bail fait par le mari ou le renouvellement par lui consenti sera sans effet à l'égard de la femme ou de ses héritiers, si l'exécution n'en est pas

commencée lors de la dissolution de la communauté. La femme n'est donc pas liée à l'égard du locataire ou du fermier ; mais le fermier ou le locataire est lié envers la femme, qui peut exiger l'exécution du contrat. — Si au contraire l'exécution du bail consenti ou renouvelé est commencée lors de la dissolution de la communauté, ce bail sera obligatoire pour la femme ou ses héritiers, dans les limites fixées par l'art. 1429, c'est-à-dire jusqu'à son expiration, s'il a été fait pour un temps n'excédant pas neuf ans, et jusqu'à l'expiration de la période de neuf ans dans laquelle on se trouve lors de la dissolution de la communauté, s'il a été fait pour un temps plus long.

Remarquons qu'il ne suffit pas, pour que le bail consenti ou renouvelé trop tôt par le mari soit obligatoire à l'égard de la femme, que la communauté se soit dissoute à une époque où le mari aurait pu valablement consentir ou renouveler le bail ; il faut que l'exécution du nouveau bail soit commencée.

137. Enfin observons, en terminant, que les règles établies par les art. 1429 et 1430 ne sont applicables qu'aux baux passés ou renouvelés par le mari seul. Ceux qui auraient été passés ou renouvelés par le mari avec le concours de la femme seraient obligatoires pour celle-ci alors même qu'ils auraient été consentis pour plus de neuf ans ou qu'ils auraient été passés ou renouvelés plus de trois ans ou de deux ans avant l'expiration du bail courant. La femme, qui peut valablement consentir à l'aliénation de ses immeubles, peut, à plus forte raison, consentir à un bail excédant les limites ordinaires du droit d'administration.

D'ailleurs le preneur qui a traité avec le mari seul n'a le droit d'exercer aucun recours contre celui-ci à raison de la réduction du bail, que la femme ou ses héritiers lui font subir par application de l'art. 1429, ou de la privation de jouissance qu'ils lui imposent en invoquant l'art. 1430. En traitant avec le mari seul, le preneur a dû savoir à quoi il s'exposait. Il en serait autrement si le mari s'était présenté

comme propriétaire de l'immeuble qu'il donnait à bail ou s'il s'était porté fort pour sa femme. L'indemnité due dans ce cas au preneur serait à la charge de la communauté.

§ III. Des récompenses.

138. Le mot récompense est synonyme d'indemnité. — Après avoir déterminé la composition du patrimoine de la communauté et celle du patrimoine propre de chaque époux, le législateur devait veiller à ce que l'un de ces patrimoines ne se fonde pas dans l'autre. C'est dans cette vue qu'a été établie la théorie des récompenses, dont le principe général peut être formulé de la manière suivante : Toutes les fois que l'un des trois patrimoines, dont la communauté suppose l'existence, s'est enrichi aux dépens de l'un des deux autres, il y a lieu à récompense ou indemnité au profit du patrimoine appauvri contre celui qui s'est enrichi.

Les récompenses peuvent être dues : 1° à l'un des époux par la communauté ; 2° à la communauté par l'un des époux ; 3° à l'un des époux par l'autre. C'est une division qui s'impose.

I. Récompenses dues à l'un des époux par la communauté.

139. ART. 1433. S'il est vendu un immeuble appartenant à l'un des époux, de même que si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages. propres à l'un d'eux, et que le prix en ait été versé dans la communauté, le tout sans emploi, il y a lieu au prélèvement de ce prix sur la communauté, au profit de l'époux qui était propriétaire, soit de l'immeuble vendu, soit des services rachetés.

Ce texte indique deux cas dans lesquels il y a lieu à récompense au profit de l'un des époux contre la

communauté.

140. a. — Le premier est celui où, un immeuble propre à l'un des époux ayant été vendu, le prix en a été versé dans la communauté sans emploi. Les propres ne doivent pas servir d'aliment à la communauté. Si donc la communauté a perçu le prix d'un propre aliéné, elle en doit récompense, à moins qu'il n'ait été fait emploi conformément aux art. 1434 et 1435.

Le prix est censé perçu par la communauté, toutes les fois que le mari l'a touché, ou en a disposé d'une manière quelconque, par exemple en le déléguant à un créancier de la communauté ou même en autorisant sa femme à le toucher. Cass., 30 nov. 1910, S., 12. 1. 403, D., 12. 1. 74. Si le prix du propre aliéné était encore dû lors de la dissolution de la communauté, celle-ci, n'ayant rien reçu, n'aurait pas à restituer. L'époux reprendrait alors la créance du prix, qui se trouve subrogée au propre : il courrait par conséquent le risque de l'insolvabilité du débiteur. Et toutefois, s'il s'agissait d'un propre de la femme, et que le mari eût laissé l'acquéreur de ce propre devenir insolvable, faute d'avoir exercé des poursuites contre lui en temps utile, la perte résultant de cette insolvabilité ne devrait pas être supportée par la femme, mais bien par la communauté qui est tenue des conséquences pécuniaires de toutes les fautes commises par le mari.

La femme qui réclame la récompense du prix de son propre aliéné n'a pas besoin de prouver que ce prix a été touché par le mari ou qu'il en a disposé. Le mari est présumé avoir reçu le prix, sauf la preuve contraire. Tenu d'administrer les biens de la femme, le mari doit nécessairement, lors de la liquidation des droits de celle-ci, ou bien lui restituer la créance du prix, avec les accessoires qui en assureraient le paiement, ou bien lui fournir la récompense de ce prix. Cpr. Cass., 18 janv. 1897, D., 97. 1. 127, S., 97. 1. 455.

* D'après l'ancienne coutume de Paris, le prix des propres aliénés profitait en principe à la communauté. L'époux vendeur n'avait droit à récompense qu'autant que cela avait été stipulé dans le contrat de mariage ou lors de l'aliénation. Cet état de choses fournissait aux conjoints un moyen facile d'éluder la règle qui prohibait les donations entre époux. Il permettait surtout au mari d'abuser de son influence sur sa femme pour déterminer celle-ci à vendre ses propres et s'enrichir ainsi personnellement en enrichissant la communauté. C'était alors un proverbe que « le mari doit se relever trois fois la nuit pour vendre le propre de sa femme ». Aussi le nouvel art. 232 de la coutume de Paris réformée en 1580 disposa-t-il que la récompense du prix des propres aliénés serait due par la communauté, même en l'absence de toute stipulation de remploi ou récompense. Cette disposition ne tarda pas à être appliquée même dans les coutumes qui autorisaient les donations entre époux, et bientôt les auteurs et la jurisprudence l'étendirent à toute espèce d'avantage acquis à la communauté aux dépens du patrimoine propre de l'un des époux. La règle ainsi généralisée a passé dans le code civil. Comme dans les coutumes dont notre législateur a suivi l'exemple en autorisant les donations entre époux (art. 1096), elle se justifie aujourd'hui par la considération suivante : Rien n'est moins certain que la volonté chez l'époux qui aliène son propre sans stipuler le remploi ou la récompense, d'avantager ainsi son conjoint, de l'enrichir en enrichissant la communauté ; or, en matière de donations, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

141. b. — Notre article formule le deuxième cas dans les termes suivants : « ... si l'on s'est rédimé en argent de services fonciers dus à des héritages propres à l'un d'eux ». Voici l'espèce prévue. Un immeuble, qui appartient en propre à l'un des époux, a droit à une servitude active sur le fonds voisin ; le propriétaire de ce dernier fonds demande et obtient moyennant une certaine somme

l'extinction de la servitude, et la communauté touche le prix convenu. Récompense sera due à l'époux propriétaire du fonds ; car la servitude dont il a fait l'abandon était une partie de son fonds — les servitudes sont qualitates prædiorum —, et le prix touché par la communauté est par suite le prix d'une partie du propre de l'époux.

141 bis. Tels sont les deux cas prévus par l'art. 1433. Ce ne sont pas les seuls dans lesquels il soit dû récompense à l'un des époux par la communauté. Pothier, après avoir dit qu'il y a lieu à récompense contre la communauté pour le prix des propres aliénés, ajoutait : « On peut établir pour principe général que chacun des conjoints est, lors de la dissolution de la communauté, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté ». Cela est vrai encore aujourd'hui. L'art. 1433 n'a rien de limitatif, et c'est certainement par pure inadvertance que le législateur n'a pas formulé dans ce texte, d'une manière générale, le principe des récompenses dues par la communauté, comme il a formulé dans l'art. 1437 in fine celui des récompenses dues à la communauté.

Le principe de Pothier comporte de nombreuses applications. Sans parler de celles que nous avons déjà rencontrées sur notre chemin (voyez notamment les art. 1413 al. dernier, 1407, 1408 al. 2, 1416), il serait encore dû récompense à l'un des époux par la communauté dans les cas suivants :

1° Si l'un des époux a donné un bien à lui propre en paiement d'une dette de la communauté ;

2° Lorsque les deniers propres à l'un des époux ont été confondus avec les deniers de la communauté ou employés dans l'intérêt de la communauté ;

3° A raison du supplément du juste prix, payé par l'acquéreur d'un immeuble, vendu par l'un des époux antérieurement au mariage, en vue d'échapper à l'action en rescision pour cause de lésion de plus de sept douzièmes, intentée contre lui (art. 1681). Ce supplément est le prix d'une action immobilière appartenant en propre à l'époux.

4° Lorsque la communauté a encaissé la soule stipulée au profit de l'un des conjoints lors de l'échange de son propre.

* Sur ces divers points, on est à peu près d'accord. En voici un, au contraire, au sujet duquel il y a controverse.

L'un des époux, pendant la durée de la communauté, aliène un propre moyennant une rente viagère. Cet époux a-t-il droit à récompense contre la communauté lors de sa dissolution ? A notre avis la récompense est due. En effet, l'art. 1433 dit qu'il y a lieu à récompense toutes les fois que le propre de l'un des époux est aliéné et que le prix en est versé dans la communauté ; la loi ne distingue pas si le prix consiste en un capital ou en une rente viagère. Les principes de la matière conduisent à la même solution. La communauté s'est enrichie, puisqu'elle a touché, pendant de longues années peut être, les arrérages de la rente viagère, bien supérieurs au revenu du propre aliéné. Elle s'est enrichie au détriment de l'époux auquel ce propre appartenait ; car celui-ci, lors de la dissolution de la communauté, ne retrouvera plus la contre-valeur de son propre, si la rente est éteinte, ou ne retrouvera qu'une contre-valeur inférieure à la valeur de ce propre, si la rente existe encore. La propriété, dit M. Colmet de Santerre, est perpétuelle, tandis que la rente viagère, l'usufruit, les droits viagers s'usent en vieillissant. Donc la communauté doit récompense. Enfin c'était la solution admise dans notre ancien droit. On ne discutait que sur le point de savoir comment il fallait fixer le montant de la récompense. Nous examinerons ce point au numéro suivant.

* Il y a contre notre solution une objection très forte tirée de l'art. 588 qui dispose que l'usufruitier d'une rente viagère a le droit d'en percevoir les arrérages sans être tenu à aucune restitution. La communauté, dit-on, est usufruitière des propres des époux, non pas de biens déterminés, mais de tous ceux, quels qu'ils soient, qui composent le patrimoine propre des époux. Lorsqu'une rente viagère a été substituée dans le patrimoine de l'un des époux à un droit de propriété qui était perpétuel, la communauté, comme usufruitière, a droit à tous les arrérages de la rente, et elle ne doit pas plus de ce chef une récompense qu'elle n'en devrait si l'un des époux avait

échangé une terre peu productive contre une maison rapportant le double. — Il est certain qu'il y a conflit entre l'art. 588 et l'art. 1433. A notre avis l'art. 1433 déroge à l'art. 583, comme l'art. 1403 al. 2 déroge à l'art. 590 al. 1. L'opinion que nous combattons conduit à considérer l'époux aliénateur comme ayant fait une donation à son conjoint, contrairement à sa volonté peut-être. Nous l'avons déjà dit, en matière de donation, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

* La doctrine est divisée sur cette question en deux camps à peu près égaux. Jusqu'en 1863, il en était de même de la jurisprudence. La question fut résolue dans le sens que nous venons de développer par un arrêt de la cour de cassation du 1^{er} avril 1868 (S., 68. 1. 253, D., 68. 1. 311), et depuis lors les cours d'appel se sont conformées à celle jurisprudence. Dernier arrêt, Bordeaux, 17 déc. 1873, S., 74. 2. 213, D., 74. 5. 102.

* Ce que nous venons de dire du cas où le propre de l'un des époux est aliéné moyennant une rente viagère, doit être étendu par analogie de motifs au cas d'aliénation d'un propre moyennant un droit d'usufruit. D'une manière générale, il y a lieu à récompense par la communauté toutes les fois qu'un époux acquiert durant la communauté un droit viager en échange d'un droit perpétuel.

* En sens inverse, si un droit viager appartenant en propre à l'un des époux est vendu et que le prix en soit versé dans la communauté, il y a lieu à récompense au profit de l'époux. Et toutefois la récompense n'aurait pas lieu, si le droit viager vendu se trouvait éteint au moment de la dissolution de la communauté, par exemple, si, s'agissant d'un usufruit constitué sur la tête de l'époux, la communauté venait à se dissoudre par sa mort. En effet, dans cette hypothèse, le patrimoine propre de l'époux ne se trouve pas appauvri, puisque, si l'aliénation n'avait pas eu

lieu, le droit ne figurerait plus aujourd'hui dans son patrimoine.

L'époux qui réclame une récompense contre la communauté doit, en cas de contestation, prouver l'existence des faits sur lesquels il base son droit à la récompense (arg. art. 1310). V. cep. supra, n. 140 al. 3.

142. Montant de la récompense. — Sur quels biens elle s'exerce. — « 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 pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la

» valeur de l'immeuble aliéné ». Ainsi s'exprime l'art. 1436.

La récompense a lieu « sur le pied de la vente », dit la loi. La communauté n'est débitrice, en effet, que parce qu'elle a reçu et dans la mesure seulement de ce qu'elle a reçu. Inutilement donc l'époux, dont le propre a été aliéné, prétendrait-il, pour obtenir une récompense supérieure à la somme touchée par la communauté, que le prix de l'aliénation est inférieur à la véritable valeur de son immeuble ; on lui répondrait qu'il a consenti à la vente, et que, si l'opération est mauvaise, il doit en supporter les conséquences. Mais, si la communauté ne doit restituer que ce qu'elle a reçu, elle doit restituer tout ce qu'elle a reçu, donc non seulement le prix principal, mais aussi les accessoires de ce prix, tels que pots-de-vin ou épingles. De même, si la communauté a touché un prix supérieur à celui qui est indiqué dans l'acte de vente, les parties en ayant

dissimulé une portion, pour frauder le fisc ou pour tout autre motif, la communauté sera tenue de restituer cet excédent. Le texte de la loi ne s'y oppose pas ; car il dit : « sur le pied de la vente » et non : sur le pied du prix porté en l'acte de vente ¹¹. En sens inverse, si le mari, ayant vendu un propre, avait fait porter dans l'acte de vente un prix supérieur au prix réel moyennant lequel a eu lieu l'aliénation, pour se procurer une récompense plus élevée, la femme serait admise à démontrer par tous les moyens possibles l'existence de cette fraude et à faire réduire la récompense réclamée par le mari.

* Au cas particulier où l'aliénation d'un propre a été faite moyennant une rente viagère, nous admettons avec Pothier que la récompense consistera dans l'excédent des arrérages de la rente viagère sur les revenus du propre depuis l'aliénation jusqu'à la dissolution de la communauté. Ainsi, en supposant qu'une maison rapportant un loyer annuel de 400 fr. ait été vendue moyennant une rente viagère de 1.000 fr. et que la communauté ait duré 10 ans depuis l'aliénation, la récompense sera égale à 10 fois 600 fr., soit 6.000 fr. Sans préjudice du droit pour l'époux de reprendre la rente, si elle existe encore lors de la dissolution de la communauté.

* Quant à la récompense due à raison de la vente d'un usufruit ou d'une rente viagère propre à l'un des époux, elle sera égale au prix d'aliénation, déduction faite de la différence entre les intérêts de ce prix et les revenus que la communauté aurait touchés si elle eût conservé l'usufruit ou la rente aliénée. Contra : Caen, 29 nov. 1909, D., 11. 2. 89, S., 13. 2. 17.

La récompense doit être exercée sur les biens de la communauté ; car c'est la communauté qui s'est enrichie, et c'est elle par suite qui est débitrice. Toutefois, si la récompense est due à la femme, notre article l'autorise, mais seulement en cas d'insuffisance des biens de la

communauté, à se venger sur les biens personnels du mari. Cpr. art. 1472 al. 2, et infra, n. 223.

II. Récompenses dues à la communauté par l'un des époux.

143. ART. 1437. 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'amélioration de ses biens personnels, et généralement toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. Cpr. supra, n. 82, TROISIÈME RÈGLE.

A. Dans quels cas cette récompense est due.

144. Le principe général qui gouverne toute la matière est contenu dans la partie finale du texte que nous venons de transcrire : « Toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ». Formule qui diffère peu de celle de Pothier : « Toutes les fois que l'un des époux s'est enrichi aux dépens de la communauté, il lui doit récompense ».

145. La loi applique tout d'abord ce principe au cas où des dettes ou charges personnelles à l'un des époux auraient été acquittées avec les deniers de la communauté. Comme exemple de dettes ou charges personnelles dont le paiement par la communauté donnerait lieu à récompense, on peut citer :

1° Les dettes d'une succession purement immobilière échue à l'un des époux. Arg. art. 1412 et 1413.

2° La dot constituée par l'un des époux au profit de son enfant d'un premier lit, soit avant, soit pendant le mariage, et aussi peut-être la prime du volontariat d'un an, que la communauté aurait payée pour cet enfant sous l'empire de

la loi du 27 juillet 1872. Cass., 14 avril 1886, S., 86. 1. 289, et 24 oct. 1905, D., 06. 1. 153.

3° Les dettes relatives à un propre (art. 1409-1°), telles que la dette du prix d'un immeuble acheté par l'un des époux antérieurement à la célébration du mariage (supra, n. 85), la dette contractée pour l'acquisition d'une servitude active au profit d'un propre, ou pour le rachat d'une servitude passive dont ce propre était grevé ou de toute autre charge réelle.

146. La communauté a droit également à récompense pour les impenses qu'elle a faites en vue du recouvrement, de la conservation ou de l'amélioration d'un propre.

En vue du recouvrement d'un propre, comme il arriverait si la communauté a fourni la somme nécessaire pour exercer le rachat d'un immeuble vendu à réméré par l'un des époux antérieurement au mariage. L'immeuble ainsi recouvré devenant propre à l'époux, qui est réputé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire (arg. art. 1673 al. 2), il est juste que la somme payée pour son recouvrement ne reste pas définitivement à la charge de la communauté.

En vue de la conservation d'un Propre. Ainsi la communauté aurait droit à récompense pour la somme qu'elle aurait payée en exécution d'une transaction faite en vue de consolider sur la tête de l'un des époux la propriété d'un bien qui lui était contestée, ou pour le supplément du juste prix, donné en vue de permettre à l'un des époux d'échapper à la rescision pour cause de lésion relativement à un immeuble qui lui appartient en propre (art. 1681), ou pour le prix de grosses réparations faites à un immeuble propre à l'un des époux. Quant aux impenses faites sur un propre, pour réparations d'entretien dont le besoin s'est fait sentir pendant la durée de la communauté, nous savons que la communauté en est tenue sans récompense ; car elles sont charge des fruits.

Pour l'amélioration des propres. Telles sont les dépenses faites pour constructions sur un immeuble propre à l'un des

époux ou pour le drainage de ce fonds. Cpr. Cass., 24 juin 1903, D., 04. 1. 591.

147. Il y a encore un très grand nombre de cas dans lesquels récompense est due à la communauté par l'un des époux, en vertu du principe général que nous développons. Ainsi la communauté a droit à récompense : pour la valeur de coupes de bois qui auraient dû être faites pendant sa durée sur le propre du mari ou sur celui de la femme (supra, n. 48-2°) ; pour la valeur vénale de l'office dont le mari était titulaire lors de la dissolution de la communauté, et qu'il retient, comme il en a le droit, alors du moins que la valeur vénale de cet office appartient à la communauté (supra, n. 45-4°) ; pour le profit que procure à l'un des époux la transformation d'un droit viager qui lui appartient en propre en un droit perpétuel (supra, n. 141 bis et 142) ; pour les frais de culture, semences et autres travaux faits en vue d'une récolte qui se trouve encore pendante lors de la dissolution de la communauté et dont profite l'époux propriétaire du fonds (supra, n. 48-4°). V. aussi infra, n. 212.

* La jurisprudence décide encore que l'époux au profit duquel son conjoint a contracté une assurance sur la vie doit récompense à la communauté à raison des primes acquittées par celle-ci, à moins que l'assuré n'ait eu l'intention de faire à l'époux bénéficiaire une libéralité en le dispensant de la récompense, ou (mais ceci est plus discuté) que les primes n'aient été prélevées sur les revenus de la communauté. V. sur ce point Paris, 8 mars 1911, S., 12. 2. 36, Nancy, 1^{er} juil. 1911, D., 12. 2. 335, et les références. Cpr. t. II, n. 1190.

147 bis. L'époux qui réclame une récompense au nom de la communauté doit prouver que cette récompense est due. Cass., 14 avril 1893, D., 93. 1. 351, S., 93. 1. 416, et 22 oct. 1902, S., 03. 1. 117.

L'époux qui doit une récompense peut être dispensé de la payer par une libéralité de son conjoint. Cass., 24 janv. 1894, S., 94. 1. 288, D., 94. 1. 337.

B. Montant de la récompense.

148. Pothier pose en principe que « la récompense n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit que le conjoint a retiré ». Tout le monde accepte encore aujourd'hui cette décision. Ainsi la communauté a déboursé 20.000 fr., qui ont été employés à construire sur le propre de l'un des époux ; la plus-value procurée par les constructions est de 30.000 fr ; il ne sera dû de récompense à la communauté que jusqu'à concurrence de 20.000 fr., somme égale au déboursé. Rouen, 10 fév. 1909, S., 10. 2. 81, D., 11. 2. 1, et Cass., 26 oct. 1910, S., 13. 1. 13, et les notes.

Pothier ajoute que « la récompense n'est pas toujours de ce qu'il en a coûté à la communauté pour, l'affaire particulière de l'un des conjoints ; elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité ». La plupart des auteurs et la jurisprudence considèrent ce second principe comme devant recevoir aussi son application dans notre droit actuel ; l'art. 1437 in fine, dit-on, indique tout à la fois le principe et la mesure de la récompense par ces mots : « toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense ». Paris, 27 fév. 1901, D., 01. 1. 486.

Cela posé, si la récompense est réclamée à raison d'une dette ou charge personnelle à l'un des époux, que la communauté a acquittée, le profit est toujours égal au montant de la dette ou de la charge ou autrement dit de la somme déboursée, et par conséquent la communauté rentrera exactement dans son avance.

Il en sera de même, si la récompense est réclamée à raison d'une impense nécessaire exécutée aux dépens de la

communauté sur le propre de l'un des époux, par exemple à raison de la reconstruction d'un gros mur qui menaçait ruine. Il fallait absolument faire cette dépense pour sauver l'immeuble ; si la communauté n'eût pu fournir les fonds, l'époux aurait dû se les procurer autrement. Il est devenu plus riche de tout ce qu'il a épargné sur ses biens personnels en puisant dans la caisse de la communauté. L'avance faite par la communauté doit donc lui être intégralement remboursée.

Mais la décision ne sera plus la même pour les impenses d'amélioration (impenses utiles). La communauté qui a fourni les deniers n'aura droit qu'au remboursement de la plus-value produite par l'impense, plus-value qui devra être calculée à l'époque de la dissolution de la communauté : car l'époux ne profite que de cette plus-value. Pour l'excédent, la dépense constitue une fausse spéculation qui doit rester au compte de la communauté. Cela paraît surtout incontestable quand la dépense d'amélioration a été faite par le mari sur les propres de la femme. Caen, 29 nov. 1881, S., 84. 2. 145. Cpr. Cass., 2 mai 1906, D., 06. 1. 401, S., 09. 1. 17, et les notes.

Quant aux dépenses voluptuaires ou de pur agrément, qui n'augmentent pas la valeur du fonds, la communauté qui les a faites n'a droit à aucune récompense, sauf l'exercice du jus tollendi pour les objets susceptibles d'être enlevés sans détérioration.

III. Des récompenses dues par l'un des époux à l'autre.

149. Ce troisième cas de récompense est de beaucoup celui qui se présente le plus rarement dans la pratique. On peut citer comme exemple le cas où une dette personnelle à l'un des époux est éteinte par la dation en paiement d'un immeuble propre à l'autre époux : celui ci aura droit à récompense contre le premier pour une somme égale au montant de la dette. Autre serait le cas où l'un des époux

aurait vendu son propre, et où le prix, versé dans la communauté, aurait été employé au paiement de la dette personnelle de son conjoint : il y aurait lieu, dans cette hypothèse, à deux récompenses, l'une au profit de l'époux aliénateur contre la communauté, pour le prix de son propre, l'autre au profit de la communauté contre l'époux débiteur, pour le montant de sa dette. V. aussi art. 1438 al. 2, et infra, n. 159 et 230.

Les art. 1481 et 1432 fournissent deux autres exemples très voisins de celui que nous venons d'indiquer.

150. Aux termes de l'art. 1431 : « La femme qui s'oblige solidairement avec son

» mari pour les affaires de la communauté ou du mari, n'est réputée, à l'égard de

» celui-ci, s'être obligée, que comme caution : elle doit être indemnisée de l'obligation

» qu'elle a contractée ».

Ainsi les deux époux constituent solidairement une dot de 20.000 fr. à un enfant d'un autre lit du mari. C'est une affaire qui ne concerne que le mari ; aussi la femme ne sera considérée par rapport à lui que comme caution, et en conséquence, si son bien personnel sert à payer la dot, elle aura droit à récompense contre son mari. Cpr. art. 1216.

* En sa qualité de caution, la femme peut également, au cas de faillite ou de déconfiture de son mari, et même avant toute poursuite ou paiement, se faire colloquer immédiatement dans l'ordre ouvert sur les biens du mari, au rang que lui assigne son hypothèque légale, pour le montant des dettes qu'elle a contractées solidairement avec lui dans son intérêt ou celui de la communauté. Cass., 22 août 1876, S., 77. 1. 54, et Limoges, 9 déc. 1889, D., 91. 2. 126.

Remarquez, d'une part, que c'est seulement à l'égard de son mari que la femme est considérée comme caution ; elle ne peut pas invoquer cette qualité, soit à l'égard du créancier, pour lui opposer le bénéfice de discussion ou de

division, soit à l'égard des autres codébiteurs, s'il y en a, pour se soustraire à l'action récursoire qu'ils exerceraient contre elle après avoir payé. D'autre part, bien que l'art. 1431 ne parle que du cas où les époux se sont obligés solidairement, il s'appliquerait aussi à l'obligation contractée conjointement par les deux époux pour affaire intéressant exclusivement le mari ou la communauté. La seule différence serait que la femme ne pourrait être poursuivie que pour la moitié.

* D'après une opinion accréditée, l'article 1431 établirait, en faveur de la femme qui s'oblige solidairement ou conjointement avec son mari, une présomption que l'obligation est contractée dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté et que par suite la femme n'est obligée que comme caution. En ce sens, Cass., 3 juin 1891, D., 92. 1. 13 ; Rouen, 26 mars 1892, D., 92. 2. 350, et Alger, 27 juin 1892, S., 93. 2. 241. Le mari ne pourrait échapper à cette présomption et à la conséquence qui en résulte contre lui, à savoir que la dette doit demeurer définitivement à sa charge ou à celle de la communauté, qu'en prouvant que l'obligation a été contractée dans l'intérêt de la femme. — C'est faire dire à l'art. 1431 le contraire de ce qu'il dit en réalité. La loi ne dit pas que la femme est réputée caution à l'égard de son mari, toutes les fois qu'elle s'oblige avec lui, mais bien toutes les fois qu'elle s'oblige POUR LES AFFAIRES DE LA COMMUNAUTÉ OU DU MARI : ce qui doit être prouvé ; car la loi ne dit nulle part que cela soit présumé, et il n'y a pas de présomption légale sans loi. La preuve incombe à la femme, qui joue le rôle de demanderesse, puisqu'elle réclame la qualité de caution et la récompense attachée à cette qualité. *Actori incumbit probatio*. Si elle ne peut faire cette preuve, l'obligation devra, conformément aux règles du droit commun, être considérée comme intéressant chaque époux pour la moitié et rester définitivement à la charge de chacun dans cette

mesure. V. cep. Cass., 19 mai 1890, D., 91. 1. 334, S., 90. 1. 337.

151. En sens inverse, si les deux époux se sont engagés solidairement ou conjointement pour une affaire intéressant exclusivement la femme, celle-ci devra supporter définitivement les conséquences de l'obligation ; le mari jouera par rapport à elle le rôle de caution, et aura droit en cette qualité de se faire indemniser de l'obligation par lui contractée, c'est-à-dire que, s'il paie, il aura droit à récompense. L'art. 1432 fait l'application de ce principe à un cas particulier : « Le mari qui garantit solidairement ou autrement

» la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel, a pareillement un recours

» contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété ». L'obligation de garantie, contractée par le mari conjointement ou solidairement avec la femme au sujet de la vente d'un immeuble propre de celle-ci, est relative à une affaire qui intéresse exclusivement la femme, puisque la créance du prix de l'immeuble vendu lui demeurera propre. Aussi le mari sera-t-il considéré comme caution par rapport à la femme, il aura par suite un droit de récompense contre elle pour tout ce qu'il sera obligé de payer sur ses biens personnels en exécution de cette obligation. Cpr. supra n. 95 bis.

152. Tout ce que disent les art. 1431 et 1432 résultait suffisamment de l'article 1216, ainsi conçu : « Si l'affaire pour laquelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis-à-vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions », et à bien dire les art. 1431 et 1432 sont des textes inutiles.

153. Telle est la théorie des récompenses. De quelque nature qu'elles soient, les récompenses ne se liquident et

ne se paient qu'à la dissolution de la communauté. Cass., 22 fév. 1893, S., 94. 1. 65. V. art. 1468 s.

Mais ce n'est pas à dire qu'à tous les points de vue les diverses récompenses soient régies par les mêmes règles. On peut signaler quatre différences principales entre les récompenses dues par l'un des époux à l'autre et celles dues soit par la communauté à l'un des époux, soit par l'un des époux à la communauté.

PREMIÈRE DIFFÉRENCE. — La renonciation de la femme à la communauté est sans influence sur le sort des récompenses que les époux se doivent l'un à l'autre : la femme renonçante pourra exiger le paiement des récompenses qui lui sont dues par son mari et devra payer à celui-ci celles qu'elle lui doit. Au contraire, la renonciation de la femme fait évanouir toutes les récompenses que le mari doit à la communauté ou que la communauté doit au mari ; car toute la communauté revient alors au mari, et il ne peut pas être créancier ou débiteur de lui-même. Quant aux récompenses dues par la communauté à la femme ou par la femme à la communauté, la femme, au cas de renonciation, a le droit d'exiger de son mari le paiement intégral des premières, et doit lui fournir le paiement intégral des secondes (arg. art. 1493). La récompense due à la communauté ou par la communauté se transforme ainsi en une récompense due au mari ou par le mari.

DEUXIÈME DIFFÉRENCE. — Elle résulte des art. 1473 et 1479, ainsi conçus :

ART. 1473. — Les remplois et récompenses dues 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 ¹².

ART. 1479. — Les créances personnelles que les époux ont à exercer l'un contre l'autre, ne portent intérêt que du jour de la demande en justice.

* Cette seconde différence est difficile à justifier ; on en a donné beaucoup de mauvaises raisons. Ne serait-elle pas une conséquence de celle qui précède ? L'option de la femme n'exerçant aucune influence sur le sort des récompenses qu'elle doit à son mari ou que celui-ci lui doit, on a sans doute pensé qu'il était inutile de soustraire ces récompenses au droit commun en ce qui concerne le cours des intérêts ; tandis que, les récompenses dues à la communauté ou par la communauté étant subordonnées quant à leur existence ou quant à leur quotité au parti que prendra la femme, le législateur a cru devoir en faire courir les intérêts de plein droit, parce qu'il est difficile aux intéressés de former une demande en justice tant qu'ils ne savent pas s'ils sont créanciers et de combien. Ainsi supposons qu'il s'agisse d'une récompense due au mari par la communauté ; nous venons de voir que cette récompense s'évanouit si la femme renonce à la communauté ; par suite les frais de la demande que le mari aurait formée pour en faire courir les intérêts, avant que la femme ou ses héritiers aient pris parti, se trouveraient avoir été exposés en pure perte. De même, si l'on suppose que la récompense soit due par la femme à la communauté, il revient la moitié de cette récompense au mari, si la femme accepte, la totalité, si elle renonce ; pour quelle portion le mari agira-t-il, s'il veut faire courir les intérêts avant que la femme ait pris parti ? Afin d'éviter ces embarras, la loi a décidé que les intérêts courraient de plein droit.

En décidant que les créances personnelles des époux l'un contre l'autre ne portent intérêt que du jour de la demande en justice (art. 1479), le législateur de 1804 n'avait fait qu'appliquer le droit commun consacré par l'art. 1153. Ce droit commun est aujourd'hui changé. Depuis la loi du 7 avril 1900, une simple sommation suffit pour faire courir les intérêts d'une créance de somme d'argent. L'innovation réalisée par le législateur de 1900 aurait dû logiquement le

conduire à modifier l'art. 1479, en ajoutant par exemple à la fin de l'article ces mots ou de la sommation. Une modification analogue a été apportée à l'art. 1904, et elle semblait s'imposer tout aussi bien dans l'art. 1479. Mais le législateur a oublié de l'opérer. Cela posé, il paraît tout simple de réparer l'omission du législateur de 1900 en sous-entendant ce qu'il a négligé d'exprimer. On ne peut, croyons-nous, objecter à cette solution la maxime *generalia specialibus non derogant*. L'art. 1479 ne consacrant qu'une pure application du droit commun, que le législateur aurait pu se borner à sous-entendre, s'est trouvé de plein droit modifié lorsque le droit commun l'a été lui-même-V. t. I, n. 43.

TROISIÈME DIFFÉRENCE. — On verra que la femme, lorsqu'elle accepte la communauté, jouit, sous certaines conditions, du bénéfice d'émolument, qui lui permet de ne payer les dettes de la communauté qu'*intra vires emolument*. Or, on tient compte, pour calculer l'émolument de la femme, des récompenses dues à la communauté par l'un des époux, car elles augmentent d'autant l'actif de la communauté et par suite l'émolument de la femme ; tandis qu'on ne tient pas compte, pour ce même calcul, des récompenses dues à la femme personnellement par son mari ; ce ne sont pas des valeurs dépendant de la communauté.

QUATRIÈME DIFFÉRENCE. — Les récompenses dues par l'un des époux à la communauté se paient par la voie du rapport (art. 1468 et 1459), et celles que doit la communauté à l'un des époux, par voie de prélèvements (art. 1470). Au contraire, les récompenses dues par l'un des époux à l'autre constituent une créance ordinaire payable en argent.

On voit qu'il peut ne pas être indifférent de dire, dans telle hypothèse déterminée, que l'un des époux doit une récompense de 10.000 fr. à la communauté ou une récompense de 5.000 fr. à son conjoint. La loi s'y est

quelquefois trompée, notamment dans l'art. 1403 al. 2. Cpr. supra, n. 48.

§ IV. Des constitutions de dot.

154. On entend ici par constitution de dot la donation faite à une personne en vue de son établissement par mariage ou autrement. Le plus souvent, cette constitution est faite par les père et mère de la personne dotée ou par l'un d'eux. C'est l'hypothèse dans laquelle se placent les art. 1438 à 1440, qui supposent en même temps que les constituants sont mariés sous le régime de la communauté. Faite dans ces conditions, la constitution de dot est une source féconde de récompenses, et cela explique que le législateur ait traité de cette matière comme appendice à la théorie des récompenses.

Deux hypothèses doivent être distinguées, suivant que la constitution de dot est faite au profit d'un enfant d'un autre lit de l'un des époux, ou au profit d'un enfant commun.

I. Constitution de dot au profit d'un enfant d'un autre lit.

155. La dot constituée par l'un des époux à son enfant d'un autre lit est exclusivement à la charge de cet époux. Si donc cette dot a été payée soit en biens de la communauté, soit en biens personnels à l'autre époux, il y aura lieu à récompense (art. 1469).

II. Constitution de dot au profit d'un enfant commun.

156. Trois hypothèses doivent être distinguées, suivant que la constitution de dot est faite par le père seul ou par la mère seule ou par les deux conjointement. Dans chacune de ces trois hypothèses, nous aurons deux questions à résoudre : 1° Par qui la dot devra-t elle être supportée

définitivement et dans quelle mesure ? 2° A qui le paiement de la dot pourra t-il être demandé ? La première question, pour employer des expressions qui nous sont déjà familières, est une question de contribution, c'est-à-dire de répartition définitive entre les époux et la communauté ; la deuxième, une question d'obligation au paiement. Les art. 1438 à 1440, qui régissent la matière, paraissent ne s'être occupés que de la question de contribution.

Notons de suite que, toutes les fois que l'un des époux ou la communauté aura payé une portion de la dot supérieure à sa part contributoire, ce paiement fera naître en sa faveur un droit à récompense.

1. Dot constituée par le père seul.

157. Art. 1439. La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté ; et, dans le cas où la communauté est acceptée par la femme, celle ci doit supporter la moitié de la dot, à moins que le mari n'ait déclaré expressément qu'il s'en chargeait pour le tout ou pour une portion plus forte que la moitié.

a. — Contribution. « La dot constituée par le mari seul à l'enfant commun, en effets de la communauté, est à la charge de la communauté » : ce qui signifie que la communauté doit la supporter définitivement. La femme ne subira donc les conséquences de la constitution de dot que si elle accepte la communauté ; car sa renonciation ferait revenir au mari la communauté tout entière avec ses charges. Le mari peut donner ainsi à un enfant commun tous les biens de la communauté, même les immeubles (art. 1422).

b. — Obligation. L'enfant doté peut, pendant toute la durée de l'association conjugale, s'attaquer non seulement à la communauté, mais encore aux biens personnels du mari, pour obtenir le paiement de la dot (supra, n. 82) ;

sauf récompense, si le mari paie sur ses biens personnels. Quant à la femme, elle ne peut pas être poursuivie tant que dure la communauté ; en effet, elle n'est pas obligée personnellement, n'ayant pas parlé au contrat. Elle ne peut être recherchée que comme commune en biens, et elle ne le devient définitivement que par l'acceptation de la communauté. Alors seulement, l'enfant, si sa dot n'est, pas encore payée, pourra poursuivre sa mère pour la moitié, et encore sauf le droit pour celle-ci d'opposer, s'il y a lieu, son bénéfice d'émolument (arg. art. 1483).

L'art. 1439 ne prévoit pas le cas où le mari seul a constitué la dot en biens à lui propres ; mais il nous donne à entendre par son silence sur ce point, et cela d'ailleurs est conforme aux principes généraux, que la dot ainsi constituée ne serait pas à la charge de la communauté, mais à la charge personnelle du mari, qui devrait la supporter seul en définitive. En constituant la dot sans le concours de la femme, le mari n'a pas pu engager personnellement celle-ci, et, en la constituant en biens à lui propres, et non en biens de la communauté, il a manifesté l'intention de prendre la dot à sa charge exclusive. — On objecte que toute dette du mari est dette de la communauté (arg. art. 1419). Cette règle signifie seulement, comme nous l'avons vu, que toute dette du mari peut être poursuivie contre la communauté, mais non qu'elle doive rester définitivement à la charge de celle-ci. Cpr. supra, n. 95.

On voit qu'il importe beaucoup de savoir si la dot constituée par le mari seul l'a été en biens communs ou en biens à lui propres ; car, dans le premier cas, la dot est à la charge de la communauté, tandis que, dans le deuxième, elle est à la charge exclusive du mari. Or, si la dot a été constituée en argent, on devra la considérer comme constituée en biens de la communauté, soit parce que tout l'argent des époux appartient à la communauté, soit parce que, dans le doute, on doit supposer la constitution de dot

faile dans les conditions les moins onéreuses pour le constituant.

2. Dot constituée par la mère seule.

158. Cette hypothèse n'est pas prévue spécialement par la loi : elle demeure donc régie par les principes généraux.

a. — En ce qui concerne la question de contribution, rien de plus simple. La dot constituée par la femme seule soit en biens personnels, soit en une somme d'argent, soit en biens de la communauté, demeure à sa charge exclusive. Il en est ainsi, même quand la dot a été constituée avec l'autorisation du mari ; car, en se bornant à autoriser sa femme, sans prendre part lui-même à la constitution, le mari a bien manifesté l'intention de ne pas contribuer à la dot. Voyez toutefois l'art. 1427.

b. — En ce qui regarde la question d'obligation au paiement de la dot, il faut distinguer.

α. La femme a agi avec l'autorisation du mari. Si elle a constitué la dot en un bien propre, elle a pu valablement aliéner la pleine propriété de ce bien au profit de l'enfant. Si elle l'a constituée en une somme d'argent, le paiement en pourra être poursuivi sur la pleine propriété de ses biens personnels, et de plus sur les biens de la communauté et sur ceux du mari, sauf récompense contre la femme. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 1419, auquel aucun texte n'a fait exception pour ce cas.

La femme a agi avec l'autorisation de la justice. Si la dot consiste en un bien propre de la femme, elle n'a pu en aliéner que la nue propriété. Si elle consiste en une somme d'argent, la communauté ni le mari ne pourront être forcés de payer. Arg. art. 1426. Voyez cependant l'art. 1427. La femme seule pourra donc être poursuivie, et encore sur la nue propriété seulement de ses biens personnels, l'usufruit, qui appartient à la communauté, n'ayant pu être engagé sans la volonté du mari. Arg. art. 1413 et 1426.

3. Dot constituée par le père et par la mère conjointement.

159. L'art. 1438, relatif à cette hypothèse, s'exprime dans les termes suivants : « Si le père et la mère ont doté conjointement

- » l'enfant commun, sans exprimer la portion pour laquelle ils

- » entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun pour

- » moitié, soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la

- » communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des

- » deux époux. — Au second cas, l'époux dont l'immeuble ou l'effet

- » personnel a été constitué en dot, a, sur les biens de l'autre, une

- » action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la

- » valeur de l'effet donné, au temps de la donation ».

Si, en dotant conjointement leur enfant commun, le père et la mère ont indiqué la part contributoire de chacun d'eux, s'il a été dit par exemple que le père dotait pour les trois quarts et la mère pour un quart, chaque époux n'est débiteur personnel de la dot que pour la portion indiquée au contrat, et ne devra la supporter définitivement que pour cette portion : de telle sorte que, s'il a payé sur ses biens personnels au delà de la part pour laquelle il s'est engagé, il aura recours contre son conjoint pour l'excédent.

Si les constituants n'ont rien précisé en ce qui concerne leurs parts respectives dans la constitution dotale, ils seront censés avoir doté chacun pour la moitié, et devront par suite supporter définitivement la dot par portions égales. En effet, l'obligation morale de doter un enfant commun pesant du même poids sur ses deux auteurs, on

doit supposer, quand ils n'ont pas exprimé une volonté contraire, qu'ils ont entendu contribuer pour portions égales à son acquittement. Telle est d'ailleurs la règle générale en matière d'obligation conjointe.

Ainsi, chaque époux est personnellement débiteur de la portion indiquée au contrat ou, à défaut d'indication, de la moitié de la dot constituée conjointement à un enfant commun. Et il en est ainsi, dit la loi, « soit que la dot ait été fournie ou promise en effets de la communauté, soit qu'elle l'ait été en biens personnels à l'un des époux ». Le tout, sauf les récompenses respectives.

La dot est fournie en biens personnels à l'un des époux, lorsqu'elle est payée en biens à lui propres. L'époux qui a fait ce paiement a droit à récompense contre l'autre pour la part contributoire de celui-ci ; car il l'a libéré d'une dette personnelle. Cass., 29 juil. 1897, S., 01. 1. 446. Si c'est la communauté qui a fourni la dot, elle a droit à récompense contre chaque époux pour sa part contributoire. La femme, en renonçant à la communauté, ne se libèrerait pas de l'obligation de payer cette récompense ; car c'est un principe général que la renonciation de la femme ne la libère pas des récompenses qu'elle doit à la communauté. A moins cependant qu'il n'ait été stipulé, lors de la constitution, que la femme entendait n'être tenue de la dot que sur sa part dans la communauté et non sur ses biens personnels. Car la présomption édictée par l'art. 1438, aux termes duquel les époux qui ont doté conjointement l'enfant commun sont censés avoir doté chacun pour moitié, tombe devant la manifestation d'une volonté contraire résultant des stipulations de l'acte constitutif de dot. Cass., 2 janv. 1906, D., 06. 1. 251, S., 11. 1. 546.

Tout ce qui vient d'être dit du cas où la dot constituée par le père et la mère aurait été fournie en biens propres à l'un d'eux ou en effets de la communauté, doit être appliqué au cas où cette dot aurait été promise en biens propres de l'un des constituants ou en biens de la communauté. Cette

particularité n'empêche pas chaque constituant d'être personnellement débiteur de sa portion contributoire dans la dot, et par suite de devoir récompense pour cette part à son conjoint ou à la communauté dont le bien a été promis en dot. Ainsi le mari et la femme conjointement constituent en dot à un enfant commun un immeuble du mari valant 20.000fr. ; la femme devra au mari une récompense de 10.000 fr., somme égale à la moitié de la valeur de l'immeuble au temps de la donation (art. 1438), et sans qu'il y ait lieu de tenir compte des variations de valeur que l'immeuble a pu subir depuis.

Voilà les règles de la contribution. En deux mots, chaque époux doit définitivement supporter la dot pour la portion indiquée au contrat, et, à défaut d'indication, pour la moitié.

Voici maintenant les règles de l'obligation au paiement de la dot. La femme peut être poursuivie dans tous les cas sur ses biens personnels pour sa part contributoire dans la dot ; elle peut même être poursuivie pour la totalité, si elle s'est obligée solidairement. La renonciation de la femme à la communauté n'apporterait aucune modification à ces règles (arg. art. 1494). En outre l'enfant doté peut poursuivre la communauté pour le tout ; car la communauté est tenue de l'obligation du mari en vertu de l'art. 1409-2°, et de celle de la femme en vertu du même texte et de l'art. 1419. D'où il résulte que le mari pourra être poursuivi, lui aussi, pour la totalité sur ses biens personnels ; car toute dette de la communauté est dette du mari. Le tout, sauf les récompenses respectives. Cpr. Dijon, 9 août 1893, D., 94. 2. 575.

160. Des clauses d'imputation de la dot. — Lorsque les père et mère dotent conjointement leur enfant, les parties insèrent souvent dans le contrat de mariage qui contient la constitution de dot certaines clauses, dites clauses d'imputation de la dot, dont le but est de concilier les intérêts divers qui, en cette matière, se trouvent en conflit.

Les père et mère désirent sans doute doter libéralement leur enfant ; ils entendent assurer à celui-ci, autant que possible, la conservation de la dot qu'ils constituent à son profit. Mais, d'autre part, ils veulent, généralement du moins, que l'égalité ne soit pas détruite entre leurs enfants, et leur intention n'est pas de conférer à l'enfant qu'ils dotent un avantage définitif au détriment de ses frères et sœurs. Enfin, songeant à eux-mêmes, et soucieux de ménager les intérêts de celui d'entre eux qui survivra à l'autre ils cherchent à sauvegarder la situation de celui-ci en faisant peser surtout ou même exclusivement sur la succession du prémourant la charge de la dot promise ou fournie à leur enfant. La conciliation de ces intérêts opposés n'est point chose facile, ainsi que le prouvent les modifications successives que la pratique notariale a fait subir aux clauses dont il s'agit, à la suite des difficultés que l'expérience a révélées.

160 bis. La clause la plus ancienne est la clause d'imputation intégrale de la dot sur la succession de l'époux prédécédé. Elle était usitée dans notre ancien droit ; la validité n'en est pas douteuse dans notre droit actuel, et on la rencontre parfois encore dans certains contrats de mariage. Elle se présente ordinairement sous les formes suivantes : « La présente dot s'imputera pour le tout sur la succession du prémourant des constituants » ; ou bien : « La présente dot est constituée pour le tout en avancement d'hoirie sur la succession du prémourant des constituants » ; ou bien encore : « La présente dot sera rapportable en entier à la succession du prémourant ».

Ces diverses clauses, ou plutôt les diverses variantes que nous avons indiquées, expriment la même idée. En les stipulant, les parties veulent que celui des constituants qui mourra le premier soit considéré comme ayant constitué seul la dot tout entière, et que par suite cette dot soit supportée en entier par sa succession : ce qui permet au survivant, ainsi dégagé de toute contribution au paiement

de la dot, de conserver intacte sa fortuné personnelle. Les parents se montreront de la sorte plus disposés à doter, puisque chacun d'eux n'aura pas à craindre, en cas de survie, la diminution de ses biens personnels.

Nous disons que ces clauses sont équivalentes entre elles. Dire que la dot sera imputée pour le tout sur la succession du prémourant des époux, c'est dire que cette succession en aura seule la charge à l'exclusion de celle du survivant. Cela revient à dire que la valeur de la dot constituée à l'enfant devra être précomptée pour le tout sur le montant des droits de l'enfant dans la succession de son auteur prédécédé ; en d'autres termes, qu'elle lui est faite en avancement d'hoirie sur cette succession, et que, s'il y a lieu, c'est à ladite succession que le rapport en devra être fait ¹³.

La clause d'imputation intégrale est traditionnelle, et il faut l'interpréter d'après la tradition.

Pendant la vie des constituants, il est impossible de savoir lequel des deux devra supporter définitivement la dot, puisque c'est le prémourant qui sera seul considéré comme étant donateur. Est-ce à dire que l'enfant doté sera obligé d'attendre la mort de ses parents pour demander le paiement de sa dot ? Non. Telle n'a pu être l'intention des constituants. L'enfant doté pourra donc obtenir le paiement de sa dot immédiatement ou à l'expiration du terme fixé par le contrat. Mais à qui le demandera-t-il ? Si la dot a été constituée solidairement par le père et la mère, comme il arrive le plus souvent, l'un ou l'autre pourra être poursuivi pour le tout. Si la dot a été constituée conjointement sans expression de solidarité, chacun des constituants pourra être poursuivi pour la portion indiquée au contrat, ou, à défaut d'indication, pour la moitié, sauf règlement ultérieur des droits des constituants lorsque la condition de survie se sera réalisée. Chacun des constituants peut en effet être considéré comme donateur d'une moitié sous la condition

résolutoire de sa survie, et comme donateur de l'autre moitié sous la condition suspensive de son prédécès. Ajoutons que, si les constituants sont mariés sous le régime de la communauté, la communauté et par suite le mari pourront être poursuivis pour la totalité, sauf récompense s'il y a lieu (v. supra, n. 159, Cass., 13 nov. 1882, S., 83. 1. 289, D., 83. 1. 238).

Voilà ce qui se passera pendant la vie des constituants. Après le décès de l'un d'eux, ce sera autre chose. Si la dot a été payée tout entière du vivant des constituants et sur les biens de celui qui est prédécédé, tout sera définitivement réglé (v. le n. suivant). Au cas où elle aurait été payée en tout ou en partie par celui des constituants qui a survécu, ce dernier aura une action contre la succession du prédécédé pour se faire rembourser ; et de même la communauté aura droit à récompense contre la succession de l'époux prédécédé, si la dot a été payée en tout ou en partie en biens de la communauté. Cass., 27 avril 1904, S., 05. 1. 81, D., 05. 1. 98, et 10 juin 1912, D., 13. 1. 169. Si le paiement de la dot n'est pas encore effectué, l'enfant doté ne pourra le réclamer que contre la succession du prédécédé, qui, par l'événement, se trouve être seul débiteur, le survivant devant être considéré comme étranger à la constitution dotale.

161. Mais des complications peuvent se produire. La succession de l'époux prédécédé, ou la part revenant à l'enfant dans celle succession, est inférieure au montant de la dot. Par exemple, la dot constituée à l'enfant est de 20.000 fr. ; la succession du prémourant, qui revient tout entière à l'enfant, seul héritier par hypothèse, ne contient que 15.000 fr. d'actif net ; le survivant doit-il le surplus, soit 5.000 fr., en supposant que la dot ne soit pas encore payée ? La même question se pose, lorsque, la quotité disponible du prédécédé ayant été épuisée par les libéralités faites par celui-ci, l'enfant se trouve réduit à sa réserve, sur laquelle s'impute la libéralité à lui faite (infra,

n. 930. a.), et qui par hypothèse est inférieure au montant de la dot qui lui a été promise. Cpr. Trib. de la Seine, 17 mars 1908, D., 10. 2. 126, et Cass., 14 déc. 1885, D., 86. 1. 186, S., 86. 1. 481. On peut encore compliquer l'hypothèse, en supposant que l'enfant doté soit appelé à la succession du prémourant en concours avec des frères ou sœurs, envers lesquels il est tenu au rapport de la dot qui lui a été constituée en avancement d'hoirie ¹⁴. Par suite du rapport qui lui est imposé, il ne conserve en définitive qu'une partie seulement de la dot qui lui a été fournie, la valeur de cette dot étant supérieure à celle de ses droits héréditaires. Par exemple, l'enfant, ayant reçu une dot de 20.000 fr., imputable pour le tout sur la succession du prémourant, vient à cette succession avec un frère qui réclame le rapport de la dot ; l'actif à partager entre les héritiers ne comprend par hypothèse que la somme rapportée par l'enfant, et le partage égal ne laisse à l'enfant doté que 10.000 fr. seulement. A-t-il le droit de se retourner contre le survivant pour se faire payer la différence, soit 10.000 fr. dans l'exemple choisi ?

Pour résoudre ces questions, il faut rechercher quelle a été sur ce point la volonté des parties qui ont stipulé la clause d'imputation. En principe, il faut, semble-t-il, décider que le survivant n'est aucunement tenu, car la clause d'imputation intégrale, interprétée suivant la tradition, signifie que chaque époux n'est débiteur que sous la condition résolutoire de sa survie pour la moitié de la dot, et sous la condition suspensive de son prédécès pour l'autre moitié. Or, en ce qui concerne le conjoint qui survit, la condition suspensive a fait défaut, et la condition résolutoire est accomplie. Donc le survivant ne doit rien à l'enfant, car il n'est pas donateur. Telle est la solution que consacre la jurisprudence ; elle a d'ailleurs été très vivement combattue par certains auteurs comme étant contraire à l'équité et à la volonté des parties. V. les

références dans les notes de M. Esmein (S., 13. 1. 81) et Capitant (D., 12. 1. 5).

Mais alors l'enfant va perdre une partie des biens qui lui avaient été constitués en dot. Sa situation peut s'en trouver profondément troublée. Pour garantir l'enfant contre ce danger, les constituants insèrent d'ordinaire dans la constitution de dot une clause dite d'imputation subsidiaire, qui est ainsi conçue : « La dot sera imputée d'abord (ou antérieurement) sur la succession du prémourant, et subsidiairement, s'il y a lieu, sur celle du survivant ». Cette clause doit être interprétée en ce sens que la dot doit, en premier lieu, être imputée pour le tout, et, le cas échéant, rapportée pour le tout à la succession du prémourant ; mais que le survivant garantit à l'enfant la portion de la dot dont il sera privé par l'effet de cette imputation et de ce rapport : il lui donne celle portion en avancement d'hoirie sur sa propre succession ; par suite l'enfant pourra lui en réclamer le paiement immédiat, sauf à rapporter à sa succession. Cass., 2 mai 1899, S., 00. 1. 81, et la note de M. Esmein, D., 99. 1. 504. Supposons, par exemple, que la dot, s'élevant à 20.000 fr., ait été payée intégralement à l'enfant en biens propres du père. Le père meurt le premier, laissant une succession insolvable, que ses héritiers acceptent sous bénéfice d'inventaire. L'enfant doté a comme cohéritier un frère, auquel le défunt n'avait fait aucune libéralité. La dot ayant été constituée en avancement d'hoirie, le rapport en est réclamé, car elle s'impute d'abord sur la succession du père prémourant. L'enfant doté va donc verser 10.000 fr. à son frère, sur les 20.000 fr. qu'il a reçus de son père. En vertu de la clause d'imputation subsidiaire, il se retournera contre sa mère survivante, à laquelle il demandera le remboursement de la somme de 10.000 fr., dont il a dû faire le rapport. Et il rapportera ces 10.000 fr. à la succession de sa mère, lorsqu'elle s'ouvrira. Cpr. Cass., 21 mars 1911, D., 12. 1. 5. Il ne faut pas objecter que cette somme de 10.000 fr. est

ainsi rapportée deux fois, d'abord à la succession du père, puis à celle de la mère. Elle est rapportée deux fois parce qu'elle a été en réalité donnée deux fois, d'abord par le père, et ensuite par la mère ¹⁵.

L'interprétation que nous avons proposée, et que la cour de cassation a consacrée, a, il est vrai, l'inconvénient d'être assez compliquée, et d'obliger l'enfant, après avoir rapporté à la succession du prémourant, à exercer un recours contre le survivant, qui peut être insolvable. Pour remédier à ces inconvénients, la pratique notariale a imaginé une modification de la clause d'imputation subsidiaire, qui est, paraît-il, assez fréquemment stipulée dans les contrats de mariage de la région parisienne. A la clause d'imputation les parties ajoutent que : « l'enfant doté ne sera jamais tenu à un rapport effectif à la succession du prémourant ». Cette clause signifie — mais il serait préférable, à notre avis, de le dire en termes plus précis ¹⁶ — que le prémourant ne devra être considéré comme ayant constitué la dot que si la part revenant à l'enfant dans sa succession est au moins égale au montant de la dot (celle-ci étant rapportée en moins prenant) ; et que, dans le cas contraire, la dot sera pour le tout à la charge de la succession du survivant, sur laquelle elle sera imputée, et à laquelle elle sera, s'il y a lieu, rapportée ¹⁷. Dans l'espèce choisie comme exemple, on ferait le règlement suivant. L'enfant ne retire rien de la succession de son père, puisque celui-ci par hypothèse est mort insolvable. Donc il est censé n'avoir rien reçu de son père, car, s'il en était autrement, il devrait le rapport à son cohéritier. La dot de 20.000 fr. est donc censée avoir été constituée pour le tout par l'époux survivant, à la succession duquel elle sera plus tard rapportée. De la sorte l'enfant garde sa dot intacte jusqu'à la mort du survivant. Une pareille clause nous paraît valable. Mais il faut bien reconnaître qu'elle a quelque chose d'exceptionnel, et, par

suite, il faut qu'elle soit stipulée. Elle ne peut donc pas être supplée par les juges, si rien dans la constitution de dot n'indique que telle ait été l'intention des parties. C'est ce qui a été décidé par la cour de cassation 28 novembre 1910, D., 12. 1. 5, S., 13. 1. 81), cassant un arrêt de la cour de Paris, du 20 mars 1907, et, sur renvoi, par la cour de Caen, le 21 juin 1911, S., 13. 2. 46 ¹⁸.

* 162. Aux termes de l'art. 281 de la coutume de Paris : « Père et mère, en mariant leurs enfants, peuvent convenir que leurs dits enfants laisseront jouir le survivant de leurs dits père et mère des meubles et conquêts du prédécédé, la vie durant du survivant..... » Cette clause constitue un pacte sur succession future ; et, comme aucun texte de nos lois ne l'autorise, elle tomberait sous le coup de la prohibition générale formulée par les art. 791, 1130 et 1600. Mais cela n'empêcherait pas la constitution de dot, faite, sous une semblable condition, d'être valable : la condition seule serait réputée non écrite, aux termes de l'art. 900.

III. ne la garantie de la dot, et des intérêts.

163. Aux termes de l'art. 1440 : « La garantie de la dot est due

» par toute personne qui l'a constituée ; et ses intérêts courent du

» jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il

» n'y a stipulation contraire ». Cpr. art. 1547 et 1548. Celui qui constitue la dot se dépouille à titre gratuit, car il ne reçoit rien comme contre-valeur de ce qu'il donne. D'après les règles du droit commun, il ne devrait donc pas la garantie. Donator de evictione non tenetur. Notre article l'en déclare tenu sur le fondement d'une convention tacite. Et en effet, le mariage se concluant sur la foi des avantages

qui sont assurés aux époux en vue de leur union, il a dû être dans la commune intention des parties que le constituant s'obligeât à la garantie, sans laquelle la constitution de dot pourrait n'être qu'un leurre.

Cela étant, le constituant pourrait se soustraire à l'obligation de garantie par une stipulation formelle. On ne peut admettre l'existence d'une convention tacite de garantie, en présence d'une clause expresse qui l'exclut. Même en supposant, ce qui n'est pas probable, que les mots « s'il n'y a stipulation contraire » qui terminent l'art. 1440, ne se rapportent qu'aux intérêts, la clause de non-garantie demeurerait permise en vertu des principes généraux et par argument a fortiori de l'art. 1627, qui autorise cette clause en matière de vente.

Quand les parties n'ont fait aucune convention spéciale relativement à la garantie de la dot, les obligations du constituant en qualité de garant sont en principe les mêmes que celles d'un vendeur. Cpr. Cass., 14 avril 1908, S., 12. 1. 393, D., 10. 1. 457.

Le constituant doit donc la garantie, non seulement à raison de l'éviction totale ou partielle que pourra subir le donataire, mais aussi à raison des vices rédhibitoires dont savaient atteints les objets constitués en dot (arg. art. 1625).

164. Les intérêts de la dot courent de plein droit « du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le paiement », ajoute l'art. 1440. Autre dérogation au droit commun, d'après lequel les intérêts d'une créance de somme d'argent ne courent qu'à compter de la sommation de payer (nouvel art. 1153 al. 2), et qui reçoit la même explication que la précédente. Les charges du mariage commençant aussitôt après sa célébration, la loi suppose qu'il a été-tacitement convenu entre les parties que les intérêts de la dot, destinés au soutien de ces charges, courraient à dater de la célébration. Et comme une convention semblable a la même raison d'être pour tous les

fruits, de quelque nature qu'ils soient, que peuvent produire les biens constitués en dot, on doit en conclure qu'elle donataire a droit à ces fruits à dater du jour du mariage. Le tout, sauf stipulation contraire.

Le terme fixé par la convention pour le paiement court du jour de la célébration du mariage, et non du jour de la constitution de dot autrement la dot pourrait devenir exigible avant le mariage.

SECTION III

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ ET DE QUELQUES-UNES DE SES SUITES

165. La communauté doit nécessairement se dissoudre au plus tard avec le mariage dont elle est une suite ; mais, comme elle n'en est pas une suite nécessaire, on conçoit qu'elle puisse se dissoudre avant.

Les causes de dissolution de la communauté sont énumérées par l'art. 1441, ainsi conçu : « La communauté se dissout, 1° par la

» mort naturelle ; 2° par la mort civile ; 3° par le divorce ; 4° par la

» séparation de corps ; 5° par la séparation de biens, ».

La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854 ; il n'y a donc plus à s'en préoccuper. Quant au divorce, on sait qu'après avoir été aboli par la loi du 8 mai 1816, il a été rétabli par la loi du 27 juillet 1884. Nous n'en parlerons pas ici, le législateur s'en étant occupé ailleurs. V. t. 1, n. 689, 698 s. Des trois causes qui restent, la première, la mort de l'un des époux, fera l'objet d'un paragraphe distinct ; nous confondrons les deux autres, la séparation de corps et la séparation de biens, dans un second paragraphe, parce que ce ne sont pas en réalité deux causes distinctes, la séparation de corps ne produisant la dissolution de la

communauté que parce qu'elle entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311).

A l'énumération que la loi donne des causes de dissolution de la communauté, il y a lieu d'ajouter deux termes :

1° En cas d'absence de l'un des époux, la communauté se dissout provisoirement par l'option de l'époux présent pour la dissolution de la communauté (art. 124) et définitivement par l'envoi en possession définitif.

2° La communauté se dissout encore par le jugement qui prononce la nullité d'un mariage putatif. On sait en effet que le mariage putatif, une fois annulé, peut être assimilé à un mariage valable dissous par le divorce. Cpr. t. I, n. 461.

§ I. Dissolution de la communauté par la mort de l'un des époux.

166. En mettant fin au mariage, la mort de l'un des époux, nous l'avons dit, met nécessairement fin à la communauté qui n'en est qu'une conséquence. C'est la cause normale de dissolution de la communauté. Cpr. art. 1865-3°.

La loi impose à l'époux survivant, quel qu'il soit, l'obligation de faire dresser un inventaire fidèle, exact et régulier des biens communs. Cet inventaire a pour but de prévenir, dans la mesure du possible, les divertissements ou recelés, si faciles pour l'époux survivant investi en général de la possession de tous les biens de la communauté. Il est destiné en outre à servir de base à la liquidation et au partage de la communauté. L'art. 1442 dit à ce sujet :

« 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. — S'il y a
- » des enfants mineurs, le défaut d'inventaire fait perdre en outre à
- » l'époux survivant la jouissance de leurs revenus ; et le subrogé
- » tuteur qui ne l'a point obligé à faire inventaire, est solidairement
- » tenu avec lui de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées
- » au profit des mineurs ».

Ce texte débute par une proposition qui paraît naïve à force d'être évidente : « Le défaut d'inventaire ne donne pas lieu à la continuation de la communauté ». Qui donc en aurait douté ? Pour le comprendre, il faut savoir que, d'après les art. 240 et 241 de la coutume de Paris, qui formaient le droit commun de la France, l'obligation imposée à l'époux survivant de faire inventaire avait pour sanction la continuation de la communauté entre lui et les enfants mineurs de l'époux prédécédé. Dans l'impossibilité où ces enfants se trouvaient, par la faute du survivant, d'établir à l'aide d'un titre régulier la consistance, au moment de sa dissolution, de la communauté dans laquelle ils avaient des droits comme héritiers du prédécédé, on leur permettait — c'était une faculté pour eux — de soutenir que la communauté avait continué jusqu'au moment où il leur plaisait d'en demander la liquidation et le partage. Les continuations de communauté étaient dans la pratique la source d'une foule de difficultés et de procès. On les voyait surtout éclater, lorsque le survivant se remariait. Il se formait alors une communauté dite tripartite, parce qu'elle appartenait pour parties égales : 1° aux enfants de l'époux prédécédé ; 2° au survivant ; 3° à

son nouveau conjoint. Notre législateur a supprimé avec raison cette institution condamnée par une expérience séculaire, ou plutôt il l'a remplacée. Nous allons voir comment.

167. L'obligation imposée au survivant de faire inventaire reçoit aujourd'hui une triple sanction.

a. — La première consiste dans le droit pour les parties intéressées (héritiers du prédécédé ou autres, car la loi ne distingue pas) de faire preuve de la consistance des biens et effets communs non seulement par titres et par témoins, mais encore par la commune renommée ¹⁹. Que le survivant ne se plaigne pas des dangers auxquels l'expose l'emploi de ce mode de preuve tout à fait insolite, que nous avons déjà décrit (supra, n. 106) ! C'est la juste punition de la faute qu'il a commise, en omettant de procurer aux intéressés le mode de preuve régulier et normal en cette matière, l'inventaire.

b. — Le défaut d'inventaire fait perdre en outre de plein droit à l'époux survivant la jouissance des biens de ses enfants mineurs. Cette déchéance s'applique, non seulement aux biens revenant aux enfants dans la communauté dissoute, comme héritiers de leur auteur décédé, mais aussi à ceux qui peuvent leur provenir d'une autre source. La loi dit en effet, dans les termes les plus généraux, que le survivant perd la jouissance de leurs revenus.

c. — Le subrogé tuteur des enfants est tenu solidairement avec le survivant, que la loi suppose investi de la qualité de tuteur, de toutes les condamnations qui peuvent être prononcées au profit des mineurs, à raison du défaut d'inventaire, par exemple d'une condamnation à des dommages et intérêts. L'exécution de ces condamnations peut donc être poursuivie, soit contre le survivant, soit contre le subrogé tuteur ; mais si celui-ci est forcé de payer, il aura un recours contre le survivant, par rapport

auquel il ne doit être considéré que comme caution, parce que la dette ne le concerne pas personnellement (arg. art. 1216).

L'intérêt du subrogé tuteur lui commande donc de veiller à ce que le survivant fasse inventaire ; car c'est pour lui le seul moyen d'échapper à la responsabilité que lui inflige l'art. 1442. C'est précisément le but que la loi s'est proposé d'atteindre. Le subrogé tuteur doit d'ailleurs assister à l'inventaire ; car il est légitime contradicteur dans l'intérêt des mineurs.

168. La loi omet de dire dans quel délai le survivant doit faire inventaire, pour échapper aux rigueurs de l'article 1442. Elle sous-entend sans doute que cette formalité devra être remplie dans le délai ordinaire qui est accordé pour faire inventaire soit en matière de succession (art. 795), soit en matière de communauté (art. 1456 et 1465), c'est-à-dire dans le délai de trois mois à dater de la mort de l'époux, sauf prorogation par le juge ; il est évident qu'un inventaire par trop tardif n'offrirait plus aucune garantie., (Rennes, 5 fév. 1894, S., 95. 2. 76, D., 94. 2. 400. La jurisprudence, bien qu'elle paraisse admettre le principe, n'est pas très ferme dans l'application. L'inventaire, fait après l'expiration du délai légal, a souvent été considéré comme satisfaisant aux exigences de la loi, quand le retard était peu considérable et que d'ailleurs aucun doute ne paraissait s'élever sur la bonne foi du survivant. Pau, 28 mars 1887, D., 87. 2. 166, S., 88. 2. 117.

168 bis. L'art. 1442 prononce une peine civile contre le survivant des époux qui n'a pas fait inventaire et contre le subrogé tuteur qui ne l'y a pas contraint. C'est donc une disposition pénale, et à ce titre il comporte l'interprétation restrictive. Ecrit en vue de la communauté, il ne saurait être étendu au cas d'époux mariés sous un autre régime. Peu importe d'ailleurs que la communauté soit légale ou conventionnelle. Arg. art. 1528. Rennes, 5 fév. 1894, S., 95.

2. 76, D., 94. 2. 400. L'article s'appliquerait même au cas de société d'acquêts jointe au régime dotal.

168 ter. Les diverses peines civiles édictées par l'art. 1442 ne seraient pas encourues par l'époux survivant, s'il avait été empêché par des circonstances indépendantes de sa volonté de faire inventaire en temps utile. La jurisprudence admet la même solution au cas où le survivant a eu un juste motif de s'abstenir de faire inventaire, par exemple l'inventaire devait n'être d'aucune utilité pour les héritiers du prédécédé, à raison du mauvais état avéré des affaires de la communauté. Paris, 21 fév. 1893, D., 93. 2. 465, S 94. 2. 199, et Caen, 14 nov. 1894, S., 95. 2. 230.

§ II. Dissolution de la communauté par la séparation de biens judiciaire.

169. La séparation de biens judiciaire est une mesure destinée à sauvegarder la dot de la femme, mise en péril par la mauvaise administration du mari. Elle dissout la communauté et rend à la femme la libre administration et la jouissance de ses biens. La situation des époux devient alors à peu près la même que s'ils avaient stipulé dans leur contrat de mariage le régime de la séparation de biens (séparation contractuelle).

La faculté accordée à la femme d'obtenir la séparation judiciaire constitue, on le voit, une dérogation grave au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. C'est surtout sous le régime de la communauté, qui confère au mari des pouvoirs très étendus, que le besoin de cette dérogation se faisait sentir, et on s'explique ainsi que le législateur ait organisé la séparation de biens judiciaire dans le chapitre où il traite de la communauté. Mais il ne faut pas en conclure que ce remède soit spécial au régime de la communauté. Le législateur l'a créé en vue d'une

situation, le péril de la dot, et non en vue d'un régime. Le remède sera donc applicable, toutes les fois que la situation se présentera, quel que soit d'ailleurs le régime.

Il y en a une disposition expresse pour la femme mariée sous le régime dotal (art. 1563) et pour celle mariée sous le régime de non-communauté (art. 1531), et si nous manquons de texte pour la femme séparée de biens contractuellement, c'est probablement parce qu'on peut difficilement concevoir que, sous ce régime, le mauvais état des affaires du mari mette la dot de la femme en péril, mais si cette éventualité se réalisait, le secours de la séparation judiciaire ne nous paraîtrait pas, quoi qu'on en ait dit, devoir être refusé à la femme.

N° 1. Par qui la séparation de biens peut être demandée.

170. Aux termes de l'art. 1443 : « La séparation de biens ne peut

» être poursuivie 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 suffisants pour

» remplir les droits et reprises de la femme. — Toute séparation

» volontaire est nulle ».

La séparation judiciaire ne peut donc être demandée que par la femme, jamais par le mari. C'est une mesure prise contre lui ; comment pourrait-il en solliciter l'application ? On s'étonne qu'il ait fallu certains efforts pour faire triompher définitivement ce principe dans notre ancien droit.

La séparation de biens doit nécessairement être demandée à la justice, qui seule a qualité pour la prononcer ; elle ne pourrait donc pas résulter d'une

convention entre les époux. Ainsi l'exigeait le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. L'art. 870 C. pr. ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il oblige la femme à établir les faits sur lesquels sa demande est fondée, par des preuves indépendantes de l'aveu du mari. Autrement les époux auraient pu facilement, en se concertant à l'avance, étudier la règle qui leur défend d'arriver à la séparation de biens par leur consentement mutuel. Cpr. t. I, n. 629, 719.

171. Une femme, qui a formé une demande en séparation de biens, vient à mourir avant que la demande ait reçu une solution définitive. Ses héritiers pourront-ils continuer l'instance, en vue de faire prononcer la séparation ? Oui, s'ils y ont intérêt ; c'est le droit commun. On apercevrait notamment cet intérêt, au cas où des valeurs mobilières seraient échues par succession à la femme depuis l'introduction de la demande. En effet, si les héritiers réussissent à obtenir un jugement prononçant la séparation, ce jugement produisant un effet rétroactif au jour de la demande (art. 1445 in fine), la communauté sera réputée dissoute à dater de cette époque, et par suite les valeurs mobilières échues à la femme en seront exclues : les héritiers les reprendront donc comme propres à la femme. Leur intérêt pourrait encore consister dans l'annulation des actes faits par le mari durant la litispendance.

Le droit, que nous venons de reconnaître aux héritiers de la femme après le décès de celle-ci, appartiendrait aussi sans difficulté à ses créanciers.

172. Les créanciers de la femme pourraient-ils, du vivant de celle-ci, et en supposant qu'elle refusât d'agir elle-même, former une demande en séparation de biens de son chef, par application de l'art. 1166 ? Les principes généraux auraient conduit à résoudre cette question dans le sens de l'affirmative ; car il s'agit d'un droit essentiellement pécuniaire, destiné qu'il est à sauvegarder

la dot de la femme, et les droits de ce genre peuvent en général être exercés par les créanciers. Cpr. t. II, n. 137. Mais la loi déroge ici aux principes. Aux termes de l'art. 1446 al. 1 : « Les créanciers

» personnels de la femme ne peuvent, sans son consentement,

» demander la séparation de biens ». La raison en est qu'une semblable demande est de nature à jeter le trouble et la discorde entre les époux. Si la femme consent à sacrifier sa dot pour assurer la paix de son ménage, il ne faut pas que d'avidés créanciers puissent venir paralyser ses bonnes intentions. Voilà pourquoi la loi ne permet aux créanciers d'agir qu'avec le consentement de la femme.

Toutefois il y a une limite aux sacrifices que l'intérêt particulier des époux permet d'imposer aux créanciers. L'art. 1446 dit dans sa partie finale : « Néanmoins, 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 ». Cette disposition quelque peu obscure ne signifie pas que la faillite ou la déconfiture du mari entraîne de plein droit la séparation de biens et par suite la dissolution de la communauté : elle ne signifie pas non plus que les créanciers de la femme puissent, au dit cas de faillite ou de déconfiture du mari, demander en justice la séparation de biens du chef de la femme sans le consentement de celle-ci, pour exercer ensuite, dans la mesure de leurs créances, les droits qui lui appartiennent. La loi veut dire qu'en cas de faillite ou de déconfiture du mari, la séparation de biens est, par une fiction de droit, réputée prononcée, et par suite la communauté réputée dissoute, à l'égard des créanciers de la femme : ce qui leur permet d'exercer, dans la mesure de leurs créances, les droits que la femme elle-même pourrait exercer si la communauté était réellement dissoute, et au besoin l'hypothèque légale qui y est attachée.

Mais dans les rapports des époux entre eux, la communauté subsiste, tant qu'elle n'a pas été dissoute par la mort, par le divorce ou par la séparation de corps ou de biens ; et, lorsque l'un de ces événements se produira, la femme pourra exercer ses droits en toute indépendance, sous la déduction toutefois de ce que ses créanciers auraient pris en exerçant ses droits de son chef : autrement, il y aurait double emploi.

N° 2. Pour quelles causes la séparation de biens peut être prononcée.

173. Il n'y a qu'une seule cause de séparation de biens, le péril de la dot. Ce péril peut résulter de la mauvaise administration du mari, ou plus généralement du désordre qui existe dans ses affaires, quelle qu'en soit la cause et alors même que ce désordre serait dû aux prodigalités de la femme, que le mari n'a pas su empêcher. Dijon, 24 juil. 1893, D., 96. 2. 359.

Quand, après avoir mentionné le péril de la dot, le législateur ajoute : « et lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les droits et reprises de la femme » (art. 1443), il n'entend pas indiquer une deuxième cause de séparation de biens distincte de la première, mais seulement développer et expliquer ce qu'il vient de dire relativement au péril de la dot. En effet, les droits et reprises de la femme commune en biens représentent une partie de sa dot, c'est-à-dire des biens qu'elle a apportés (art. 1540), en ce sens qu'ils ont pour but d'en assurer la reconstitution à son profit lors de la dissolution de l'association conjugale, et par conséquent l'art. 1443 équivaut à ceci : il y a lieu à la séparation de biens lorsque la dot est en péril, et ce péril existe principalement lorsque le mauvais état des affaires du mari donne lieu de craindre que la femme ne puisse pas

recouvrer plus tard la partie de sa dot qui est représentée par ses droits et reprises. Ces expressions paraissent désigner la partie de la fortune de la femme qui se présente sous la forme d'une créance contre le mari ou la communauté, par exemple la récompense due à la femme pour le prix de son propre aliéné, qui a été touché par la communauté.

174. Bien que la question de savoir si la dot est en péril soit principalement une question de fait, dont la solution rentre dans le domaine souverain du juge, nous indiquerons ici les principaux cas dans lesquels cette condition paraît exister. La dot est en péril :

1° Lorsque les biens du mari, par suite du désordre de ses affaires, sont devenus ou menacent de devenir insuffisants pour garantir à la femme la restitution de ceux de ses apports mobiliers dont elle s'est réservé, même éventuellement, la reprise, ou le paiement des indemnités qui lui sont dues, soit par son mari, soit par la communauté, notamment à raison de l'aliénation de ses propres ou de dégradations provenant du chef du mari ;

2° Lorsque le mari a notablement entamé les valeurs qui sont entrées dans la communauté du chef de la femme, de telle sorte que la part qu'elle avait le droit d'espérer dans la communauté se trouve sensiblement réduite, et inférieure à son apport ;

3° Quand les revenus de la dot de la femme sont l'objet de saisies-arrêts de la part de créanciers du mari (Cass., 7 fév. 1894, S., 94. 1. 269, D., 94. 1. 64) ou quand le mari dissipe ces revenus (Toulouse, 10 mai 1884, S., 84. 2. 184). La dot est ici en péril quant aux revenus, qui ne reçoivent pas la destination spéciale à laquelle ils sont affectés : le soutien des charges du mariage. Elle peut même se trouver ainsi compromise indirectement quant au capital ; car il faudra peut-être un jour sacrifier ce capital pour faire face aux dépenses que les revenus devaient couvrir. — Nous accorderions à la femme le droit de demander la séparation

de biens même dans le cas où, actuellement, elle n'aurait d'autres revenus que ceux qu'elle retire de son travail personnel. Sans doute les produits du talent et de l'industrie de la femme constituent pour elle des biens réservés, en vertu de la loi du 13 juil. 1907 ; mais, d'une part, la séparation de biens lui assurera pour ces biens une protection plus complète que celle qui résulte de la loi précitée ; et, d'autre part, elle aura pour effet de soustraire aux pouvoirs du mari et à la poursuite des créanciers de celui-ci les biens qui adviendront ensuite à la femme, par voie de succession notamment. V. sur ce point Douai, 13 mars 1912, S., 13. 2. 19, D., 13. 2. 17, et les notes.

174 bis. L'interdiction judiciaire du mari est-elle une cause de séparation de biens ? Le péril de la dot n'apparaît guère, si, comme il arrivera le plus souvent, la femme a été nommée tutrice de son mari interdit ; en tout cas, le péril viendrait du fait de la femme, et il ne pourrait qu'être aggravé par la séparation de biens qui conférerait à la femme des pouvoirs plus étendus que ceux qui lui appartenaient déjà comme tutrice. S'il a été nommé au mari un tuteur autre que la femme, c'est probablement parce que la femme n'avait pas les qualités requises pour administrer, et alors la séparation de biens, qui restituerait à la femme une administration dont le conseil de famille a cru devoir la priver, apparaît comme une mesure plus dangereuse que profitable à la cause de la dot. D'ailleurs, en supposant que le tuteur compromette les intérêts de la femme, ce qui arrivera rarement grâce aux garanties dont la loi entoure l'administration tutélaire, la femme peut provoquer son remplacement (arg. art. 446). La dot n'est donc pas en péril ; tout au moins le péril peut être conjuré.

Nous concluons que l'interdiction judiciaire du mari n'est pas une cause de séparation de biens. Il importe peu que la loi fasse de l'interdiction une cause de dissolution de plein droit des sociétés (art. 1865-4°). Cette disposition n'est pas applicable à la société conjugale, et la question de savoir si

l'interdiction est une cause de séparation de biens est toute différente et doit être résolue d'après d'autres principes. En ce sens, Amiens, 18 août 1882, S., 82. 2. 222. Cpr. Cass., 2 juin 1886, S., 90. 1. 322, D., 87. 1. 133. Nous en dirons autant pour les mêmes motifs de l'interdiction légale, sauf le droit pour la femme de demander le divorce ou la séparation de corps (arg. art. 232 C. civ. et 29 C. pén.).

La femme peut concevoir des craintes légitimes au sujet de sa dot, si son mari est fou sans être interdit. Quelques auteurs en ont conclu que la folie du mari, à raison du seul danger qu'elle fait courir à la femme et indépendamment de tout acte qui aurait compromis la dot, est une cause de séparation de biens. Nous doutons que cette solution soit exacte. Le fou doit être interdit (art. 489), et, l'interdiction une fois prononcée, le péril de la dot sera conjuré, comme nous venons de le démontrer. Il y a d'autant plus lieu de repousser ici la séparation de biens, qu'elle peut, à la différence de l'interdiction, créer une situation irrémédiable pour le mari. La justice peut eu effet lever l'interdiction quand ses causes ont cessé, tandis qu'elle ne pourrait pas rétablir la communauté dissoute par la séparation de biens ; le rétablissement de la communauté ne pourrait avoir lieu qu'avec le consentement de la femme (art. 1451).

Quant à l'état de contumace du mari, nous croyons que la question de savoir s'il constitue ou non une cause de séparation de biens, est une question de fait, dont la solution appartient au juge. Y a-t-il oui ou non péril de la dot ? Toute la question est là, et il semble impossible de la résoudre a priori.

175. Il n'est pas nécessaire, pour que la femme puisse obtenir la séparation de biens, que la situation de fortune du mari soit irrémédiablement compromise ; autrement le remède, appliqué trop tard, serait inefficace ; il suffit que le mari marche vers sa ruine, vergat ad inopiam. Il n'est pas nécessaire non plus que les droits qu'il s'agit de

sauvegarder par la séparation de biens existent dès actuellement ; il suffit qu'ils soient espérés. C'est ainsi que la femme pourrait demander la séparation de biens, pour empêcher de tomber dans la communauté une succession mobilière qui est sur le point de lui échoir, et que le mari dissiperait comme il a dissipé déjà son propre patrimoine. La séparation de biens est surtout une mesure préventive. Trib. civ. de Genève, 5 mars 1889, S., 90. 4. 8. Cpr. Bordeaux, 26 mars 1902, D., 02. 2. 216, S., 02. 2.300. Enfin il importe peu que le désordre des affaires du mari soit la conséquence de sa faute, de son inconduite par exemple, ou seulement de sa faiblesse, s'il n'a pas su mettre un frein aux prodigalités de sa femme, ou bien de circonstances malheureuses, qui peuvent atteindre les hommes les plus habiles et les plus prudents. La loi ne distingue pas, et par conséquent dans tous les cas la séparation peut être demandée par la femme.

Mais la femme ne pourrait pas obtenir la séparation sur ce fondement, que les biens de son mari sont insuffisants pour la couvrir de ses reprises, si cette insuffisance existait déjà lors du mariage, et que, depuis, rien de nouveau ne fût survenu dans sa situation.

N° 3. Procédure de la demande en séparation de biens.

176. La femme ne peut pas former une demande en séparation de biens sans autorisation. Mais, contrairement aux règles du droit commun, l'autorisation, au lieu d'être donnée par le mari et à son défaut par la justice, c'est-à-dire par le tribunal tout entier, doit émaner du président du tribunal. A cet effet, la femme lui adresse une requête (C. pr., art. 865). Le président du tribunal a le droit de faire à la femme telles observations qu'il juge à propos ; mais si elle persiste, le président est obligé de délivrer l'autorisation qu'elle sollicite (même article).

La demande en séparation de biens se forme par exploit d'ajournement, sans préliminaire de conciliation (C. pr., art. 49-7°). Elle est dirigée contre le mari, et, si celui-ci est en faillite, le syndic doit être mis en cause. Paris, 3 avril 1890, S., 91. 2. 34, et Bordeaux, 11 déc. 1891, S., 92. 2. 77. Le tribunal compétent est le tribunal du domicile du mari. La preuve de l'existence d'une cause légale de séparation de biens est à la charge de la femme (arg. art. 1315). La demande doit, à peine de nullité, être rendue publique dans les formes prescrites par les art. 866 à 869 C. pr. Cette publicité est principalement requise dans l'intérêt des tiers qui entreront en relations d'affaires avec le mari pendant le cours de l'instance ; leurs droits en effet sont menacés par la rétroactivité attachée au jugement (art. 1445 in fine). Elle a aussi pour but d'avertir les créanciers du mari, qui peuvent avoir intérêt à exercer le droit d'intervention dont il sera parlé tout à l'heure.

Le législateur, dans toute cette matière, paraît surtout préoccupé de la crainte que la séparation de biens ne soit demandée et obtenue en fraude des droits des créanciers du mari. Il paraît que c'était là le principal usage que l'on en faisait autrefois : au dire de nos anciens, la séparation de biens était souvent employée dans la pratique pour servir d'épouvantail aux créanciers du mari. L'énergie des mesures édictées par notre législateur n'a pas fait disparaître la fraude ; mais elle l'a rendue plus rare, par cela même qu'elle l'a rendue plus difficile.

176 bis. Éludions ces diverses mesures.

177. a. — La première consiste dans le droit d'intervention accordé aux créanciers du mari. « Ils peuvent même intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour

» la contester », dit l'art. 1447 in fine ; et, comme il faut donner aux interventions le temps de se produire, l'art. 869 C. pr. décide que le jugement sur la demande en séparation ne pourra pas être prononcé avant l'expiration du délai

d'un mois à dater du jour où les formalités de publicité prescrites par la loi ont été remplies.

Pour empêcher la séparation de biens d'être prononcée, il ne suffit pas aux créanciers intervenants de prouver que cette mesure leur préjudiciera ; il faut qu'ils prouvent que la dot de la femme n'est pas en péril (Nancy, 10 juil. 1907, S., 08. 2. 46). Le droit d'intervention est surtout utile aux créanciers pour démasquer les fraudes que le législateur redoute.

178. b. — Aux termes de l'art. 1447, 1^{re} partie : « Les créanciers du mari peuvent se

» pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de

» leurs droits ». A cet effet, la voie de la tierce opposition leur est ouverte. La loi accorde donc aux créanciers, contre les fraudes tentées ou commises à leur encontre par les époux, un moyen préventif, l'intervention, et un moyen répressif, la tierce opposition.

La séparation est prononcée en fraude des droits des créanciers, lorsque, par suite d'une collusion frauduleuse entre les époux, elle a été obtenue alors que la dot n'était pas en péril et que le désordre des affaires du mari n'était qu'apparent. Elle est exécutée en fraude de leurs droits, lorsque, après une séparation prononcée à bon droit, le mari et la femme ont procédé à une liquidation frauduleuse. La fraude peut principalement résulter soit de l'exagération calculée des reprises de la femme, soit de l'attribution volontairement faite à la femme, à titre de paiement, de biens du mari ayant une valeur supérieure au montant des reprises.

L'art. 873 du code de procédure civile restreint à la durée d'une année le délai accordé aux créanciers du mari pour agir par voie de tierce opposition. Le droit commun leur aurait accordé trente ans. La loi n'a pas voulu que l'état de

la femme et les droits du mari pussent être soumis à une aussi longue incertitude.

179. c. — Toujours dominée par la crainte des séparations frauduleuses, la loi exige, à peine de nullité, que le jugement de séparation reçoive dans un délai très bref, celui de quinzaine, une exécution soit volontaire, soit forcée, ou tout au moins un commencement d'exécution. En effet, si la séparation est sérieuse, la femme doit s'empresse de la faire exécuter. L'art. 1444 dit à ce sujet :
« 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 commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement,

» et non interrompues depuis ».

L'exécution volontaire consiste dans le paiement des droits et reprises de la femme jusqu'à concurrence des biens du mari. La loi veut que ce paiement soit constaté par acte authentique ; un acte sous-seing privé, même enregistré, ne suffirait donc pas. Bordeaux, 7 nov. 1877, S., 78. 2. 72.

Il y a quelques difficultés, vu le silence de la loi, sur le point de savoir quels sont, à défaut d'exécution volontaire, les actes de poursuite que la femme doit accomplir dans le délai de quinzaine pour satisfaire aux exigences de l'art. 1444. La jurisprudence paraît, sur ce point, assez disposée à l'indulgence. Ainsi la cour de cassation considère comme suffisante la signification du jugement. Il nous paraîtrait prudent d'y ajouter des actes d'un caractère un peu moins douteux, par exemple un commandement d'exécuter le jugement (Paris, 21 nov. 1893, D., 94. 2. 259), une sommation adressée au mari de se présenter dans l'étude d'un notaire pour procéder à la liquidation des reprises de la femme. Mais la femme ne peut pas être tenue

d'accomplir dans le délai de quinzaine les actes d'exécution qui compromettraient l'exercice de son droit d'option, exemple la demande de paiement d'un préciput stipulé par elle pour le cas d'acceptation de la communauté, car elle jouit d'un délai de trois mois et quarante jours pour l'exercice du droit d'option. Le délai de quinzaine court à dater de la prononciation du jugement (art. 1444), et non dater de la signification ; autrement il dépendrait de la femme de reculer indéfiniment le point de départ du délai, en négligeant de signifier le jugement. Si le mari a interjeté appel, le délai de quinzaine ne pourra courir qu'à dater de l'arrêt confirmatif.

Le délai de quinzaine une fois expiré, la femme devra continuer ses poursuites sans interruption (art. 1444). Ce sera dans chaque espèce une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge, que celle de savoir si les poursuites ont ou non été interrompues. Cass., 18 août 1884, S., 88. 1. 23, D., 85. 1. 207, et 18 oct. 1905, D., 06. 1. 480.

180. La loi qui, dans l'intérêt des tiers, a exigé la publicité de la demande en séparation de biens, prescrit aussi, pour le même motif, la publicité du jugement qui la prononce. L'art. 1445 al. 1 du code civil dit à ce sujet : « Toute séparation de biens doit, avant son

» exécution, être 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 ».

* Ce texte, dont la disposition est d'ordre public, est applicable aux jugements étrangers prononçant la séparation de biens entre deux époux qui résident en France. Orléans, 10 mars 1894, D., 94. 2. 448, S., 94. 2. 145.

L'art. 1445 a été modifié, en ce qui concerne le mari non commerçant, par l'art. 872 du code de procédure civile, qui prescrit l'affiche du jugement dans l'auditoire du tribunal de commerce, « même lorsqu'il [le mari] ne sera pas négociant ». L'exécution du jugement serait entachée de nullité, s'il y avait été procédé avant l'accomplissement des formalités dont il vient d'être parlé (C : civ., art. 1445, et C. pr., art. 872). Cpr. Bordeaux, 28 juin 1905, D., 06. 2. 219.

N° 4. Effets du jugement qui prononce la séparation de biens.

181. Le jugement qui prononce la séparation de biens produit des effets dans le passé et dans l'avenir.

A. Dans le passé.

182. Aux termes de l'art. 1445 in fine : « Le jugement qui prononce

» la séparation de biens, remonte, quant à ses effets, au jour

» de la demande ». Cpr. Rouen, 27 mars 1909, D., 11. 2. 153.

La rétroactivité du jugement de séparation de biens était nécessaire pour assurer à la femme une protection efficace ; autrement sa ruine, commencée avant la demande, aurait souvent été consommée pendant le cours de l'instance.

L'effet rétroactif du jugement qui prononce la séparation de biens a lieu tant à l'égard des tiers qu'entre les époux. C'est du moins ce que l'on peut induire, presque avec certitude, des art. 866 à 869 C. pr., relatifs à la publicité de la demande en séparation de biens, cette publicité ayant certainement pour but principal de mettre les tiers à même de se prémunir contre les effets de la rétroactivité qui les

menace. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° La communauté est réputée dissoute à dater du jour de la demande et doit être liquidée dans l'état où elle se trouvait alors.

2° La femme a droit, à compter de la demande, à la restitution des fruits de ses propres, comme aussi aux intérêts de la dot mobilière dont elle s'est réservé la reprise en argent : le tout sous la déduction de sa part contributive dans les charges du mariage. Cpr. Cass., 31 janv. 1911, D., 12. 1. 313.

3° Les biens mobiliers acquis par la femme ou par le mari à titre de succession ou de donation pendant le cours de l'instance en séparation de biens, ne tombent pas dans la communauté, mais demeurent propres à l'époux qui en a fait l'acquisition.

4° Les actes de disposition, par exemple les ventes d'immeubles, accomplis par le mari relativement aux biens de la communauté durant la litispendance, ne sont pas opposables à la femme. Il en est de même, en principe, des obligations contractées par le mari pendant cette même période : les créanciers qui ont traité avec lui ne pourraient pas, au préjudice de la femme, poursuivre leur paiement sur les biens de la communauté.

Mais, comme il est de toute nécessité que les biens personnels de la femme et ceux de la communauté soient administrés pendant le cours de l'instance, et qu'il est impossible en l'absence d'un texte d'attribuer cette administration à la femme, on doit reconnaître qu'elle reste au mari. Par suite, les actes que le mari accomplit dans la limite des pouvoirs d'un administrateur ordinaire sont opposables à la femme, sauf le droit pour celle-ci de les faire annuler en prouvant qu'ils ont été faits en fraude de ses droits, surtout si ceux qui ont traité avec le mari avaient été complices de la fraude.

183. On sait que la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 311). Il est certain que le jugement qui prononce une séparation de corps ne rétroagit pas en ce qui concerne ses effets relatifs à la personne des époux. Rétroagit-il en ce qui concerne les effets relatifs à leurs biens ? En d'autres termes, la séparation de biens résultant accessoirement d'un jugement qui prononce une séparation de corps, rétroagit-elle au jour de la demande ?

Sous l'empire du code civil, la question faisait difficulté. A notre avis, elle devait être résolue dans le sens de la négative. En effet, les jugements constitutifs de droits nouveaux ne rétroagissent pas en l'absence d'un texte ; la rétroactivité n'appartient qu'aux jugements déclaratifs ; or le jugement qui prononce la séparation de corps est un jugement constitutif ; donc il ne rétroagit pas. La jurisprudence décidait au contraire que la séparation de biens, résultant d'un jugement de séparation de corps, rétroagissait au jour de la demande, quant à ses effets, mais seulement dans les rapports des époux entre eux, non dans leurs rapports avec les tiers, qui ont pu n'avoir pas connaissance de la demande en séparation de corps, celle demande n'étant soumise à aucune mesure de publicité, à la différence de la demande en séparation de biens. Cass., 18 juin 1877, D., 77. 1. 445 et Paris, 12 juil. 1892, S., 94. 2. 10. Cette jurisprudence nous paraît avoir été consacrée législativement par la loi du 18 avril 1886 sur la procédure du divorce. Le nouvel art. 252 porte dans son alinéa final : « Le jugement [de divorce] dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour de la demandé ». Les explications qui ont été données lors de la confection de la loi, et les principes de la matière, d'après lesquels la séparation de corps emprunte au divorce toutes les règles qui ne sont pas incompatibles avec le maintien du lien conjugal (t. I, n. 714 et 715), ne permettent guère de douter que ce texte doive être appliqué à la séparation de

corps. Des lors, la femme peut avoir intérêt et elle doit être déclarée recevable à former une demande en séparation de biens, au cours de l'instance en séparation de corps (Paris, 29 avril 1903, D., 05. 2. 285, ou en divorce (Dijon, 14 nov. 1905, D., 07. 2. 63).

183 bis. L'effet rétroactif édicté par l'art. 1445 al. fin. ne remonte qu'au jour de la demande, et non au jour de l'ordonnance du président autorisant la femme à procéder sur sa demande (Bordeaux, 23 nov. 1880, S., 81. 2. 76), ni à plus forte raison au jour de la requête adressée au président. Trib. de Troyes, 10 août 1881, S., 81. 2. 220. Cpr. t. I, n. 672.

B. Dans l'avenir.

184. Nous venons de voir quels effets le jugement de séparation de biens produit dans le passé ; nous avons à rechercher maintenant ceux qu'il produit dans l'avenir. Ils sont indiqués par l'art. 1449, ainsi conçu : « La femme séparée [soit de corps et de

» biens, soit] de biens [seulement], en reprend la libre administration.

» — Elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner. — Elle ne

» peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans

» être autorisée en justice à son refus ».

D'après le nouvel art. 311 (L. 6 février 1893), la femme séparée de corps recouvre le plein exercice de sa capacité civile ; la restriction édictée par l'art. 1449 al. final a donc cessé de lui être applicable, en vertu de la règle *Lex posterior derogat priori*. Il était d'ailleurs facile de ne pas créer, comme on l'a fait, une antinomie entre deux articles du code. Il fallait, ou bien supprimer dans l'art. 1449 les mots que nous avons placés entre crochets, ou plus

simplement insérer la réforme dans l'art. 1449 et non dans l'art. 311. Cpr. t. I, n. 740.

Ce n'est pas seulement l'administration de ses biens que la femme séparée de biens reprend, mais aussi la jouissance, quoique la loi ne le dise pas.

185. A. Administration. La femme séparée de biens a capacité pleine et entière pour tous les actes qui rentrent dans l'administration de son patrimoine ; aucune autorisation ne lui est nécessaire pour accomplir ces actes. C'est une dérogation au droit commun, qui ne permet pas à la femme d'agir sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Cpr. t. I, n. 566.

La loi donne la qualification de libre à l'administration de la femme séparée de biens, et elle entend désigner par cette expression un droit d'administration très étendu, — plus étendu que celui qui appartient à un administrateur ordinaire du bien d'autrui, plus étendu que celui qui appartient au mari lui-même sur les biens de sa femme, ce qui est tout naturel, car c'est son propre bien que la femme administre ; — plus étendu aussi que celui dont jouit le mineur émancipé, qui administre également ses propres biens, et auquel la loi ne permet cependant d'accomplir que les actes de pure administration (art. 484).

188. La femme séparée de biens peut, en vertu de son droit de libre administration :

a. — Donner à bail ses immeubles.

b. — Toucher tous ses revenus et en donner quittance.

c. — Recevoir, et aussi poursuivre par voie d'exécution, le remboursement de ses capitaux mobiliers, et en donner décharge, avec mainlevée des inscriptions hypothécaires prises pour en assurer le paiement. Sur ce point, la capacité de la femme séparée est plus étendue que celle du mineur émancipé. Cpr. art. 482.

d. — Placer ses fonds, et par conséquent faire au comptant toute espèce d'acquisitions soit de meubles, soit d'immeubles. V. cep. Cass., 2 déc. 1885, D., 86. 1. 294, S.,

86. 1. 97. Les placements à rentes viagères ne nous paraîtraient même pas, en principe, excéder les limites de la capacité de la femme séparée. Paris, 8 mars 1893, D., 93. 2. 256. Mais ce point est contesté. Peu importe d'ailleurs que les fonds dont la femme opère le placement proviennent des économies faites sur ses revenus ou du remboursement de ses capitaux.

e. — « Disposer de son mobilier, et l'aliéner », au moins à titre onéreux.

Sur ce point, comme d'ailleurs sur le précédent, l'art. 1449 se trouve en conflit avec l'art. 217, qui déclare la femme, même séparée de biens, incapable d'aliéner et d'acquérir à titre gratuit ou onéreux sans autorisation. Il faut bien admettre que l'art. 1449 est venu déroger dans une certaine mesure à l'art. 217.

Le mot mobilier doit être pris dans son sens le plus large comme désignant tout ce qui n'est pas immeuble (arg. art. 535). La femme séparée de biens peut donc aliéner ses meubles incorporels, aussi bien que ses meubles corporels, au moins à titre onéreux ; et, comme les termes de la loi ne contiennent aucune restriction, il faut en conclure que les aliénations faites par la femme seraient valables, alors même qu'elles excéderaient les besoins de son administration.

La jurisprudence paraît incliner cependant vers la solution contraire. Elle semble considérer les aliénations de mobilier, faites par la femme, comme n'étant valables qu'autant qu'elles sont nécessitées par les besoins de son administration. V. les autorités citées sous Cass., 24 oct. 1906, D., 07. 1. 14, S., 10. 1. 482. Mais cette solution, qui laisse au juge le droit de maintenir ou d'annuler plus ou moins arbitrairement les aliénations de mobilier faites par la femme, a en outre l'inconvénient de tendre un piège dangereux à la bonne foi des acquéreurs. Comment sauront-ils en effet si l'aliénation que fait la femme est ou non commandée par les besoins de son administration ?

La femme séparée de biens peut-elle aussi, sans autorisation, aliéner son mobilier à titre gratuit par donation entre vifs ? L'affirmative est admise par quelques auteurs, qui argumentent surtout des termes de l'art. 1449 al. 2 : « Elle peut disposer de son mobilier, et l'aliéner ». Le mot disposer, dit-on, que la loi place à côté du mot aliéner, ne peut avoir de sens qu'autant qu'il se réfère aux aliénations à titre gratuit. Le texte signifie donc que la femme séparée peut aliéner son mobilier soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit. Cet argument n'est pas aussi décisif qu'il le paraît. Le mot aliéner est souvent employé par le législateur pour désigner les aliénations à titre onéreux seulement, notamment dans l'art. 217 ; et, quant au mot disposer, il peut fort bien se référer à l'aliénation par voie de transaction, que la loi a peut-être cru nécessaire de mentionner ici d'une manière spéciale, parce que la faculté de disposer du mobilier à titre onéreux n'emporte pas toujours le droit d'en disposer par voie de transaction (v. notamment art 467). Le texte de la loi laisse donc au moins place à un doute ; or dans le doute c'est le droit commun qui doit être appliqué ; car un texte clair et formel est nécessaire pour y déroger. Quel est ici le droit commun ? Il est contenu dans les art. 217 et 905 qui formulent en termes absolus le principe, que la femme, même séparée de biens, ne peut faire sans autorisation aucune donation entre vifs soit de meubles, soit d'immeubles, car la loi ne distingue pas. D'ailleurs on ne voit pas quels motifs auraient pu porter le législateur à déroger ici au droit commun. Que la loi ait permis à la femme séparée de biens d'aliéner son mobilier à titre onéreux, cela s'explique facilement : il est impossible d'administrer sans avoir le droit d'aliéner le mobilier, au moins dans une certaine mesure, et on comprend très bien que, vu la difficulté qui peut exister en pratique sur le point de savoir quels sont les objets mobiliers dont les besoins de l'administration exigent l'aliénation dans les diverses

circonstances qui peuvent se présenter, la loi ait permis de les aliéner tous sans distinction, d'autant plus qu'à l'époque de la promulgation du code civil on vivait encore sur la maxime *Res mobilis res vilis*. Mais en quoi l'aliénation à titre gratuit peut-elle être nécessaire pour les besoins d'une administration ? On ne le voit pas. Ainsi, le texte, d'où l'on veut induire ici une dérogation au droit commun, est loin d'être décisif ; d'autre part, on n'aperçoit pas les motifs qui auraient pu porter le législateur à établir cette dérogation. Nous concluons que la dérogation n'existe pas.

f. — Enfin, la femme séparée peut contracter valablement toutes les obligations relatives à l'administration de ses biens La loi ne le dit pas, mais notre proposition n'en est pas moins certaine ; car il est impossible d'administrer sans s'obliger, et la loi, qui autorise la femme à administrer, l'autorise par cela même implicitement à s'obliger. Comment la femme pourrait-elle par exemple donner ses biens à bail, si elle ne pouvait pas contracter les obligations qu'engendre le contrat de louage ? Comment pourrait-elle exploiter ses terres s'il ne lui était pas permis de s'obliger envers les domestiques dont les services lui sont indispensables, ou envers les marchands d'ustensiles aratoires et de tout ce qui est nécessaire pour la culture ?

Mais le droit de s'obliger n'étant pour la femme séparée qu'une conséquence de son droit d'administrer, il en résulte qu'elle ne peut pas valablement contracter des obligations étrangères à son administration. Ceux qui se proposent de traiter avec la femme doivent donc rechercher si l'obligation qu'elle offre de contracter est ou non relative à l'administration de ses biens : question facile à résoudre en général, le caractère de l'obligation pouvant être apprécié le plus souvent par sa nature même (voyez les exemples cités tout à l'heure) ; et, si le caractère de l'obligation leur paraît douteux, si par exemple la femme veut emprunter de l'argent, auquel cas il peut n'être pas clairement démontré que l'emprunt intéresse

l'administration, ils feront bien d'exiger que la femme se munisse d'une autorisation.

Les obligations contractées par la femme séparée, dans la sphère de son droit d'administration, sont exécutoires sur tous ses biens, même sur ses immeubles. Nous considérons cette proposition, qui cependant a été contestée, comme trouvant un point d'appui d'une solidité inébranlable dans l'art. 2092 duquel il résulte que l'entier patrimoine d'un débiteur sert de gage aux créanciers envers lesquels il s'est valablement obligé.

* Mais si la femme peut pleinement s'obliger dans les limites de son droit d'administration, elle ne peut aucunement s'obliger au delà sans autorisation. De ce que la femme séparée de biens a le droit d'aliéner son mobilier, il ne s'ensuit pas qu'elle puisse contracter, en dehors des limites de son droit d'administration, des obligations qui seraient exécutoires sur son mobilier. La dernière jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Cass., 24 oct. 1906, D., 07. 1. 14, S., 10. 1. 482.

187. B. Jouissance. La femme séparée de biens ne reprend pas seulement l'administration de son patrimoine ; elle en reprend aussi la jouissance, quoique la loi ne le dise pas. Résulte-t-il de là que la femme sera dispensée désormais de contribuer aux charges du mariage ? Non certes ; car la séparation de biens ne dissout pas le mariage ; elle n'en relâche pas même le lien, à la différence de la séparation de corps. Aussi l'art. 1448 dispose-t-il : « 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 enfants communs. — Elle doit

» supporter entièrement ces frais, s'il ne reste rien au mari ». Cass., 3 juil. 1907, S., 09. 1. 543.

Ainsi, chaque époux doit contribuer aux charges du mariage, c'est-à-dire aux frais du ménage et à l'éducation des enfants communs, proportionnellement à ses ressources, à ses facultés imposables, si l'on peut ainsi parler. Par exemple, en supposant que les ressources du mari, provenant, tant des revenus de ses biens personnels que des produits de son travail ou de son industrie, soient égales à 1 et celles de la femme à 3, le mari supportera les charges du mariage pour un quart et la femme pour trois quarts. Au cas où les époux craindraient des difficultés sur la détermination de leurs parts contributives, ils agiraient prudemment en faisant régler ce point par la justice ; mais cette fixation aurait un caractère essentiellement provisoire, l'importance relative des ressources des deux époux pouvant varier dans l'avenir.

Malgré la séparation de biens, le mari reste le chef du ménage. Il peut donc exiger que la portion contributive de la femme soit versée entre ses mains et régler ensuite comme il l'entendra les dépenses du ménage. Douai, 19 janv. 1897, D., 97. 2. 191. Cela n'est pas sans danger. Souvent en effet le mari détournera les fonds que lui verse sa femme de leur véritable destination, qui est de subvenir aux charges du mariage, par exemple en les employant au paiement de ses dettes ou même en les dissipant. Ces inconvénients pratiques, auxquels le législateur paraît ne pas avoir songé, ont souvent conduit les juges à donner à la femme l'autorisation de faire elle-même l'emploi des sommes qui représentent sa part contributive dans les charges du mariage, en payant directement les fournisseurs. Mais c'est là un expédient dont la légalité est contestable ; car il implique une dérogation aux règles de la puissance maritale, qui donnent au mari le titre de chef du ménage, et il n'y a pas en cette matière d'autres dérogations permises que celles autorisées par un texte. La vérité est qu'il y a ici une lacune dans la loi, et il est difficile à d'autres qu'au législateur lui-même de la combler.

Les frais d'éducation et d'entretien des enfants d'un autre lit de l'un des époux ne constituent pas une charge du mariage, mais bien une charge personnelle à l'auteur de ces enfants ; l'autre époux ne doit donc pas y contribuer. Et toutefois, ces frais diminuant d'autant les ressources de l'époux à qui ils incombent, il est clair que la portion contributoire de l'autre époux dans les charges du ménage s'en trouve nécessairement augmentée.

188. Sauf l'exception relative aux actes d'administration, la femme séparée de biens est frappée de l'incapacité d'agir sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Ainsi elle est tenue de se conformer aux règles du droit commun pour aliéner ses immeubles ou pour les grever de droits réels (art. 1449 in fine).

189. On lit dans l'art. 1450, dont la disposition aurait pu être plus claire : « 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 remploi, si la vente a été faite

» en sa présence et de son consentement ; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi ».

Ce texte distingue deux hypothèses :

1° La vente d'un immeuble de la femme a été faite avec l'autorisation de justice, au refus du mari. — Le mari ne sera pas responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix, « à moins, dit la loi, qu'il n'ait concouru au contrat » ; car il s'est alors ingéré dans la gestion qui appartient à la femme, « ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit ».

2° La vente a été faite en présence du mari et de son consentement. — Ici encore le mari s'est ingéré dans la

gestion qui appartient à la femme, et il est déclaré à ce titre responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix.

La loi exige deux conditions, pour que le mari soit responsable du défaut d'emploi ou de remploi : 1° que la vente ait été faite de son consentement ; 2° en sa présence. Si donc le mari s'était borné à autoriser la vente sans y coopérer, il semble, contrairement à l'opinion générale, qu'il ne devrait pas être déclaré responsable du défaut d'emploi ou de remploi du prix. Cass., 8 juil. 1891, S., 92. 1. 490, D., 93. 1. 388. Cpr. Cass., 31 janv. 1911, D., 12. 1. 57.

En aucun cas d'ailleurs, le mari n'est responsable de l'utilité de l'emploi ou du remploi fait par sa femme.

N° 5. Du rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens.

190. Aux termes de l'art. 1451 : « La communauté dissoute par

- » la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement,

- » peut être rétablie du consentement des deux parties. — Elle ne

- » petit l'être que par un acte passé devant notaires et avec minute,

- » dont une expédition 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'article 1449. — Toute convention par laquelle

- » les époux rétabliraient leur communauté sous des

conditions

» différentes de celles qui la réglaient antérieurement ; est nulle ».

La loi, qui voit avec peine le trouble apporté à l'économie des conventions matrimoniales par la séparation de corps ou de biens, voit par cela même avec faveur le retour au pacte matrimonial primitif ; elle autorise donc les époux à rétablir d'un commun accord leur communauté dissoute par la séparation de corps ou de biens. Et toutefois, comme il importe, d'une part, que ce rétablissement soit l'œuvre d'une volonté réfléchie, et, d'autre part, qu'il ne puisse pas dépendre des époux d'en supprimer la preuve, la loi exige que la convention des parties soit constatée dans un acte notarié retenu en minute, à peine de nullité. Sous l'empire du code civil l'acte devait être passé « devant notaires » ou devant un notaire et deux témoins, conformément au droit commun. Depuis la loi du 12 août 1902 il peut être passé devant un seul notaire. V. supra, n. 17. En outre, comme les tiers ont intérêt à connaître le rétablissement de la communauté, puisqu'il opère une modification dans les droits des époux, la loi exige qu'une expédition de l'acte constatant ce rétablissement soit affichée dans la forme prescrite par l'art. 1445. Tant qu'il n'a pas été satisfait à cette condition de publicité, le rétablissement de la communauté, valable entre les parties, ne peut pas être opposé aux tiers.

Mais, vu le silence de la loi, et bien qu'il y ait tout lieu de croire que ce silence est le résultat d'un oubli, on doit décider que le complément de publicité requis par l'art. 872 C. pr. ne serait pas nécessaire ici à peine de nullité. L'interprétation restrictive est de rigueur pour tous les textes qui édictent des nullités.

Le consentement des parties, manifesté dans la forme légale, suffit pour opérer le rétablissement de la communauté, sans qu'il soit besoin, si les époux sont

mineurs, qu'ils obtiennent le consentement de leurs parents.

Mais le consentement des deux époux est toujours nécessaire, le texte est formel. La volonté de la femme, déclarant qu'elle renonce au bénéfice de la séparation de biens, ne suffirait donc pas pour opérer le rétablissement de la communauté, si le mari refusait d'y consentir.

191. Les époux qui veulent rétablir leur communauté doivent la reconstituer exactement sur sa base première ; ils ne peuvent que revenir purement et simplement à leur pacte matrimonial primitif, sans qu'il leur soit permis d'y introduire aucun changement. « Toute convention », dit la loi, « par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement, est nulle ». Ainsi le veut le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. « Tout changement est nul, dit le tribun Duveyrier, dans son rapport au tribunal, parce que les conventions matrimoniales sont inaltérables ». L'art. 1451 in fine nous apparaît ainsi comme un prolongement de l'art. 1395.

Ce que la loi déclare nul, lorsque le retour au pacte matrimonial primitif n'est pas stipulé purement et simplement, c'est la convention de rétablissement, et non pas seulement, comme on l'a prétendu, les clauses dérogatoires. En d'autres termes, quand les époux ont déclaré rétablir leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la régissaient primitivement, ce n'est pas seulement la partie de la convention dérogeant au pacte matrimonial primitif qui est nulle, mais bien la convention tout entière, et par suite la communauté n'est pas rétablie. Cette solution, conforme au texte de la loi, conforme aussi à l'intention probable des parties, qui, ayant déclaré ne rétablir leur communauté que sous telle condition dérogeant au pacte matrimonial primitif, n'ont pas voulu évidemment en accepter le rétablissement pur et simple, est aussi en harmonie avec la théorie de la loi sur

l'effet des conditions illicites dans les contrats à titre onéreux ; on sait que leur présence a pour résultat d'annuler le contrat (v. art. 1172). La question toutefois est controversée. — Peut-être y aurait-il lieu d'examiner quelle a été, en fait, la volonté des époux.

192. Effets du rétablissement de la communauté. — La communauté, rétablie par la volonté des parties, manifestée dans les formes légales, est censée n'avoir jamais été dissoute (art. 1451). En conséquence, on devra considérer comme communs tous les biens acquis par chaque époux depuis la séparation de corps ou de biens et qui seraient tombés dans la communauté si la séparation n'avait pas été prononcée. De même aussi, les dettes contractées par le mari *medio tempore* seront à la charge de la communauté. Mais la fiction ne va pas jusqu'à faire considérer comme nuls les actes valablement accomplis par la femme dans les limites de son droit d'administration ; ces actes seront donc maintenus. Et, comme tous les droits acquis à des tiers méritent le même respect, on doit en conclure que la femme ne pourrait pas exercer son hypothèque légale sur les immeubles du mari par lui aliénés durant la séparation de biens.

192 bis. L'art. 1451 s'applique aux époux séparés de corps comme aux époux séparés de biens ; le texte est formel. Mais les époux séparés de corps ne peuvent pas rétablir leur communauté dissoute sans rétablir en même temps la vie commune, faisant cesser ainsi la séparation quant à leurs biens sans la faire cesser en même temps quant à leurs personnes. Arg. art. 311 al. 1. En sens inverse, ils peuvent faire cesser la séparation quant à leurs personnes, sans la faire cesser quant à leurs biens. C'est ce qui arrive quand les époux reprennent la vie commune sans procéder au rétablissement de leur communauté dissoute, dans la forme prescrite par l'art. 1451. Il en était autrement dans notre ancien droit : le rétablissement de la vie commune entraînait normalement le rétablissement des

conventions matrimoniales des époux. L'innovation du code civil est marquée au coin de la sagesse. La perspective du rétablissement forcé de la communauté dissoute aurait pu dans certains cas faire obstacle à la réconciliation des époux.

Autrefois la cessation de la séparation de corps par la réconciliation des époux n'apportait aucun changement dans la capacité de la femme : après comme avant, cette capacité était régie par l'art. 1449. Il n'en est plus de même aujourd'hui. En effet, on sait que d'après le nouvel art. 311 (L. 6 fév. 1893), la femme séparée de corps recouvre le plein exercice de sa capacité civile. Lorsque la séparation de corps cesse par une réconciliation, la femme redevient incapable, de l'incapacité restreinte dont est frappée la femme séparée de biens (art. 311). Et toutefois cette modification dans la capacité de la femme n'est opposable aux tiers qu'autant que la réconciliation des époux a été constatée par un acte notarié rédigé en minute et publié conformément aux prescriptions de la loi nouvelle. V. à ce sujet t. I, n. 739. En somme, depuis la loi nouvelle comme auparavant, la femme séparée de corps, après sa réconciliation, est régie quant à sa capacité par l'art. 1449. Mais, sous l'empire du code civil, ce nouvel état de choses n'était que la continuation de l'ancien, tandis qu'aujourd'hui la femme réconciliée subit une modification profonde dans sa capacité, puisqu'elle passe de la capacité pleine et entière à la capacité restreinte de la femme séparée de biens. L'innovation ne porte pas sur l'état de la femme postérieurement à la réconciliation, mais seulement sur son état antérieur.

* On sait que l'époux contre lequel la séparation de corps est prononcée perd le bénéfice des donations que son conjoint lui avait faites soit par le contrat de mariage, soit depuis le mariage (art. 299, et t. I, n. 742). Ces donations revivent-elles au profit de l'époux coupable par le seul fait de la réconciliation ? L'affirmative est admise avec raison

par les auteurs et par la jurisprudence pour les donations testamentaires et pour les donations faites pendant le mariage. Aucun principe ne s'oppose ici à l'application de l'adage *Cessante causa, cessat effectus*. Au surplus, si ce rétablissement est contraire aux vues de l'époux donateur, le mal ne sera pas grand ; il révoquera la donation (art. 1096) ou le testament. Pour les donations faites par le contrat de mariage, la question est controversée. Nous croyons avec la dernière jurisprudence que ces donations ne revivent pas de plein droit. En effet, elles font partie des conventions matrimoniales. Or, les conventions matrimoniales des époux ne peuvent être rétablies que dans la forme prescrite par l'art. 1451, et la loi exige qu'elles soient rétablies intégralement. Si on admettait que les donations dont il s'agit revivent par le seul fait de la réconciliation, on violerait à la fois l'art. 1395, qui ne permet pas aux parties de modifier leurs conventions matrimoniales pendant le mariage par un acte dépendant de leur volonté, et l'art. 1451 qui n'autorise le rétablissement des conventions matrimoniales qu'à la condition qu'il soit intégral et opéré dans une certaine forme. Il serait d'ailleurs dangereux d'admettre que la réconciliation des époux fait revivre de plein droit les avantages faits à l'époux coupable par son conjoint. A ce prix, l'époux innocent n'acceptera peut-être pas la réconciliation. En ce sens Cass., 27 déc. 1893, S., 94. 1. 119, D., 94. 1. 391.

193. Disposition relative aux droits de survie. — Notre section se termine par un article qu'on peut considérer comme inutile, tant est évidente la proposition qu'il formule. C'est l'art. 1452, ainsi conçu : « 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 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 ».

Les droits de survie sont, ainsi que leur nom l'indique, ceux stipulés au profit d'un époux sous la condition qu'il survivra à l'autre. Exemple : la femme aura le droit de prélever 10.000 fr. avant partage sur les biens de la communauté, si elle survit à son mari. Les droits dont il s'agit étant subordonnés à une condition de survie, il est clair qu'ils ne peuvent s'ouvrir que lorsque cette condition est réalisée, et c'est presque une naïveté de dire que ces droits ne s'ouvrent pas tant que les époux sont encore vivants, ou, ce qui est équivalent, que la séparation de corps ou de biens ne leur donne pas ouverture.

Au surplus, ce que la loi dit des droits de survie de la femme est vrai aussi des droits de survie du mari.

L'époux, au profit duquel le droit de survie a été stipulé, conserve, après la séparation de corps ou de biens, la faculté d'exercer ce droit plus tard, si la condition de survie se réalise. Voyez toutefois t. I. n. 742.

SECTION IV

DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE LA RENONCIATION QUI PEUT Y ÊTRE FAITE, AVEC LES CONDITIONS QUI Y SONT RELATIVES

I. Droit d'option accordé à la femme.

194. Aux termes de l'art. 1453 : « 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 ».

Le droit d'option consacré par cet article n'appartient à la femme ou à ses représentants qu' « après la dissolution

de la communauté ». Il ne peut donc pas être exercé par anticipation tant que la communauté dure. Limoges, 29 nov. 1897, D., 02. 2. 97. Mais d'ailleurs il existe quelle que soit la cause qui a produit la dissolution de la communauté.

Il comprend deux termes : l'acceptation et la renonciation.

L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté. Sauf le cas où le contrat de mariage contiendrait une convention contraire, ce partage s'opère par moitié entre les époux ou leurs représentants. Le passif de la communauté se répartit dans la même proportion, donc par moitié. Et la loi accorde ici à la femme ou à ses représentants un privilège particulier, que l'on appelle le bénéfice d'émolument. Sous la seule condition d'avoir fait bon et fidèle inventaire des biens de la communauté, la femme jouit de l'avantage de n'être tenue des dettes de la communauté, soit à l'égard de son mari, soit à l'égard des créanciers, que « jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende », comme disaient nos anciens, c'est-à-dire dans la mesure de la valeur des biens qui lui échoient par le partage, du profit qu'elle retire de la communauté, de son émolument, d'où le nom de bénéfice d'émolument, quelques-uns disent bénéfice d'inventaire.

Si la femme renonce à la communauté, elle y devient complètement étrangère. Toute la communauté, biens et dettes, reste alors au mari ou à ses héritiers. V. cep. infra, n. 250 XVII

La faculté, qui appartient à la femme de se soustraire par une renonciation à l'obligation de payer sa part des dettes de la communauté, constitue une dérogation grave au droit commun en matière de société. Cette dérogation a pour cause la situation particulière qui est faite à la femme sous le régime de la communauté. Etrangère à l'administration de la communauté, que la loi confère au mari sans aucun contrôle, la femme devait être autorisée à se soustraire aux conséquences de cette gestion quand elle a été mauvaise.

Ainsi se trouve complétée la série des garanties accordées par la loi à la femme mariée sous le régime de la communauté, comme contrepoids de l'omnipotence maritale : droit de demander la séparation de biens quand sa dot est en péril ; droit de n'être tenue des dettes de la communauté, quand elle l'accepte, que jusqu'à concurrence de son émolument ; droit enfin de renoncer à la communauté et de se rendre par là complètement étrangère aux dettes dont la communauté est grevée.

Ces divers privilèges ont leur fondement dans des considérations d'ordre public ; aussi faudrait-il déclarer nulle toute convention faite soit dans le contrat de mariage, soit pendant le cours de l'association conjugale, eu vue d'en retirer le bénéfice à la femme (art. 1453 et arg. de cet article).

195. Au premier abord, le droit de renoncer à la communauté, accordé à la femme en outre de son bénéfice d'émolument, semble constituer une superfétation. Le bénéfice d'émolument ne donne-t-il pas, lorsque la communauté est mauvaise, une garantie suffisante à la femme, en l'autorisant à ne payer les dettes que jusqu'à concurrence de ce qu'elle amende ? A quoi bon lui donner en outre le droit de renoncer ? — Il y a deux réponses. D'abord, il se peut que la femme ait stipulé le droit de reprendre son apport franc et quitte au cas de renonciation (art. 1514) ; l'acceptation, même avec le bénéfice d'émolument qui y est attaché, pourrait dans ce cas être la source d'un grave préjudice pour la femme. En second lieu, l'acceptation, même mitigée par le bénéfice d'émolument, compromet l'hypothèque légale de la femme sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari durant la communauté (t. II, n. 1550).

La faculté pour la femme commune en biens de renoncer à la communauté, n'a pas toujours existé dans notre droit ; elle paraît s'y être introduite à l'époque des croisades. La

plupart des gentilshommes qui partirent alors pour la terre sainte contractèrent des dettes considérables ; la communauté de beaucoup d'entre eux s'en trouva ruinée. Leurs veuves furent autorisées à se soustraire à l'obligation de contribuer au paiement de ces dettes, en renonçant à la communauté. La renonciation se faisait alors au moyen d'un acte solennel et symbolique : lors des obsèques de son mari, la veuve détachait de sa ceinture sa bourse et son trousseau de clefs, et les déposait sur la fosse de son mari, témoignant ainsi qu'elle ne voulait rien emporter de la communauté et qu'elle en abandonnait l'administration. — Introduite d'abord comme un privilège spécial aux veuves nobles, la faculté de renoncer à la communauté fut ensuite étendue aux veuves roturières, puis aux héritiers de la veuve.

196. Conformément aux traditions de notre ancien droit, le code civil autorise les héritiers et ayant-cause de la femme à exercer le droit d'option accordé à celle-ci (art. 1453). Sous la dénomination d'ayant-canne, la loi désigne sans doute les donataires ou légataires universels de la femme, et peut-être aussi ses créanciers, qui pourraient exercer le droit d'option de son chef en vertu de l'art. 1166.

Il va sans dire que le mari ne peut pas renoncer à la communauté ; comment pourrait-il avoir la prétention de se soustraire aux conséquences d'une situation qu'il a lui-même créée ?

197. Avant d'entrer dans les détails relativement à l'acceptation et à la répudiation de la communauté, il convient de remarquer que cette matière présente une très grande analogie avec l'acceptation et la répudiation des successions ; le législateur y fait très fréquemment l'application des mêmes règles. Cette observation permettra de glisser rapidement sur bien des points.

II. Formes de l'acceptation et de la renonciation.

A Formes de l'acceptation.

198. L'acceptation de la communauté peut être expresse ou tacite.

a. Acceptation expresse. — L'acceptation expresse est celle qui est faite verdis. Elle a lieu, lorsque la femme prend la qualité de commune en biens dans un acte authentique ou prive (art. 1455). Cpr. art. 778.

b. Acceptation tacite. — C'est celle qui a lieu facto. Elle résulte d'actes, gesta, accomplis par la femme et qui font forcément supposer chez elle l'intention d'accepter la communauté, parce qu'elle n'a pu les accomplir qu'en qualité de copropriétaire des biens communs : le code les appelle des actes d'immixtion (art. 1454 et 1459. Cpr. art. 778). On ne doit considérer, comme ayant ce caractère, que ceux qui sont tels, dit Pothier, « qu'on ne puisse pas apercevoir de raison pour laquelle la femme aurait fait ce qu'elle a fait, si elle n'eût pas voulu être commune », comme si la femme a vendu un immeuble dépendant de la communauté, ou accompli l'un des actes prévus par l'art. 780, par exemple cédé ses droits dans la communauté. C'est ce qui résulte de l'art. 1454, ainsi conçu : « La femme qui s'est immiscée dans les biens de la communauté, » ne peut y renoncer ». D'ailleurs le juge du fond a un pouvoir souverain pour apprécier le caractère des actes accomplis par la femme et décider s'ils emportent de sa part acceptation tacite. Cass., 20 juin 1904, D., 05. 1. 332.

Le texte ajoute : « Les actes purement administratifs ou conservatoires » n'entraînent point immixtion ». Cpr. art. 779. Il fallait encourager ces actes, qui profitent à tous les intéressés ; c'est pourquoi la loi décide que leur accomplissement par la femme ne compromettra pas son droit d'option. Ainsi la femme peut, sans s'immiscer, interrompre les prescriptions qui courent contre la communauté, faire exécuter des réparations urgentes aux

bâtiments dépendant de la communauté, louer pour les termes d'usage les maisons qui vont se trouver sans locataires, vendre les effets mobiliers périssables. Ce dernier exemple prouve qu'un acte de disposition peut quelquefois être un acte conservatoire. Cpr. Douai, 8 8 juil. 1902, sous cass., D., 05. 1. 332.

On cite ordinairement l'art. 1460 comme prévoyant un cas particulier d'acceptation tacite : « 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 ». Mais à notre avis la qualité de commune est ici infligée à la femme à titre de peine : c'est un cas d'acceptation forcée plutôt que d'acceptation tacite. Cpr. art. 792. Aussi la disposition de l'art. 1460, qui ne parle que de la veuve, ne nous paraîtrait-elle pas devoir être étendue à la femme séparée de corps ou de biens ni à la femme divorcée. *Pœnalia non sunt extendenda*.

B, Formes de la renonciation.

199. Comme la renonciation à succession, la renonciation à communauté est un acte solennel, au moins dans les rapports de la femme avec les créanciers de la communauté ²⁰. Elle ne peut se faire que dans la forme prescrite par l'art 1457, ainsi conçu :

« Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, elle

» doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première

» instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile ;

» cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les

» renonciations à succession ». Cpr. art. 784.

Comme la renonciation à succession, la renonciation à communauté ne peut pas être tacite (arg. art. 1457 et 784). Cette règle comporte toutefois une exception, écrite en l'art. 1463 : « La femme

- » divorcée ou séparée de corps, qui n'a point, dans les trois mois et

- » quarante jours après le divorce ou la séparation définitivement

- » prononcée, accepté la communauté, est censée y avoir renoncé, à

- » moins qu'étant encore dans le délai elle n'en ait obtenu la prorogation

- » en justice, contradictoirement avec le mari, ou lui dûment

- » appelé ».

La femme divorcée ou séparée de corps, qui a laissé passer le délai légal de trois mois et quarante jours à dater du divorce ou de la séparation définitivement prononcée, ou le délai supplémentaire régulièrement accordé par le juge, sans accepter expressément ou tacitement ²¹ la communauté, est censée y avoir renoncé. La raison en est que, le mari se trouvant ici en possession de tous les biens communs, la femme, qui veut obtenir sa part dans la communauté, est obligée d'agir contre lui ; et, comme d'un autre côté elle n'a pas de motifs, vu la mésintelligence qui existe toujours entre époux divorcés ou séparés de corps, pour user de ménagements envers son mari, comme elle doit au contraire être naturellement portée à agir impitoyablement et sans retard, la loi interprète son inaction en ce sens qu'elle ne veut pas agir et que par suite elle renonce à la communauté.

Comme les motifs qui viennent d'être indiqués n'existent pas, ou n'existent plus qu'en partie, quand la communauté est dissoute par la séparation de biens, comme d'autre part la disposition de l'art. 1463, qui prononce une déchéance,

doit être interprétée restrictivement, et que d'ailleurs le silence du législateur à l'endroit de la femme séparée de biens semble être intentionnel, parce qu'il est difficile de supposer que l'hypothèse de la femme séparée de biens ne se soit pas présentée à son esprit quand il a parlé de la femme divorcée et de la femme séparée de corps, on doit en conclure que l'art. 1463 ne s'applique pas à la femme séparée de biens. Elle serait donc présumée acceptante, conformément au droit commun, si elle laissait passer les délais sans se prononcer. La solution contraire est plus généralement admise. On se fonde sur ce que, la communauté étant presque toujours mauvaise en cas de séparation de biens, il y a un a fortiori pour appliquer à la femme séparée de biens la présomption ou mieux la fiction de renonciation que la loi établit relativement à la femme séparée de corps. Trib. de la Seine, 24 janv. 1910, S., 11. 2. 326. Nous répondons que les présomptions légales ou les fictions ne s'étendent pas d'un cas à un autre, même en vertu d'un argument a fortiori, surtout lorsqu'elles aboutissent à une déchéance.

III. De l'irrévocabilité de l'acceptation ou de la renonciation.

200. En principe, l'acceptation ou la répudiation de la communauté est irrévocable, de même que l'acceptation ou la répudiation d'une succession. Cass., 17 déc. 1888, S., 89. 1. 164, D., 89. 1. 465 ;

L'exception, que l'art. 790 apporte à cette règle pour les renonciations à succession, en autorisant l'héritier à revenir sur sa renonciation si la succession n'a pas encore été acceptée par d'autres, ne doit pas être étendue à la renonciation à communauté. Par la répudiation de la femme, toute la communauté, à l'exception des biens réservés (in fra, n. 250 XVII), appartient définitivement au

mari, sans qu'aucune manifestation de volonté de la part de celui-ci soit nécessaire ; il y a donc immédiatement droit acquis au profit du mari, à la différence de ce qui a lieu quand aucun héritier n'a accepté la succession répudiée par l'héritier le plus proche, et la femme ne peut pas priver le mari de ce droit, en revenant sur le parti qu'elle a pris. Cass., 17 déc. 1888, précité.

Exceptionnellement, l'acceptation de la communauté — et aussi la renonciation, quoique la loi ne le dise pas — est rescindable au profit de la femme : 1° pour inobservation des formes prescrites, quand elle est mineure ; 2° pour cause de dol ou de violence. C'est ce qui résulte de l'art. 1455, ainsi conçu : « 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 ».

Une troisième cause de rescision, ou mieux peut-être de révocation, résulte de l'art. 1464, qui permet aux créanciers de la femme d'attaquer la renonciation et aussi, comme on le verra tout à l'heure, l'acceptation faite en fraude de leurs droits. Etudions successivement ces diverses causes de rescision ou révocation.

201. PREMIÈRE CAUSE DE RESCISION. Inobservation des formes prescrites, quand la femme est mineure. Bien qu'émancipée par son mariage (art. 476), la femme qui est encore mineure lors de la dissolution de la communauté, ne peut pas valablement exercer seule son droit d'option ; car il est impossible de faire rentrer l'acceptation ou la répudiation d'une communauté dans la catégorie des actes de pure administration, les seuls pour lesquels le mineur émancipé ait une capacité pleine et entière (art. 481). Quelles seront donc les formalités à remplir ? Dans le

silence des textes, on doit appliquer par analogie les règles prescrites pour l'acceptation ou la répudiation des successions échues au mineur émancipé, c'est-à dire que la femme ne pourra valablement exercer son droit d'option dans un sens ou dans l'autre qu'avec l'autorisation d'un conseil de famille (art. 464 et 484 cbn. ; — cpr. t. I, n. 1161 et 1162). L'acceptation ou la renonciation que la femme mineure aurait faite sans cette autorisation, pourrait, sur sa demande, être annulée pour vice de forme, sans qu'elle eût à démontrer l'existence d'une lésion (v. t. II, n. 392).

202. DEUXIÈME CAUSE DE RESCISION. Dol des héritiers du mari. Bien que la loi ne parle que du dol, la violence, qui n'est qu'un dol renforcé, serait aussi une cause de rescision soit de l'acceptation, soit de la renonciation faite par la femme.

Conformément, au droit, commun, la violence entraînera ici la nullité, quel qu'en soit, l'auteur (arg. art. 1111), et on doit décider qu'il en serait de même du dol, l'art. 1116, qui exige que le dol ait été commis par l'une des parties, paraissant n'être applicable qu'en matière de contrats. Adda arg. art. 783. Ce n'est donc pas seulement, comme le dit l'art. 1455, le dol pratiqué par les héritiers du mari (ou, bien entendu, par le mari lui même, en cas de divorce ou de séparation soit de corps, soit de biens) qui permettrait à la femme de faire annuler l'acceptation ou la renonciation par elle faite sous l'influence de ce dol, mais aussi le dol commis par les créanciers du mari. La loi n'a pas parlé de ces derniers, qui, sous l'empire du code civil, n'avaient pas en général intérêt à ce que la femme prit. parti dans un sens plutôt que dans l'autre ²², mais seulement des héritiers du mari, qui peuvent être intéressés tantôt à ce que la femme renonce, tantôt à ce qu'elle accepte, ici. comme ailleurs, lex statuit de eo quod plerumque fit.

On comprend facilement que les héritiers du mari aient intérêt à la renonciation de la femme, et qu'ils songent par

suite à user de dol envers elle pour la déterminer à prendre ce parti ; cette situation se présentera ordinairement quand la communauté sera avantageuse, auquel cas les héritiers du mari désireront la garder tout entière pour eux. Mais on ne voit pas aussi clairement l'intérêt que peuvent avoir les héritiers du mari à commettre un dol à l'égard de la femme pour la faire opter dans le sens de l'acceptation. S'ils espèrent se décharger ainsi de partie des dettes d'une communauté obérée, leur calcul sera déjoué ; car la femme, après avoir accepté, ne manquera pas de leur opposer son bénéfice d'émolument (art. 1483). — On peut supposer, ou bien que, par dol, les héritiers du mari ont déterminé la femme à accepter une communauté obérée sans faire dresser d'inventaire dans les délais, ce qui la met dans l'impossibilité d'invoquer son bénéfice d'émolument et l'oblige peut-être par suite à payer plus de dettes qu'elle ne recueille de biens, ou que, la femme ayant stipulé le droit de reprendre son apport franc et quitte en cas de renonciation (art. 1514), les héritiers du mari la déterminent par leur dol à accepter, alors, que son intérêt est de renoncer pour exercer la reprise de son apport, ou enfin que, depuis la loi du 13 juil. 1907, les héritiers du mari déterminent, par des manœuvres frauduleuses, la femme à accepter, pour faire comprendre les biens réservés dans le partage de la communauté, ce qui aura pour effet d'augmenter la part de leur auteur.

Les causes de rescision qui viennent d'être indiquées sont applicables à l'acceptation tacite aussi bien qu'à l'acceptation expresse, bien que le texte de l'art. 1455 ne parle que de cette dernière. Eadem est ratio.

203. TROISIÈME CAUSE DE RESCISION OU RÉVOCATION. AUX termes de l'art. 1464 : « 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 ».

L'art. 1167, qui organise l'action dite paulienne ou révocatoire, permet aux créanciers de faire annuler tous actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Ce principe, que la loi formule dans les termes les plus généraux, suffisait pour autoriser les créanciers de la femme ou de ses héritiers à faire annuler soit l'acceptation, soit la répudiation de la communauté ; faite en fraude de leurs droits. Comment donc se fait-il, d'une part, que la loi ait cru devoir consacrer en termes exprès l'application du principe au cas de renonciation frauduleuse, et d'autre part qu'elle ait omis de s'expliquer relativement aux acceptations frauduleuses ? Nous n'en voyons pas d'autre raison que celle-ci : La question de savoir si les renonciations en général tombent sous le coup de l'action paulienne faisait autrefois difficulté ; aussi le législateur a cru devoir s'expliquer ; il l'a fait dans notre article pour la renonciation à communauté et dans l'art. 788 pour la renonciation à succession. Au contraire, on n'a jamais douté que l'action paulienne fût applicable aux acceptations soit de succession, soit de communauté, faites en fraude des droits des créanciers. Pothier n'y voyait pas de difficulté, et notre législateur a pensé que, pour ce cas, le principe général de l'art. 1167 suffisait. D'ailleurs la pratique n'offre que de rares exemples d'acceptations de communauté faites en fraude des droits des créanciers : nouveau motif pour que le législateur ait pu croire inutile de se préoccuper de cette hypothèse. La jurisprudence est en ce sens. Cpr. t. II, n. 142.

IV. Délais accordés à la femme pour exercer son droit d'option.

204. La communauté étant dissoute, la loi accorde à la femme un délai de trois mois pour faire inventaire et un autre délai de quarante jours pour délibérer sur le parti

qu'elle doit prendre. Si ces délais sont insuffisants, la femme peut en obtenir la prorogation.

Les art. 1456, 1457 et 1458 disent à ce sujet :

ART. 1456. La femme survivante qui veut conserver la faculté de renoncer à la communauté, doit, dans les trois mois du jour du décès de son mari, faire faire un inventaire fidèle et exact de tous les biens de la communauté, 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.

= De tous les biens de la communauté. Par conséquent même des immeubles et des biens réservés.

ART. 1457. Dans les trois mois et quarante jours après le décès du mari, elle doit faire sa renonciation au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel le mari avait son domicile ; cet acte doit être inscrit sur le registre établi pour recevoir les renonciations à succession.

ART. 1458. La veuve peut, suivant les circonstances, demander au tribunal de première instance une prorogation du délai prescrit par l'article précédent pour sa renonciation ; cette prorogation est, s'il y a lieu, prononcée contradictoirement avec les héritiers du mari, ou eux dûment appelés.

L'inventaire dressé par les soins de la femme doit être non seulement fidèle et exact, comme le dit l'art. 1456, mais en outre régulier, c'est-à-dire fait dans les formes prescrites par la loi. Une irrégularité grave pourrait entraîner la nullité de l'inventaire.

Le délai de trois mois, que la loi accorde à la femme pour faire inventaire, court à partir du jour de la dissolution de la communauté, et non pas toujours à dater de celui du décès du mari, comme le dit l'art. 1456. Le délai de quarante jours pour délibérer court à dater de l'expiration

du délai de trois mois ou de la clôture de l'inventaire s'il a été clos avant les trois mois (art. 1459 in fine).

205. Tant que durent les délais dont il vient d'être parlé, la femme ne peut pas être forcée de prendre qualité. Elle est protégée contre les poursuites des créanciers de la communauté par l'exception dilatoire de l'art. 174 du code de procédure civile, qui lui permet d'échapper à toute condamnation pendant la durée des délais. Cpr. Limoges, 6 avril 1911, S., 12. 2. 164.

Les effets de l'exception dilatoire cessent au moment où expirent les délais tant judiciaires que légaux. Quelle sera alors la situation de la femme si elle n'a pas encore pris parti ? Il faut distinguer si elle a ou non fait inventaire dans les délais, c'est à dire dans le délai de trois mois ou dans le délai supplémentaire accordé par le juge, sur la demande qui lui en a été adressée avant l'expiration du délai légal.

206. A. La femme a fait inventaire dans les délais. Aux termes de l'art. 1459 : « La veuve qui n'a point fait sa renonciation dans

- » le délai ci-dessus prescrit, n'est pas déchue de la faculté de renoncer

- » si elle ne s'est point immiscée et quelle 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 poursuivie après

- » l'expiration des quarante jours depuis la clôture de l'inventaire,

- » s'il a été clos avant les trois mois ».

Il résulte de ce texte que la femme qui a fait inventaire dans les délais, est présumée acceptante tant qu'elle n'a pas pris parti, sauf l'exception prévue par l'art. 1463, exception qui confirme la règle. C'est pourquoi la loi

permet aux créanciers, dont les poursuites ne peuvent plus désormais être paralysées par l'exception dilatoire, de faire condamner la femme comme commune, si elle refuse de s'expliquer. Mais tant qu'il n'existe pas contre elle un jugement passé en force de chose jugée, lui attribuant cette qualité, la femme peut utilement renoncer, sauf à payer les frais qui auraient été évités si elle avait pris parti avant l'expiration des délais. Au cas où la qualité de commune aurait été attribuée à la femme par un jugement passé en force de chose jugée, appliquez la théorie de l'art. 800. Cpr. Cass., 1^{er} fév. 1910, D., 10. 1. 493, S., 11. 1. 555.

La femme, qui a fait inventaire dans les délais, étant présumée acceptante tant qu'elle n'a pas manifesté une volonté contraire, concluons-en qu'au bout de trente ans elle serait définitivement acceptante, si elle n'a pas renoncé : la prescription confirme l'état de choses existant au moment où elle s'accomplit.

207. B. — La femme n'a pas fait inventaire dans les délais.

Alors elle est déchue de la faculté de renoncer.

Cette solution paraît résulter très positivement de l'art. 1456, aux termes duquel : « La femme survivante qui veut CONSERVER la faculté de renoncer..., doit, dans les trois mois du jour du décès du mari, faire faire un inventaire... », et plus nettement peut-être encore de l'art. 1459 al. 1, où on lit : « La veuve qui n'a point fait sa renonciation dans le délai ci-dessus prescrit [c'est-à-dire dans le délai de trois mois et quarante jours (art. 1457)], n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si elle ne s'est point immiscée, et qu'elle ait fait inventaire donc elle est déchue si elle n'a pas fait inventaire. — En vain dit-on que le texte cité en dernier lieu n'exige pas que l'inventaire soit fait dans les délais, que par conséquent la, femme, qui fait son inventaire même après l'expiration des délais, n'est pas déchue de la faculté de renoncer. — D'abord, en supposant que l'art.

1459 ne dise pas que l'inventaire doit, à peine de déchéance, être fait dans les délais, cela n'aurait pas grande importance ; car, l'art. 1456 l'ayant déjà dit, il a pu paraître inutile de le répéter. Mais la vérité est que l'art. 1459 le dit aussi. Prenons la femme au moment où le délai pour faire inventaire et délibérer vient d'expirer, et appliquons-lui l'art. 1459 ; que porte-t-il ? que la femme n'est pas déchue de la faculté de renoncer, si elle a fait inventaire ; donc elle l'est, et d'une manière irrémédiable, apparemment, si elle n'a pas fait inventaire. Tout ce que l'on pourrait induire des termes de l'art. 1459, c'est qu'il considère comme suffisant l'inventaire fait dans le délai de quarante jours, accordé pour délibérer ; et encore ce tempérament ne paraît-il pas devoir être admis, comme étant contraire à l'art. 1456, qui exige que l'inventaire soit fait dans le délai de trois mois. — En vain se prévaut-on aussi de ce que l'héritier, qui n'a pas fait inventaire dans les délais, conserve, aux termes de l'art. 800, « la faculté de faire encore inventaire et de se porter héritier bénéficiaire... » — Il nous paraît certain que les art. 1456 et 1459 font une situation différente à la veuve, en ce sens qu'ils ne lui permettent pas de faire utilement, au point de vue de sa renonciation, un inventaire tardif. Il est facile d'ailleurs de justifier cette différence. La veuve est en possession des biens de la communauté, tandis que l'héritier ne possède pas, le plus souvent au moins, les biens de la succession ; les détournements sont donc plus à craindre de la part de la veuve, et on conçoit que la loi se soit montrée plus exigeante envers elle, en l'obligeant, si elle veut conserver la faculté de renoncer, à faire inventaire dans un délai très bref, parce qu'un inventaire tardif n'offrirait plus de garanties suffisantes aux créanciers.

208. L'inventaire n'est au surplus nécessaire pour la validité de la renonciation, qu'autant qu'elle survient après l'expiration du délai de trois mois et quarante jours. La renonciation faite dans les délais serait valable, alors même

qu'elle ne serait ni précédée ni suivie d'un inventaire. C'est du moins ce qui paraît résulter très positivement des termes de l'art. 1457, dont le silence en ce qui concerne l'inventaire paraît loquace, quand on rapproche sa disposition de celle de l'art. 1459 : ce dernier texte, prévoyant l'hypothèse d'une renonciation faite après les délais, ne la déclare valable qu'autant qu'elle a été précédée d'un inventaire fait dans les délais. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation, qui est admise par la jurisprudence. Rouen, 4 juil. 1874, D., 75. 2. 189, et Pau, 1^{er} août 1891, S., 94. 2. 261.

V. Droits des héritiers de la femme.

209. Les héritiers de la femme jouissent en principe des mêmes droits qu'elle (arg. art. 1453). Dans l'application, il y a lieu de distinguer si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme ou par celle du mari.

a. — La communauté s'est dissoute par la mort de la femme. Ce cas est régi par l'art. 1466, ainsi conçu : « Dans le cas de dissolution

» de la communauté par la mort de la femme, ses héritiers
» peuvent renoncer à la communauté dans les délais et dans les
» formes que la loi prescrit à la femme survivante ».

La jurisprudence, s'appuyant sur l'opinion de Pothier, a longtemps décidé que les héritiers de la femme conservent, après l'expiration des délais pour faire inventaire et délibérer, le droit de renoncer à la communauté, alors même qu'ils n'auraient pas fait inventaire dans les trois mois. Elle tirait argument en ce sens de ces mots de l'art. 1466... dans les délais et dans les formes... ; l'inventaire n'est ni un délai ni une forme. Elle admettait donc sur ce point une différence entre la femme et ses héritiers,

différence qu'elle expliquait par la considération suivante : La femme survivante possède les biens de la communauté ; au contraire, les héritiers de la femme prédécédée ne possèdent pas ces mêmes biens, qui restent entre les mains du mari ; les détournements sont donc moins à craindre de la part des héritiers que de la part de la femme elle-même. Mais cette solution est bien difficile à admettre en présence des termes de l'art. 1466, qui semble bien avoir voulu complètement assimiler la situation des héritiers à celle de la femme, au point de vue des conditions de l'exercice du droit d'option. Il résulte d'ailleurs des travaux préparatoires que le législateur a entendu s'écarter de l'opinion de Pothier ; le texte du projet, qui reproduisait cette opinion, a été modifié sur les observations du tribunal. Aussi la cour de cassation a-t-elle abandonné sa jurisprudence, par un arrêt du 15 juin 1909, D., 09. 1. 417, S., 10. 1. 129, et il est probable que les cours d'appel la suivront dans la voie nouvelle où elle s'est engagée. En ce sens, Nancy, 18 mars 1910, S., 13. 2. 23.

b. — La communauté s'est dissoute par la mort du mari. L'art. 1461 dit au sujet de cette hypothèse : « Si la veuve meurt avant l'expiration

» des trois mois sans avoir fait ou terminé l'inventaire, les
» héritiers auront, pour faire ou pour 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 articles 1458 et

1459

» leur sont applicables ».

* Ce texte, qui n'offre pas de difficulté, donne lieu cependant à une observation. Lorsque la veuve est morte ayant terminé l'inventaire, la loi n'accorde à ses héritiers qu'un délai de quarante jours à dater de son décès pour exercer leur droit d'option. Elle suppose vraisemblablement, ce qui arrivera en effet presque toujours, du moins sous le régime de la communauté légale, que l'inventaire fait par la veuve suffit pour éclairer ses héritiers sur les forces de sa succession aussi bien que sur celles de la communauté. Dans le cas contraire, les héritiers, qui ne peuvent pas prendre parti relativement à la communauté sans accepter tacitement la succession de la veuve (arg. art. 778), auraient le droit d'obtenir de la justice une prorogation du délai pour faire inventaire. Avec ce tempérament, l'application littérale de la loi n'offre aucune injustice.

VI. Du droit à l'habitation et aux aliments, accordé à la veuve pendant les délais pour faire inventaire et délibérer.

210. Aux termes de l'art. 1465 : « 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. — Elle ne doit aucun

» loyer à raison de l'habitation quelle a pu faire, pendant

ces

» délais, dans une maison dépendante 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 » (Cpr. art. 1570, et infra, n. 440).

C’est un motif d’humanité qui a dicté cette disposition. La loi a voulu que, pendant les premiers temps de son veuvage, la femme fût autant que possible débarrassée de toute préoccupation matérielle en ce qui concerne son logement et sa nourriture, dont on lui permet de faire supporter les frais à la communauté.

Cette faveur est concédée à la femme « pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer ». D’où il faut conclure : d’une part que si la femme ne met à profit pour faire inventaire ou pour délibérer qu’une partie des délais légaux, elle n’en aura pas moins droit à l’habitation et à la nourriture aux frais de la communauté pendant toute la durée desdits délais ; et d’autre part que, si la femme obtient de la justice la prorogation des délais légaux, elle n’aura pas droit à l’habitation et à la nourriture pendant les délais judiciaires. Le motif de la loi est d’accord avec son texte pour dicter ces deux solutions, qui cependant sont contestées l’une et l’autre.

SECTION V

DU PARTAGE DE LA COMMUNAUTÉ APRÈS L'ACCEPTATION

211. Cette section s'occupe des effets de l'acceptation ; la suivante, des effets de la renonciation.

L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté ; et, comme la communauté comprend un actif et un passif, le partage entraîne nécessairement deux opérations distinctes : la répartition de l'actif et celle du passif ; le législateur consacre à chacune un paragraphe spécial. C'est ce que nous annonce l'art. 1467 : « Après l'acceptation de la communauté par la femme ou

» ses héritiers, l'actif se partage, et le passif est supporté de la

» manière ci-après déterminée ». Aix, 10 mai 1906, D., 08. 2. 401, S., 08. 2. 61. Suivent deux paragraphes consacrés, l'un au partage de l'actif, l'autre à la répartition du passif.

§ I. Du partage de l'actif.

212. Avant de procéder au partage de la communauté, il faut de toute nécessité déterminer la masse partageable. Cela se fait au moyen d'une opération appelée liquidation — expression tirée du verbe impersonnel liquere, liquet, il est clair, il est évident —, parce qu'elle fait apparaître d'une façon liquide, c'est-à-dire claire, évidente, incontestable, quels sont les biens à partager.

* La communauté se liquide d'après sa consistance au moment de sa dissolution. Toutefois, les bénéfices et les pertes des opérations postérieures à la dissolution doivent être compris dans la masse partageable, lorsque ces opérations sont une suite nécessaire d'opérations commencées avant sa dissolution. Cass., 11 mars 1891, D., 91. 1. 295, S., 91. 1. 264. Dans la masse à partager, il faut aussi comprendre tous les fruits produits par les biens qui en dépendent depuis la dissolution jusqu'au partage, ainsi

que les intérêts des dettes communes depuis la date de la dissolution. Cass., 11 mars 1891, *supra*, et 18 juil. 1907, D., 10. 1. 79. En ce qui concerne les produits d'un fonds de commerce dépendant de la communauté, ceux qui sont perçus dans l'intervalle écoulé entre la dissolution de la communauté et le partage ne doivent pas être compris dans la masse partageable, s'ils peuvent être considérés comme le fruit du travail et des aptitudes personnelles de l'époux survivant. Paris, 21 fév. 1893, D., 93. 2. 465, S., 94. 2. 199. Cpr. Cass., 23 mai 1905, D., 06. 1. 369 et la note, et Aix, 10 mai 1906, *supra*.

Pour liquider la communauté, il faut : 1° ajouter à la masse des biens de la communauté, existant en nature, ce que chaque époux doit à la communauté à titre de récompense ou indemnité ; 2° retrancher de cette même masse ce que la communauté doit à chacun des époux à titre de récompense ou indemnité. La première opération s'effectue au moyen des rapports, la deuxième au moyen des prélèvements. En d'autres termes, tant que dure l'association conjugale, il ne peut être question du règlement des indemnités dues soit à la communauté par l'un des époux, soit à l'un des époux par la communauté. Ce double règlement, qui constitue la liquidation de la communauté, ne s'effectue qu'après la dissolution ; il s'opère par le moyen des rapports et des prélèvements. Chaque époux rapporte à la masse ce qu'il doit à la communauté, ou prélève sur cette masse ce qui lui est dû par la communauté. L'excédent constitue l'actif net à partager entre les époux ou leurs représentants (art. 1474). Ainsi les biens communs existants valent 20.000 fr. ; le mari est débiteur d'une récompense de 15.000 fr. envers la communauté, et la femme a une reprise de 5.000 fr. à exercer contre la communauté, par exemple pour le prix d'un propre aliéné. Le mari rapportera les 15.000 fr. qu'il doit, et la masse, qui est de 20.000 fr., se trouvera ainsi portée à 35.000 fr., sur lesquels la femme prélèvera 5.000

fr. Il restera 30.000 fr. qui formeront la masse partageable, dont une moitié revient à chaque époux ou à ses représentants.

Nous avons dit que chaque époux rapporte à la masse ce qu'il doit à la communauté, ou prélève sur cette masse ce qui lui est dû par celle-ci à titre de récompense. Un époux ne peut donc pas être à la fois créancier et débiteur d'une récompense ; il est l'un ou l'autre.

Lorsque nous avons exposé la théorie générale des récompenses (supra, n. 138 s.), nous avons envisagé séparément les causes qui donnent lieu à récompense au profit de l'époux, et celles qui rendent la communauté créancière d'une indemnité. Il s'agissait de déterminer en effet les sommes qui, dans le compte ouvert entre chacun des époux et la communauté, doivent être portées au crédit et au débit de l'époux. Mais à la dissolution de la communauté, ce compte est arrêté. On fait la balance des sommes qui figurent au crédit et au débit de la communauté, et c'est seulement la différence entre ces deux sommes qui est due par l'époux à la communauté ou qui peut être réclamée à celle-ci par l'époux créancier. Telle était la solution enseignée par Pothier dans notre ancien droit, et la nécessité de cette balance est affirmée très nettement par la cour de cassation, du moins en ce qui concerne le compte entre la femme et la communauté. La cour suprême voit dans cette balance des comptes, non pas simplement un procédé commode, qu'on est libre d'employer ou d'écarter, mais une règle de droit qui s'impose pour la liquidation des récompenses. Cass., 27 avril 1904, D., 05. 1. 98, S., 05. 1. 81. — Cpr. Cass., 16 nov. 1904, D., 05. 1. 6, et Limoges, 20 nov. 1903, D., 09. 2. 373. De là résultent les conséquences suivantes :

1° Le légataire à titre universel des immeubles de la femme n'est pas tenu, si la balance du compte constitue la femme créancière, de payer à la communauté une quote-part des sommes que celle-ci avait avancées à la femme ;

car la femme ne doit rien de ce chef, c'est au contraire la communauté qui est sa débitrice. Cass., 15 mai 1872, S., 72. 1. 313, D., 72. 1. 197.

2° Si le mari est insolvable, la femme n'est pas tenue de payer d'abord ce qu'elle doit à la communauté, sauf à venir ensuite réclamer le paiement de ce qui lui est dû ; ce qui l'obligerait à subir le concours des créanciers du mari, pour les sommes à raison desquelles elle n'est pas garantie par son hypothèque légale, et lui ferait subir une perte d'autant plus grande que la communauté aurait duré plus longtemps. Elle n'a rien à rapporter ni à réclamer, si son crédit et son débit se balancent exactement. Dans le cas contraire, elle ne doit rapporter ou ne peut prélever que la différence qui ressort à son profit ou à sa charge de la balance du compte. Cass., 3 mars 1891, S., 92. 1. 190, D., 91. 1. 249.

3° La jurisprudence fait encore l'application du même principe pour régler le mode de l'inscription de l'hypothèque légale de la femme mariée. V. sur ce point, t. II, p. 1050, note 1.

Il faut se garder de dire que l'on fait une compensation entre les reprises de la femme et les récompenses qu'elle doit à la communauté. La compensation suppose deux dettes réciproques. Or, la balance du compte fait ressortir une créance ou une dette unique au profit ou à la charge de la communauté. Ce n'est pas une simple affaire de mots, car la faillite du mari mettrait obstacle à une compensation. Cpr. Limoges, 20 nov. 1903, supra.

La même règle s'applique aux récompenses dues au mari ou par le mari. Cpr. Cass., 16 avril 1862, S., 62. 1. 970.

Le partage une fois effectué, tout n'est pas encore terminé ; si l'un des époux est créancier d'une récompense contre l'autre, il la fera valoir sur les biens personnels de celui-ci ou sur sa part dans la communauté.

Nous traiterons successivement : 1° de la liquidation de la communauté ; 2° de la liquidation des créances

personnelles de l'un des époux contre l'autre.

N° 1. De la liquidation de la communauté.

213. Nous avons dit que la liquidation de la communauté comprend deux opérations, les rapports et les prélèvements.

I. Des rapports.

214. Aux termes de l'art. 1468 : « Les époux ou leurs héritiers

- » l'apportent à la masse des biens existants tout ce dont ils sont

- » débiteurs envers la communauté à titre de récompense ou d'indemnité,

- » d'après les règles ci-dessus prescrites, à la section II de la

- » 1^{re} partie du présent chapitre ». Et l'art. 1469 ajoute : « Chaque

- » époux ou son héritier rapporte également les sommes qui ont été

- » tirées de la communauté, ou la valeur des biens que l'époux y a

- » pris pour doter un enfant d'un autre lit, ou pour doter personnellement

- » l'enfant commun ». L'actif à partager se trouve donc grossi du montant de toutes les récompenses ou indemnités dues à la communauté par les époux : chacun rapporte ce qu'il doit. C'est ce que décide l'art. 1468 ; et l'art. 1469, dont la disposition était inutile, indique deux applications particulières du principe, relatives à la récompense due par l'époux qui a doté un enfant d'un autre lit ou par celui qui a doté personnellement un enfant commun, lorsque la dot a été payée avec des sommes ou valeurs appartenant à la

communauté. Cass., 14 avril 1886, S., 86. 1. 289, D., 87. 1. 169.

* L'obligation du rapport ne peut être autre pour les héritiers d'un époux que pour cet époux lui-même. Ces héritiers ne doivent donc que le rapport des indemnités dont leur auteur était débiteur envers la communauté, et non des sommes dont ils sont personnellement débiteurs envers cette même communauté. Paris, 3 mars 1891, D., 92. 2. 88, S., 92. 2. 139.

215. Le rapport dont parlent les art. 1468 et 1469 peut être réel ou fictif.

Le rapport réel consiste à verser effectivement dans la masse la somme représentant l'indemnité due à la communauté. Ainsi les biens existants consistent en une somme de 10.000 fr. ; le mari doit une récompense de 2.000 fr. à la communauté. Si l'on procède par la voie du rapport réel, le mari versera 2.000 fr. dans la masse, qui se trouvera ainsi portée à 12.000 fr. ; chaque époux en prendra la moitié, soit 6.000 fr.

Le rapport fictif ne se fait que sur le papier ; il peut s'opérer de trois manières :

1° En ajoutant à la masse des biens qui existent en nature le montant de la créance de la communauté contre l'époux débiteur, et en le lui précomptant sur sa part. Ainsi, en reprenant l'exemple ci-dessus, on dira : 10.000 fr. de biens existants, plus la créance de 2.000 fr. appartenant à la communauté contre le mari, cela fait 12.000 fr. Voilà la masse partageable. Sur ces 12.000 fr. on attribuera 6.000 fr. en argent à la femme ; il restera pour le mari un lot de 6000 fr. ainsi composé : 4.000 fr. en argent, plus la créance de 2.000 fr. dont il est débiteur envers la communauté. On lui donne cette créance en paiement jusqu'à due concurrence. C'est bien plus simple que de faire verser au mari 2.000 fr. dans la masse pour lui en donner ensuite 6.000.

2° En faisant prélever sur la masse, par l'époux non débiteur, une somme égale à celle que son conjoint doit à la communauté. Ainsi, dans notre espèce, la femme prélèvera 2.000 fr. sur la masse, et les 8.000 fr. restant se partageront par moitié entre les deux époux.

3° En employant le procédé connu dans la pratique sous le nom de mi-denier. » On partage la communauté comme s'il ne lui était rien dû, sauf ensuite à l'époux débiteur à faire confusion, pour la moitié qu'il a dans les biens de la communauté, de sa propre dette et à payer l'autre moitié à son conjoint ». Ainsi, en reprenant l'exemple sur lequel nous avons raisonné jusqu'ici, chaque époux prend la moitié des biens existants, soit 5.00 fr., et le mari paie 1.000 fr. à la femme.

Telles sont les diverses variantes du rapport fictif. On a pu constater qu'elles conduisent exactement aux mêmes résultats que le rapport réel, mais par un moyen plus simple : et c'est là toute la légitimité du rapport fictif, qui n'est qu'une combinaison imaginée par les praticiens pour simplifier les opérations de la liquidation. La règle, c'est le rapport réel ; la loi ne parle nulle part du rapport fictif. Le liquidateur peut imaginer toutes les combinaisons qu'il voudra, pour éviter les complications du rapport réel, mais à la condition qu'elles n'en troublent pas l'économie.

*216. Nous avons supposé jusqu'ici qu'un seul des époux était débiteur d'une récompense envers la communauté. S'ils sont débiteurs l'un et l'autre, ils peuvent se faire raison de plusieurs manières :

1° Par la voie du rapport réel, qui en pratique ne sera guère employé, mais qui doit encore servir ici de type à toutes les autres combinaisons ;

2° En ajoutant à la masse des biens existants le montant des diverses créances de la communauté contre l'un et l'autre époux, et en précomptant à chacun d'eux sur sa part les créances dont il est débiteur. Ainsi les biens existants consistent en une somme de 10.000 fr. ; le mari doit une

récompense de 4.000 fr. à la communauté et la femme une récompense de 6.000 fr. On dira : 10.000 fr. + 4.000 fr. + 6.000 fr. = 20.000 fr. Voilà la masse partageable, dont chaque époux doit avoir la moitié, soit 10.000 fr. Le lot du mari sera composé de la créance de 4.000 fr. dont il est débiteur, plus de 6.000 fr. en argent, total 10.000 fr. Celui de la femme comprendra la créance de 6.000 fr. dont elle est débitrice, plus une somme de 4.000 fr., total égal 10.000 fr.

3° On peut faire jusqu'à due concurrence compensation des dettes de chaque époux envers la communauté. Ainsi, dans l'espèce précédente, on dira : Le mari devant une récompense de 4.000 fr. à la communauté, et la femme une récompense de 6.000 fr., compensation faite, la femme reste débitrice de 2.000 fr. Par suite on procédera comme s'il n'y avait qu'une récompense de 2.000 fr. due par la femme. Si les récompenses dues par chaque époux s'élèvent à un chiffre égal, la compensation sera complète, et on procédera comme S'il n'était rien dû de part ni d'autre.

Mais ici revient l'observation faite il y a quelques instants : la loi ne connaît que le rapport réel ; tout autre procédé ne peut être employé que comme moyen de simplification, et à la condition de ne pas troubler l'économie du rapport réel, c'est-à-dire à la condition de conduire finalement au même résultat que lui. C'est ainsi qu'une compensation qui aurait pour résultat d'annihiler l'actif de la communauté ne pourrait pas être pratiquée au détriment des créanciers de la communauté. Caen, 9 juil. 1889, S., 90. 2. 73, D., 90. 2. 137, et la note de M. de Loynes.

II. Des prélèvements.

A. Dans quels cas il y a lieu à prélèvement.

217. Après avoir ajouté à la masse des biens existants les créances de la communauté contre chaque époux, opération qui constitue le rapport, on déduit de cette masse ce que la communauté doit à chaque époux à titre de récompense ou indemnité. Cette déduction s'opère par le moyen de prélèvements sur la masse. Aux termes de l'art. 1470 : « Sur la masse des biens, chaque époux ou son héritier

- » prélève, — 1° Ses biens personnels qui ne sont point entrés en

- » communauté, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis

- » en remploi ; — 2° Le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant

- » la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ; — 3° Les

- » indemnités qui lui sont dues par la communauté ». Il n'est pas exact de dire, comme le fait le 1° de l'article, que les époux prélèvent sur la masse leurs biens personnels ou ceux acquis en remploi. Prélever, c'est prendre avant partage, *præcapere* ; cette opération par suite ne peut s'appliquer qu'à des choses faisant partie de la masse à partager. Dire que chaque époux prélève les biens qui lui appartiennent en propre, et surtout dire qu'il les prélève sur la masse, c'est donner à entendre que ces biens font partie de la masse ; or les biens propres des époux sont en dehors de la masse partageable (argument des mots : « ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté »), et par conséquent il n'y a pas lieu de les prélever. A moins qu'on ne dise qu'aux termes de l'art. 1402 tous les biens qui existent à la dissolution de l'association conjugale sont présumés appartenir à la communauté, et par suite faire partie de la masse partageable, dans laquelle le législateur les fait effectivement figurer, mais sauf à l'époux qui prouve en être propriétaire à les prélever.

Ainsi donc la reprise par chaque époux de ses biens personnels ne constitue pas à proprement parler un prélèvement. Il n'y a lieu à cette opération que dans les deux autres cas prévus par l'art. 1470-2° et 3° ; et encore ces deux cas peuvent-ils se réduire à un seul, le premier rentrant dans le second. En effet, la récompense du prix des propres aliénés et non remployés (art. 1470-2°) n'est qu'un cas particulier d'indemnité due par la communauté, et il suffisait par conséquent de dire, comme le fait l'art. 1470-3°, que chaque époux prélève sur la masse partageable les récompenses ou indemnités qui lui sont dues par la communauté.

B. Comment s'exercent les prélèvements.

2 18. L'art. 1471 dit à ce sujet : « Les prélèvements de la femme

» s'exercent avant ceux du mari. — Ils s'exercent pour les biens qui

» n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent comptant, ensuite

» sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la

» communauté ; dans ce dernier cas, le choix des immeubles est déferé

» à la femme et à ses héritiers ».

Les mots pour les biens qui n'existent plus en nature font antithèse à ce que la loi appelle improprement le prélèvement des biens personnels aux époux (art. 1470-1°), prélèvement qui s'opère toujours en nature, et la disposition signifie que la loi ne s'occupe plus ici que des prélèvements proprement dits, c'est-à-dire des prélèvements à raison des indemnités dues par la communauté.

L'art. 1472 ajoute : « Le mari ne peut exercer ses reprises que » sur les biens de la communauté. — La femme et ses

héritiers, en

» cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs reprises sur

» les biens personnels du mari ».

Ces textes contiennent des règles communes aux prélèvements des deux époux et des règles spéciales aux prélèvements de la femme.

1. Règles communes aux prélèvements de la femme et à ceux du mari.

219. Les prélèvements ont pour but de liquider les récompenses dues par la communauté ; or ce que la communauté doit, c'est une somme d'argent ; si donc elle possède du numéraire en quantité suffisante, l'époux créancier prélèvera la somme qui lui est due.

S'il n'y a pas assez de numéraire, faudra-t-il avoir recours à la vente de tout ou partie des biens de la communauté pour s'en procurer ? Entre un créancier et un débiteur ordinaires les choses se passeraient ainsi. Mais, dans notre hypothèse, la loi déroge au droit commun en faveur de l'époux créancier de la récompense : elle lui permet de se payer en prenant jusqu'à due concurrence des biens de la communauté. La raison en est qu'il est copropriétaire de ces biens. Ils lui seront attribués pour leur valeur, telle qu'elle sera fixée d'un commun accord entre les parties ou, faute de s'entendre, à dire d'experts.

Nous considérons, on le voit, comme appartenant au mari aussi bien qu'à la femme le droit d'obtenir par voie de prélèvement le paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté. Il y a en effet même raison de décider, quel que soit l'époux créancier de la récompense : il est copropriétaire des biens communs affectés au paiement de sa créance. C'est d'ailleurs en ce sens que la loi a été expliquée par le rapporteur du tribuna. Et toutefois un doute naît du texte de la loi qui paraît ne se préoccuper que

de la femme, le pronom ils (art. 1471 al. 2) ne s'appliquant grammaticalement qu'aux reprises de la femme ; aussi quelques auteurs ont-ils soutenu que ce droit exceptionnel ne pouvait être étendu au mari.

220. Mais comment déterminer quels sont, parmi les biens communs, ceux qui doivent être prélevés par l'époux créancier de la récompense ? La loi dit que les prélèvements doivent porter, à défaut d'argent comptant, d'abord sur le mobilier et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Le mobilier est placé en première ligne, soit parce qu'il est plus facile à réaliser que les immeubles et se rapproche ainsi davantage de l'objet de la créance qui est une somme d'argent, soit parce que, les biens immobiliers étant considérés comme plus précieux, il convenait que chacun des époux, les prélèvements une fois opérés, pût en avoir sa part.

Lorsque, à défaut d'argent comptant, il y a lieu d'exercer les prélèvements sur les autres biens de la communauté, le choix des meubles ou des immeubles à prélever appartient à l'époux créancier de la récompense, que ce soit le mari ou la femme, et bien que la loi ne confère expressément le droit de choisir qu'à cette dernière.

Toutefois le choix doit être exercé d'une manière raisonnable par celui auquel il appartient. Ainsi, quand il est dû à l'un des époux une récompense de 10.000 fr. et qu'il y a dans la masse un immeuble valant à peu près cette somme et un autre valant 100.000 fr., l'époux créancier ne pourra pas, à défaut d'argent comptant et de mobilier, diriger son choix sur ce dernier immeuble, sauf à compter.

221. On admet généralement que le paiement par voie de prélèvement sur les biens de la communauté constitue pour l'époux créancier une faveur, à laquelle il est libre de renoncer, pour exiger, conformément au droit commun, son paiement en argent (art. 1243) et par suite la vente des biens de la communauté jusqu'à due concurrence. Cass., 6

juil. 1870, S., 70. 1. 348, D., 71. 1. 116, et Trib. civ. de Marmande, 27 mai 1905, D., 06. 2. 214.

222. Les prélèvements sont une opération préliminaire du partage, une opération de liquidation, destinée à établir la consistance réelle de la masse partageable ; ils sont donc une dépendance nécessaire du partage et font corps avec lui, si bien que la loi en traite sous cette rubrique Du partage de l'actif.

De là résultent deux conséquences :

1° Les biens attribués à chaque époux à titre de prélèvement lui adviennent par rapport à son conjoint avec le caractère déclaratif et rétroactif du partage (art. 883), sous la réserve des charges dont ils ont été valablement grevés par le mari. Cass., 6 déc. 1910, D., 12. 1. 446. Les prélèvements n'impliquent donc aucune transmission de propriété de l'un des époux à l'autre, et par suite il n'y a pas lieu, de la part de l'époux qui opère le prélèvement, au droit proportionnel d'enregistrement dû à raison des actes d'aliénation ²³. Cass., 13 avril 1891, D., 91. 1. 471, S., 91. 1. 421. Il n'y a pas lieu non plus à la transcription, quand les biens prélevés sont immeubles. L'art. 1 de la loi du 23 mars 1855 ne soumet à la transcription que les actes translatifs de propriété.

2° Lorsque la rescision d'un partage de communauté est demandée pour cause de lésion de plus du quart (arg. art. 1476, 1872, 887 s., et infra, n. 225 ter), la lésion alléguée par le demandeur doit être appréciée en tenant compte non seulement de la valeur des biens qu'il a obtenus pour sa part dans l'actif net à partager, mais aussi de la valeur des biens qui lui ont été attribués à titre de prélèvements. Adde arg. art. 828, 829 et 830. Cass., 13 août 1883, D., 84. 1. 49, S., 84. 1. 289 ; Poitiers, 21 mai 1884, D., 86. 2. 196, S., 86. 2. 89, et Agen, 20 janv. 1896, D., 98. 2. 9.

* Bien que, dans les rapports des époux entre eux, les reprises s'exercent par voie de prélèvements, cela

n'empêche pas que les reprises des époux constituent une dette de la communauté, et par suite cette dette doit être supportée en définitive par tous ceux qui recueillent à titre universel les biens de la communauté. Ainsi, le mari ayant légué tous ses meubles à la femme, celle-ci peut exiger que les héritiers du mari, qui se trouvent appelés à recueillir tous les immeubles, contribuent au paiement de ses reprises proportionnellement à l'importance des immeubles de la communauté comparée à celle des meubles. L'application inintelligente de l'art. 1471, d'après lequel les reprises de la femme doivent s'exercer par voie de prélèvements sur le mobilier d'abord, pourrait conduire à annihiler le legs fait à la femme. Amiens, 18 fév. 1887, S., 87. 2. 185. Cpr. Lyon, 12 janv. 1909, D., 09. 2. 141.

3. Règles spéciales aux prélèvements de la femme.

223. La femme jouit, pour l'exercice de ses reprises ou prélèvements, de deux faveurs particulières :

1° « Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari » (art. 1471 al. 1). Si donc, une fois les prélèvements de la femme effectués, les autres biens de la communauté ne suffisent pas pour remplir le mari de ce qui lui est dû, il sera seul en perte ;

2° En cas d'insuffisance des biens de la communauté, la femme peut, pour le surplus de ses reprises, poursuivre le mari sur ses biens personnels (art. 1472 al. 2).

Ce double privilège est une conséquence de la situation que la loi fait à la femme sous le régime de la communauté. Seigneur et maître de la communauté, qu'il administre à l'exclusion de la femme, le mari devait être seul responsable du mauvais état des affaires sociales. C'est pourquoi il a paru juste de donner la préférence à la femme pour l'exercice de ses reprises, et même de déclarer le mari responsable du paiement de ses reprises, en qualité de caution de la communauté : d'où le droit pour la femme

de s'attaquer aux biens personnels du mari, en cas d'insuffisance de ceux de la communauté. Le mari, au contraire, n'a que les biens de la communauté pour gage de l'exercice de ses reprises, et même seulement la partie de ces biens que n'absorbent pas les reprises de la femme.

La femme, qui, en cas d'insuffisance de la communauté, s'attaque au patrimoine personnel de son mari, n'a pas le droit d'exiger, à défaut d'argent comptant, l'attribution en nature de biens de son mari jusqu'à due concurrence. L'art. 1471 ne consacre ce droit au profit de la femme que lorsqu'elle agit sur les biens de la communauté. Tout se passera donc ici comme entre un créancier et un débiteur ordinaires : la femme ne pourra exiger que ce qui lui est dû, c'est-à-dire le paiement d'une somme d'argent, de même qu'on ne pourra la forcer à recevoir autre chose (art. 1243) : d'où la conséquence qu'il pourra être nécessaire de vendre les biens du mari pour procurer à la femme le paiement de ses reprises,

Bien entendu, les parties pourraient s'entendre pour attribuer en nature tout ou partie des biens du mari à la femme en paiement de ses reprises. Il y aura alors une *datio in solutum* opérant un transport de propriété du mari à la femme et donnant lieu par suite au paiement du droit proportionnel d'enregistrement, et à la transcription s'il s'agit de biens immeubles, à la différence de ce qui a lieu quand la femme prélève des biens de la communauté. Cass., 8 avril 1910, D., 10. 1. 473.

224. La femme, qui prélève des biens communs en paiement des indemnités que lui doit la communauté, exerce certainement ce droit à titre de propriétaire dans ses rapports avec son mari (*supra*, n. 222). L'exerce-t-elle au même titre dans ses rapports avec les créanciers de la communauté, ou seulement à titre de créancière ? Plus simplement, la femme, dans ses rapports avec les créanciers de la communauté, exerce-t-elle ses reprises à titre de simple créancière ou à titre de propriétaire ? Cette

question a donné lieu à un débat célèbre, qui paraît aujourd'hui vidé. Après avoir jugé dans une longue série d'arrêts que la femme exerce ses reprises à titre de propriétaire à rencontre de tous, la cour de cassation a condamné sa propre jurisprudence par un arrêt solennel du 16 janvier 1858 (D., 58. 1. 5, S., 58. 1. 10), qui consacre la solution, généralement admise en doctrine, d'après laquelle la femme exerce ses reprises à titre de simple créancière dans ses rapports avec les autres créanciers de la communauté.

Voyons d'abord l'intérêt de la question. Si la femme exerce son droit de prélèvement pour le paiement de ses reprises, à titre de propriétaire, elle pourra procéder quant à l'exercice de ce droit comme elle procède quant au prélèvement de ses biens personnels qui ne sont pas entrés en communauté, c'est-à-dire qu'elle pourra s'approprier les biens prélevés, en paiement de ses reprises, à l'exclusion des créanciers de la communauté envers lesquels elle n'est pas personnellement obligée. Si, au contraire, la femme exerce ses reprises à titre de créancière, il n'y aura entre elle et les autres créanciers de la communauté que la différence résultant de son hypothèque légale, qui, d'après l'opinion générale, peut s'exercer même sur les immeubles de la communauté (t. II, n. 1550). Par conséquent, la femme viendra sur le mobilier de la communauté, pour le paiement de ses reprises, en concours avec les autres créanciers de la communauté ; elle n'aura pas de privilège sur eux.

Cette dernière solution, qui a pour elle une tradition trois fois séculaire, a aussi en sa faveur les textes et les principes.

Les textes ; car l'art. 1470 dit que la femme prélève les indemnités « qui lui sont dues par la communauté ». Donc, la loi considère la communauté comme débitrice, et par suite la femme comme créancière : d'où il résulte que, si les biens de la communauté sont insuffisants, la femme doit

subir le sort commun de tous les créanciers, sauf la différence résultant de son hypothèque légale. Arg. art. 2093.

Les principes ; car la doctrine contraire aboutit à créer au profit de la femme un véritable privilège malgré le silence de la loi, contrairement au principe qu'il n'y a pas de privilège sans texte.

On le voit, la femme, ainsi que le dit fort justement la cour de cassation (13 avril 1891, D., 91. 1. 471, S., 91. 1. 421, et 6 déc. 1910, D., 12. 1. 446), exerce son droit de reprise en la double qualité de créancière et de copartageante. Dans ses rapports avec son mari, la femme exerce ses reprises par voie de prélèvement, à titre de copartageante et par suite de propriétaire, et il en est de même du mari dans ses rapports avec la femme (supra, n. 212 et 222). Mais ce n'est là qu'un mode de paiement de la dette dont la communauté est tenue envers chaque époux du chef de ses reprises, mode de paiement qui a été autorisé pour faciliter la liquidation de la communauté. La femme ne peut pas s'en prévaloir à rencontre des autres créanciers de la communauté pour se faire payer par préférence à eux.

N° 2. Du partage de la communauté.

1. Principe.

225. La masse partageable une fois déterminée par la liquidation, on en opère le partage. « Après que tous les prélèvements des

» deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage

» par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent », dit l'art. 1474. On suit pour ce partage les règles générales qui gouvernent le partage des successions. C'est ce qui résulte de l'art. 1476, ainsi

conçu : « Au surplus, 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 ». Cpr. art. 1872.

* 225 bis. Parmi les règles du partage des successions, qui sont applicables au partage de la communauté, figurent celles relatives aux effets du partage. Le partage de la communauté est donc, comme le partage de succession, simplement déclaratif de propriété ; en d'autres termes, il rétroagit. Cpr. Cass., 13 janv. 1909, S., 11. 1. 441, D., 11. 1. 435. Mais à quelle époque ? Tout le monde répond : au jour où l'indivision a pris naissance. Ce principe, dont la loi fait l'application en matière de succession (art. 883), doit rationnellement s'appliquer aussi au partage de la communauté.

La difficulté est de savoir à quelle époque remonte l'indivision entre les époux relativement aux biens de la communauté.

Ceux qui reconnaissent à la communauté la personnalité civile font remonter l'indivision entre les époux au jour de la dissolution de la communauté seulement, et par suite ne font rétroagir le partage qu'à cette époque ; car jusque-là c'est la personne morale, la communauté, qui a été propriétaire : les époux n'ont commencé à le devenir que du jour où la personne morale a cessé d'exister, c'est-à-dire du jour de la dissolution.

Ceux au contraire qui pensent, et c'est notre sentiment, que la communauté n'est pas une personne morale distincte de la personne des époux, mais qu'elle n'est autre chose que les époux associés, doivent considérer

l'indivision comme prenant naissance entre les époux relativement aux biens communs le jour même où ces biens entrent dans la communauté, et par suite faire rétroagir les effets du partage à cette époque, qui peut ne pas être la même pour tous les biens. Chaque époux sera donc considéré comme ayant été seul propriétaire des effets mis dans son lot par le partage, à dater du jour où ces biens sont entrés dans la communauté, et par conséquent l'autre époux sera réputé n'en avoir jamais eu la propriété pendant toute la durée de l'indivision, de sorte que l'art. 883 s'applique à la lettre. En ce sens, Cass., 28 déc. 1886. S., 87. 1. 213, D., 87. 1. 485, et 1^{er} août 1904, S., 07. 1. 73.

L'effet rétroactif du partage est toutefois moins énergique ici qu'en matière de succession : il n'empêche pas la femme d'être tenue de respecter, sur les biens mis dans son lot, les actes accomplis par le mari dans la limite de ses pouvoirs comme chef de la communauté, notamment les constitutions d'hypothèques (Cass., 6 déc. 1910, D., 12. 1. 446). L'acceptation de la femme implique en effet la ratification de tous les actes accomplis par le mari, comme chef de la communauté, à l'exception de ceux qui auraient été faits en fraude de ses droits. L'effet rétroactif du partage n'empêche pas non plus de tomber dans la masse partageable les fruits des biens de la communauté échus ou perçus dans l'intervalle écoulé entre la dissolution et le partage (supra, n. 212).

* 225 ter. Sont applicables également au partage de la communauté les art. 832, 882, 2205. Et aussi les art. 887 à 892, relatifs à la rescision du partage pour cause de lésion, bien qu'ils ne paraissent pas directement compris dans l'énumération de l'art. 1476. Dans l'exposé des motifs du titre Des Sociétés, Treilhard a déclaré que les partages de sociétés étaient rescindables pour cause de lésion comme les partages de successions, et tout le monde admet cette solution malgré le silence de l'art. 1872. On ne voit pas

pourquoi il en serait autrement pour la communauté. Cpr. supra, n. 222-2°. V. aussi infra, n. 679.

2. Exceptions à la règle que le partage de la communauté s'opère par moitié.

226. La règle, que le partage de la communauté s'opère par moitié, comporte deux exceptions prévues, la première par l'art. 1475 et la deuxième par l'art. 1477, sans parler de celles qui peuvent résulter des dispositions du contrat de mariage, attribuant aux époux des parts inégales dans la communauté ²⁴.

227. PREMIÈRE EXCEPTION. Aux termes de l'art. 1475 :
« 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 ».

La communauté s'est dissoute par la mort de la femme, qui laisse plusieurs héritiers ; ils peuvent accepter ou répudier la communauté de son chef (art. 1453 et 1466).

Si tous prennent parti dans le même sens, il n'y aura pas de difficulté. Acceptent ils la communauté ? Ils exerceront les droits de la femme acceptante, chacun dans la mesure de sa part héréditaire (la loi dit virile et héréditaire, mais le mot virile est de trop. Cpr. infra, n. 738). Renoncent ils

tous ? Chacun exercera, dans la mesure de sa part héréditaire également, les droits que la renonciation ouvre au profit de la femme.

Mais voilà que les héritiers de la femme ne sont pas d'accord ; chacun peut-il opter dans le sens qui lui plaît ? L'art. 1475 répond affirmativement. Le législateur a considéré avec raison le droit d'accepter ou de répudier la communauté comme divisible, parce que son objet, la communauté, est divisible, composée qu'elle est de biens susceptibles de division, au moins intellectuelle (art. 1217), et il a appliqué la règle qui régit tous les droits divisibles : ils se divisent de plein droit entre les héritiers du titulaire (art. 1220).

Quelle sera la situation des héritiers de la femme s'ils se divisent quant à l'exercice du droit d'option ? On remarquera d'abord que tous les héritiers de la femme, qui ont exercé le droit d'option de son chef, sont devenus héritiers purs et simples de la femme, comme ayant accepté tacitement sa succession ²⁵, aussi bien ceux qui ont opté dans le sens de la renonciation à la communauté que ceux qui ont opté dans le sens de l'acceptation. En effet, ils ne pouvaient exercer le droit d'option qu'en qualité d'héritiers de la femme ; l'exercice de ce droit suppose nécessairement leur volonté d'accepter la succession de la femme. Arg. art. 778. Cela posé, la loi décide que les héritiers qui auront accepté la communauté du chef de la femme exerceront, dans la mesure de leurs parts héréditaires, les droits que la femme elle-même eût exercés au cas d'acceptation ; ceux au contraire qui auront renoncé exerceront, dans la mesure de leurs parts héréditaires également, les droits que la renonciation ouvre au profit de la femme. C'était la solution de Pothier. Notre législateur l'a consacrée avec raison, par préférence à l'opinion de Lebrun, qui enseignait que la part de communauté, afférente aux héritiers qui avaient renoncé à la

communauté du chef de la femme, accroissait aux acceptants. L'accroissement n'est possible qu'entre héritiers dont les uns acceptent la succession, tandis que les autres y renoncent (art. 786). Or ici tous les héritiers de la femme ont accepté sa succession, Il reste que chacun exercera, proportionnellement à sa part héréditaire, les droits de la femme soit acceptante, soit renonçante.

228. Les mêmes principes devraient être appliqués, si la communauté, au lieu de se dissoudre par la mort de la femme, comme on vient de le supposer, s'était dissoute par la mort du mari ou par le divorce, ou par la séparation soit de corps, soit de biens, et que la femme fût venue à décès avant d'avoir exercé son droit d'option. Ici encore, chaque héritier de la femme aura le droit d'opter dans le sens qu'il jugera le plus favorable à ses intérêts. L'art. 1475 comprend dans sa généralité, quoi qu'un en ait dit, cette hypothèse aussi bien que la précédente ; car il parle d'une manière générale des « héritiers de la femme ».

* On objecte que, dans l'espèce, le droit d'option est né dans la personne de la femme qui n'aurait pas pu accepter pour partie et répudier pour partie, que par suite ses héritiers ne peuvent pas avoir plus de droits qu'elle, qu'ils doivent donc opter tous dans le même sens. Bien différente, dit-on, est l'hypothèse où la communauté s'est dissoute par la mort de la femme ; alors le droit d'option a pris naissance dans la personne de ses héritiers, il est né, par suite, divisible ; tandis que, quand le droit s'ouvre dans la personne de la femme, il naît indivisible, puisque la femme ne peut pas diviser son option. — Il n'est pas vrai que le droit d'option soit indivisible, quand il naît dans la personne de la femme. La divisibilité d'un droit dépend de la divisibilité de son objet, et il importe fort peu, par conséquent, au point de vue de la divisibilité du droit d'option, qu'il prenne naissance dans la personne de la femme ou dans celle de ses héritiers. Si la femme ne peut pas diviser son droit d'option, en acceptant pour partie et

répudiant pour partie, ce n'est pas parce que le droit naît indivisible dans sa personne, c'est parce que la divisibilité des droits n'a d'application qu'à l'égard des héritiers du titulaire, mais non à l'égard du titulaire lui-même, qui exerce toujours son droit de la même manière, qu'il soit divisible ou indivisible. Arg. art. 1220. — On objecte encore l'art. 782 ; mais la disposition de ce texte déroge au droit commun ; par suite elle n'est pas susceptible d'être étendue d'un cas à un autre. D'autant plus que son mérite est fort contestable.

229. DEUXIÈME EXCEPTION Elle est contenue dans l'art. 1477, ainsi conçu : « Celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets » de la communauté, est privé de sa portion dans lesdits effets ». Divertir ou receler un effet de la communauté, c'est le dissimuler frauduleusement. Le seul fait de commettre dans l'inventaire une omission malicieuse, comme dit Pothier, constitue un divertissement ou recélé. D'ailleurs, le divertissement peut résulter de faits antérieurs à la dissolution de la communauté, par exemple de dissimulation et détournements de biens de la communauté opérés par le mari au cours de son administration. Cass., 11 nov. 1895, D., 96. 1. 44, S., 96. 1. 281, et Douai, 24 nov. 1910, D., 12. 2. 270.

La mauvaise foi est un élément essentiel du divertissement ou du recélé. Les tribunaux sont appréciateurs souverains de la bonne ou de la mauvaise foi. Cass., 17 juil. 1906, S., 08. 1. 7, et Amiens, 28 nov. 1907, D., 08. 2. 203. Tous les modes de preuve sont admissibles pour établir la mauvaise foi. Cass., 6 juil. 1901, D., 02. 1. 35, S., 05. 1. 183. Cpr. infra, n. 629.

Le divertissement ou le recélé peut entraîner une double pénalité. Nous connaissons la première, édictée par l'art. 1460. La seconde est formulée par notre article. L'époux coupable est privé de sa part dans les objets divertis ou recelés. Il a voulu le plus souvent s'approprier la part de son conjoint ; on le prive de la sienne. C'est la peine du

talion. La minorité de L'époux ne le soustrairait pas à l'application de cette peine, pas plus que de celle édictée par l'art. 1460. Arg. art. 1310. Elle atteindrait aussi les héritiers de l'époux qui aurait commis le divertissement ou le recélé, sans que leur bonne foi personnelle pût les mettre à l'abri. Il s'agit d'une peine civile qui peut être ramenée à exécution contre les héritiers. Cass., 11 nov. 1895, D., 96. 1. 44, S., 96. 1. 281.

L'époux coupable perd non seulement la part à laquelle il aurait eu droit comme commun en biens dans les objets divertis ou recelés, mais aussi celle à laquelle il pouvait prétendre comme donataire ou légataire de son conjoint. Doctrine et jurisprudence constantes en ce sens. Cass., 8 mai 188), S., 89. 1. 428, D., 89. 5. 94 ; Bourges, 11 déc. 1893, S., 94. 2. 29G, D., 94. 2. 251 ; Cass., 8 fév. 1898, D., 99. 1. 153, et Amiens, précité.

Mais il ne perd pas le droit d'exercer, en cas d'insuffisance des biens de la communauté, ses reprises sur les objets divertis ou recelés.

Doit être assimilée à un divertissement ou recélé la fraude que le mari aurait commise en faisant apparaître des dettes imaginaires, en vue de s'approprier des deniers de la communauté, surtout si tentative a réussi. Cass., 22 déc. 1874, S., 75. 1. 249, D., 75. 1. 125.

L'action tendant à faire priver le conjoint coupable de sa part dans les objets divertis ou recelés dure trente ans. Arg. art. 2262. Elle peut s'éteindre avant l'expiration de ce délai par la renonciation expresse ou tacite de l'intéressé ou des intéressés.

On doit décider aujourd'hui, comme on le faisait généralement dans notre ancien droit, que, si l'époux coupable rapporte spontanément l'objet divertie ou recélé, il cessera d'encourir la pénalité édictée par notre article. La solution contraire aurait pour résultat d'exciter l'époux coupable à persister dans sa mauvaise foi. Bien entendu on ne tiendra compte de la remise effectuée par l'époux

qu'autant qu'elle sera antérieure à la découverte du divertissement ou du recélé. Dijon, 16 nov. 1893, S., 94. 2. 7, D., 94. 2. 159. Cpr. Cass., 12 avril 1897, D., 97. 1. 215.

N° 3. Liquidation des créances personnelles de l'un des époux contre l'autre.

230. Le partage de la communauté une fois opéré, la situation respective des deux époux ou de leurs représentants n'est pas toujours définitivement réglée. En effet il peut rester encore à liquider les créances personnelles de l'un des époux contre l'autre. On lit à ce sujet dans l'art. 1478 : « Après le partage consommé, si

- » l'un des deux époux est créancier personnel de l'autre, comme

- » lorsque le prix de son bien a été employé à payer une dette personnelle

- » de l'autre époux, ou pour toute autre cause, il exerce sa

- » créance sur la part qui est échue à celui-ci dans la communauté

- » ou sur ses biens personnels ». Cpr. supra, n. 149. Si la créance personnelle de l'un des époux contre l'autre s'exerçait sur les biens de la communauté, l'époux créancier ne recevrait en réalité que la moitié de ce qui lui est dû, puisqu'il serait payé avec des biens qui lui appartiennent pour moitié. Aussi la loi décide-t-elle que la créance s'exercera tant sur la part de communauté de l'époux débiteur que sur ses biens personnels. Cette créance par conséquent doit être réglée a près le partage de la communauté.

La loi applique le même principe aux donations que l'un des époux a faites à l'autre. « Les donations que l'un des époux a pu

- » faire à l'autre », dit l'art. 1480, « ne s'exécutent que sur la part

» du donateur dans la communauté ou sur ses biens personnels ».

Il résulte de ce texte que la donation faite par l'un des époux à l'autre engendre toujours au profit de l'époux donataire une créance personnelle contre l'époux donateur. Il en est ainsi, car la loi ne distingue pas, même quand il s'agit d'un objet mobilier et que le donateur n'a pas manifesté expressément sa volonté à cet égard, ce qui constitue une dérogation au droit commun de l'art. 1401-10 in fine. Et en effet, la volonté du donateur paraît ici certaine. Cpr. Orléans, 6 mars 1895, D., 96. 2. 213. On arriverait à un résultat certainement contraire à ses vues en faisant tomber le bien donné dans la communauté. Ainsi un mari, usant du droit que l'art. 1422 lui accorde d'une manière absolue et par conséquent à l'égard de sa femme comme à l'égard de tous autres, fait donation à son épouse de biens mobiliers dépendant de la communauté. Ces biens deviendront propres à la femme, bien que le mari n'en ait pas manifesté la volonté expressément. L'application du droit commun (art. 1401-1°) conduirait à l'anéantissement de la donation, puisque les biens donnés ne sortiraient de la communauté en vertu de l'art. 1422 que pour y rentrer en vertu de l'art. 1401-1°. Cpr. note sous Paris, 19 mai 1890, D., 93. 2. 185. V. cep. Cass., 21 juin 1893, S., 94. 1. 47, et supra, n. 79-2°.

Appendice. — Du deuil de la veuve.

231. C'est une règle ancienne, que la veuve ne doit pas supporter les frais de son deuil. Millier non debet suis sumptibus lugere maritum. L'art. 1481 al. 1 la reproduit en ces termes : « Le deuil

» de la femme est aux frais des héritiers du mari prédécédé ».

La loi ajoute : « La valeur de ce deuil est réglée suivant la fortune

» du mari » (art. 1481 al. 2).

= La valeur : donc c'est en argent, et non en nature, que le deuil doit être payé à la femme.

« Il est dû », dit l'art. 1481 in fine, « même à la femme qui

» renonce à la communauté ».

L'art. 1481 ne parlant que de la femme, sa disposition, qui constitue une sorte de privilège, ne saurait être étendue au mari veuf ; celui-ci supportera donc les frais de son deuil. Pour justifier cette différence entre le veuf et la veuve, il ne suffit pas de dire avec Tacite : *Feminis lugere honestum est, viris meminisse* ; car, si les convenances sociales exigent que la veuve porte le deuil de son mari, elles imposent une obligation de même nature au mari veuf. Peut-être la loi a-t-elle considéré que l'obligation pour la veuve de supporter les frais de son deuil constituerait souvent pour elle une charge fort lourde, parce qu'il n'est pas rare que la mort du mari diminue beaucoup les ressources de la femme, lorsqu'elle ne la laisse pas tout à fait dans la misère. Avec le mari disparaît en effet une source importante de revenus, souvent la seule pour le ménage : les produits de son travail et de son industrie. Autre est la situation du mari : ordinairement sa condition au point de vue pécuniaire ne sera pas empirée par la mort de sa femme ; il n'y avait donc pas de raison pour mettre les frais de son deuil à la charge de la succession de sa femme.

§ II. Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.

232. Observation préliminaire. La section 1 de notre chapitre contient un paragraphe intitulé : Du passif de la communauté et des actions qui en résultent contre la communauté (art. 1409 à 1420). Ne fait-il pas double

emploi avec celui dont nous allons aborder l'étude ? Nullement. Dans le premier, la loi suppose la communauté existante, tandis que, dans le second, elle la suppose dissoute. C'est donc uniquement du passif de la communauté dissoute qu'il s'agit ici ; disons-le, une fois pour toutes, au début. Qu'il soit bien entendu aussi que tout ce que nous dirons des époux est applicable à leurs héritiers ou autres représentants.

233. Bien que la rubrique de notre paragraphe ne fasse mention que de la contribution aux dettes de la communauté, le législateur s'occupe aussi de l'obligation au paiement de ces mêmes dettes. Les mots contribution aux dettes, obligation aux dettes, éveillent des idées qui nous sont déjà connues (supra, n. 103). La contribution est un règlement du passif entre les époux ou leurs représentants : il s'agit de savoir dans quelle mesure chaque époux, dans ses rapports avec l'autre, doit supporter en définitive les dettes de la communauté dissoute : en principe chaque époux contribue pour la moitié. L'obligation aux dettes est un règlement entre chaque époux ou ses représentants, d'une part, et les créanciers de la communauté, d'autre part. La question à résoudre est celle de savoir dans quelle mesure chaque époux est tenu de répondre aux poursuites des créanciers de la communauté aujourd'hui dissoute : il peut se faire que ce soit pour plus de la moitié. Bien entendu, l'époux, qui, par suite des règles de l'obligation aux dettes, aurait été forcé de payer plus que sa part contributoire, a de droit son recours contre l'autre pour l'excédent (art. 1490 al. 2).

N° 1. De la contribution aux dettes.

234. La loi répartit entre les époux le passif de la communauté dissoute dans la même proportion que l'actif. « Les dettes de la » communauté », dit l'art. 1482, « sont pour moitié à la charge de » chacun des époux au de leurs

héritiers ». Les mots « à la charge », qui indiquent que le législateur s'occupe de déterminer par qui sera supporté définitivement le poids, le fardeau de la dette, prouvent que cette disposition est bien relative à la contribution aux dettes. L'article ajoute : « Les frais de scellés, inventaire, vente de mobilier,

» liquidation, licitation et partage, font partie de ces dettes » ²⁶.

Notons toutefois dès à présent, sauf à y revenir plus tard avec détails, que le principe de la contribution pour la moitié reçoit, en ce qui concerne la femme, une restriction grave résultant de son bénéfice d'émolument, qui lui permet de ne supporter en définitive les dettes de la communauté que dans la mesure du profit qu'elle retire (art. 1483). Il faut donc dire que la femme contribue aux dettes de la communauté, pour la moitié ou dans la mesure de son émolument.

La règle, que chaque époux contribue aux dettes de la communauté pour la moitié, ne s'applique qu'aux dettes de la communauté proprement dites, c'est-à-dire à celles qui sont définitivement à la charge de la communauté ; elle demeure sans application aux dettes de communauté improprement dites, et nous entendons par là celles qui ne sont tombées dans la communauté qu'à charge de récompense contre l'époux du chef duquel elles proviennent. En effet nous savons que de semblables dettes doivent être supportées définitivement par l'époux débiteur ; il ne peut donc pas être question d'y faire contribuer l'autre. Ainsi la femme était propriétaire, tors du mariage, d'un immeuble, dont le prix était encore dû au vendeur. La dette du prix est tombée dans la communauté sauf récompense contre la femme (art. 1409-1°). Si cette dette n'est pas encore payée lors de la dissolution de la communauté, le mari ne devra y contribuer pour aucune portion.

Les époux peuvent d'ailleurs modifier par le partage la règle de la contribution par moitié. « Les dispositions précédentes 1), dit l'art. 1490 al. 1, « ne font point obstacle à ce que, par le partage,

» l'un ou l'autre des copartageants soit chargé de payer une quotité

» de dettes autre que la moitié, même de les acquitter entièrement ». C'est un moyen souvent employé dans la pratique pour compenser l'inégalité des lots : on met une part de dettes plus forte à la charge de celui dont le lot a une valeur plus considérable.

N° 2. Obligation aux dettes ou droit de poursuite des créanciers.

235. Dans quelle mesure chaque époux est-il tenu de payer les dettes de la communauté dissoute, sur les poursuites des créanciers ? Telle est la question qu'il nous faut maintenant résoudre. Deux grands principes gouvernent cette matière.

PREMIER PRINCIPE. Chaque époux est tenu, pour le total, des dettes qui sont tombées de son chef dans la communauté, et dont il est par suite débiteur personnel. Arg. art. 2092 et 1484 à 1486. Ainsi l'un des époux était grevé d'une dette mobilière lors du mariage ; cette dette est tombée à la charge de la communauté, d'après l'art. 1409-1°. Supposons qu'elle ne soit pas encore payée lors de la dissolution de la communauté ; le créancier pourra en poursuivre le paiement intégral contre l'époux débiteur. Inutilement celui-ci objecterait-il que la dette est tombée à la charge de la communauté, que par suite il n'est plus débiteur que de la moitié, l'autre moitié demeurant à la charge de son conjoint. Il serait facile de répondre que les époux peuvent, bien, par leurs conventions matrimoniales expresses ou tacites, départir entre eux comme ils l'entendent le fardeau de leurs dettes respectives ; mais

ces conventions, auxquelles les créanciers demeurent étrangers, ne peuvent porter aucune atteinte au droit qui leur appartient de poursuivre le débiteur pour le tout. Un créancier ne peut pas être contraint à changer de débiteur.

DEUXIÈME PRINCIPE. Chaque époux n'est tenu que pour la moitié des dettes de la communauté, qui procèdent exclusivement du chef de son conjoint, et dont par suite il n'est pas, lui, débiteur personnel.

En effet chaque époux, à raison des dettes tombées dans la communauté du chef de son conjoint, ne saurait être tenu qu'en sa qualité d'associé, de commun en biens, donc pour la moitié seulement. Il peut être poursuivi dans cette mesure par le créancier, qui a le droit d'invoquer sur ce point les conventions matrimoniales. Car si un époux ne peut pas valablement, comme on vient de le voir, briser en tout ou en partie le lien qui l'attache à son créancier, il peut au contraire très valablement fortifier ce lien en y ajoutant la garantie résultant de l'obligation de son conjoint considéré comme commun en biens.

Cela posé, faisons successivement l'application de ces principes aux dettes procédant du chef du mari, à celles procédant du chef de la femme, enfin à celles procédant du chef des deux époux.

236. A. — Dettes procédant du chef du mari. Aux termes de l'art. 1484 : « Le mari est tenu, pour la totalité, des dettes de la

» communauté par lui contractées ; sauf son recours contre la femme

» ou ses héritiers pour la moitié desdites dettes ». Ainsi nous venons de voir que le mari peut être forcé de payer pour le tout, même après la dissolution de la communauté, ses dettes mobilières antérieures au mariage, tombées dans la communauté, aux termes de l'art. 1409-1°. Il est tenu de la même manière du paiement des dettes qu'il a contractées pendant le cours du mariage, bien qu'étiez

soient mises à la charge de la communauté par l'art. 1409-2°,

Au surplus, ce que la loi dit des dettes de la communauté contractées par le mari doit être appliqué sans hésitation à toutes les dettes tombées dans la communauté de son chef, quelle qu'en soit la source. Le mari pourra donc être poursuivi pour la totalité des dettes de la communauté procédant de son chef, aussi bien lorsqu'elles résulteront d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi, que lorsqu'elles auront, comme le suppose notre texte, leur source dans un contrat. Les obligations dérivant des contrats étant de beaucoup les plus nombreuses, il est arrivé plus d'une fois au législateur, qui statue ordinairement de *eo quod plerumque fit*, de parler d'obligations contractées, alors qu'il avait en vue des obligations dérivant d'une source quelconque. Voyez notamment art. 1348 al. 1. Juridiquement d'ailleurs, il n'y a aucun motif de distinguer.

En résumé, les créanciers peuvent poursuivre le mari pour la totalité des dettes de la communauté dissoute, qui procèdent de son chef.

Peuvent-ils aussi poursuivre la femme à raison de ces mêmes dettes ? Oui, mais seulement pour la moitié, d'après notre deuxième principe (art. 1487, arg. du mot même). En effet la femme n'est plus ici débitrice personnelle : elle ne peut être recherchée qu'en sa qualité de commune en biens, donc seulement pour la moitié, et encore sauf son bénéfice d'émolument, comme nous le verrons plus loin. Cass., 8 déc. 1908, D., 09. 1. 465, S., 09. I. 265, et les notes.

237. B. — Dettes procédant du chef de la femme. On lit dans l'art. 1486 : « La femme peut être poursuivie pour la totalité des

» dettes qui procèdent de son chef et étaient entrées dans la communauté,

» sauf son recours contre le mari ou son héritier, pour la

» moitié desdites dettes ». Cette règle s'applique : 1° aux dettes mobilières de la femme antérieures au mariage ; 2° aux dettes des successions et des donations mobilières qui lui sont échues pendant le mariage ; 3° aux dettes que la femme a contractées pendant le mariage avec l'autorisation de son mari, ou même avec l'autorisation de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

A raison de toutes ces dettes, les créanciers peuvent agir contre la femme pour le tout ; peuvent-ils agir aussi contre le mari ? Ils pouvaient le poursuivre pour le tout pendant la durée de la communauté, en vertu du principe que toute dette de la communauté est dette du mari : ce qui signifie, nous le savons, que, pendant la durée de l'association conjugale, les biens du mari étant confondus avec ceux de la communauté, tout créancier, qui a action contre la communauté, a par cela même action contre le mari. Mais aujourd'hui que la communauté est dissoute, la confusion entre le patrimoine du mari et celui de la communauté a cessé ; par suite le mari ne peut plus être tenu que comme commun en biens, donc pour la moitié. Ainsi le décidait Pothier, et sa doctrine a été reproduite par l'art. 1485 ainsi conçu : « Il [le mari] n'est tenu que pour » moitié, de celles personnelles à la femme, et qui étaient tombées » à la charge de la communauté ».

On conteste cependant que ce principe soit applicable aux dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari. Alors, dit-on, le mari peut, après la dissolution de la communauté comme pendant sa durée, être poursuivi pour la totalité, son autorisation ayant eu pour effet de l'obliger personnellement, par exception à la règle Qui auctor est non se obligat. Nous avons réfuté cette manière de voir, supra, n. 95. Même controverse pour les dettes contractées par la femme avec l'autorisation de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

238. C. — Dettes procédant du chef des deux époux. Il s'agit des obligations contractées par le mari et par la

femme soit conjointement, soit solidairement.

Aucune difficulté ne saurait s'élever en ce qui concerne les obligations contractées solidairement par les deux époux. L'un et l'autre peuvent être poursuivis pour le tout soit pendant la communauté, soit après sa dissolution.

Il y a quelque doute quant aux obligations contractées conjointement par les deux époux, sans expression de solidarité, pendant la durée de l'association conjugale. Incontestablement la femme ne peut être poursuivie que pour la moitié : « La femme, même personnellement

» obligée pour une dette de communauté », dit l'art. 1487, relatif à cette hypothèse, « ne peut être poursuivie que pour la moitié

» de celle dette, à moins que l'obligation ne soit solidaire ». C'est le droit commun en matière d'obligation conjointe. Ce même droit commun conduirait à dire que le mari, lui aussi, n'est tenu que pour la moitié. On admet cependant en général, conformément au sentiment de Pothier, qu'il peut être poursuivi pour la totalité. En effet, l'intention des parties, en associant la femme à l'engagement du mari, n'a pas été de diminuer l'étendue de l'obligation contractée par celui-ci, mais de la fortifier en y ajoutant la garantie résultant de l'engagement de la femme.

N° 3. Du bénéfice d'émolument.

239. Le bénéfice d'émolument — quelques-uns l'appellent bénéfice d'inventaire — consiste dans le droit, qui est accordé à la femme, de ne payer les dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire du profit qu'elle retire de la communauté, « jusqu'à concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers amendent de la communauté », comme disait l'art. 228 de la coutume de Paris, auquel a été emprunté l'art. 1483, ainsi conçu : « La femme n'est tenue des 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 ».

Exemple : Les biens mis par le partage dans le lot de la femme ont une valeur de 10.000 fr. ; les dettes de la communauté s'élèvent à 30.000 fr., et par conséquent la part, contributoire de la femme, à 15.000 fr. En vertu de son bénéfice d'émolument, la femme aura le droit de ne supporter les dettes que jusqu'à concurrence de 10.000 fr.

Nous avons déjà indiqué (supra, n. 194) la raison d'être de ce bénéfice qui présente beaucoup d'analogie avec le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier. On n'a pas voulu que la femme, qui est complètement exclue de la gestion des biens communs, pût être engagée par le fait de son mari, « seigneur et maître de la communauté », au delà de la valeur des biens qu'elle recueille dans la communauté. C'est assez que la femme soit exposée à perdre sa mise en communauté par suite de la mauvaise gestion du mari, sans qu'elle doive en outre être tenue sur ses biens personnels des conséquences de cette gestion. Comme le disait Dumoulin, *Marito non licet onerare propria uxoris*.

Il fut fait pour la première fois application du bénéfice d'émolument, par un arrêt du parlement de Paris du 14 août 1567, rendu sous la présidence du chancelier Séguier. Dans son commentaire sur la coutume de Nivernais, Coquille motive ainsi cette décision : « La raison en est que si autrement il était, le mari, par voie oblique, aurait jouissance sur les propres et douaire de sa femme, desquels la coutume défend l'aliénation ».

240. A qui le bénéfice d'émolument peut-il être opposé ?
— La femme peut opposer son bénéfice d'émolument à son

mari, même à raison des dettes tombées dans la communauté de son propre chef. En un mot, toutes les fois que la femme a payé des dettes de la communauté, même celles dont elle est débitrice personnelle, au delà de son émolument, elle peut recourir contre son mari pour l'excédent. L'art. 1483 semble donner à entendre que la femme peut aussi, dans tous les cas, opposer son bénéfice d'émolument aux créanciers de la communauté. Arg. tiré des mots « soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers ». Mais tout le monde admet que ce texte est conçu dans des termes beaucoup trop généraux. Il est sans difficulté que la femme peut opposer son bénéfice d'émolument aux créanciers qui la poursuivent à raison d'une dette tombée dans la communauté du chef du mari : attaquée comme associée, la femme peut sans nul doute invoquer un bénéfice que la loi lui accorde précisément en sa qualité d'associée. Mais aura-t-elle encore ce droit, si elle est poursuivie pour le paiement d'une dette dont elle est débitrice personnelle, et qui est tombée dans la communauté de son chef ? Pothier le lui refusait dans ce cas, et tous les auteurs acceptent sa décision, malgré le doute qui peut résulter des termes absolus de l'art. 1483. C'est qu'en effet, outre qu'il s'agit d'une matière toute traditionnelle, dans laquelle par suite la tradition a presque l'autorité d'un texte de loi, la limitation admise par Pothier tient à l'essence même du bénéfice d'émolument. Nous l'avons déjà dit, il est accordé à la femme en qualité d'associée, et ne peut par suite être invoqué par elle qu'à ce titre. Or, ici, la femme est poursuivie comme débitrice personnelle, et en cette qualité elle est tenue indéfiniment des suites de son obligation. La femme devra donc payer le total, sauf son recours, pour tout ce qui excède son émolument, contre son mari auquel son bénéfice peut toujours être opposé.

241. Conditions requises. — Une seule condition est requise pour que la femme ait droit au bénéfice

d'émolument : « qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire ».

L'inventaire doit être bon, c'est-à-dire exact ; fidèle, c'est-à-dire fait de bonne foi.

Si la femme a fait un inventaire infidèle, ce qui arrive si elle a omis sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'inventaire certains effets de la communauté, elle est déchue du bénéfice d'émolument. La même déchéance ne serait pas nécessairement attachée, suivant l'opinion générale, à la simple inexactitude de l'inventaire qui aurait été fait de bonne foi. Arg. art. 1483 et 801.

Bien que la loi ne le dise pas, l'inventaire doit être non seulement fidèle et exact, mais de plus régulier, c'est-à-dire fait dans les formes légales.

L'inventaire est requis comme condition du bénéfice d'émolument, de quelque manière que la communauté se soit dissoute. Mais la loi n'exige pas qu'il soit dressé par les soins de la femme ; elle dit : « pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire ». La femme d'un failli, qui avait obtenu la séparation de biens, a été admise à user du bénéfice d'émolument en vertu d'un inventaire dressé par les soins des syndics de la faillite.

D'après la jurisprudence, qui a comblé sur ce point une lacune de la loi, l'inventaire ne peut faire acquérir à la femme le bénéfice d'émolument qu'autant qu'il est dressé dans le délai de trois mois. Un inventaire tardif n'offrirait plus aucune garantie aux créanciers. La femme conserve cependant le droit d'invoquer son bénéfice si le retard ne lui est pas imputable. Besançon, 17 janv. 1883, D., 83. 2. 163, Bordeaux, 12 juil. 1894, S., 95. 2. 13, Douai, 8 juil. 1902, sous Cass., D., 05. 1. 332, et Cass., 5 juil. 1909, S., 10. 1. 255.

Il est tout simple que l'inventaire ait été exigé comme condition du bénéfice d'émolument. La femme doit en effet rendre compte de son émolument, c'est-à-dire du profit qu'elle retire de la communauté, à ceux contre lesquels elle use de son bénéfice ; or comment cela serait-il possible, en

l'absence d'un inventaire constatant la consistance et la valeur des biens de la communauté ?

La loi toutefois ne s'exprime pas sur ce point en termes très nets ; elle dit que la femme qui veut user du bénéfice d'émolument doit rendre compte « tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage ». Cela signifie probablement que la femme, qui veut user du bénéfice d'émolument, doit, d'une part, justifier que tous les effets figurant dans l'inventaire ont été compris dans le partage ou dans les opérations préliminaires auxquelles il donne lieu et, d'autre part, rendre compte de la valeur de tous les effets mis dans son lot, qu'ils fussent ou non compris dans l'inventaire. Il peut arriver en effet, soit que certains objets qui figurent dans l'inventaire n'aient pas été compris dans le partage, auquel cas l'émolument de la femme ne se borne pas à ce que contient son lot, puisqu'elle a encore quelque chose à espérer dans les objets non partagés, soit que l'on ait compris dans le partage des objets qui ne figuraient pas dans l'inventaire, par exemple des immeubles, que plusieurs praticiens sont dans l'usage de ne pas mentionner dans cet acte, ou des objets mobiliers qui y ont été oubliés, et dans ce cas la femme doit rendre compte de ceux de ces objets qui ont été mis dans son lot.

242. Cela posé, l'émolument de la femme comprend : 1° tous les biens de la communauté qui lui sont échus par le partage, même ceux qui lui ont été attribués à titre de préciput, à moins que le préciput n'ait été stipulé même pour le cas de renonciation (Orléans, 8 juin 1894, D., 96. 2. 334) ; 2° les fruits de ces biens ; 3° les sommes dont la femme était débitrice envers la communauté et qui lui ont été précomptées sur sa part : c'est là une valeur active de la communauté, qui fait partie du lot de la femme et par suite de son émolument.

Mais il ne faut pas considérer comme faisant partie de l'émolument de la femme les biens qu'elle prélève à titre de

paiement de ses reprises ou des indemnités qui lui sont dues par la communauté. Les biens ainsi prélevés ont pour but de combler un déficit dans le patrimoine propre de la femme, déficit dont la communauté a tiré profit : ils ne font pas plus partie de l'émolument de la femme, c'est-à-dire de son profit dans la communauté, que ses biens propres. L'émolument de la femme ne comprend que ce qu'elle reçoit à titre d'associée, et non ce qu'elle reçoit à titre de créancière.

Pour déterminer le montant de l'émolument de la femme, on doit estimer les objets compris dans son lot d'après leur valeur au temps du partage. C'est en effet à ce moment que la situation des parties a été définitivement réglée. La femme doit rendre compte de son émolument, c'est-à-dire de son profil, de ce dont elle s'enrichit ; or, elle ne s'enrichit que de ce qu'elle reçoit par le partage. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

D'ailleurs les créanciers auxquels la femme oppose son bénéfice d'émolument auraient le droit de contester soit l'estimation faite dans l'inventaire, soit celle qui est faite dans le partage, car ils n'ont été parties ni à l'un ni à l'autre de ces actes, et de provoquer une estimation contradictoire à dire d'experts. Les experts devraient se reporter pour cette estimation à l'époque du partage.

243. Le bénéfice d'émolument de la femme commune en biens présente une grande analogie avec le bénéfice d'inventaire de l'héritier. Mais il y a entre l'un et l'autre des différences importantes.

1° L'héritier qui veut avoir droit au bénéfice d'inventaire doit, non seulement faire un inventaire des biens de la succession, mais encore déclarer, dans les formes prescrites par la loi, qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire (art. 793). Une déclaration de ce genre n'est pas nécessaire pour faire acquérir à la femme le bénéfice d'émolument ; l'inventaire suffit.

2° L'inventaire, qui sert de base au bénéfice d'émolument, doit, à peine de déchéance, être fait dans les trois mois qui suivent la dissolution de la communauté (supra, n. 241). L'héritier qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire peut utilement faire inventaire après l'expiration du délai de trois mois (art. 800).

3° Le bénéfice d'inventaire empêche la confusion de s'établir entre les biens de la succession et les biens personnels de l'héritier ; il opère la séparation des patrimoines (art. 802). Au contraire, le bénéfice d'émolument n'empêche pas les biens que la femme reçoit pour sa part dans la communauté, de se confondre avec ses biens personnels. De là il suit : a. — Que les créanciers de la communauté peuvent poursuivre la femme sur tous ses biens pour la part de dettes dont elle est tenue (arg. art. 2092), mais sans qu'elle puisse être forcée de payer plus que le montant de son émolument quand elle oppose son bénéfice. L'héritier bénéficiaire, au contraire, ne peut pas en principe être poursuivi sur ses biens personnels (art. 803).

b. — Que la femme ne peut pas, comme l'héritier bénéficiaire (art. 802), se décharger de toute obligation à l'égard des créanciers auxquels elle oppose son bénéfice d'émolument, en leur faisant l'abandon en nature des effets à elle attribués par le partage et qui constituent son émolument dans la communauté. Aucun texte en effet n'autorise la femme à effectuer cet abandon, et l'autorité de Pothier, que quelques auteurs invoquent à l'appui de l'opinion contraire, ne suffit pas, à notre avis, pour la légitimer.

c. — Que la femme peut, sans encourir la déchéance de son bénéfice d'émolument, aliéner comme elle l'entend les biens meubles ou immeubles qui lui sont échus par le partage. Au contraire, l'héritier bénéficiaire, qui vend les biens de la succession sans observer les formes prescrites

par la loi, est déchu de son bénéfice d'inventaire (C. pr., art. 988 al. final).

N° 4. Du recours que peut exercer celui des conjoints qui a payé les dettes de la communauté au delà de sa part.

244. Celui des époux, qui a payé une dette de la communauté au delà de sa part, n'a pas en principe de recours à exercer contre le créancier, qui suum recipit. Nous lisons en effet dans l'art. 1488 : « La femme qui a payé une dette de la communauté au delà de sa

» moitié, n'a point de répétition contre le créancier pour l'excédant,

» à moins que la quittance n'exprime que ce qu'elle a payé était

» pour sa moitié ».

Ce texte, qui ne parle que de la femme, mais qui, par analogie de motifs, doit être considéré comme applicable aussi au mari, prévoit évidemment le cas où la femme paie au delà de sa moitié une dette tombée dans la communauté du chef de son mari ; car, si elle a ainsi payé une dette tombée dans la communauté de son propre chef, c'est-à-dire une dette dont elle était débitrice personnelle pour le total, il va de soi qu'elle n'a pas de recours à exercer contre le créancier. Cela posé, la disposition de notre article est fondée sur la présomption, que la femme, en payant au delà de sa moitié une dette tombée dans la communauté du chef de son mari, n'a pas agi sous l'influence d'une erreur, mais en vue de faire honneur à l'engagement de son mari. C'est là une présomption juris et de jure. Inutilement donc la femme offrirait-elle de prouver, pour arriver à exercer l'action en répétition, que c'est par erreur qu'elle a payé au delà de sa moitié. Et toutefois, l'erreur étant évidente quand la quittance porte que ce que la femme a payé était pour sa pari, la loi admet en ce cas la répétition.

Mais si l'époux, qui a payé au delà de sa part contributoire une dette de la communauté, n'a pas en principe le droit d'agir en répétition contre le créancier, il a de droit un recours contre l'autre époux ou ses héritiers pour ce qu'il se trouve avoir payé en leur acquit. « Toutes les fois que l'un des copartageants 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 », dit l'art. 1490 al. 2.

On trouve une application de ce principe dans l'art. 1489, ainsi conçu : « 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 celle dette contre l'autre époux ou ses héritiers ». Ce recours pourrait être supérieur à la moitié, si le paiement avait été fait par la femme ; la loi lui permet en effet de recourir contre son mari pour tout ce qui excède son émolument (art. 1482).

Enfin, aux termes de l'art. 1491 : « 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 ». Les héritiers de la femme ont donc droit comme elle au bénéfice d'émolument.

SECTION VI

DE LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ ET DE SES EFFETS

245. La rubrique de cette section est conçue dans des termes beaucoup trop généraux ; car le législateur ne s'occupe ici que des effets de la renonciation, dont il a déjà réglé les conditions et les formes dans les art. 1453 et suivants.

La femme qui renonce à la communauté est censée n'avoir jamais été associée (arg. art. 785). L'art. 1492 al. 1 ne fait que déduire une conséquence de ce principe, lorsqu'il dit : « La femme qui renonce, » perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté, et » même sur le mobilier qui y est entré de son chef ». — Sur le MOBILIER, dit la loi ; il aurait fallu dire sur les BIENS ; car la femme renonçante perd certainement aussi tout droit sur les immeubles tombés de son chef dans la communauté. La loi n'a parlé que du mobilier, parce qu'il sera rare, au moins sous le régime de la communauté légale, que les immeubles advenus à la femme tombent dans la communauté ; on peut citer comme exemple le cas d'un immeuble donné à la femme sous la condition qu'il deviendra commun. Ici comme ailleurs, lex statuit de eo quod plerumque fit. — En un mot, la femme renonçante perd toute sa mise dans la communauté. Cpr. Rennes, 24 juil. 1891, D., 93. 2. 403. Ce principe comporte cependant deux exceptions :

Tout d'abord, des considérations d'humanité ont porté le législateur à accorder à la femme renonçante le droit de retirer « les » linges et hardes à son usage » (art. 1492 in fine). Cette exception à la règle a été empruntée à notre ancien droit, où elle paraît s'être introduite par un motif de décence : mulier non debet abire nuda. Moins parcimonieux d'ailleurs que la plupart de nos anciennes coutumes, qui limitaient la faveur au strict nécessaire, le code civil, par la formule générale qui termine l'art. 1492, permet à la femme renonçante de retirer toute sa garde-robe. V. toutefois C. co., art. 560.

Comme toutes les dispositions qui dérogent à un principe général, celle qui nous occupe doit être interprétée restrictivement. La femme renonçante n'aurait donc pas le droit de reprendre son linge de lit ni son linge de table (la loi dit : les linges... à son usage, ce qui ne comprend que le linge de corps), ni à plus forte raison ses dentelles, bijoux et joyaux, à l'exception cependant de ceux qui lui ont été donnés sous la condition qu'ils seraient propres ; et cette condition doit être considérée comme sous-entendue dans toutes les donations faites à la femme par le mari (supra, n. 230).

Le droit accordé à la femme de retirer les linges et les hardes à son usage personnel ni appartient, même lorsque la communauté s'est dissoute par le divorce ou par la séparation de corps ou de biens. L'art. 1492 ne distingue pas, et sa disposition qui crée le droit dont nous nous occupons et l'organise doit prévaloir sur celle de l'art. 1495 in fine, qui, parlant incidemment de ce droit, semble donner à entendre qu'il n'appartient qu'à la femme survivante.

La deuxième exception est relative aux biens réservés (infra, n. 250 XVII).

246. La renonciation de la femme, la rendant étrangère à l'actif de la communauté, doit la rendre étrangère aussi au passif. C'est ce que dit. l'art. 1494' : « 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, devenue dette de la communauté, provenait

- » originairement de son chef ; le tout sauf son recours contre

» le mari ou ses héritiers ». Cpr. Cass., 22 nov. 1893, S., 96. 1. 14.

La femme renonçante, dit la loi, est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté à l'égard de son mari, c'est-à-dire que, dans les rapports des deux époux entre eux, toutes les : dettes de la communauté, même celles qui y sont tombées du chef de la femme, doivent être définitivement supportées par le mari qui recueille tout l'actif. Il y a exception toutefois pour les dettes qui étaient tombées dans la communauté du chef de la femme à charge de récompense : la femme, même renonçante, doit les supporter définitivement ; car, ayant le droit de se faire payer les récompenses qui lui sont dues par la communauté (art. 1493 3), il est juste qu'elle paie celles dont elle est débitrice. Ces récompenses grossissent l'actif de la communauté, qui appartient tout entière au mari ; il y aurait lieu de les rapporter en cas d'acceptation, elles doivent être payées au cas de renonciation. Autrement la femme renonçante retiendrait quelque chose de la communauté.

Mais, si la femme renonçante est déchargée des dettes de la communauté à l'égard de son mari, elle ne l'est pas toujours à l'égard des créanciers. A cet égard il faut faire une distinction.

S'agit-il de dettes tombées dans la communauté du chef du mari ? la femme sera, à raison de ces dettes, déchargée de toute obligation (la loi dit à tort : de toute contribution) à l'égard des créanciers. En effet la femme, n'étant pas ici personnellement obligée, ne peut être tenue qu'en qualité d'associée, de commune en biens ; or elle est censée, par sa renonciation, n'avoir jamais été associée. V. cependant infra, n. 250 XVII.

S'il s'agit au contraire de dettes tombées dans la communauté de son chef, la femme en reste tenue envers les créanciers ; car elle est obligée personnellement, et elle n'a pas pu, par sa renonciation, par conséquent par son

propre fait, se libérer des liens de son obligation. Bien entendu, si la femme est obligée de paver, elle aura recours contre son mari, qui doit en définitive supporter tout le passif de la communauté.

En résumé, la femme, par sa renonciation, se libère erga omnes des dettes de la communauté dont elle est tenue seulement en sa qualité de commune, c'est-à-dire de celles procédant du chef de son mari ; elle n'est libérée au contraire qu'à l'égard de son mari, tout en restant obligée à l'égard des créanciers, à raison des dettes de la communauté dont elle est débitrice personnelle, ou, comme le dit l'art. 1494, des dettes provenant de son chef. Cette formule, que nous avons déjà rencontrée dans l'art. 1486, comprend, ainsi que nous l'avons dit supra, n. 237) : 1° les dettes mobilières de la femme antérieures au mariage ; 2° les dettes des successions et des donations qui lui sont échues pendant le cours du mariage ; 3° les dettes qu'elle a contractées pendant le cours du mariage avec l'autorisation de son mari, ou avec celle de la justice dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

247. Droits de la femme renonçante. — Si la femme renonçante perd tout droit à la communauté, du moins elle conserve intact son patrimoine propre. Elle a donc le droit de reprendre tous ses biens personnels, et aussi de se faire payer toutes les indemnités qui lui sont dues par la communauté ; car les créances qui lui appartiennent de ce chef font partie de son patrimoine propre, au détriment duquel la communauté s'est enrichie, et le paiement de ces créances ne constitue par suite qu'une restitution au profit de la femme. Nous venons d'analyser l'art. 1493, ainsi conçu :

» La femme renonçante a le droit de reprendre, — 1° Les immeubles

» à elle appartenant, lorsqu'ils existent en nature, ou l'immeuble

» qui a été acquis en remploi ; — 2° Le prix de ses

immeubles aliénés

» dont le remploi n'a pas été fait et accepté comme il est dit

» ci-dessus ; — 3° Toutes les indemnités qui peuvent lui être dues

» par la communauté ».

En comparant cet article avec l'art. 1470, on voit que ces deux textes sont calqués l'un sur l'autre, et que par suite la femme peut reprendre, en cas de renonciation, exactement ce qu'elle a le droit de prélever sur la masse en cas d'acceptation ²⁷. Cette coïncidence n'est pas fortuite. En effet, ce que la femme perd par sa renonciation, c'est ce qu'elle aurait gagné par son acceptation, c'est à dire le droit de prendre la moitié de la masse partageable. Elle a donc droit en toute hypothèse à la portion de son patrimoine qui ne fait pas partie de cette masse, c'est-à-dire aux biens qui lui appartiennent en propre et aux indemnités qui lui sont dues par la communauté : elle prélève tout cela au cas d'acceptation (art. 1470), elle le reprend au cas de renonciation (art. 1493).

248. Sur quels biens la femme renonçante peut exercer ses reprises. — La femme renonçante, comme d'ailleurs la femme acceptante, peut avoir à exercer des reprises en nature et d'autres en argent. — En nature, à raison de ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté et qui se retrouvent in specie. — En argent, pour le paiement des récompenses ou indemnités qui lui sont dues soit par la communauté, soit par le mari.

En ce qui concerne les reprises de sommes d'argent, l'art. 1495 al. 1 dit : « Elle [la femme] peut exercer toutes les actions et reprises

» ci-dessus détaillées, tant sur les biens de la communauté que

» sur les biens personnels du mari ». C'est qu'en effet, par la renonciation

de la femme, tous les biens de la communauté deviennent biens du mari, dans le patrimoine duquel ils se confondent avec ses autres biens. Créancière du mari, la femme peut donc s'attaquer à tous ses biens indistinctement (arg. art. 2092). Ses droits pour le paiement de ses reprises sont, sauf le bénéfice de son hypothèque légale, ceux d'un créancier ordinaire contre son débiteur.

De là résultent les conséquences suivantes :

1° A défaut d'argent comptant, la femme n'a pas le droit, comme au cas d'acceptation (art. 1471 al. 2), d'exiger pour le paiement de ses reprises l'attribution en nature de Liens dépendant de la ci-devant communauté, ni à plus forte raison de biens personnels du mari. En d'autres termes, la femme renonçante ne peut pas exercer ses reprises par voie de prélèvements ; car ce mode de paiement, que la loi autorise au profit de la femme acceptante, par dérogation aux règles du droit commun, ne se justifie que par la qualité de copropriétaire des biens de la communauté, qualité qui n'appartient pas à la femme renonçante. D'ailleurs prélever, c'est prendre avant partage, *præ capere*, et, par conséquent sur la masse partageable. Le prélèvement suppose donc l'existence d'une masse partageable et d'un partage ; or il n'y a ni masse partageable ni partage quand la femme renonce à la communauté. Elle n'a plus dans ce cas que le droit, qui appartient à un créancier ordinaire, de s'attaquer aux biens de son débiteur et de les faire vendre pour se payer sur le prix. Et si, par le résultat d'un commun accord, le mari cédait à la femme soit un bien de la communauté, soit un autre bien à lui appartenant, en paiement de ses reprises, il faudrait voir dans cette opération une *datio in solutum*, opérant une transmission de propriété du mari à la femme, qui donnerait lieu, d'une part au paiement du droit proportionnel de mutation (Trib. de la Seine, 24 janv. 1910, S., 11. 2. 326), et d'autre part à la transcription, si les biens cédés sont immobiliers, et que les créanciers du mari ne

pourraient attaquer qu'en vertu de l'art. 1167. (Grenoble, 15 juil. 1907, D., 08. 2. 111).

2° Les reprises de la femme renonçante, autres que celles de ses immeubles propres qui existent en nature, constituent un droit essentiellement mobilier ; car elles ont pour objet une somme d'argent.

3° La femme renonçante n'a, sauf son hypothèque légale, aucun droit de préférence à rencontre des autres créanciers de son mari, pour le paiement de ses reprises. Ce point n'est plus contesté en doctrine ni en jurisprudence, depuis que la cour de cassation a condamné, par l'arrêt solennel de 1858, sa jurisprudence antérieure, d'après laquelle la femme exerçait ses reprises à titre de propriétaire (*supra*, n. 224).

249. Droits des héritiers de la femme renonçante. — En principe, les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur. Les héritiers de la femme renonçante peuvent donc exercer tous les droits auxquels sa renonciation donne ouverture ²⁸. Il en est de même des héritiers qui ont renoncé à la communauté du chef de la femme, sans qu'il y ait d'ailleurs à distinguer si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme, ou si celle-ci, ayant survécu à la dissolution de la communauté, est morte avant d'avoir pris parti.

L'art. 1495 al. 2 indique une double exception à notre règle : « Ses héritiers le peuvent de même, 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 personnels à la femme survivante ».

Les héritiers, de la femme ne peuvent en aucun cas profiter du privilège de l'art. 1465 (logement et nourriture pendant les trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer) : il reste rigoureusement vrai de

dire que ce droit est purement personnel à la femme survivante. Il n'en est pas tout à fait ainsi du privilège de l'art. 1492 in fine (droit pour la femme de reprendre les linges et hardes à son usage). Comme le précédent, ce privilège ne peut prendre naissance que dans la personne de la femme ; ses héritiers ne pourront donc pas l'exercer, si la communauté s'est dissoute par la mort de la femme, ni même si la femme, ayant survécu à la dissolution de la communauté, est morte avant d'avoir renoncé. Mais, si la femme est morte après avoir renoncé, le droit de retirer les linges et hardes étant né dans sa personne, ses héritiers pourront l'exercer à sa place, et à plus forte raison profiteront-ils des linges et hardes que la femme aurait elle-même retirés.

* Quelques auteurs distinguent cependant si la femme qui a renoncé est morte après avoir retiré les linges et hardes, ou si elle est morte avant ; et, si, dans le premier cas, ils reconnaissent aux héritiers le droit de conserver les linges et hardes qu'ils trouvent dans la succession de la femme, ils leur refusent dans le second celui de les retirer de son chef, sous prétexte qu'il s'agit d'un droit purement personnel à la femme. — Mais cette distinction entre le droit exercé et le droit à exercer ne nous paraît pas admissible. Ce dont il faut uniquement se préoccuper, c'est de savoir si le droit est né ou s'il n'est pas né dans la personne de la femme. Une fois que le droit est né pour la femme, on peut dire que les linges et hardes sont dans son patrimoine. Qu'importe qu'elle ne les ait pas retirés ? C'est là un fait purement matériel, qui ne saurait exercer aucune influence sur le droit.

249 bis. On voit en résumé que, par suite de la renonciation de la femme, la communauté tout entière revient au mari ; il n'y a plus lieu à partage, comme au cas d'acceptation. Mais la communauté n'en doit pas moins être liquidée, et la liquidation se fait d'après les règles que nous avons précédemment étudiées.

Appendice. Des biens réservés à la femme mariée (loi du 13 juillet 1907).

250. Telles sont les règles édictées par le code civil en ce qui concerne les droits et les pouvoirs respectifs des époux mariés sous le régime de la communauté légale. A ces règles, qui constituent le droit commun, la loi du 13 juillet 1907 est venue apporter des dérogations importantes que nous allons maintenant étudier.

D'après le code civil, la femme est frappée en principe de l'incapacité d'accomplir aucun acte judiciaire ou extrajudiciaire sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice. Dès lors, si la femme exerce une industrie séparée de celle de son mari, elle ne peut, en règle générale, disposer, sans cette autorisation, des fruits de son travail. D'autre part, sous le régime de la communauté légale que nous venons d'étudier et qui est celui de la grande majorité des ménages français, le mari est investi de pouvoirs quasi-souverains sur les produits du travail personnel de sa femme, qui tombent dans la masse commune, en même temps que les fruits de sa propre industrie. En sa qualité de seigneur et maître de la communauté, il peut toucher les gains et les salaires de la femme et les dépenser comme bon lui semble. Ses créanciers peuvent les saisir. Et alors, si la femme est placée sous l'autorité d'un mari paresseux ou dissipateur, le ménage et la famille se verront privés des ressources que la femme, par son labeur, s'était efforcée de leur procurer.

Sans doute, ces inconvénients ne se produisent pas, si la femme a pris la précaution de se marier sous le régime de la séparation de biens qui lui laisse l'administration et la jouissance de ses biens personnels et l'investit d'une capacité assez étendue. Mais la plupart des femmes qui cherchent dans leur travail des ressources pour le ménage, par cela même qu'elles n'ont pas, en se mariant, de biens

personnels, ne font pas de contrat de mariage. Sans doute aussi, la femme peut mettre fin aux abus de pouvoirs de son mari en obtenant judiciairement la séparation de biens. Mais, outre les dissensions que la demande de la femme peut faire naître entre les deux époux, la lenteur de la procédure et les frais qu'elle occasionne la rendent difficilement accessible aux femmes dont le gain journalier constitue la ressource à peu près exclusive.

Les auteurs du code civil avaient surtout songé aux femmes qui, en se mariant, apportent une dot, ou qui recueillent une succession au cours du mariage. A l'époque où le code civil a été promulgué, les femmes mariées cherchaient assez rarement à augmenter l'aisance du ménage par un travail accompli en dehors du domicile conjugal. Mais aujourd'hui il n'en est plus de même, par suite de l'accès progressif des femmes aux emplois lucratifs et aux professions libérales et de la révolution économique produite par la concentration des industries. La femme mariée exerce très souvent une profession distincte de celle de son mari : ouvrière dans une usine, employée dans un bureau ou dans un magasin, exerçant des fonctions administratives ou une profession libérale, exploitant en son propre nom un fonds de commerce, elle joint ses efforts à ceux de son mari et apporte sa contribution personnelle aux dépenses du ménage. De ce changement dans la condition de la femme mariée est née la nécessité d'édicter des règles nouvelles tendant à venir en aide à la femme laborieuse, à la protéger contre les abus de pouvoirs du chef légal de la famille et à lui permettre de conserver intégralement le produit de son travail pour subvenir aux besoins de la famille.

250 I. Cette œuvre de protection a été accomplie dans un certain nombre de pays, qui ont, sur ce point, devancé le nôtre. Le législateur français avait fait quelques pas dans cette voie, en édictant les lois des 9 avril 1881, 20 juillet 1895 et 20 juillet 1886, que nous avons signalées supra, n.

97 ter. Mais ces lois n'avaient statué que sur des questions spéciales, et, à diverses reprises, le parlement avait été sollicité de régler, par une loi générale, les droits de la femme sur les produits de son travail. Ce mouvement d'opinion a abouti à la loi du 13 juillet 1907, issue d'une proposition présentée au sénat par M. Gourju le 26 juin 1906.

250 II. La réforme que rendait nécessaire la condition nouvelle de la femme mariée au point de vue social et économique a été réalisée par la loi du 13 juillet 1907, intitulée : « Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage ». Ainsi que l'annonce son intitulé, cette loi contient deux séries de dispositions, qui tendent d'ailleurs au même but général : assurer au ménage et à la famille les ressources qui leur sont nécessaires. Dans cette vue, elle réserve à la femme la jouissance, l'administration et la disposition de ses gains personnels, dans l'intérêt même du ménage, et par l'organisation d'une procédure simple et expéditive, elle donne à chacun des époux les moyens de contraindre l'autre à fournir, sur les produits de son travail, la part qui lui incombe dans les dépenses communes. Nous avons déjà envisagé la loi sous ce deuxième aspect (t. I, n. 535 bis). Il ne nous reste plus qu'à étudier celles de ses dispositions qui ont trait au libre salaire de la femme mariée.

Quoique l'intitulé de la loi puisse laisser supposer qu'elle statue uniquement en vue de la femme qui fait ménage commun avec son mari, nous pensons cependant qu'elle doit également être appliquée à celle qui vit séparée en fait de son époux. Le texte même de la loi est en effet tout à fait général. Trib. civ. de la Seine, 26 mars 1908, D., 09. 2. 17 et la note, et Cass., 1^{er} fév. 1909, D., 09. 1. 85, S., 09. 1. 209.

250 III. L'art. 1^{er} est ainsi conçu : « Sous tous les régimes, et à peine de nullité de toute clause contraire portée au

contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du code civil donne à la femme séparée de biens. — Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières. — Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner, à titre onéreux, les biens ainsi acquis. — La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification, faite par un acte de notoriété, ou par tout autre moyen mentionné dans la convention, quelle exerce personnellement une profession distincte de celle de son mari ; la responsabilité des tiers, avec lesquels elle a traité en leur fournissant celle justification, n'est pas engagée. — Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables aux gains résultant du travail commun des deux époux ».

La loi du 13 juillet 1907 a été édictée surtout en vue de la femme mariée sous le régime de la communauté. Mais ses dispositions ont une portée tout à fait générale, et elles doivent être appliquées quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux. C'est ce qui nous est indiqué au début même de l'art. 1^{er} : « sous tous les régimes ». V. aussi art. 3 et 5.

La loi du 13 juillet 1907 déroge au droit commun, et, par suite, il faut l'interpréter d'une manière restrictive. En principe, et sauf les dérogations qui y sont apportées par elle, les clauses insérées dans le contrat de mariage, ou, à défaut de contrat, les règles de la communauté légale, doivent être appliquées, même aux biens provenant du travail personnel de la femme. D'autre part, la femme demeure, en principe, frappée de l'incapacité générale résultant du mariage ; elle est seulement relevée de cette incapacité, dans une très large mesure, en ce qui concerne une catégorie particulière de biens, auxquels la loi nouvelle, dans ses art. 3 et 5, applique la qualification de biens réservés.

Pour régler la propriété des biens réservés, pour savoir à qui ils appartiennent, il faut donc se référer, en principe, aux conventions matrimoniales expresses ou tacites des époux. La loi du 13 juillet 1907 nous paraît étrangère à cet ordre d'idées. Nous déciderons, en conséquence, que, dans le cas où il y a communauté entre les époux, les biens réservés doivent être considérés comme faisant partie de la communauté. Trib. de Lannion, 8 fév. 1910, S., 10. 2. 323. Seulement, ils sont soumis par la loi à un régime spécial, et, en ce qui les concerne, la femme est investie de pouvoirs qui ne lui appartiennent pas sur les biens communs ordinaires. — De même, en ce qui touche les biens non réservés, les pouvoirs et la capacité de la femme seront déterminés abstraction faite des dispositions de la loi nouvelle.

* Ce n'est pas seulement en effet la capacité de la femme qui a été modifiée par la loi ; elle confère aussi à la femme des pouvoirs qui ne lui appartiennent pas d'après les règles du droit commun. Y a-t-il communauté entre les époux, les biens réservés, qui font partie de la masse commune, sont soustraits en principe aux pouvoirs du mari, auquel la femme est substituée. Sous les régimes matrimoniaux qui ne comportent pas de masse commune, la propriété des biens réservés appartient à la femme, d'après les stipulations du contrat de mariage ; mais la loi nouvelle l'investit, relativement à ces biens, d'une capacité spéciale, plus étendue même que celle de la femme séparée de biens, et à laquelle il ne peut être porté aucune atteinte par les conventions matrimoniales.

En résumé, sous quelque régime que les époux se trouvent placés, les biens réservés constituent un patrimoine à part, ayant une affectation spéciale et soumis à des règles qui lui sont propres.

250 IV. Composition des biens réservés. — Aux termes de l'art. 1, les biens réservés comprennent seulement ceux qui proviennent directement ou indirectement du travail

personnel de la femme. De là nous déduisons les conséquences suivantes :

1° La loi nouvelle ne s'occupe pas des biens provenant du travail personnel du mari. Si donc il y a communauté entre les époux, les biens en question tombent dans la masse commune à titre de biens communs ordinaires, et la femme en prendra sa part au cas d'acceptation de la communauté.

2° L'art. 1 dit expressément, dans son dernier alinéa, que les dispositions édictées par la loi nouvelle sont inapplicables aux biens provenant du travail commun des deux époux. La condition juridique de ces biens est réglée purement et simplement par les conventions matrimoniales.

3° Enfin c'est également aux conventions matrimoniales qu'il faut se référer pour déterminer les règles applicables aux biens dont la femme avait la propriété antérieurement au mariage ou qu'elle a acquis pendant le mariage autrement que par son travail personnel. Il ne serait pas possible aux époux de stipuler que ces biens auront le caractère de biens réservés. L'énumération de ces biens que donne la loi nouvelle doit être considérée comme limitative.

Les biens réservés comprennent seulement ceux dont suit l'énumération.

1° Ceux que, pendant le mariage, la femme a acquis par son travail personnel : les produits de son travail personnel, dit l'art. 1 al. 1. La loi s'exprimant en termes généraux, le régime de faveur organisé par elle peut être invoqué par toute femme mariée qui exerce une profession distincte de celle de son mari ²⁹. Les produits de son travail, quel qu'il soit, constituent pour elle des biens réservés : salaire de l'ouvrière ou de l'employée, honoraires de la femme qui exerce une profession libérale, traitement de la femme fonctionnaire, bénéfices qu'elle réalise dans l'exploitation

d'un fonds de commerce dirigé par elle seule, œuvres artistiques ou littéraires dont elle est l'auteur.

En ce qui concerne l'application de la loi nouvelle à la femme commerçante, il y a lieu, croyons-nous, de faire la distinction suivante ³⁰.

A. La femme exploitait un fonds de commerce avant la célébration du mariage. La femme pouvait, par des conventions matrimoniales expresses, se le réserver en propre. Si elle ne l'a pas fait, le fonds de commerce tombera dans la communauté ³¹, à titre de bien mobilier présent (art. 1401-1°), et il ne pourra pas être repris par la femme ou ses héritiers en ligne directe, au cas de renonciation à la communauté, car il ne constitue pas un bien réservé. Si, pendant le mariage, le fonds est exploité en commun par les deux époux, les produits qu'ils en retirent font partie de la masse commune, en qualité de biens communs ordinaires. Mais que faut-il décider si la femme l'exploite seule et sans le concours de son mari ? L'équité exigerait que l'on fît deux parts des produits de ce fonds : l'une, représentant la rémunération du capital, serait attribuée à la communauté ; l'autre, constituant le salaire du travail personnel de la femme, prendrait place parmi les biens réservés à celle-ci. Mais les auteurs de la loi nouvelle paraissent avoir voulu répudier cette solution, à raison de la difficulté que présenterait, dans la pratique, la distinction des produits du travail et de ceux du capital. Tous les bénéfices commerciaux indistinctement constituent par conséquent des biens réservés. « Dans les bénéfices commerciaux, a dit le rapporteur de la loi au sénat, comment faire la part du capital engagé et celle du travail ? C'est pourquoi il faut mettre les gains réalisés dans l'exploitation d'un fonds industriel ou de commerce sur la même ligne que les salaires proprement dits, et les englober tous dans l'expression : les produits de son travail

personnel, qui s'appliquera indistinctement à tout ce que la femme pourra gagner en travaillant ».

De là nous croyons pouvoir conclure que, si le fonds de commerce, dirigé exclusivement par la femme, a augmenté de valeur entre le jour du mariage et celui de la dissolution de la communauté, la plus-value constitue un bien réservé. Cette plus-value ne peut en effet provenir que de l'activité de la femme, ou des bénéfices commerciaux qui ont été consacrés à l'accroissement du fonds. Cpr. infra, n. 254-2°.

Si la femme renonce à la communauté, elle conservera en propre les économies qu'elle a pu réaliser sur ses bénéfices commerciaux, et les biens que ces économies lui ont permis d'acquérir (art. 5 al. 2). Elle va donc s'enrichir aux dépens de la communauté, à laquelle appartient le fonds de commerce. Mais il semble bien résulter de la loi nouvelle que la femme ne devra de ce chef aucune indemnité à la communauté, puisque les produits du fonds sont censés provenir exclusivement de son travail personnel. La femme sera donc quitte envers la communauté, en lui abandonnant le fonds lui-même.

B. Il se peut que, à l'aide des économies par elle réalisées sur les produits de son travail personnel, la femme ait acquis ou créé un fonds de commerce, qu'elle dirige seule et sans le concours de son mari. Dans ce cas, le fonds constitue un bien réservé, car c'est la femme qui l'a créé par son industrie, ou qui l'a acquis en emploi de ses biens réservés. Si donc la femme renonce à la communauté, elle gardera le fonds avec les bénéfices qu'elle en a retirés. Nous admettrions la même solution — mais la question est très controversée — dans le cas où le fonds aurait été créé avec des capitaux prêtés par un tiers, ou à l'aide de biens propres à la femme, ou même avec des sommes puisées dans la communauté, sauf dans ce dernier cas les récompenses dues à la communauté.

* Les produits que la femme a retirés de la vente des œuvres littéraires ou artistiques qu'elle a créées pendant le

mariage sont incontestablement des biens réservés. Il en est de même, à notre avis, de ces œuvres elles-mêmes, car elles sont comprises dans l'expression « produits du travail personnel » de l'art. 1 al. 1. La femme aura donc sur les œuvres en question les droits que la loi lui accorde sur ses biens réservés ; elle pourra par suite les éditer sans l'autorisation du mari. Il y a cependant des dissidences sur ce point.

2° Les biens réservés comprennent encore les économies que la femme a réalisées sur les produits de son travail, après l'acquittement des charges qui lui incombent. Si elle n'en a pas fait emploi, elle les garde en renonçant à la communauté.

3° Si la femme a employé ses économies, les valeurs mobilières ou les biens immobiliers ainsi acquis constituent pour elle des biens réservés. La preuve de l'origine de ces biens, si une contestation s'élève sur ce point, sera faite suivant les modes indiqués en l'art. 4.

4° Enfin, la loi nouvelle classe également parmi les biens réservés, ceux que la femme a acquis à titre de remploi du prix provenant de l'aliénation de ses biens réservés. Les biens acquis en remploi sont subrogés réellement aux biens aliénés, et ils en prennent la condition juridique. Pour que cette subrogation ait lieu, il n'est pas nécessaire que les formalités prescrites par les arts. 1434 et 1435 aient été observées. L'art. 4 permet en effet à la femme de prouver, par tous modes quelconques, sauf par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés.

Aux biens actifs ainsi réservés à la femme correspondent certaines charges. Les biens réservés sont spécialement affectés aux besoins de la famille (arg. art. 3). Il sont grevés en conséquence des dettes qui ont été contractées dans l'intérêt du ménage, non seulement par la femme en vertu des pouvoirs que la loi nouvelle lui confère, mais encore par le mari (infra, n. 250 XV).

250 V. Condition juridique des biens réservés. — D'une manière générale, nous l'avons dit, la condition juridique des biens réservés est réglée par les conventions matrimoniales expresses ou tacites. Mais, en ce qui les concerne, la loi nouvelle investit la femme d'une capacité particulière et lui attribue des pouvoirs qui ne peuvent lui être enlevés par le contrat de mariage.

Dès lors, si les époux sont mariés sous le régime dotal (auquel cas, ainsi que nous le verrons, les biens réservés sont nécessairement paraphernaux), sans adjonction d'une société d'acquêts, ou sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime de non-communauté, la femme a la propriété, la jouissance et l'administration de ses biens réservés, et elle a, relativement à ces biens, la capacité déterminée par la loi nouvelle. Art. 5 al. 4 : « Sous tous les régimes qui ne comportent ni communauté, ni société d'acquêts, ces biens sont propres à la femme ».

S'il y a communauté entre les époux, la condition juridique des biens réservés varie suivant que la communauté dure encore ou qu'elle est dissoute.

250 VI. Pendant la durée de la communauté, les biens réservés sont considérés comme faisant partie de la masse commune. Mais la loi les soumet à des règles spéciales, afin d'empêcher qu'ils ne soient détournés de leur destination qui est de fournir des ressources à la famille.

250 VII. Dans cette vue, les biens réservés sont, en principe, soustraits aux pouvoirs du mari, qui, en ce qui les concerne, cesse d'être le seigneur et maître de la communauté. Sur ses biens réservés, la femme est investie de pouvoirs qui ne lui appartiennent pas sur les autres biens de la communauté, et elle est relevée de l'incapacité générale dont elle est frappée relativement à ses propres. Aux termes de l'art. 1 al. 1, la femme a, sur les biens réservés « les mêmes droits d'administration que l'art. 1419 du code civil donne à la femme séparée de biens ». La formule dont se sert la loi est évidemment inexacte. La

suite du texte nous montre, en effet, que les droits de la femme sur ses biens réservés sont, en réalité, plus étendus que ceux de la femme séparée de biens. Non seulement elle peut faire les actes de large ou libre administration, mais encore elle a le droit d'accomplir les actes de disposition à titre onéreux sans l'autorisation de son mari ou de la justice. Et l'art. 6, dérogeant à l'art. 215 C. civ., dispose que : « La femme pourra ester en justice sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ». Quant aux aliénations à titre gratuit, la loi ne les permettant pas spécialement à la femme, celle-ci, en ce qui les concerne, demeure soumise aux règles du droit commun. Ces actes ne sont pas nécessaires pour atteindre le but que s'est proposé le législateur. S'ils avaient été permis à la femme, il aurait même été à craindre que, trompant l'attente de la loi, la femme ne détournât les biens réservés de leur destination. Ce que nous disons des actes d'aliénation à titre gratuit, doit également s'entendre des obligations contractées à titre gratuit par la femme. Il n'est même pas fait exception à ces règles pour les aliénations à titre gratuit faites en vue de l'établissement des enfants. En un mot, si la femme est commune en biens, elle ne peut aliéner ni engager, par actes à titre gratuit, ses biens réservés que dans les cas où il lui est permis de disposer des biens ordinaires de la communauté, c'est-à-dire avec le concours de son mari, ou avec la simple autorisation de la justice dans les hypothèses visées par l'art. 1427 C. civ.

Ainsi la femme, en vertu des droits qui lui sont conférés, peut, sans aucune autorisation, toucher seule ses gains et salaires, donner à bail ses biens réservés pour plus de neuf ans, et même consentir un bail emphytéotique (arg. L. 25 juin 1902, art. 2, al. 1) ; placer comme elle l'entend, en biens meubles ou immeubles, même à rente viagère, les économies qu'elle réalise sur les produits de son travail et le prix des biens qui en proviennent (L. 13 juil. 1907, art. 1,

al. 2) ; vendre, échanger, hypothéquer ses biens réservés, ou les grever de charges réelles quelconques. Si une contestation s'élève relativement aux droits qui lui sont attribués par la loi nouvelle, elle peut ester en justice sans autorisation, soit en demandant, soit en défendant (Trib. de la Seine, 26 mars 1908, D., 09. 2, 21, et 22 fév. 1912, D., 13. 2. 17). Et ses pouvoirs comprennent celui de transiger et même de compromettre (arg. art. 2045 C. c., 83-6° et 1033 Pr. civ.).

La femme peut-elle tester sur ses biens réservés ? La question se réduit à celle de savoir si elle en a la propriété ; car la femme n'est pas incapable de disposer par testament des biens qui lui appartiennent (art. 226 et 905 C. civ.). La solution affirmative ne peut faire aucun doute, lorsque les époux ne sont pas mariés sous un régime de communauté ; car alors la femme a la propriété de ses biens réservés. S'il y a communauté entre les époux, les biens réservés font partie de la masse commune. Le legs que la femme en aura fait sera donc nul si le partage de la communauté, après acceptation, les met au lot du mari (supra, n. 121) ; il sera valable, au contraire, si les biens légués sont mis dans le lot de la femme. Au cas de renonciation à la communauté, le legs s'exécutera encore, les biens réservés faisant alors retour à la femme ou à ses héritiers en ligne directe. Mais nous pensons qu'il en serait autrement si, la communauté étant dissoute par la mort de la femme, celle-ci ne laissait pas d'héritiers en ligne directe et que la communauté fût répudiée par ses représentants ; car alors les biens réservés resteraient définitivement entre les mains du mari (art. 5, al. 2 et 3).

250 VIII, La femme ayant le droit d'administrer ses biens réservés, et même d'en disposer à titre onéreux, la loi nouvelle en déduit cette conséquence que ces biens forment le gage de ses créanciers personnels et peuvent être saisis par eux. L'art. 3 dispose en effet dans son alinéa 1 : « Les biens réservés à l'administration de la femme

pourront être saisis par ses créanciers ». Du moment que la femme se trouve valablement obligée, soit par application des règles du droit commun, soit en vertu des dispositions de la loi nouvelle, cela suffit pour que ses créanciers puissent saisir les biens réservés, quelle que soit d'ailleurs la cause de sa dette et sans qu'on ait à distinguer suivant la date à laquelle elle a pris naissance.

Ainsi, lorsque la femme a, dans les conditions déterminées par la loi, mais sans autorisation maritale, contracté des obligations, celles ci doivent être considérées comme valables du moins quant à ses biens réservés et peuvent être ramenées à exécution sur ces biens. Mais si le créancier veut saisir les autres biens de la femme, celle-ci, en supposant qu'elle se soit engagée sans obtenir l'autorisation prescrite par le droit commun, pourra lui opposer son incapacité générale. Le système consacré par la loi nouvelle nous paraît donc être le suivant : en ce qui concerne les biens autres que les biens réservés, les règles ordinaires relatives à l'incapacité de la femme demeurent en vigueur ; mais à l'égard des biens réservés, la loi confère à la femme une capacité et des pouvoirs dont l'étendue est déterminée par l'art. 1er. Du moment que l'obligation n'a pas été contractée à titre gratuit, cela suffit pour qu'elle soit valable quant aux biens réservés. Il y a là une règle analogue à celle qui s'applique à la femme dotale, mais en sens inverse (infra, n. 384). La femme dotale a la même capacité que la femme séparée de biens quant à ses biens paraphernaux ; elle est frappée d'une incapacité spéciale relativement à ses biens dotaux. La femme qui exerce une profession est incapable d'engager, sans autorisation, ses biens en général ; mais elle est à peu près complètement relevée de cette incapacité relativement à ses biens réservés. Sa capacité est dédoublée, ainsi que son patrimoine. L'acte à titre onéreux passé par elle sans autorisation, annulable en tant qu'on veut lui faire produire des effets sur les biens non réservés,

est pleinement valable au contraire en ce qui touche les biens réservés. Dans le patrimoine de la femme, il y a deux masses de biens soumises respectivement à des règles différentes au point de vue des conséquences des actes faits par la femme.

Ainsi les biens réservés peuvent être saisis pour l'exécution des dettes quelconques que la femme a contractées pendant le mariage par des actes à titre onéreux, sans autorisation maritale. A plus forte raison les biens réservés répondent-ils des obligations dont la femme est valablement tenue en vertu des règles du droit commun, et qui pourraient être ramenées à exécution sur ses autres biens : non seulement de celles que la femme a contractées avec l'autorisation de son mari ou de la justice, mais encore de celles qui résultent de ses délits ou de ses quasi-délits, et cela quel que soit son régime matrimonial. Cela résulte des termes généraux de l'art. 3 al. 1.

Sous tous les régimes également, les biens réservés de la femme peuvent être saisis à raison des dettes dont elle était tenue avant le mariage. Il ne nous paraît pas nécessaire que ces dettes soient constatées par un acte ayant date certaine antérieure au mariage. Il en est ainsi du moins tant que les pouvoirs conférés à la femme par la loi nouvelle ne lui ont pas été retirés conformément à l'art. 2. En effet, la femme, dont le créancier veut saisir les biens réservés, n'est pas un tiers et, par suite, la date indiquée dans l'acte est, à son égard, présumée sincère. D'autre part, puisque les biens réservés répondent même des dettes contractées par la femme pendant le mariage sans autorisation maritale, les motifs sur lesquels est fondée la disposition de l'art. 1410 ne peuvent pas être invoqués ³². Mais l'art. 1410 redeviendrait applicable si, les pouvoirs de la femme étant révoqués en vertu de l'art. 2 de la loi, les règles du droit commun relatives à l'incapacité et aux

pouvoirs de la femme sur les biens communs reprenaient leur empire.

250 IX. La loi nouvelle ne s'occupe que des biens provenant du travail personnel de la femme. Les autres biens de la femme, ceux du mari et les biens ordinaires de la communauté, si les époux sont communs en biens, ne répondent des dettes contractées par la femme que dans les conditions du droit commun. Ils peuvent donc être saisis par les créanciers envers lesquels la femme commune s'est engagée avec l'autorisation du mari. On admet généralement, mais il y a sur ce point de très graves controverses, que cette règle s'applique aux obligations que la femme commerçante aura contractées pour les besoins de son commerce, car ces dettes sont censées contractées par la femme avec l'autorisation de son mari. Cela résulte, dit-on, des art. 220 C. civ. et 4 C. co., auxquels la loi du 13 juil. 1907 ne paraît pas avoir dérogé. Cpr. Douai, 1^{er} avril 1912, D., 13. 2. 17. Mais le mari, qui a payé les dettes commerciales de la femme, sur ses biens propres ou les biens ordinaires de la communauté, aura droit à récompense si la femme renonce à la communauté et conserve en propre ses gains commerciaux ; car autrement la femme s'enrichirait à ses dépens.

Quant aux dettes que la femme a contractées sans autorisation de son mari ou de justice, elles ne peuvent, en principe, être ramenées à exécution ni sur les biens propres de la femme, ni, à plus forte raison, sur les biens propres du mari, et les biens ordinaires de la communauté. Cette règle est formulée expressément par l'art. 3 al. 4. Le même texte permet cependant aux créanciers envers lesquels la femme s'est engagée dans l'intérêt du ménage de saisir les biens propres du mari et les biens communs ordinaires ³³. En conséquence, les biens personnels de la femme ne répondent pas des dettes en question, à l'exception des biens réservés, qui sont spécialement

affectés aux besoins du ménage. « Le mari, dit l'art 3 al. 4, n'est responsable ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage par la femme, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui confère l'art. 1^{er}, mais sans autorisation maritale ». La preuve que la dette a été contractée par la femme dans l'intérêt du ménage incombe au créancier (arg. art. 3 al. 3).

250 X. Ainsi, en ce qui concerne les biens réservés, les droits de la femme sont, en réalité, beaucoup plus étendus que ceux qui appartiennent à la femme séparée de biens en vertu de l'art. 1449. Les rapporteurs de la loi au sénat et à la chambre des députés ont justifié de la manière suivante le système consacré par elle. La femme qui économise sur les produits de son travail songe à se constituer un pécule dans la vue de parer aux besoins à venir. Si les éventualités pénibles qu'elle a prévues viennent à se réaliser, il faut lui permettre de transformer rapidement en numéraire ses biens réservés.

250 XI. C'est seulement aux femmes exerçant une profession distincte de celle de leur mari et relativement aux biens provenant de leur travail, que la loi du 13 juillet 1907 a conféré la capacité et les pouvoirs dont nous avons déterminé les limites. Les règles du droit commun demeurent applicables à ces mêmes femmes en ce qui concerne leurs biens non réservés, et elles s'appliquent également sans dérogation aux femmes qui ne se livrent pas à un travail lucratif séparé de celui de leur mari. Les tiers avec lesquels une femme mariée veut contracter sans autorisation maritale ont donc un intérêt essentiel à savoir si cette femme se trouve dans les conditions exigées par la loi, et si le bien sur lequel le contrat doit produire ses effets appartient à la catégorie des biens réservés. Dans le doute, ils s'abstiendront de traiter avec la femme, à moins que celle ci n'obtienne l'autorisation de son mari ou celle de la

justice. Pour atteindre son but et affranchir la femme de l'autorité maritale, le législateur devait donc donner aux tiers qui traitent avec une femme non autorisée le moyen de se prémunir contre les surprises et de se mettre à l'abri d'une action en nullité fondée sur l'incapacité ou le défaut de pouvoirs de la femme. Dans cette vue, l'art. 1 al. 4 dispose que la responsabilité des tiers ne sera pas engagée ³⁴, du moment que la femme leur aura justifié, soit par la production d'un acte de notoriété, soit par tout autre moyen indiqué dans la convention (par exemple à l'aide d'un certificat émané du patron de la femme), qu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari. Si, par exemple, la femme a contracté un emprunt, cet acte sera valable, relativement du moins aux biens réservés, du moment que la femme aura fourni à son prêteur la justification dont parle la loi.

« La validité des actes faits par la femme sera subordonnée à la seule justification... », nous dit la loi. Ainsi que cela résulte de la suite du texte, il ne faut pas voir dans cette justification une condition nécessaire pour la validité de l'acte fait par la femme sans l'autorisation de son mari. Il y a là simplement un moyen pour les tiers de mettre à l'abri leur responsabilité. Mais, en supposant que la femme exerce réellement une profession personnelle et qu'elle ait effectivement des biens provenant de son travail, l'acte passé par elle sans autorisation sera néanmoins valable, et il produira ses effets sur les biens en question, quoique le contrat ne contienne aucune justification. Il serait déraisonnable de donner de la loi une interprétation différente.

* On ne voit pas d'ailleurs très clairement à quoi sert la justification dont parle l'art. 1 al. 4, et quelle garantie particulière elle fournit aux tiers qui traitent avec une femme mariée non autorisée. Les auteurs de la loi ne paraissent pas s'en être rendu exactement compte. Si cette

attestation est sincère, elle prouvera sans doute que la femme, au moment du contrat, exerçait une profession séparée ; mais, à notre avis du moins, les tiers ne pourront ramener l'acte à exécution que sur les biens réservés seulement. A ce dernier point de vue, leur situation est la même que si le contrat ne contenait aucune justification. Si l'attestation fournie par la femme est mensongère, elle produira sans doute un certain effet, en ce sens qu'étant réputée sincère par la loi, elle permettra au créancier de saisir les biens que la femme acquerra plus tard par son travail personnel. Mais, si la femme n'acquiert jamais de biens réservés, quels sont donc les biens que le créancier pourra saisir en se fondant sur la justification que la femme lui a donnée ? Quels sont les biens que la femme aura pu valablement aliéner sans autorisation maritale ?

* On ne peut certainement pas, prenant le texte à la lettre, décider que la femme, sous la seule condition de fournir dans le contrat une attestation, vraie ou mensongère, qu'elle exerce une profession séparée, aura pu valablement aliéner des biens ordinaires de la communauté, ou, à plus forte raison, des biens appartenant à un tiers ou à son mari. La loi n'a pas évidemment voulu proléger le tiers acquéreur contre l'action en revendication fondée sur ce que la femme n'a pas la propriété du bien qu'elle a aliéné. On propose de décider que le tiers sera mis tout au moins, par la justification contenue au contrat, à l'abri d'une action en nullité fondée sur l'incapacité de la femme ; d'où cette conséquence que la femme aura pu, sans autorisation, aliéner ou engager ses biens propres et même ses biens dotaux. Il faut bien admettre cette solution, dit-on, sinon la disposition de la loi est sans application possible. Nous ne pensons pas que la loi doive recevoir une pareille interprétation. A notre avis, le texte signifie tout simplement que la justification fournie par la femme sera tenue pour sincère sur le fondement d'une présomption légale qui n'admet pas la preuve contraire. On ne pourra

pas demander à prouver que cette attestation est mensongère et que la femme n'exerçait pas en réalité une profession séparée. La femme aura donc la capacité ou les pouvoirs que la loi nouvelle confère aux femmes travailleuses, mais elle n'en aura pas de plus étendus. De ce que la femme exerce ou est réputée exercer une profession séparée, il ne peut pas résulter que tous ses biens sont des biens réservés et qu'elle a pu, sans autorisation, les aliéner ou les engager tous indistinctement. Aller plus loin, ce serait bouleverser complètement les principes généraux de notre droit et effacer absolument la distinction, que la loi fait pourtant avec soin, entre les biens réservés et les autres biens de la femme. La formule de la loi n'est pas assez claire pour qu'on puisse admettre de semblables conséquences. En résumé, quel que soit le désir du législateur de donner aux tiers des garanties, il y aura toujours des hypothèses où ceux-ci, comme le dit le texte, verront leur responsabilité engagée. Dans la pratique, ils agiront sagement, s'ils ont des doutes sur la situation de la femme, en exigeant l'autorisation du mari, d'autant plus qu'en prenant cette précaution, ils éviteront d'autres pièges dont la loi est parsemée.

250 XII, La loi du 13 juillet 1907 a incontestablement le caractère d'une loi d'ordre public, puisqu'elle tend à soustraire la femme mariée aux abus de l'autorité maritale. L'art. 1^{er} frappe d'ailleurs expressément de nullité, dans son alinéa 1^{er}, toute clause du contrat de mariage qui serait contraire à ses dispositions. Cette nullité, étant d'ordre public, est susceptible d'être invoquée par toute personne intéressée.

De là il résulte que, si la femme est mariée sous le régime dotal, ses biens réservés ne peuvent pas être stipulés dotaux. Car une pareille clause enlèverait à la femme les

droits que la loi nouvelle lui confère sur les produits de son travail.

* D'après M. Viollette, rapporteur de la loi à la chambre des députés, il faudrait également décider que la femme ne peut pas valablement donner à son mari, pendant la durée du mariage, le mandat de toucher pour elle ses salaires, d'administrer ou d'aliéner ses biens réservés. De même la femme ne pourrait valablement constituer une garantie sur ses biens réservés au profit des créanciers de son mari ; la loi nouvelle aurait donc rétabli partiellement les règles du sénatus-consulte Velléien. Ces solutions, a dit le rapporteur, doivent nécessairement être admises si l'on veut protéger efficacement la femme travailleuse et économe contre les abus d'autorité d'un mari indigne. Il nous paraît bien difficile d'admettre une pareille interprétation. La loi de 1907, étant exceptionnelle, ne doit pas être étendue au delà de ses termes. Or elle défend seulement à la femme de renoncer à ses droits ; mais elle ne lui défend pas de les exercer en faveur de son mari. En ce sens, Trib. civ. de la Seine, 22 fév. 1912, D., 13. 2. 17.

250 XIII, C'est seulement dans l'intérêt du ménage et de la famille et pour leur ménager des ressources que la loi donne à la femme une capacité particulière et des pouvoirs spéciaux relativement à ses biens réservés. De là il suit que, si la femme abuse des droits qui lui sont ainsi conférés, ceux-ci peuvent lui être retirés, en tout ou en partie, par le tribunal, sur la demande du mari, agissant dans l'intérêt de la famille. L'art. 2 contient, à cet égard, la disposition suivante : « En cas d'abus par la femme des pouvoirs qui lui sont conférés, dans l'intérêt du ménage, par l'article précédent, notamment en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion, le mari pourra en faire prononcer le retrait, soit en tout, soit en partie, par le tribunal civil du domicile des époux, statuant en chambre du conseil, en présence de la femme, ou elle dûment appelée, le ministère public entendu. — En cas d'urgence,

le président de ce tribunal peut, par ordonnance de référé, lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers ».

Deux moyens sont mis par la loi à la disposition du mari pour sauvegarder les intérêts du ménage compromis par la mauvaise gestion de la femme.

S'il y a urgence, le mari peut se pourvoir en référé devant le président du tribunal du I domicile commun et obtenir de lui l'autorisation de s'opposer à l'acte projeté par la femme, Muni de l'ordonnance de référé, qu'il fera signifier au tiers avec lequel la femme veut contracter, le mari lui fera défense de traiter avec celle-ci. Si le tiers passe outre à cette défense, l'annulation de l'acte pourra être demandée dans les termes du droit commun.

Le mari peut provoquer une autre mesure d'une portée plus générale. Sur sa demande, le tribunal peut retirer à la femme, en tout ou en partie, les pouvoirs qui lui appartiennent sur ses biens réservés. Le texte s'exprimant en termes généraux, ce droit appartient au mari, non seulement lorsque les époux sont communs en biens, mais aussi quand il n'existe pas entre eux de masse commune.

Le tribunal, nous dit la loi, peut retirer à la femme ses pouvoirs en tout ou en partie. Il peut donc, soit interdire à la femme certains actes déterminés, ayant pour objet ses biens réservés quelconques, soit lui retirer ses pouvoirs en totalité, mais à l'égard seulement de certains biens réservés.

Dans la mesure où elle aura prononcé le retrait, la décision du tribunal aura pour effet de replacer la femme et le mari sous l'empire du droit commun. La femme perdra pour l'avenir la capacité et les pouvoirs que la loi nouvelle lui a conférés ³⁵, et le mari sera investi des pouvoirs que les conventions matrimoniales lui attribuent sur les biens de sa femme ³⁶ et sur les biens de la communauté. Mais la femme, à notre avis, ne peut pas être privée du droit qui lui

appartient, d'après l'art. 5 al. 2, de reprendre ses biens réservés, en renonçant à la communauté. L'art. 2 se réfère en effet seulement aux pouvoirs résultant pour elle de l'art. 1^{er}. Dans tous les cas, d'ailleurs, les droits antérieurement acquis à des tiers seront maintenus, sous une réserve cependant qui nous paraît s'imposer : il faudra qu'ils prouvent, conformément à l'art. 1410, que leurs droits sont nés avant la décision du tribunal, s'ils se trouvent en conflit avec le mari, qui est un tiers par rapport aux actes passés par sa femme.

Le retrait prononcé par la justice n'est pas définitif. L'intérêt du ménage, que la loi veut protéger, peut en effet exiger que la femme soit rétablie dans ses droits, et il serait contraire au but même de la loi que le tribunal ne pût pas revenir sur sa décision.

Reste une question délicate. La loi n'a prescrit aucune mesure de publicité. Les tiers peuvent donc ignorer en fait la décision du tribunal qui retire à la femme ses pouvoirs sur les biens réservés (ou qui les lui restitue). Faut-il décider qu'elle leur sera néanmoins opposable ? Cette solution, qui est la plus juridique, assurerait efficacement la protection des intérêts de l'époux et du ménage. Mais il y a cependant une grave raison de douter. Il résulte de l'économie générale de la loi que celle-ci a voulu aussi ménager les droits des tiers de bonne foi et les mettre à l'abri des surprises. Or, ceux-ci seraient lésés, si on pouvait leur opposer la décision du tribunal dont ils n'ont pas eu connaissance. Des lors, il faudrait peut-être admettre une solution analogue à celle qui est admise en ce qui concerne le mandat tacite dont nous avons parlé supra, n. 97 bis. En présence de ces incertitudes, les tiers agiront prudemment en exigeant le concours des deux époux à l'acte, de sorte que la loi, dans la pratique, ne pourra guère atteindre son but.

250 XIV. Pouvoirs du mari sur les biens réservés. — Sous quelque régime que les époux soient placés, le mari n'a en principe aucun droit sur les biens réservés. Même quand il y a communauté entre eux, il ne peut pas toucher les salaires de sa femme ; il ne peut non plus, ni jouir des biens que la femme a acquis sur ses économies, ni les administrer, ni en disposer, et ces biens ne peuvent pas être saisis par ses créanciers personnels.

Mais les biens réservés sont spécialement affectés aux besoins du ménage et de la famille. Et de ce principe fondamental une double conséquence est déduite par la loi.

En premier lieu, si la femme refuse de fournir sa contribution aux dépenses du ménage, le mari peut pratiquer une saisie-arrêt sur les produits de son travail dans les formes simplifiées établies par les art. 7 à 10 (t. I, n. 535 bis). Et ce droit lui appartient sous tous les régimes matrimoniaux.

D'autre part, les créanciers envers lesquels le mari s'est engagé dans l'intérêt du ménage peuvent saisir les biens réservés, mais seulement lorsqu'il y a communauté entre les époux ou lorsqu'ils sont mariés sous le régime exclusif de communauté. Tel est le sens que nous croyons devoir attribuer aux dispositions contenues dans les al. 2 et 3 de l'art. 3 : « Ils pourront l'être aussi (ils pourront être saisis) par les créanciers du mari qui ont contracté, avec lui dans l'intérêt du ménage, alors que, d'après le régime adopté, ils auraient dû, antérieurement à la présente loi, se trouver entre les mains du mari. — La preuve que la dette a été contractée dans l'intérêt du ménage incombe au créancier ».

250xv. En supposant les époux mariés en communauté, que deviennent les biens réservés après la dissolution de la communauté ? Les biens réservés font partie de la masse commune ; ils doivent donc être compris dans l'inventaire dressé après la dissolution de la communauté.

250 XVI. I. Si la femme ou ses héritiers acceptent la communauté, les biens réservés restent définitivement dans la masse, et ils doivent être partagés comme les autres biens communs. Art. 5 al. 1 : « S'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun ». Le partage produira l'effet déclaratif déterminé par l'art. 883, mais les actes valablement faits pendant la communauté devront être respectés. Le détournement ou le recel dont un des époux se serait rendu coupable relativement à un bien réservé sera sanctionné de la même manière que celui d'un effet de la communauté (supra, n. 229).

Les biens réservés, quel que soit celui des deux époux auquel le partage les attribue, pourront toujours être saisis par tous ceux dont ils étaient antérieurement le gage, et cela même à raison de dettes qui ne doivent pas tomber dans la communauté, sauf la récompense qui, dans ce dernier cas, pourra être réclamée. En outre, puisqu'ils sont assimilés aux biens communs ordinaires, ils peuvent être saisis par les créanciers qui ont action sur les biens de la communauté. La femme pourra donc être poursuivie comme commune pour les dettes tombées en communauté du chef de son mari, sous la réserve de son bénéfice d'émolument. Et les biens réservés, étant des biens communs, entrent en ligne de compte pour le calcul de son émolument. Le mari sera tenu de payer les dettes que la femme aura contractées sans son autorisation en vertu des pouvoirs que la loi lui confère. Mais nous ne pensons pas qu'il en soit tenu indéfiniment. Il ne pourra donc être poursuivi, à raison de ces dettes, que dans la mesure de la valeur dont il s'est enrichi par le partage des biens réservés.

250 XVII. II. Au cas où la communauté est répudiée, une sous-distinction est nécessaire.

Si la femme survit à la dissolution de la communauté ou si, la communauté étant dissoute par sa mort, elle a laissé

des héritiers en ligne directe (ascendante ou descendante, la loi ne distingue pas), l'art. 5 dispose, dans ses alinéas 2 et 4 : « Si la femme renonce à la communauté, elle les gardera (ses biens réservés) francs et quittes de toutes dettes autres que celles dont elles ³⁷ étaient antérieurement le gage en vertu du l'article 3 de la présente loi. — Cette faculté appartiendra à ses héritiers en ligne directe ».

D'après les règles du droit commun, la femme ou ses héritiers auraient dû perdre tout droit sur les biens réservés, par suite de leur renonciation à la communauté. Mais l'application de ces règles aurait conduit à ce résultat que, dans le cas où la communauté est obérée par la faute du mari, la famille aurait été privée des ressources que la loi nouvelle a voulu lui ménager. Aussi la loi décide-t-elle que la femme, ou, en cas de prédécès de la femme, ses héritiers en ligne directe, garderont les biens réservés en renonçant à la communauté. Ils ne devront pas contribuer aux dettes de la communauté nées du chef du mari, à l'exception de celles qui ont été contractées dans l'intérêt du ménage. Mais bien entendu les biens réservés pourront être saisis entre leurs mains par tous les créanciers dont ils constituaient le gage pendant la durée de la communauté.

Le droit de reprendre les biens réservés, en renonçant à la communauté, est accordé seulement à la femme ou à ses héritiers en ligne directe. Si donc la communauté est dissoute par le décès de la femme, ce droit ne peut pas être exercé par ses héritiers en ligne collatérale, ou par ses légataires universels ou à titre universel. Il en serait autrement cependant si la femme avait survécu à la dissolution de la communauté. Le droit de garder les biens réservés étant alors né en sa personne, ses successeurs universels, quels qu'ils soient, pourront l'exercer du chef de leur auteur.

250 XVIII. Comme nous l'avons vu, la femme ou ses représentants peuvent, dans un certain nombre de cas, avoir à prouver que tel bien est un bien réservé. La loi leur donne toutes facilités pour faire cette preuve, ainsi que cela résulte de l'art. 4 ainsi conçu : « En cas de contestation, la femme pourra, tant vis-à-vis de son mari que vis à vis des tiers, établir par toutes preuves de droit, même par témoins, mais non par la commune renommée, la consistance et la provenance des biens réservés ». Il y a là d'importantes dérogations aux règles du droit commun.

250 XIX. Aux termes de l'art. 11 : « Les dispositions de la présente loi pourront être invoquées même par les femmes mariées avant sa promulgation ». C'est une atteinte au principe de la non rétroactivité des lois, car le mari se voit ainsi enlever des droits qu'il tenait de ses conventions matrimoniales. Aussi ne faut-il pas exagérer la portée de la disposition que nous venons de transcrire. Les gains réalisés par la femme avant la mise en vigueur de la loi nouvelle ne constituent donc pas des biens réservés ³⁸, car le mari ne peut pas être privé des droits qui lui étaient déjà acquis en vertu des conventions matrimoniales. Et d'autre part, c'est seulement pour l'avenir que la femme est relevée de son incapacité ; les actes par elle faits, avant la promulgation de la loi, sans l'autorisation maritale, demeurent annulables et ne peuvent même pas produire leurs effets sur les biens que la femme a acquis par son travail personnel depuis la mise en vigueur de la loi.

DEUXIÈME PARTIE

De la communauté conventionnelle et des conventions qui peuvent modifier ou même exclure la communauté légale.

250 bis. Le législateur va s'occuper ici successivement des conventions qui modifient la communauté légale (leur ensemble constitue la communauté dite conventionnelle), des conventions qui excluent la communauté, ou conventions exclusives de la communauté. On se serait beaucoup mieux rendu compte du contenu de cette deuxième partie, si le législateur l'eût intitulée : Des conventions qui modifient la communauté légale, et de celles qui l'excluent ; ou encore : De la communauté conventionnelle et des conventions exclusives de la communauté. Logiquement, elle aurait dû être divisée en deux sections, consacrées, l'une aux conventions qui modifient la communauté, l'autre à celles qui l'excluent ; chacune de ces sections aurait été subdivisée en paragraphes. Au lieu de cela, le législateur a divisé cette partie de son œuvre en neuf sections, dont les huit premières sont consacrées aux clauses les plus usitées parmi celles qui constituent la communauté conventionnelle, et la dernière aux conventions exclusives de la communauté. C'est un vice de méthode.

251. Occupons-nous d'abord de la communauté conventionnelle. On l'a définie : la communauté légale modifiée par la convention des parties. Ce qui signifie que les époux, tout en conservant la communauté légale comme base de leur association conjugale quant aux biens, y dérogent sur un ou plusieurs points par les dispositions de leur contrat de mariage. Les règles de la communauté légale seront donc applicables, sauf les dérogations résultant de la convention des parties. C'est ce que dit l'art. 1528 : « La communauté

» conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté

» légale, pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé
» implicitement ou explicitement par le contrat ».

Les époux qui veulent modifier la communauté légale, jouissent de la plus grande latitude : « Les époux peuvent

modifier la communauté

- » légale par toute espèce de conventions non contraires
- » aux articles 1387, 1388, 1389, 1390 », dit l'art. 1497, al. 1. La loi ajoute : « Les principales modifications sont celles qui ont lieu en
 - » stipulant de l'une ou de l'autre des manières qui suivent ; savoir, —
 - » 1° Que la communauté n'embrassera que les acquêts ; —
 - 2° Que
 - » le mobilier présent ou futur n'entrera point en communauté, ou
 - » n'y entrera que pour une partie ; —
 - 3° Qu'on y comprendra tout
 - » ou partie des immeubles présents ou futurs, par la voie de l'ameublement ;
 - » — 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 communauté à titre
 - » universel ».

Suivent huit sections, consacrées à l'étude des diverses clauses énumérées par l'art. 1497, qui n'est à bien dire qu'une table des matières.

Et l'art. 1527 al. 1 et 2 dispose : « 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'article

» 1387, et sauf les modifications portées par les articles 1388,

» 1389 et 1390 ». Pour l'honneur des principes, le législateur devait effectivement le décider ainsi ; mais disons que la pratique n'offre guère d'exemples de modifications à la communauté légale autres que celles énumérées par l'art. 1497 et réglementées dans les sections qui suivent. Le législateur a prévu toutes les clauses usuelles. V. cep. Cass., 21 fév. 1894, S., 95. 1. 393, et 13 nov. 1895, D., 96. 1. 14. Ce dernier arrêt statue sur une combinaison fort intéressante de la communauté avec le régime dotal.

On dira peut-être : « Quel besoin y avait-il de prévoir et de réglementer les modifications que les parties peuvent faire subir à la communauté légale ? Puisque ces modifications supposent nécessairement la confection d'un contrat de mariage, il était bien plus simple de laisser aux parties le soin de s'expliquer : l'intervention du législateur était inutile ». Sachons-lui gré d'être intervenu. Il est désirable en effet que, quelle que soit la combinaison que veulent adopter les époux, ils puissent la trouver organisée de toutes pièces par la loi : ce qui leur permet de se référer purement et simplement à ses dispositions. Ce mode de procéder n'épargne pas seulement aux parties les difficultés et les longueurs de la rédaction, elle leur en épargne aussi les écueils. L'œuvre du législateur est en général moins imparfaite que celle des notaires, et l'application aux époux de la loi à laquelle ils se sont référés donnera lieu dans la pratique à moins de difficultés et à moins de procès, que l'application de la loi particulière dont ils auraient eux-mêmes arrêté les termes par leur contrat de mariage.

SECTION PREMIÈRE

DE LA COMMUNAUTÉ RÉDUITE AUX ACQUÊTS

252. La communauté réduite aux acquêts ou communauté d'acquêts n'était pas pratiquée dans les pays de coutume ; elle l'était au contraire dans la plupart des pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux, où on la joignait souvent au régime dotal sous le nom de société d'acquêts.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts est aujourd'hui très usité. La lecture de l'art. 1498 suffit pour donner une idée de sa physionomie : « 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. — En ce

» cas, et après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment

» justifiés, le partage se borne aux acquêts faits par les époux

» ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de

» l'industrie commune que des économies faites sur les fruits et

» revenus des biens des deux époux ».

Ainsi, sous ce régime, les époux ne mettent en commun que les revenus de leurs biens respectifs présents et futurs et les produits de leur travail et de leur industrie. La plus grande partie de ces revenus et produits sera ordinairement dépensée, au fur et à mesure de leur acquisition, pour subvenir aux charges du mariage. Lors de la dissolution de l'association conjugale, la masse partageable sera donc réduite à la portion non consommée ou aux biens qu'elle a servi à ACQUÉRIR si le placement en

a été opéré, en d'autres mots, aux économies réalisées et aux produits de ces économies. D'où la dénomination de communauté réduite aux ACQUÊTS, qui signifie : communauté de biens à acquérir ou communauté de biens acquis, suivant qu'on envisage le commencement ou le terme de l'association.

Aucune formule sacramentelle n'est prescrite pour la stipulation de la communauté d'acquêts. Il suffit que les époux aient manifesté d'une manière non équivoque, dans leur contrat de mariage, la volonté de se soumettre à ce régime : comme s'ils ont dit, par exemple, qu'ils entendaient exclure de la communauté tout leur mobilier respectif présent et futur et toutes leurs dettes présentes et futures. Cass., 1^{er} août 1910, S., 11. 1. 319.

I. De la composition du patrimoine propre des époux et du patrimoine de la communauté, tant en actif qu'en passif.

1. Actif.

253. Composition active du patrimoine propre des époux. — Sous le régime de la communauté légale, tout le mobilier présent et tout le mobilier futur des époux tombe en principe dans la communauté (art. 1401-1^o) ; sous le régime dont nous nous occupons, le mobilier présent des époux est complètement exclu de la communauté ³⁹. La loi dit qu'il en est de même du mobilier futur (art. 1498 al. 1) ; mais cette formule est beaucoup trop large. L'exclusion du mobilier futur ne porte guère que sur celui qui advient aux époux à titre lucratif pendant la durée de l'association conjugale, principalement à titre de succession ou de donation ; elle ne comprend donc pas le mobilier acquis à titre onéreux (art. 1498 al. 2). En somme, chaque époux conserve propres tous ses biens présents, et, parmi ses

biens futurs, tous ceux qui lui adviennent à titre lucratif, sans distinction entre les meubles et les immeubles.

Les biens mobiliers des époux constituent pour eux, tantôt des propres parfaits, tantôt des propres imparfaits (supra, n. 80). Tout dépend de la volonté des parties, que les termes du contrat de mariage feront quelquefois connaître et que, dans le silence du contrat, on induira des circonstances et particulièrement de la nature des biens. Cpr. Cass., 16 nov. 1904, S., 05. 1. 465, et Rouen, 3 juin 1907, S., 09. 2. 177.

Ainsi on doit considérer comme constituant des propres imparfaits pour l'époux du chef duquel ces biens proviennent :

1° Les sommes d'argent et les autres choses fongibles. Arg. art. 587 ;

2° Les meubles destinés par leur nature à être vendus, par exemple les marchandises faisant partie d'un fonds de commerce ;

3° Les meubles qui ont été livrés par la femme au mari sur estimation et sans déclaration que l'estimation n'emportera pas vente. Arg. art. 1551.

La question de savoir si tel bien de l'un des époux constitue un propre parfait ou un propre imparfait présente de l'importance sous plusieurs aspects, et principalement sous les suivants :

a. — Les risques des propres parfaits sont au compte de l'époux propriétaire, qui profite aussi seul des améliorations naturelles qu'acquièrent ces propres. Res perit domino, res augetur domino. Il en est autrement des propres imparfaits, qui, appartenant à la communauté, périssent ou augmentent de valeur pour elle

b. — Lors de la dissolution de la communauté, les époux opèrent en nature la reprise de leurs propres parfaits. Au contraire, à raison de leurs propres imparfaits, ils ont seulement une créance contre la communauté, créance

dont la reprise s'opère suivant le mode indiqué en l'art. 1471 al. 2 ;

c. — Les créanciers du mari ne peuvent pas saisir les propres mobiliers parfaits de la femme ; car un créancier ne peut saisir que les biens appartenant à son débiteur. Si donc des propres mobiliers parfaits de la femme avaient été compris dans la saisie faite par un créancier du mari, la femme pourrait en demander la distraction (C. pr., art. 608).

d. — Le mari, qui a pleins pouvoirs pour aliéner les propres mobiliers imparfaits de la femme, ne peut pas valablement au contraire aliéner ses propres mobiliers parfaits sans son consentement (supra, n. 132 bis).

254. Composition active de la communauté d'acquêts. — La communauté d'acquêts comprend :

1° Tous les fruits et revenus des propres, échus ou perçus pendant la durée de l'association conjugale. Ceux échus ou perçus avant le mariage, ou après la dissolution de la communauté, appartiennent à l'époux propriétaire des biens qui les ont produits.

D'ailleurs, il est dû récompense aux époux pour les frais de labours et de semences par eux faits en vue de récoltes qui, se trouvant encore pendantes lors de la célébration du mariage, ont été recueillies par la communauté ; de même qu'eu sens inverse il serait dû récompense à la communauté des frais de labours et de semences par elle faits pour préparer des récoltes dont la dissolution de la société conjugale l'empêcherait de profiter. Le principe des récompenses, qui est fondamental en matière de communauté, doit être considéré comme faisant ici obstacle à l'application de l'art. 585.

2° Les produits du travail ou de l'industrie des époux. La loi dit : de l'industrie commune. Cela doit s'entendre tout d'abord des produits de l'industrie que les deux époux exercent en commun. De même, les produits du travail du mari tombent dans la communauté à titre de biens

communs ordinaires. Quant à ceux du travail personnel de la femme, ils constituent pour celle-ci des biens réservés, et ils sont soumis au régime particulier organisé par la loi du 13 juillet 1907 pour le cas où les époux sont mariés en communauté.

Ce sont seulement les produits réalisés pendant la durée de la communauté qui appartiennent à celle-ci. L'industrie elle-même de chaque époux constitue un capital à lui propre.

On doit considérer comme produits de l'industrie des époux, et comme constituant à ce titre des biens communs ordinaires ou des biens réservés.

a. — Les compositions scientifiques, artistiques ou littéraires, émanées de l'un des époux pendant la durée de la communauté. Cass., 25 juin 1902, S., 02. 1. 305, D., 03. 1. 5. Cpr. supra, n. 45. Quant aux compositions produites antérieurement au mariage, elles constituent des propres pour l'époux qui en est l'auteur : la communauté n'a droit qu'aux fruits de ces propres comme de tous les autres, par exemple au produit des éditions faites pendant le cours du mariage.

b. — Les bénéfices que l'un des époux réalise par suite de l'exercice de sa profession, quelle qu'elle soit, et par conséquent aussi la plus-value que le travail du mari a procurée à l'office ministériel dont il est titulaire. La jurisprudence est en sens contraire. Cass., 14 avril 1893, S., 93. 1. 416, D., 93. 1. 351. On dit que la plus-value ne constitue pas un objet distinct de l'office lui-même. Qu'importe ? Sans doute, la plus-value ne tombera pas en nature dans la communauté, mais rien ne s'oppose à ce qu'elle y tombe pour sa valeur pécuniaire. On ajoute que les risques des propres mobiliers parfaits sont supportés par l'époux propriétaire, qui doit seul, par conséquent, bénéficier de l'augmentation de leur valeur. Mais ne faut-il pas écarter cette règle au cas où la plus-value provient du travail de l'époux ? — La jurisprudence décide de même

que la plus-value acquise par le fonds de commerce appartenant à l'un des époux ne tombe pas dans la communauté, alors même qu'elle proviendrait du travail de son conjoint. Aix, 24 mai 1905, D., 06. 2. 388. V. cep Cass., 25 oct. 1909, D., 10. 1. 257, S., 11. 1. 361.

c. — Le gain que l'un des époux fait au jeu, sans qu'il y ait lieu de distinguer s'il s'agit de jeux d'adresse ou de jeux de hasard ; car, même dans ces derniers, l'industrie du joueur vient souvent en aide à la fortune. Il y a toutefois controverse sur ce dernier point.

Mais les purs dons de fortune, advenus aux époux pendant la durée de l'association conjugale, constituent des propres ; car le mobilier futur est, d'une manière générale, exclu de la communauté (art. 1498), et la loi n'excepte de cette règle que les revenus des époux, les produits de leur travail ou de leur industrie, et les biens que ces revenus ou produits ont servi à acquérir. Ainsi le trésor ou la portion de trésor, acquise par l'un des époux pendant le mariage soit comme propriétaire, soit comme inventeur, lui demeurerait propre. Il en serait de même, à notre avis, du gain fait par l'un des époux à une loterie, pourvu que ce fût avec un billet qui lui appartînt en propre, soit parce qu'il en aurait fait l'acquisition avant le mariage, soit parce qu'il l'aurait reçu à titre gratuit pendant sa durée ; car, si le billet avait été acquis à titre onéreux pendant le mariage, il appartiendrait à la communauté, qui profiterait du lot échu à ce billet. Trib. de Nantes, 16 juil. 1890, S., 91. 2. 71. Sur le point de savoir ce qu'il faudrait décider relativement au lot gagné par une obligation à lots appartenant à l'un des époux, voyez t. I, n. 1554.

3° Les acquêts, c'est-à-dire tous les biens acquis à titre onéreux par les époux ou par l'un d'eux pendant la durée de la société conjugale, sauf exception toutefois pour les biens acquis en vertu d'une cause constitutive de propres, notamment à titre de remploi, conformément aux art. 1434 et 1435. Cass., 27 juin 1912, S., 13. 1. 12.

Toute acquisition ne rentrant dans aucune des catégories qui précèdent engendre un propre pour l'époux du chef duquel l'acquisition provient. Il en est ainsi notamment de l'indemnité allouée à l'un des époux à titre de réparation du préjudice qu'il a subi par suite d'un accident dû à la faute d'un tiers. Cass., 23 fév. 1897, D., 98. 1. 121, S., 00. 1. 521. V. cependant, en ce qui concerne l'indemnité d'assurance contre les accidents, Orléans, 31 mai 1907, D., 11. 2. 225 (note de M. Ripert).

2. Passif.

255. Le passif de la communauté comprend :

1° Toutes les dettes contractées pendant la durée de la communauté par le mari, ou par la femme autorisée de son mari (arg. art. 1409 2°), ou même par la femme autorisée de la justice, mais seulement dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 1427.

L'art. 1498 emploie donc des expressions beaucoup trop générales, lorsqu'il déclare exclues de la communauté d'acquêts les dettes des époux actuelles et futures ; il n'entend par dettes futures que celles qui sont une charge des biens acquis par les époux à titre de propres, par exemple les dettes des successions ou des donations qui leur échoient pendant le cours du mariage.

2° Les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives perçues par les époux. Arg. art. 1409-3°.

3° Les charges usufructuaires des propres, telles que réparations d'entretien et contributions. Arg. art. 1409-4°.

4° Enfin les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes les autres charges du mariage. Arg. art. 1409-5 et L. 13 juil. 1907, art. 3, al. 4.

Quant aux dettes des époux antérieures au mariage, elles sont exclues de la communauté et demeurent propres à l'époux du chef duquel elles proviennent (art. 1498 ; 40,

ainsi que les dettes des successions ou des donations qui leur échoient pendant le mariage Il en est de même des dettes que la femme contracte avec l'autorisation de la justice, excepté pourtant dans les cas prévus par l'art. 1427, et de celles que la femme a contractées sans autorisation, en vertu des droits que lui confère la loi du 13 juillet 1907 à l'exception de celles qui ont été contractées dans l'intérêt du ménage.

II. Administration de la communauté d'acquêts.

256. L'administration de la communauté d'acquêts appartient au mari. Ses pouvoirs sont réglés par les art. 1421 et s., qui reçoivent ici leur application, la loi n'y ayant pas dérogé.

Il en résulte que les créanciers du mari antérieurs au mariage, bien qu'ils ne soient pas créanciers de la communauté, peuvent, pendant toute la durée de la société conjugale s'attaquer aux biens de la communauté, qui se confondent avec ceux du mari (supra, n. 82)

* Quant aux créanciers de la femme, antérieurs au mariage, ceux dont la créance a reçu date certaine avant la célébration peuvent s'attaquer à la pleine propriété des biens personnels de la femme. Les autres ne peuvent poursuivre que la nue propriété de ces mêmes biens. On peut invoquer en faveur de cette double solution toutes les raisons qui seront exposées au n. 332 relativement aux dettes de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté. V. aussi ce qui est dit au n. 286 relativement à l'influence de la clause de séparation des dettes sur les dettes de la femme, et les arrêts cités au n. 255, en note

Le mari a également, comme sous le régime de la communauté légale, l'administration des biens personnels de la femme. On applique les art. 1428 et s.

Quant aux biens réservés, qui font, provisoirement du moins, partie de la masse commune, la femme en a l'administration et la disposition, comme sous le régime de la communauté légale.

III. Dissolution de la communauté d'acquêts.

257. La communauté d'acquêts se dissout par les mêmes cause que la communauté légale, c'est-à-dire par la mort de l'un de poux, par le divorce, par la séparation de corps et par la sépriation de biens (v. art. 1441).

La communauté d'acquêts une fois dissoute, la femme peut accepter ou la répudier.

Si la femme renonce, elle a seulement droit à la reprise de ses pports et de ses biens réservés et au paiement des indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Arg. art. 1493 et L. 3 juil. 1907, art. 5, al. 2 et 3. Elle jouit en outre du privilège de l'art. 1492 in fine.

L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté, dans laquelle sont compris les biens réservés (L. 13 juil. 1907, art. 5, al. 1). Ce partage s'opère, dit l'art. 1498, « après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés ». Chaque époux doit donc justifier des apports dont il prétend opérer la reprise ; sinon sa prétention devra être repoussée.

Reste à savoir comment devra être faite cette justification. Il faut distinguer à cet égard s'il s'agit d'immeubles ou de meubles.

a. — Il s'agit d'immeubles. On appliquera le droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé. L'époux qui prétend opérer le prélèveent d'un immeuble devra donc prouver, par les moyens de preuve ordinaires, qu'il en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage ou qu'il lui est survenu depuis à titre de succession ou de donation. Arg. art. 1402.

b. — Il s'agit de meubles. L'art. 1499 dispose : « Si le mobilier » existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté » par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ». Cpr. art. 560 C. co. L'époux qui, prétendant avoir apporté du mobilier, veut en opérer la reprise en nature, doit donc justifier sa prétention à l'aide d'un inventaire ou d'un état en bonne forme. Comme exemple d'état en bonne forme, on peut citer l'état contenu dans un compte de tutelle, ou l'état annexé à la minute d'un acte de donation d'effets mobiliers (art. 948).

D'après la jurisprudence constante de la cour de cassation, il faut, pour déterminer le sens de l'art. 1499, combiner la disposition de ce texte avec celles des art. 1502 et 1504, d'une part, et 1510, d'autre part. Du rapprochement de ces articles, il résulterait que la présomption édictée par l'art. 1499 serait rigoureusement applicable dans les rapports des époux avec les tiers, principalement avec les créanciers du mari (arg. art. 1510), mais non dans les relations des époux entre eux (arg. art. 1502 et 1504). Et il n'y aurait pas à distinguer suivant que l'époux, invoquant un droit de propriété, veut exercer ses reprises en nature, ou que, se présentant simplement comme créancier, il prétend exercer ses reprises en argent. « Attendu, dit la cour de cassation, dans un arrêt du 25 déc. 1902 (D., 04. 1. 401, S., 03. 1. 186), que si la disposition de l'art. 1499 doit recevoir son application littérale et rigoureuse à l'égard des créanciers, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer entre les époux l'existence de leurs propres mobiliers à l'époque du mariage ; que la loi n'a pas entendu établir, dans ce cas, une présomption juris et de jure et leur interdire de suppléer au défaut d'inventaire ou d'état en bonne forme par d'autres-preuves dont l'appréciation appartient aux tribunaux ». V. aussi Cass., 3 janv. 1910, D., 10. 1. 113, S.,

12. 1. 145 ; 1^{er} août 1910, S., 11. 1. 319, et les décisions citées en note.

Supposons par exemple que l'un des époux veuille exercer des reprises en nature et à titre de propriétaire. La communauté étant dissoute, il veut reprendre certains objets mobiliers qu'il prétend lui appartenir en propre. D'après la cour suprême, il faudrait faire la distinction suivante.

a. La prétention de cet époux est contestée par les créanciers de son conjoint antérieurs au mariage, qui soutiennent que lesdits objets mobiliers sont acquêts, et que par suite ils doivent être compris dans la masse partageable : ce qui grossira d'autant la portion revenant à leur débiteur. Ici l'époux qui veut opérer la reprise est en conflit avec des tiers. L'art. 1499 s'appliquera dans toute sa rigueur : l'époux auquel cet article est opposé, que ce soit la femme ou le mari, ne pourra faire tomber la présomption légale qu'il édicte qu'au moyen d'un inventaire ou d'un état en bonne forme ; tout autre moyen de preuve devrait être rejeté (arg. art. 1510). Cass., 25 nov. 1903, D., 05. 1. 505. Cpr. Bordeaux, 23 juin 1908, sous Cass., D., 12. 1. 105.

b. Au contraire, la question s'élève entre deux époux de savoir si l'un d'eux, la femme par exemple, a le droit de reprendre en nature certains objets mobiliers, comme des bijoux, qu'elle dit lui appartenir en propre. Les créanciers sont hors de cause ; tout se passe entre les deux conjoints ; il s'agit seulement de la liquidation de leurs droits et reprises l'un à l'égard de l'autre. L'époux qui veut opérer la reprise ne sera pas réduit à justifier de son droit de propriété par les moyens qu'indique l'art. 1499, « tous les autres moyens de preuve seront admissibles », dit la jurisprudence. Cpr. art. 1502 et 1504.

La cour de cassation fait la même distinction, lorsque l'époux prétend exercer ses reprises en argent et à titre de créancier. V. sur ce point infra, n. 267 bis.

Nous pensons avec la jurisprudence que les articles 1499, 1502, 1504 et 1510 doivent, être combinés. Ils se réfèrent en effet à des clauses de communauté conventionnelle qui apportent des restrictions à la communauté légale, et auxquelles rationnellement des règles semblables doivent être appliquées en ce qui concerne la preuve des reprises des époux. Mais de cette idée générale, nous déduisons des conséquences différentes de celles qui en sont tirées par la cour de cassation. Il n'y a pas à distinguer suivant que l'époux est aux prises avec son conjoint ou avec des tiers ; il convient seulement de se demander quel est le droit dont il se prévaut. A notre avis, et c'est aussi l'opinion d'une bonne partie de la doctrine, l'art. 1499, qui doit être rapproché de l'art. 1510, ne résout qu'une question de propriété. Il s'agit de savoir si tel époux a le droit de prélever en nature certains objets mobiliers qu'il dit lui appartenir en propre. Autre est le cas où l'un des époux prétend opérer une reprise en argent et en qualité de créancier. Cette hypothèse fait l'objet de l'art. 1504 ; nous en parlerons plus loin, n. 267 bis. Rapprochez de ces textes les art. 560 et 563 C. co. Cpr. Cass., 26 avril 1909, S., 12. 1. 379, D., 12. 1. 244, et Orléans, 23 févr. 1910, S., 12. 2. 273, D, 11. 2. 345, et la note.

SECTION II

DE LA CLAUSE QUI EXCLUT DE LA COMMUNAUTÉ LE MOBILIER EN TOUT OU EN PARTIE

258. Aux termes de l'art. 1500 al. 1 : « Les époux peuvent » exclure de leur communauté tout leur mobilier, présent et futur ». Cette clause, dont les applications pratiques sont très fréquentes, à Paris surtout, est désignée par Pothier sous le nom de clause de réalisation. Le mot réalisation

signifie immobilisation : nos anciens auteurs employaient volontiers le mot réel comme synonyme d'immobilier. La clause de réalisation est donc une clause d'immobilisation, parce qu'elle assimile le mobilier à des immeubles, en l'excluant de la communauté. On la désigne aussi quelquefois sous le nom de stipulation de propres, et les biens auxquels elle s'applique, sous le nom de propres conventionnels, par opposition aux propres réels ou légaux, qui sont ceux des époux mariés sous le régime de la communauté légale.

La réalisation peut être expresse ou tacite. — La réalisation expresse est celle qui est expressément stipulée par une des clauses du contrat de mariage. Exemple : « La future épouse exclut tout son mobilier de la communauté ». La réalisation tacite est celle qui résulte implicitement d'une autre clause du contrat, comme s'il est dit : « La future apporte dans la communauté ses meubles corporels » ; d'où il résulte implicitement qu'elle en exclut ses meubles incorporels.

Expresse ou tacite, la clause de réalisation peut être unilatérale ou bilatérale. Quand elle est bilatérale, il n'est pas nécessaire que la valeur du mobilier exclu de la communauté par chaque époux soit la même. Ainsi l'un peut exclure tout son mobilier, tandis que l'autre n'en exclut qu'une partie.

I. De la réalisation expresse.

259. La réalisation expresse ou directe peut s'appliquer à tout ou partie soit du mobilier présent, soit du mobilier futur, soit de l'un et de l'autre à la fois. Par mobilier futur, entendez ici celui qui écherra aux époux à titre lucratif, c'est-à-dire principalement à titre de succession ou de donation, pendant la durée de l'association conjugale. La clause qui exclut de la communauté le mobilier futur

n'empêche donc pas le mobilier acquis à titre onéreux par les époux durant le mariage d'entrer en communauté. Arg. art. 1498, et supra, n. 253.

Comme toutes les clauses qui dérogent au droit commun, la clause de réalisation doit, dans le doute, être interprétée restrictivement. Ainsi la clause, qui exclut de la communauté le mobilier futur, ne s'applique pas au mobilier présent ; de même la clause excluant le mobilier à échoir par succession, ne comprend pas celui qui écherra par donation, et réciproquement. De même enfin la clause, qui exclut de la communauté tout le mobilier, sans autre explication, ne s'applique qu'au mobilier présent.

Le mobilier exclu de la communauté par une clause expresse de réalisation demeure-t-il la propriété de l'époux du chef duquel il provient, ou bien la communauté en devient-elle propriétaire, sauf à en rembourser la valeur lors de sa dissolution ? En d'autres termes, la réalisation expresse crée-t-elle des propres parfaits ou des propres imparfaits ? Si les parties se sont expliquées sur ce point dans le contrat, ou si l'ensemble des clauses qu'il contient ou la nature des biens exclus permet de découvrir leur volonté d'une manière certaine, cette volonté devra être suivie. C'est ainsi que l'estimation, donnée dans le contrat aux objets mobiliers exclus de la communauté, devrait, en général, être considérée comme emportant vente au profit de la communauté (arg. art. 1551). Ainsi encore la communauté deviendrait propriétaire des objets exclus, s'ils sont de nature à se consommer par le premier usage (arg. art. 587). Dans le doute, il paraît y avoir lieu de décider que l'époux reste propriétaire du mobilier par lui réalisé : la loi dit en effet que ce mobilier est exclu de la communauté (art. 1500) ; or ce qui est exclu de la communauté ne doit pas y entrer. Telle est d'ailleurs l'intention probable des parties contractantes. Enfin cette solution est confirmée par un argument tiré des art. 1531 et 1532.

On objecte que, d'après l'art. 1503, la reprise du mobilier a lieu en valeur, et non en nature : ce qui donne à entendre que la communauté est devenue propriétaire. — Mais, comme on le verra bientôt, ce texte n'est relatif qu'à la réalisation tacite résultant de la clause d'apport. — On objecte encore que Pothier admettait la solution contraire. — Il est vrai ! Mais les raisons sur lesquelles Pothier appuie son opinion, très faibles déjà de son temps, l'étaient plus encore à l'époque de la confection du code civil, et se trouvent aujourd'hui presque sans valeur. Elles étaient principalement tirées de la nature périssable des meubles, qui perdent beaucoup de leur valeur par l'usage et par l'effet du temps ; or cela est tout à fait sans application aux meubles qui occupent le premier rang dans notre patrimoine, savoir les meubles incorporels et principalement les valeurs de bourse.

Chaque époux demeurant en principe propriétaire du mobilier par lui réalisé, on doit en conclure : 1° qu'il subira les conséquences des cas fortuits qui feront périr ce mobilier ou en diminueront la valeur, de même qu'en sens inverse il profiterait seul des augmentations de valeur dues au cours naturel des choses ; 2° qu'il aura le droit d'en opérer la reprise en nature ; 3° que si le mobilier exclu de la communauté appartient à la femme, le mari ne pourra pas l'aliéner sans le consentement de celle-ci, et ses créanciers ne pourront pas le saisir. Cpr. supra, n. 253.

260. La clause, qui exclut de la communauté le mobilier de l'un des époux, en exclut-elle aussi ses dettes ? Il y a lieu de distinguer à cet égard si la réalisation a été faite à titre particulier ou à titre universel. La réalisation est à titre particulier, quand elle s'applique à des objets particuliers, par exemple une collection de tableaux, une bibliothèque. Elle est à titre universel, quand elle s'applique à l'universalité ou à une quote-part du mobilier soit présent, soit futur, soit présent et futur : par exemple « tout le mobilier présent », ou « un tiers du mobilier futur ».

Cela posé, la réalisation est-elle à titre particulier ? Elle n'apportera aucune modification aux règles du droit commun relativement aux dettes de l'époux dont elle émane. Les dettes mobilières de cet époux demeureront donc pour le tout à la charge de la communauté, conformément à l'art. 1409-1°. En effet la clause de réalisation, quand elle s'applique à des objets particuliers, n'empêche pas l'universalité mobilière de l'époux de tomber dans la communauté, et la communauté doit par suite supporter toutes les dettes qui sont une charge de cette universalité. *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum onus est.*

Si au contraire la réalisation est à titre universel, elle entraînera l'exclusion proportionnelle des dettes correspondant aux biens exclus.

Ainsi la clause qui exclut de la communauté la moitié du mobilier futur de tel époux, en exclura aussi pour la moitié les dettes correspondantes, c'est-à-dire les dettes des successions ou des donations qui écherront à cet époux ; car elles sont une charge des biens transmis, et doivent par suite être supportées par tous ceux qui recueillent ces biens à titre universel. Arg. art. 1411 s.

De même la clause, qui exclut de la communauté tout le mobilier présent de l'un des époux, en exclura toutes ses dettes mobilières présentes. En effet, le code civil, reproduisant sur ce point le droit admis par nos anciennes coutumes, considère les dettes mobilières antérieures au mariage comme une charge de l'universalité mobilière de chaque époux, et c'est pour cela qu'il les met à la charge de la communauté qui recueille cette universalité tout entière (art. 1409-1°). De là on doit conclure que, si l'universalité tout entière est exclue de la communauté, les dettes qui sont une charge de cette universalité en seront aussi exclues. Cette solution, qui était admise par Pothier, peut en outre être fortifiée par un argument tiré de l'art. 1514.

Par où l'on voit que, si les deux époux ont exclu de la communauté tout leur mobilier présent et tout leur mobilier futur, cette exclusion entraînant celle des dettes présentes et futures, les époux se trouvent, en fait, mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (v. art. 1498). Ce point a été contesté à tort.

261. Les dettes exclues de la communauté formellement ou virtuellement par la clause de réalisation ne doivent pas être supportées en définitive par la communauté. Mais il ne résulte pas nécessairement de là que les créanciers ne puissent pas poursuivre la communauté pour en obtenir le paiement. C'est ainsi que les créanciers du mari, dont les dettes ont été exclues de la communauté par une clause de réalisation, pourraient certainement, pendant toute la durée de l'association conjugale, poursuivre leur paiement sur les biens communs, en vertu du principe que toute dette du mari est dette de la communauté. En ce qui concerne les dettes de la femme, il y aurait lieu de faire plusieurs distinctions, dans lesquelles nous ne pouvons pas entrer. Cpr. supra, n. 256, et infra, n. 286.

II. De la réalisation tacite.

262. La réalisation tacite résulte principalement de la clause d'emploi et de la clause d'apport.

1. Clause d'emploi.

263. La clause d'emploi est celle par laquelle l'un des futurs époux stipule qu'une certaine somme, par lui apportée ou à prendre sur son mobilier, sera employée à son profit en acquisition d'immeubles. Cette clause emporte réalisation tacite de la somme affectée à l'emploi. En effet, dire qu'une certaine somme, apportée par tel époux ou à prendre sur son mobilier, sera employée en

acquisition d'immeubles qui lui seront propres, c'est bien dire que cette somme est exclue de la communauté ; comment, si elle ne l'était pas, le bien qu'elle servira à acquérir pourrait-il devenir propre ? Donc, de deux choses l'une : ou l'emploi prescrit par le contrat aura été effectué, et alors le bien acquis appartiendra en propre à l'époux, qui le reprendra en nature lors de la dissolution de la communauté ; ou bien à cette époque l'emploi n'aura pas encore été fait, et alors l'époux prélèvera la somme affectée à l'emploi.

Un admet en doctrine et en jurisprudence que l'emploi prescrit par le contrat doit être fait dans les conditions déterminées par les art. 1434 et 1435 relatifs au remploi : à défaut de quoi le bien acquis appartiendrait à la communauté. Et toutefois, cette solution n'est pas sans difficulté. Le droit des art. 1434 et 1435 est un droit d'exception, et les dispositions de ce genre ne s'étendent pas facilement d'un cas à un autre ; or, autre chose est le remploi, autre chose l'emploi. Cpr. supra, n. 71 bis.

2. Clause d'apport.

264. La clause d'apport est celle par laquelle les époux ou l'un d'eux promettent d'apporter à la communauté certains objets mobiliers spécialement désignés (corps certains.) ou tout leur mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme,

On voit par cette définition que la clause d'apport peut présenter deux variétés.

265. PREMIÈRE VARIÉTÉ : promesse d'apport d'un corps certain. Exemple : La future promet d'apporter à la communauté son argenterie. Le reste du mobilier présent se trouve virtuellement exclu de la communauté. En effet, dire qu'on apporte à la communauté certains objets mobiliers que l'on désigne, c'est bien manifester la volonté de ne pas apporter les autres. La réalisation portant eu

pareil cas sur tous les objets mobiliers non compris dans la clause, il en résulte que l'universalité des meubles présents est exclue de la communauté, donc aussi les dettes présentes, qui sont une charge de cette universalité (v. art. 1511). — Quant au mobilier futur, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui a été exposé plus haut (u. 259), il n'est pas atteint par la clause ; il tombera donc dans la communauté conformément au droit commun.

L'époux qui a promis d'apporter à la communauté certains objets mobiliers spécialement désignés, en devient débiteur envers la communauté et doit justifier de son apport. Arg. art. 1501. Il est de plus soumis à la garantie au cas d'éviction. Arg. art. 1845. Sous le régime de la communauté légale, au contraire, les époux ne sont pas garants de leurs apports, parce qu'ils apportent tout leur mobilier dans la communauté, mais sans promettre d'y faire entrer aucun objet en particulier. « Ils y mettent seulement », dit Pothier, « les effets mobiliers qu'ils ont et en tant qu'ils les ont ».

266. DEUXIÈME VARIÉTÉ : Promesse d'apport d'une somme d'argent, ou ce qui est équivalent, promesse d'apport du mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme. C'est de cette deuxième variété de la clause d'apport que la loi s'occupe exclusivement dans tous les autres textes de la section, y compris l'art. 1500 al. 2. Elle entraîne réalisation tacite du mobilier pour tout ce qui excède la somme promise ; car l'époux, qui déclare mettre son mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence de 20.000 fr., l'en exclut évidemment pour tout ce qui excède cette somme. C'est ce que dit l'art. 1500 al. 2 : « Lorsqu'ils [les époux] 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 ». Ce texte suppose la

réciprocité de la stipulation, parce qu'elle a le plus souvent ce caractère dans la pratique ; mais elle pourrait fort bien être unilatérale.

En vertu de la clause qui nous occupe, tout le mobilier présent ou futur de l'époux qui a promis l'apport tombe dans la communauté, qui en devient propriétaire sauf à compter : c'est-à-dire que, si la valeur du mobilier, tombé dans la communauté du chef de l'époux débiteur de l'apport, excède la somme promise, la communauté devient débitrice envers lui de l'excédent. Ainsi le mari a promis d'apporter son mobilier dans la communauté jusqu'à concurrence de 20.000 fr. ; la valeur nette de son mobilier présent est de 30.000 fr., et celle du mobilier qui lui échoit à titre lucratif pendant le mariage, de 25.000 fr., total 55 000 fr. L'apport effectué par le mari excède donc de 35.000 fr. celui qu'il a promis ; il aura le droit de prélever cet excédent sur la masse à partager. C'est ce que dit l'art. 1503 ainsi conçu : « Chaque époux a le droit de

- » reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté,

- » la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage,

- » ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté ».

Ainsi qu'on le voit, tandis que, par la réalisation expresse, ou par la réalisation tacite résultant de la promesse d'apport d'un corps certain, les époux conservent en principe la propriété de leur mobilier et par suite le droit d'en exiger la restitution en nature, au contraire, par la réalisation tacite résultant de la promesse d'apport d'une somme d'argent. ou de leur mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme, ils perdent la propriété de tout leur mobilier, dont la communauté devient cessionnaire à titre de dation en paiement et sauf à compter.

De là résultent plusieurs conséquences : 1° L'époux, qui a promis un apport à la communauté dans les termes de l'art.

1500, ne peut réclamer qu'une somme d'argent au cas où la valeur de son mobilier excède l'apport promis : il a droit, dit l'art. 1503, de reprendre la valeur de ce dont son mobilier excédait l'apport promis ; il ne peut donc pas exiger la restitution en nature de l'excédent, pas plus qu'on ne peut la lui imposer ;

2° Le mobilier apporté à la communauté est aux risques de celle-ci ; en revanche, les augmentations de valeur profitent à la communauté ;

3° Ce mobilier peut être aliéné par le mari, même quand il provient de la femme, et ses créanciers peuvent le saisir.

267. Aux termes de l'art. 1501 : « Cette clause [la promesse

» d'apport d'une somme d'argent] 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 ». Comment se fera cette justification ? Il faut distinguer s'il s'agit du mobilier présent ou du mobilier futur,

a. — Il s'agit du mobilier présent. On lit dans l'art. 1502 « L'apport 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 ».

Régulièrement, un débiteur établit sa libération à l'aide d'une quittance, que le créancier lui délivre lors du paiement. La loi applique cette règle à la femme : elle justifiera de l'apport de son mobilier présent à l'aide d'une quittance du mari. Le mari délivre cette quittance au nom de la communauté, qui est créancière, et dont il est le chef futur ou actuel. La quittance peut être contenue dans le

contrat de mariage. On peut aussi convenir dans le contrat que la célébration du mariage vaudra quittance ; c'est au futur époux dans ce cas de ne pas consentir au mariage, tant qu'il n'a pas reçu les valeurs promises. Mais la loi s'écarte du droit commun relativement à la preuve de l'apport du mari. On ne pouvait pas exiger qu'il rapportât une quittance de la femme ; elle n'a pas qualité pour parler au nom de la communauté qui est créancière. D'un autre côté, il eût été dérisoire de décider que le mari se donnerait quittance à lui-même. C'est pourquoi la loi dispose qu'il suffira de la déclaration du mari, portée au contrat de mariage, que son mobilier est de telle valeur. On suppose que la femme et sa famille se sont assurées, ou s'assureront avant le mariage, que le mari possède bien en réalité les sommes ou valeurs qu'il a déclarées.

L'art. 1502 n'est nullement limitatif en ce qui concerne les modes de preuve de l'apport. Argument des mots suffisamment justifiés. Tous les autres moyens de preuve du droit commun seraient donc admissibles. Ainsi la justification de l'apport pourrait être faite à l'aide d'un inventaire constatant l'importance du mobilier apporté par l'époux. Cpr. infra, n. 431.

b. — En ce qui concerne le mobilier futur, la justification de l'apport se fait par un inventaire, auquel le mari est tenu de faire procéder, même quand il s'agit de mobilier échu à la femme. Le défaut d'accomplissement de cette formalité entraînerait les conséquences indiquées en l'art. 1504, ainsi conçu : « 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 de sa consistance et valeur,

» déduction faite des dettes, le mari ne peut en exercer la reprise. —

» Si le défaut d'inventaire porte sur un mobilier échu à la femme,

» celle-ci ou ses héritiers sont admis à faire preuve, soit par titres,

» soit par témoins, soit même par commune renommée, de la valeur

» de ce mobilier ».

Si l'époux ne parvient pas à justifier que le mobilier tombé dans la communauté de son chef a une valeur au moins égale à celle de l'apport qu'il a promis à la communauté, il est débiteur de la différence. La femme ne pourrait pas s'affranchir, en renonçant à la communauté, de l'obligation de compléter son apport.

267 bis. Ce n'est pas seulement, croyons-nous, dans ses rapports avec son conjoint, mais aussi à l'encontre des créanciers de celui-ci, qu'un époux peut user des divers modes de preuve dont nous venons de parler, pour établir l'importance de ses apports à l'effet d'exercer la reprise d'une somme égale à l'excédent de valeur de son mobilier sur l'apport promis. Ainsi la femme, qui a promis d'apporter son mobilier futur à la communauté jusqu'à concurrence de 20.000 fr. et qui prétend prélever 10.000 fr. : sur la masse parce que la valeur du mobilier à elle échu durant le mariage est de 30.000 fr., justifiera suffisamment cette prétention, même à l'égard des créanciers de son mari, en usant de la preuve par la commune renommée, à défaut d'inventaire dressé par le mari ; elle pourra même user de son hypothèque légale pour l'exercice de son droit de reprise ainsi établi. Autre est le cas où un époux veut exercer en nature la reprise du mobilier qu'il s'est réservé propre. C'est alors l'art. 1499 qui est applicable (supra, n. 257). Cpr. art. 1510. En d'autres termes, l'art. 1499 est applicable à l'époux qui prétend exercer une reprise de tout ou partie de son mobilier en nature, l'art. 1504, à celui qui veut exercer une reprise en argent. Cette distinction

établie par M. Bufnoir ⁴¹ n'est pas, nous l'avons déjà vu, admise par la cour de cassation, dont nous avons exposé le système supra, n. 257. La cour suprême décide que la preuve rigoureuse exigée par l'art. 1499 (inventaire ou état en bonne forme) est requise toutes les fois qu'un époux veut établir l'importance de ses reprises à l'encontre des créanciers de la communauté, sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit du mari ou de la femme, et aussi bien lorsqu'il s'agit d'une reprise en argent que lorsqu'il s'agit d'une reprise en nature. Cpr. art. 1510. La loi ne se relâche de sa rigueur que lorsque les créanciers de la communauté sont hors de cause, lorsque tout se passe entre les époux ou leurs héritiers. Alors l'inventaire ou l'état en bonne l'orme prescrit par l'art. 1499 peut être remplacé par d'autres modes de preuve dont l'appréciation appartient aux tribunaux. Aux décisions citées au n. 257, adde Grenoble, 15 nov. 1910, D., 11. 2. 217, et la note, et Nancy, 1^{er} juil. 1911, S., 12. 2. 55.

SECTION III

DE LA CLAUSE D'AMEUBLISSEMENT

268. Définition. Aux termes de l'art. 1505 : « Lorsque les époux

» ou l'un d'eux font entrer dans la communauté tout ou partie de

» leurs immeubles présents ou futurs, celle clause s'appelle AMEUBLISSEMENT ». Dénomination fort bien choisie, comme celle d'immobilisation qui lui fait antithèse, parce qu'elle fait très clairement entendre que les immeubles, objet de la clause, sont assimilés à des meubles, en ce sens qu'ils tombent dans la communauté.

La clause d'ameublement est la contre-partie de la clause de réalisation. Tandis que celle ci exclut de la

communauté des biens qui devraient y entrer d'après les règles du droit commun, celle-là au contraire fait tomber dans la communauté des biens que le droit commun en exclurait. La clause de réalisation est donc restrictive de la communauté légale, tandis que la clause d'ameublement est extensive de cette même communauté.

Mais, si la clause d'ameublement diffère à cet égard de la clause de réalisation, elle lui ressemble en ce qu'elle déroge au droit commun : ce qui lui rend applicable le principe de l'interprétation restrictive. Ainsi la clause, par laquelle l'un des époux a déclaré ameubler tous ses immeubles, sans autre explication, devra en général être restreinte aux immeubles présents.

Les deux clauses se ressemblent à un autre point de vue. Elles servent l'une et l'autre, quoique par un moyen inverse, à égaliser les apports des deux époux dans la communauté.

Ainsi, le futur époux a une fortune entièrement composée d'immeubles, dont la valeur est de 100.000 fr., et la future, une fortune toute mobilière s'élevant au chiffre de 100.000 fr. également. L'adoption du régime de la communauté légale ferait tomber dans la communauté toute la fortune de la future épouse, tandis que le futur n'y mettrait aucune partie de la sienne ; ce dernier serait donc appelé à recueillir plus tard, par le partage de la communauté, une portion de la fortune de la femme, qui serait ainsi perdue pour celle-ci et sa famille. On peut prévenir ce résultat, soit par une clause de réalisation, soit par une clause d'ameublement : — par une clause de réalisation, en stipulant que le mobilier de la femme lui restera propre ; alors chaque époux conservera propres tous ses biens présents ; — par une clause d'ameublement, en stipulant que les immeubles du futur tomberont dans la communauté, et alors chaque époux mettra tout son avoir dans la communauté. On peut encore combiner l'emploi des deux clauses, convenir par exemple, dans l'espèce

proposée, que la femme n'apportera son mobilier à la communauté que jusqu'à concurrence de 20.000 fr., et que le mari y fera entrer ses immeubles jusqu'à concurrence de pareille somme.

269. La clause d'ameublement appartient plus au passé qu'à l'avenir. Réduite au mobilier que la loi y fait entrer, la communauté était pauvre à une époque où la fortune mobilière était sans importance. Assise sur la même base, elle sera souvent trop riche de nos jours, où la fortune mobilière est devenue la rivale et presque l'égale de la fortune immobilière. Aussi, tandis qu'anciennement la stipulation des parties tendait le plus souvent à augmenter le domaine de la communauté, elle tend plutôt aujourd'hui à le restreindre. On s'explique ainsi facilement qu'au lieu d'égaliser, comme le faisaient volontiers nos pères, les apports des époux par l'ameublement, qui est extensif de la communauté légale, nous les égalisons de préférence par une clause restrictive, la réalisation, ou par la stipulation de la communauté réduite aux acquêts, qui est la puissance la plus élevée de la réalisation.

270. La clause d'ameublement peut être unilatérale ou bilatérale (art. 1505). Quand elle est bilatérale, il n'est nullement nécessaire que les immeubles ameublis de part et d'autre aient la même valeur.

La clause, par laquelle un époux promet d'apporter à la communauté une certaine somme à prendre sur ses biens immeubles en cas d'insuffisance des meubles, ne renferme pas d'ameublement. C'est une simple clause d'apport, avec affectation des immeubles au paiement de la somme promise. A moins cependant que l'époux n'ait déclaré que ses immeubles seraient ameublis, ou sortiraient nature de conquêts jusqu'à concurrence de la somme indiquée.

I. Des diverses espèces d'ameublement.

271. Aux termes de l'art. 1506 : « L'ameublement peut être

» déterminé ou indéterminé. — Il est déterminé quand l'époux a

» déclaré ameubler et mettre en communauté un tel immeuble en

» tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — Il est indéterminé

» quand l'époux a simplement déclaré apporter en communauté

» ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme ».

Ainsi, l'ameublement déterminé est celui qui porte sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés, et le code en distingue deux variétés, suivant que l'immeuble ou les immeubles objet de la clause sont ameublés en totalité ou seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme. L'ameublement indéterminé est celui qui porte sur tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

La loi a établi cette classification, qui est très vicieuse, ainsi qu'on le verra bientôt, en vue de régler les effets de l'ameublement, dont nous allons nous occuper à l'instant même.

II. Effets de l'ameublement.

A. Effets de l'ameublement déterminé.

272. Il faut étudier séparément, au point de vue de leurs effets, les deux variétés d'ameublement déterminé que la loi distingue.

PREMIÈRE VARIÉTÉ. Ameublement d'un tel immeuble en totalité.

273. Le contrat de mariage porte par exemple : la future épouse ameublit l'immeuble A, ou bien l'immeuble A et l'immeuble B, en totalité. L'effet de cet ameublissement est réglé par l'art. 1507 al. 1 et 2, ainsi conçu : « 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. — Lorsque l'immeuble

» ou les immeubles de la femme sont ameublés en totalité,

» le mari en peut disposer comme des autres effets de la communauté,

» et les aliéner en totalité ».

En disposant que les immeubles ameublés deviennent biens de la communauté comme les meubles mêmes, le législateur veut seulement exprimer cette idée, que lesdits immeubles sont assimilés aux meubles en ce sens qu'ils tombent comme eux dans la communauté. Mais il n'a pas pu entrer dans sa pensée que les immeubles ameublés seraient assimilés à tous autres points de vue aux meubles de la communauté ; d'où résulterait notamment cette conséquence qu'ils ne seraient pas susceptibles d'hypothèque (arg. art. 2118).

Le principe est donc que la communauté devient propriétaire de l'immeuble ou des immeubles faisant l'objet de l'ameublissement dont nous nous occupons ; ils deviennent conquêts de la communauté, et sont régis par les mêmes règles que les autres immeubles appartenant à la communauté. Il s'ensuit notamment que ces immeubles doivent être compris dans la masse partageable lors de la dissolution de l'association conjugale. Et toutefois l'art. 1509 accorde un privilège spécial à l'époux dont l'ameublissement, émane : « L'époux qui a ameubli un héritage, a, lors du partage,

» la faculté de le retenir en le précomptant sur sa part pour le prix

» qu'il vaut alors ; et ses héritiers ont le même droit ». L'immeuble ameubli est souvent un bien de famille, et la loi tient compte du légitime désir, que peut avoir l'époux du chef duquel il provient, de le conserver en nature.

Mais c'est une disposition exorbitante du droit commun ; elle ne saurait donc être étendue en dehors des termes de la loi. Concluons-en que la femme qui renonce à la communauté ne pourrait pas en invoquer le bénéfice, l'art. 1509 se plaçant dans l'hypothèse d'un partage de la communauté, ce qui suppose nécessairement l'acceptation de la femme.

DEUXIÈME VARIÉTÉ. Ameublissement d'un ou de plusieurs immeubles spécialement désignés, jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

274. L'art. 1507 al. 3, prévoyant le cas où un ameublissement de cette nature a été fait par la femme, dispose : « 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 ». Le mari aura donc, dans cette hypothèse, le droit d'hypothéquer sans avoir celui d'aliéner. C'est une exception au principe de l'art. 2124, d'après lequel : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». Nous verrons bientôt sur quelles considérations cette exception est fondée.

B. Effets de l'ameublissement indéterminé.

275. Les effets de l'ameublement indéterminé sont indiqués par l'art. 1508.

L'alinéa 1 de cet article dispose : « 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 ».

L'ameublement indéterminé fait donc acquérir à la communauté un droit de créance, en vertu duquel elle peut exiger que l'époux auteur de l'ameublement fasse entrer dans la masse un ou plusieurs de ses immeubles, à son choix, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise.

Au cas particulier où l'ameublement indéterminé émane de la femme, l'art. 1508 al. 2 dispose : « Le mari ne peut, comme en

» l'article précédent, aliéner en tout ou en partie, sans le consentement

» de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublement

» indéterminé ; mais il peut les hypothéquer jusqu'à

» concurrence de cet ameublement ».

276. On voit que l'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme produit toujours les mêmes effets, soit qu'il affecte un ou plusieurs immeubles spécialement désignés (art. 1507 al. 3), soit qu'il les affecte tous d'une manière générale (art. 1508) ; et dès lors il est bizarre que la loi déclare cet ameublement déterminé dans le premier cas et indéterminé dans le second. Une semblable terminologie ne peut servir qu'à embrouiller les idées. Rationnellement, il aurait fallu comprendre dans une même

catégorie tous les cas d'ameublement jusqu'à concurrence d'une certaine somme, qui ne font jamais naître qu'un droit de créance au profit de la communauté, et les désigner sous une dénomination unique, celle d'ameublement en valeur, si l'on veut. Tous les autres cas d'ameublement, qui rendent la communauté propriétaire, auraient alors composé une deuxième catégorie, sous le nom d'ameublement en propriété, par exemple.

* Quelques auteurs cependant s'en tiennent à la lettre de la loi, et maintiennent la distinction dans les termes mêmes où l'art. 1506 l'établit. Selon eux, il n'est pas exact de dire que la deuxième variété de l'ameublement déterminé (ameublement d'un tel immeuble jusqu'à concurrence d'une certaine somme) produit les mêmes effets que l'ameublement indéterminé (ameublement de tous les immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme). La différence consisterait en ce que, tandis que l'ameublement indéterminé ne ferait acquérir à la communauté qu'un droit de créance, l'ameublement déterminé de la deuxième espèce, au contraire, rendrait la communauté propriétaire de l'immeuble ameubli, proportionnellement à la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu ; la communauté et l'époux seraient donc copropriétaires par indivis. On argumente en ce sens de l'art. 1507 al. 1, qui est conçu dans les termes les plus généraux, et doit par conséquent, dit-on, être appliqué à tous les cas d'ameublement déterminé. — Ce système engendre des conséquences devant lesquelles ses partisans eux-mêmes reculent, et, parmi celles qu'ils acceptent, il y en a qui ne sont guère acceptables. Ainsi ils admettent que les créanciers de la communauté et ceux du mari peuvent saisir l'immeuble provenant du chef de la femme jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il a été ameubli. Mais alors qui se chargera d'expliquer pourquoi le même droit n'appartient pas à ces mêmes

créanciers au cas d'ameublement indéterminé ? Nous préférons considérer l'art. 1507 al. 1 comme écrit seulement en vue de l'ameublement déterminé de la première espèce. D'ailleurs l'ordre naturel des idées l'indique : l'alinéa 2 de l'art. 1507 est exclusivement relatif à l'ameublement déterminé de la première espèce, il doit en être de même vraisemblablement de l'alinéa 1 ; puis viennent l'alinéa 3, qui est relatif à l'ameublement déterminé de la deuxième espèce, et l'art. 1508 relatif à l'ameublement indéterminé.

III. Développements sur les effets de l'ameublement.

277. Les explications qui précèdent avaient pour but de débayer le terrain, en liquidant la question des textes, et en montrant qu'après avoir annoncé dans l'art. 1506 une certaine classification des diverses espèces d'ameublement, le législateur l'abandonne quand il arrive à l'application pratique de la distinction, c'est-à-dire aux effets de l'ameublement. Il ne se préoccupe plus alors en réalité que de savoir si l'ameublement a été fait en propriété ou en valeur. Nous laisserons donc désormais de côté la distinction annoncée par le législateur pour ne nous occuper que de celle qu'il a appliquée.

Avant d'entrer dans les détails, observons que l'ameublement soit en propriété, soit en valeur, peut être général ou particulier : général, quand il affecte l'universalité ou une quote-part de l'universalité des immeubles ; particulier, quand il affecte seulement certains immeubles spécialement désignés.

1. Ameublement en propriété.

278. Principe. L'ameublement en propriété, nous l'avons dit, et d'ailleurs le nom suffit à l'indiquer, rend la communauté propriétaire. Les immeubles ameublés deviennent conquêts de communauté. Caen, 7 juil. 1902, S., 05. 2. 257, D., 07. 2. 177. Il n'y a pas lieu de distinguer si l'ameublement est général ou particulier, ni s'il porte sur la totalité des immeubles ameublés ou sur une partie aliquote, comme un tiers, un quart ; seulement, dans ce dernier cas, la communauté acquiert une propriété indivise avec l'époux.

Conséquences. 1° Le mari a sur les immeubles ameublés en propriété les mêmes droits, ni plus ni moins, que sur les autres immeubles de la communauté. Ainsi il peut les aliéner à titre onéreux sans le consentement de sa femme, même quand ils proviennent du chef de celle-ci (art. 1507 al. 2). Mais, sauf l'exception prévue par l'art. 1422, il ne peut pas les aliéner à titre gratuit, même quand ils proviennent de son propre chef, de sorte que la clause d'ameublement restreint, dans ce dernier cas, les pouvoirs qui appartenaient auparavant au mari sur le bien ameublé.

2° Les créanciers de la communauté peuvent saisir les immeubles ameublés pour obtenir leur paiement.

3° Les risques de perte ou de détérioration de ces immeubles sont pour le compte de la communauté, qui en revanche profiterait des améliorations.

2. Ameublement en valeur.

279. Les immeubles ameublés en valeur, c'est-à-dire jusqu'à concurrence d'une certaine somme, demeurent la propriété de l'époux qui a fait l'ameublement, sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'ameublement est particulier ou général. La communauté acquiert seulement, jusqu'à concurrence de la somme fixée, un droit de créance avec assignat limitatif comme on l'a fort bien dit, sur l'immeuble

ou sur les immeubles ameublis : c'est l'immeuble plutôt que l'époux qui est débiteur, res non persona debet.

D'après M. Colmet de Santerre, la communauté acquerrait un droit réel sur les immeubles de l'époux qui a fait l'ameublement en valeur : ce qui conduit notamment à décider que cette clause doit être transcrite, et que les aliénations faites par l'époux ne sont pas opposables à la communauté, en tant qu'elles portent atteinte à son droit. Cette solution nous paraît en opposition avec le texte de l'art. 1508 al. 1, d'après lequel l'effet de l'ameublement indéterminé se réduit à obliger l'époux à comprendre dans la masse quelques-uns de ses immeubles. Si l'époux est débiteur, la communauté ne peut être que créancière.

La communauté, qu'on le remarque bien, est créancière, non d'une somme d'argent, au paiement de laquelle les immeubles ameublis seraient affectés, mais bien d'immeubles de l'époux jusqu'à concurrence de la somme fixée ; et de là il résulte notamment :

1° Que la créance de la communauté est immobilière ;

2° Que si tous les immeubles ameublis en valeur périssent par cas fortuit, le droit de la communauté est éteint ; car l'époux se trouve, sans qu'il y ait faute de sa part, dans l'impossibilité de remplir son obligation ; il est donc libéré (art. 1302). Cette impossibilité n'existe pas, si quelques-uns seulement des immeubles ameublis ont péri : l'époux est donc tenu de remplir son obligation sur ceux qui lui restent ;

3° Si les immeubles ameublis ont une valeur inférieure à la somme promise, la communauté ne peut exiger que la somme soit complétée sur les autres biens de l'époux.

A ces divers points de vue, la clause d'ameublement diffère de la clause d'apport, qui engendre à la charge de l'époux débiteur une obligation indéfinie sur tous ses biens :

4° Que le mari ne peut pas aliéner les immeubles ameublis en valeur par la femme et que ses créanciers ne

peuvent pas les saisir. Nous l'avons déjà dit.

280. La communauté a deux moyens de réaliser le droit de créance que fait naître à son profit l'ameublement en valeur.

a. — Le premier, qui ne peut être employé que pendant la durée de l'association conjugale, consiste à faire de l'argent en hypothéquant les biens ameublés, jusqu'à concurrence de la somme fixée. C'est le mari qui a le droit de constituer cette hypothèque, sans que le consentement de la femme lui soit nécessaire, même lorsqu'il s'agit d'immeubles provenant du chef de celle-ci. Mais le mari n'a pas le droit d'aliéner l'immeuble ou les immeubles ameublés, au moins quand l'ameublement émane de la femme. On s'étonnera, si l'on veut, que la loi accorde au mari le droit d'hypothéquer et lui refuse le droit d'aliéner : ce qui est une dérogation grave à la règle, d'après laquelle le droit d'aliéner et celui d'hypothéquer marchent de pair (art. 2124). La rigueur des principes aurait conduit à refuser à la communauté, représentée par le mari, la faculté d'hypothéquer aussi bien que celle d'aliéner ; car la femme demeure propriétaire, et notre droit interdit l'hypothèque aussi bien que l'aliénation de la chose d'autrui. Mais il fallait bien cependant que le chef de la communauté pût tirer parti de la valeur dont l'ameublement a enrichi la communauté, car c'est sans doute pour augmenter son crédit que l'ameublement a été fait ; voilà pourquoi la loi a autorisé la constitution d'hypothèque. Elle n'a pas permis l'aliénation, parce qu'elle aurait offert pour la femme un danger particulièrement grave. Il s'agit, qu'on le remarque bien, d'un ameublement fait jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; or, si on avait voulu concéder au mari le droit d'aliénation, il aurait fallu lui permettre d'aliéner les immeubles ameublés, jusqu'à concurrence de la somme fixée. L'aliénation aurait donc été valable par cela seul que le mari l'aurait faite pour un prix n'excédant pas cette

somme, et il aurait pu compromettre ainsi les intérêts de la femme en vendant ses biens à vil prix. L'hypothèque n'offrait pas ce danger, et telle est la raison pour laquelle la loi l'a autorisée.

b. — Le deuxième moyen, qui ne peut être employé que lors de la dissolution de la communauté, et seulement quand le droit résultant de l'ameublement n'a pas été épuisé par une constitution d'hypothèque, consiste à exiger que l'immeuble ou les immeubles ameublés soient compris dans la masse partageable jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle l'ameublement a eu lieu.

3. Règles communes à l'ameublement en propriété et à l'ameublement en valeur.

281. L'ameublement en propriété et l'ameublement en valeur sont gouvernés par les mêmes règles sous les divers points de vue qui suivent :

1° L'ameublement soit en propriété, soit en valeur, laisse les époux soumis au droit commun en ce qui concerne leurs dettes.

* Cependant, au cas d'ameublement par un époux de tous ses immeubles en propriété, l'universalité immobilière de cet époux entrant dans la communauté, il y aurait lieu d'y faire entrer comme contre-partie les dettes correspondantes que le droit commun en exclut. Ainsi, en supposant que l'un des époux ait ameublé tous ses immeubles présents, ses dettes immobilières présentes tomberont dans la communauté ; elles sont une charge de l'universalité que l'époux met dans la communauté.

2° Qu'il soit fait en propriété ou en valeur, l'ameublement ne soumet l'époux dont il émane à aucune garantie, lorsqu'il porte sur la généralité des immeubles, ou même sur les immeubles que l'époux possède dans tel département, dans telle commune... ; car en pareil cas l'époux n'a spécifié aucun immeuble, qu'il ait

promis d'apporter à la communauté soit en propriété, soit en valeur ; il a ameubli les immeubles en tant qu'il les avait et comme il les avait. Au contraire, l'ameublement, même en valeur, soumet l'époux dont il émane à la garantie à raison des évictions ayant une cause antérieure au mariage, lorsqu'il a pour objet certains immeubles spécialement désignés, l'immeuble A et l'immeuble B par exemple.

* Mais, au cas d'ameublement en valeur, l'éviction ne pourrait donner lieu à garantie au profit de la communauté que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble évincé, en supposant qu'elle fût inférieure à la somme promise.

3° L'époux, qui a ameubli un héritage, a toujours le droit, lors du partage, de le retenir en le précomptant sur sa part. La loi, il est vrai, ne consacre ce droit que pour le cas d'ameublement en propriété (art. 1509) ; mais on ne concevrait pas qu'il fût refusé à l'époux qui a fait un ameublement en valeur, puisque cet ameublement confère à la communauté des droits beaucoup moins étendus que l'ameublement en propriété.

Lorsque l'ameublement en valeur porte sur plusieurs immeubles, le choix de ceux à comprendre dans la masse appartient à l'époux débiteur. Arg. art. 1247 al. 2.

SECTION IV

DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DES DETTES

282. Le législateur s'occupe dans cette section : 1° de la séparation des dettes stipulée expressément (art. 1510) ; 2° de deux clauses qui entraînent implicitement une séparation des dettes plus ou moins complète dans ses effets : la clause d'apport et la clause de franc et quitte.

§ I. De la séparation des dettes stipulée expressément.

283. Les époux peuvent stipuler, dans leur contrat de mariage, qu'ils paieront, séparément, en tout ou en partie, leurs dettes mobilières antérieures au mariage, ou en d'autres termes que ces dettes seront exclues de la communauté. Cette stipulation est connue sous le nom de clause de séparation des dettes. Elle a pour but d'égaliser les apports passifs des époux, de même qu'en sens inverse la clause de réalisation sert à égaliser leurs apports actifs.

La clause de séparation des dettes peut être unilatérale ; mais dans la pratique elle est presque toujours bilatérale, et c'est pour cela que le législateur lui suppose ce caractère dans l'art. 1510. Le même motif permet d'expliquer comment la loi a pu nous présenter la clause de séparation des dettes comme ne s'appliquant qu'aux dettes présentes des époux (v. art. 1512, 1513 et surtout art. 1491-10) : ici encore on ne s'est préoccupé que de la clause usuelle. Il est même assez difficile de comprendre que les parties puissent songer à exclure leurs dettes futures de la communauté. En effet, la stipulation serait nulle, en tant que portant atteinte aux droits du mari comme chef, si elle s'appliquait aux dettes contractées pendant le cours du mariage par le mari ou par la femme autorisée de lui (arg. art. 1388) ; et, quant aux dettes des successions ou donations mobilières qui écherront aux époux pendant le cours du mariage, la stipulation, qui tout en laissant à la communauté l'actif de ces successions ou donations, en exclurait le passif, serait peut-être valable (arg. art. 1387) ; mais quels sont donc les époux qui auront la fantaisie de faire une pareille stipulation ? Dès lors, il est bien inutile de s'en préoccuper.

En fait, sinon eu droit, la clause de séparation des dettes n'a donc trait qu'aux dettes présentes, c'est-à-dire antérieures au mariage. On doit considérer comme telles

toutes les dettes des époux dont la cause est antérieure au mariage. Ainsi l'amende ou les réparations civiles, auxquelles l'un des époux est condamné pendant le mariage à raison d'un délit par lui commis avant la célébration, constituent des dettes antérieures au mariage, comprises par conséquent à ce titre dans la clause de séparation des dettes. Il en est de même d'une dette née d'un contrat conditionnel antérieur au mariage, alors même que la condition ne se serait réalisée que depuis. Arg. art. 1179.

284. Effets de la clause de séparation des dettes. — On lit dans l'art. 1510 : « 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, respectivement

» raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la

» communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur.

» — Cette obligation est la même soit qu'il y ait en 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 communauté. — Les créanciers ont

» le même droit sur le mobilier qui serait échu aux époux

pendant

» la communauté, s'il n'a pas été pareillement constaté par un

» inventaire ou état authentique ».

On voit que les effets de la clause varient, suivant qu'on l'envisage par rapport aux époux ou par rapport aux créanciers.

285. a. — Effet entre les époux. La loi dit que la clause de séparation des dettes oblige les époux « à se faire, lors de la dissolution de la communauté, respectivement raison des dettes qui sont justifiées avoir été acquittées par la communauté à la décharge de celui des époux qui en était débiteur » : ce qui signifie qu'il est dû récompense à la communauté lorsqu'elle a acquitté une dette qui devait être payée séparément par l'un des époux. C'est une application du principe écrit en l'art. 1437. Il importe peu d'ailleurs que la communauté ait payé spontanément ou sur la poursuite des créanciers.

L'effet de la clause de séparation des dettes entre les époux est indépendant de la confection d'un inventaire. Au contraire, comme on va le voir bientôt, un inventaire ou un état authentique est nécessaire pour que la clause de séparation des dettes soit opposable aux créanciers.

Aux termes de l'art. 1512 : « La clause de séparation des dettes

» n'empêche point que la communauté ne soit chargée des intérêts

» et arrérages qui ont couru depuis le mariage ». Cette disposition, qui n'est qu'une application du principe consacré par l'art. 1409-3°, était inutile. La communauté, ayant la jouissance de tous les biens des époux, devait nécessairement supporter les intérêts de leurs dettes personnelles, qui sont une charge de cette jouissance. Il s'agit seulement des intérêts qui ont couru depuis le mariage ; ceux courus avant seraient supportés par l'époux

débiteur comme charge de la jouissance antérieure au mariage.

286. b. — Effet de la clause de séparation des dettes à l'égard des créanciers. Durant la communauté, les créanciers de chaque époux (en supposant la clause bilatérale) ne peuvent poursuivre, outre les biens personnels de leur débiteur, que le mobilier tombé de son chef dans la communauté, lorsque ce mobilier a été constaté par un inventaire ou par un état authentique. Arg. a contrario art. 1510 al. 2. En l'absence d'inventaire ou d'état, le mobilier des époux étant confondu dans la communauté, la loi permet aux créanciers soit de l'un, soit de l'autre époux, de poursuivre tout le mobilier, et même les autres biens de la communauté. Tel est, condensé dans quelques mots, le système adopté par notre législateur. Il est basé, comme on le voit, sur une distinction. Est-il impossible, à raison du défaut d'inventaire ou d'état, de constater d'une manière régulière l'importance du mobilier apporté par chaque époux dans la communauté ? La loi dit que les créanciers de chaque époux peuvent s'attaquer à tous les biens de la communauté, par conséquent même aux immeubles, car ils ont peut-être été achetés avec l'argent provenant de l'époux débiteur ou avec le produit de la vente de son mobilier. Existe-t-il au contraire un titre régulier permettant de constater l'importance de l'apport fait par chaque époux ? Notre texte ne dit pas ce qui arrivera dans cette hypothèse ; mais il sous-entend évidemment que les créanciers de chaque époux n'auront pour gage, outre ses propres, que les biens tombés dans la communauté de son chef.

En somme, durant la communauté, la clause de séparation des dettes ne peut être opposée par l'un des époux aux créanciers de l'autre, qu'autant qu'il existe un inventaire ou un état permettant de constater d'une manière régulière l'apport de l'époux débiteur à la communauté ; alors ses créanciers ne peuvent poursuivre,

outre ses biens personnels, que le mobilier tombé dans la communauté de son chef. L'inventaire ou l'état doit être antérieur au mariage, en ce qui concerne le mobilier apporté lors du mariage. A défaut d'inventaire ou d'état, les créanciers peuvent poursuivre tous les biens de la communauté, et en outre les biens personnels du mari, même, suivant l'opinion générale, lorsque la dette provient du chef de la femme (arg. art. 1419) Cpr. supra, n. 257 et 267 bis.

A la dissolution de la communauté, la clause de séparation des dettes produit pleinement ses effets erga omnes, indépendamment de la confection de tout inventaire ou état. Désormais les créanciers de chaque époux ne pourront poursuivre le paiement des dettes exclues de la communauté que sur les biens personnels de l'époux débiteur et sur sa part de communauté, sauf à faire déterminer cette part par un partage.

287. D'après l'opinion que nous venons d'émettre, la séparation des dettes est opposable aux créanciers du mari, aussi bien qu'à ceux de la femme, lorsque les formalités prescrites par la loi ont été remplies. Un parti important dans la doctrine soutient au contraire que la séparation des dettes n'est jamais opposable aux créanciers du mari ; ceux-ci auraient donc le droit de poursuivre dans tous les cas leur paiement sur tous les biens de la communauté indistinctement, y compris ceux provenant du chef de la femme, même lorsqu'il existe un inventaire permettant de les isoler de ceux qui proviennent du chef du mari. On ferait ainsi, au cas de clause de séparation des dettes, une situation différente aux créanciers du mari et à ceux de la femme. — Certes, le texte de la loi n'est pas favorable à cette interprétation. L'art. 1510 parle dans une seule et même phrase des créanciers du mari et de ceux de la femme ; et si l'argument a contrario qu'on tire de ses termes est trouvé bon en ce qui concerne les créanciers de la femme, à l'effet de restreindre leur droit de poursuite au

mobilier provenant de la femme, lorsqu'il existe un inventaire ou un état permettant d'en constater l'importance, on s'explique difficilement que ce même argument puisse être mauvais en ce qui concerne les créanciers du mari. D'ailleurs l'intention des parties ne paraît guère douteuse. Dans la pratique, la clause de séparation des dettes est presque toujours stipulée contre le mari, dont on connaît ou dont on soupçonne les dettes. Que veut alors la femme ? Evidemment, soustraire son avoir aux créanciers du mari, et c'est ne tenir aucun compte de cette volonté que de permettre auxdits créanciers, même quand toutes les formalités prescrites par la loi ont été remplies, de poursuivre leur paiement sur le mobilier apporté par la femme. — On objecte que toute dette du mari est dette de la communauté, que par conséquent les créanciers du mari ont pour gage tous les biens de la communauté. — Sans doute telle est la règle ; mais les parties y ont dérogé en stipulant la séparation des dettes, et la dérogation est valable, car la règle n'est pas d'ordre public. — On insiste, et l'on dit que le mari, malgré la clause de séparation des dettes, a incontestablement le droit, en vertu du pouvoir absolu que la loi lui accorde (art. 1421), d'employer au paiement de ses dettes tous les biens de la communauté, y compris ceux qui proviennent de sa femme ; or, dit-on, si le mari a ce droit, ses créanciers l'ont aussi, par application de l'art. 1166. — Est-il bien vrai que le mari ait le droit dont on parle, en présence de la clause de séparation des dettes ? Cette clause n'a-t-elle pas eu précisément pour but de restreindre sur ce point ses pouvoirs ? Sans doute, en fait, le mari peut employer tous les biens de la communauté au paiement de ses dettes ; mais le fait n'est pas le droit, et les créanciers ne peuvent exercer du chef du mari que les droits qui appartiennent à celui-ci.

§ II. Des clauses qui entraînent séparation tacite des dettes.

288. Parmi les clauses d'où résulte implicitement la séparation des dettes, le législateur en signale deux dans cette section : la clause d'apport et la clause de franc et quitte. étudions les successivement.

I. Clause d'apport.

289. Aux termes de l'art. 1511 : « Lorsque les époux apportent

» dans la communauté une somme certaine ou un corps certain, un

» tel apport emporte la convection 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 ».

L'apport promis à la communauté doit être net ; car telle a été vraisemblablement la commune intention des parties. Voilà pourquoi la loi décide que, si cet apport se trouve diminué par les dettes que la communauté a été obligée de payer du chef de l'époux débiteur de l'apport, elle aura droit à récompense. Ainsi la femme a promis d'apporter à la communauté son argenterie, qui vaut 5.000 fr. ; la communauté paie 2.000 fr. de dettes, dont la femme était grevée lors du mariage. Elle aura droit de ce chef à récompense ; autrement elle ne recevrait en réalité qu'une valeur de 3.000 fr. — Supposons encore que la femme ait promis d'apporter 10.000 fr. à la communauté, ou, ce qui est équivalent, qu'elle ait promis d'apporter son mobilier jusqu'à concurrence de 10.000 fr. ; la valeur dudit mobilier est par hypothèse de 12.000 fr., elle excède donc de 2.000

fr. l'apport promis, ce qui rend la femme créancière d'une récompense de 2.000 fr. (supra, n. 266) ; mais, d'un autre côté, la femme a 6.000 fr. de dettes que la communauté paie. La communauté a droit de ce dernier chef à une récompense de 6.000 fr., et, en déduisant les 2.000 fr. qu'elle doit de son côté pour l'excédent de valeur du mobilier, elle reste finalement créancière d'une récompense de 4.000 fr.

Inter conjuges, la clause d'apport produit donc un effet analogue à celui que produirait une clause expresse de séparation des dettes.

La clause d'apport a-t-elle la même vertu à l'égard des créanciers ? Peut-elle leur être opposée, comme pourrait l'être une clause expresse de séparation des dettes ? L'art. 1511 ne s'est pas occupé de cette question, et elle doit par conséquent être résolue d'après les principes généraux ; ils conduisent à la distinction suivante :

a. — L'apport promis consiste-t-il en un corps certain, comme une galerie de tableaux par exemple ? En pareil cas, l'époux ne met dans la communauté que des objets déterminés ; il en exclut l'universalité de ses meubles, qu'il se réserve propre, et par suite ses dettes mobilières qui sont une charge de cette universalité. Il y a donc véritablement séparation des dettes, quoique cela n'ait pas été exprimé ; et, comme rien n'autorise à dire que la clause de séparation des dettes doit être expresse pour produire son effet à l'égard des créanciers, nous en concluons qu'elle pourrait leur être opposée, sous les conditions déterminées par l'art. 1510 bien entendu.

b. — Si au contraire l'apport promis consiste en une somme d'argent, stipulation qui, nous l'avons démontré, équivaut à celle par laquelle le mobilier est mis dans la communauté jusqu'à concurrence de ladite somme (supra, n. 266), l'universalité mobilière de l'époux tombe dans la communauté, et avec elle les dettes mobilières qui en sont une charge. Il n'y a donc pas, dans la réalité des choses,

séparation des dettes, et par suite la clause ne produit pas d'effet à l'égard des créanciers.

II. Clause de franc et quitte.

290 La clause de franc et quitte, qu'il ne faut pas confondre avec la clause de reprise d'apport franc et quitte (art. 1514), est celle par laquelle l'un des époux se déclare ou est déclaré par un tiers, parent ou étranger, franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage. L'art. 1513 dit à ce sujet : « Lorsque la communauté

- » est poursuivie pour les dettes de l'un des époux. déclaré, par contrat,

- » franc et quitte de toutes dettes antérieures au mariage, le

- » conjoint a droit à une indemnité qui se prend soit sur la part de

- » communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels

- » dudit époux ; et, en cas d'insuffisance, cette indemnité

- » peut être poursuivie par voie de garantie contre le père, la mère,

- » l'ascendant ou le tuteur qui l'auraient déclaré franc et quitte. —

- » Cette garantie peut même être exercée par le mari durant la communauté,

- » si la dette provient du chef de la femme ; sauf, en ce

- » cas, le remboursement dû par la femme ou ses héritiers aux

- » garants, après la dissolution de la communauté ». Nous avons déjà dit que la clause de franc et quitte emporte tacitement séparation des dettes en ce qui concerne l'époux déclaré franc et quitte.

Le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte doit naturellement croire à l'exactitude de cette déclaration. Il a droit à une indemnité si la déclaration est fausse, ce qui

apparaît lorsque la communauté est poursuivie à raison des dettes de l'époux déclaré franc et quitte. Cette indemnité est due d'abord par l'époux faussement déclaré franc et quitte, même quand il est demeuré étranger à la déclaration, car il est censé se l'être appropriée par son silence. Elle est due en outre par l'auteur ou par les auteurs de la fausse déclaration ; car ils ont implicitement pris l'engagement de réparer le préjudice causé par leur faute. Tel est l'effet de la clause de franc et quitte. Il présente beaucoup d'analogie avec celui que produit une clause de séparation des dettes, et cela explique le voisinage des deux clauses dans le code civil.

Notons tout de suite deux différences entre la clause de séparation des dettes et la clause de franc et quitte :

1° La clause de séparation des dettes est opposable aux créanciers des époux, quand leur mobilier a été constaté par inventaire ou état authentique. Au contraire, la clause de franc et quitte n'est jamais opposable aux créanciers : cela résulte par argument de l'art. 1513 al. 1, qui suppose que la communauté est poursuivie à raison des dettes de l'époux déclaré franc et quitte, et forcée de payer.

2° La clause de séparation des dettes n'empêche pas la communauté d'être tenue de supporter les intérêts des dettes des époux (art. 1512) : la communauté qui a payé ces dettes n'a donc droit à récompense que pour le capital. Au contraire, l'indemnité, due au conjoint de l'époux faussement déclaré franc et quitte, doit comprendre non seulement le préjudice résultant du paiement du capital, mais aussi celui résultant du paiement des intérêts courus pendant le mariage. Cass., 29 mai 1888, S., 89. 1. 68. Cette différence est facile à justifier. Le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte a dû croire que celui-ci n'avait pas de dettes, et que par suite la communauté n'aurait à payer de son chef ni capital ni intérêts. Au contraire, la clause de séparation des dettes annonce l'existence de dettes, et on considère que les époux entendent les exclure de la

communauté pour le capital seulement, non pour les intérêts.

291. La loi, statuant toujours en vue des cas les plus usuels, suppose dans l'art. 1513 que la déclaration de franc et quitte est faite par le père, la mère, l'ascendant ou le tuteur de l'époux. Mais il est certain que cette déclaration pourrait aussi émaner soit d'un tiers non parent, soit de l'époux lui-même.

Quel que soit l'auteur de la déclaration, la responsabilité qu'elle engendre pèse toujours en première ligne sur l'époux déclaré franc et quitte. Sur ce point, notre ancien droit avait d'autres principes. Sous prétexte que l'époux ne doit pas être obligé par une stipulation à laquelle il est demeuré étranger, on décidait que sa responsabilité personnelle n'était, pas engagée par la déclaration de franc et quitte émanée d'un tiers. Notre législateur, et il ne faut pas l'en blâmer, considère l'époux, qui, sans protester, se laisse déclarer franc et quitte par un tiers, comme s'associant à la déclaration, la faisant sienne ; le plus souvent même il en sera le promoteur. Aussi l'art. 1513 lui assigne-t-il la part la plus lourde dans la responsabilité qu'engendre cette clause ; il le déclare principal obligé au paiement de l'indemnité qui pourra être due, le cas échéant, à son conjoint ; le tiers qui a fait la déclaration n'est tenu qu'en qualité de caution, ou, comme le dit l'art. 1513 in fine, de garant, expression que nous emploierons désormais :

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Le recours contre le garant n'est que subsidiaire. Le garant peut donc, s'il est poursuivi, exiger la discussion préalable des biens de l'époux déclaré franc et quitte. La loi dit que l'indemnité se prend d'abord, « soit sur la part de communauté revenant à l'époux débiteur, soit sur les biens personnels dudit époux », et ce n'est qu'en cas d'insuffisance qu'elle permet de poursuivre le paiement de l'indemnité contre le garant ;

2° Le recours contre le garant ne peut être exercé en principe qu'à la dissolution de la communauté. En effet, les récompenses ou indemnités dues par l'un des époux à l'autre ne se liquidant et ne se réglant qu'après la dissolution de la communauté, c'est seulement à cette époque que l'époux déclaré franc et quitte, débiteur principal de l'indemnité, peut être poursuivi, et par suite on ne peut jusque-là poursuivre le garant qui n'est tenu que subsidiairement. — Cependant la loi fait exception à cette règle pour le cas où la déclaration de franc et quitte concerne la femme. Le mari qui a été forcé, en qualité de chef de la communauté, de payer les dettes de la femme faussement déclarée franche et quitte, peut exercer son action en indemnité contre le garant pendant la durée de la communauté.

3° Le garant a une action récursoire contre l'époux déclaré franc et quille, pour obtenir le remboursement de l'indemnité qu'il a été forcé de payer. Et toutefois le garant de la femme, qui aurait été poursuivi et forcé de payer pendant la durée de la communauté, ne peut exercer son recours contre la femme qu'à la dissolution de la communauté (art. 1513 in fille). En effet, s'il pouvait l'exercer avant cette époque, il ferait exproprier la nue propriété des biens personnels de la femme, et le mari perdrait l'élément de crédit que cette nue propriété peut lui procurer, sans compter que le changement dans la personne du nu propriétaire pourrait être une source de difficultés pour lui. La loi veut que le mari obtienne exactement la situation qui lui aurait été faite si la déclaration se fût trouvée conforme à la vérité.

292. Maintenant en quoi consistera l'indemnité due au conjoint de l'époux faussement déclaré franc et quitte ? Cette indemnité doit comprendre tout le préjudice, mais aussi rien que le préjudice subi. Ce préjudice résulte du paiement des dettes de l'époux auquel s'applique la fausse déclaration : l'actif de la communauté se trouve diminué du

montant des valeurs employées à ce paiement et du revenu de ces valeurs depuis le jour de leur aliénation jusqu'au jour de la dissolution de la communauté. Cass., 27 mai 1879, D., 81. 1. 297, S., 80. 1. 393. Il pourra en résulter :

D'une part, que l'actif ainsi réduit sera peut-être insuffisant pour procurer à l'autre époux le paiement de ses reprises ;

Et d'autre part, que cet époux obtiendra par le partage de la communauté un lot moins fort.

On admettait sans difficulté, dans notre ancien droit, que le conjoint de l'époux déclaré franc et quitte avait droit à une indemnité du premier chef, mais on n'était pas d'accord sur le point de savoir s'il pouvait en réclamer une du second ; beaucoup résolvaient la question négativement. Aujourd'hui, il est certain que l'indemnité sera due de l'un et de l'autre chef ; l'art. 1513 ne distingue pas.

* 293. La femme, dont le mari a été faussement déclaré franc et quitte par un tiers, peut-elle exercer une action en indemnité soit contre son mari, soit contre le garant, si elle renonce à la communauté ? La femme renonçante peut exercer ses reprises sur tout le patrimoine du mari, qui comprend désormais tous les biens de la communauté (art. 1495). Si, par suite du paiement des dettes de son mari, faussement déclaré franc et quitte, la femme ne trouve plus dans le patrimoine de celui-ci des biens d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de ses reprises, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas agir contre le garant, dans les limites du préjudice qu'elle éprouve. Mais la renonciation faisant perdre à la femme tout droit dans la communauté, il ne peut être question de lui allouer une indemnité pour le préjudice résultant de la diminution de sa part dans la communauté.

SECTION V

DE LA FACULTÉ ACCORDÉE A LA FEMME DE REPRENDRE SON APPORT FRANC ET QUITTE

294. Définition. — Aux ternies de l'art. 1514 al. 1 : « 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 ». Telle est la clause dite de reprise d'apport franc et quitte. Eu principe, la femme perd par sa renonciation toute espèce de droits sur les biens de la communauté, même sur ceux qui y sont entrés de son chef (art. 1492). La femme renonçante doit donc faire le sacrifice de son apport, de sa mise dans la communauté. Ce résultat peut être conjuré par la stipulation de la clause de reprise d'apport franc et quitte, qui permet à la femme de reprendre, au cas de renonciation, tout ou partie des biens qu'elle a apportés dans la communauté, sans avoir à contribuer aux dettes, et sauf à déduire cependant les dettes à elle personnelles, qui sont tombées dans la communauté comme conséquence de son apport et que la communauté aurait acquittées. La renonciation, qui constitue déjà un privilège pour la femme, se trouve ainsi doublée d'un autre privilège.

On le voit, la clause de reprise d'apports francs et quittes permet à la femme de profiter des bonnes chances de l'association, sans s'exposer à subir les mauvaises. Les affaires sociales ont-elles prospéré sous une direction habile ? La femme acceptera la communauté, et prendra la moitié du profit. Le budget social est-il au dessous du pair ? La femme renoncera à la communauté, et elle reprendra sa mise sans avoir à contribuer aux dettes. La femme est donc associée pour le profit sans l'être pour la perte. Dérogation grave à des règles fondamentales en matière de société (art. 1855 al. 2) et en matière de communauté (art. 1492).

Aussi nos anciens disaient ils copie cette clause, tout à fait exorbitante du droit commun, est de droit étroit et très étroit. Ils entendaient sans doute par là que l'interprétation restrictive, qui doit être appliquée à toutes les clauses rentrant dans le domaine de la communauté conventionnelle, parce qu'elles dérogent au droit commun, s'impose ici avec plus de rigueur que partout ailleurs, parce que la dérogation est plus grave. Les principes n'ont pas changé sur ce point. La loi dit : « mais cette stipulation ne peut s'étendre au delà des

- » choses formellement exprimées, ni au profit de personnes autres

- » que celles désignées » (art. 1514 al. 1 in fine). Donc interprétation restrictive soit quant aux choses, soit quant aux personnes.

- a. — Quant aux choses. — « Ainsi », dit la loi, « 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 ». De thème, en sens inverse, la faculté accordée à la femme de reprendre son mobilier futur ne s'appliquera pas au mobilier présent.

- b. — Quant aux personnes. — « Ainsi la faculté accordée à la

- » femme ne s'étend point aux enfants ; celle accordée à la femme

- » et aux enfants ne s'étend point aux héritiers ascendants ou collatéraux » (art. 1514 al. 3). Voilà une interprétation restrictive au premier chef. D'après le droit commun, les conventions que nous faisons profitent à nos héritiers, sans qu'il soit nécessaire que cela soit exprimé (art. 1122). Cette règle ne s'applique pas ici : le bénéfice de la stipulation faite au profit de la femme ne s'étend pas à ses héritiers, et celui de la stipulation faite au profit de la femme et de certains héritiers ne s'étend point aux autres.

Et toutefois, sous prétexte d'interprétation restrictive, il ne faut pas l'aire dire aux parties le contraire de ce qu'elles ont évidemment voulu. Ainsi la clause qui accorde le droit de reprise à la femme et à certains héritiers, devrait profiler aux héritiers plus favorables dont la clause ne parle pas. Par exemple, la stipulation du droit de reprise « au profil de la femme et de ses héritiers collatéraux » sera considérée comme s'appliquant a fortiori aux enfants. On interprétera la clause comme signifiant : « au profit de la femme et de ses héritiers même collatéraux ». Il serait inexplicable en effet que la femme eût voulu exclure ses enfants d'un bénéfice qu'elle stipule au profit de ses collatéraux.

De même la stipulation faite en faveur de la femme et de ses enfants, profilera à tous les enfants sans distinction, légitimes, adoptifs ou naturels, à chacun bien entendu dans la mesure de son droit héréditaire.

Mais la faculté accordée à la femme, à ses enfants et à ses descendants, ne s'étendrait pas à ses héritiers collatéraux. De même la faculté accordée à la femme et à ses héritiers ne s'étendrait pas aux légataires universels et à titre universel de la femme, qui sont des donataires.

Du droit résultant pour la femme et ses héritiers désignés par les conventions matrimoniales de reprendre son apport franc et quitte au cas de renonciation, il convient de rapprocher celui que la loi du 13 juil. 1907, art. 5, al. 2 et 3, accorde à la femme et à ses héritiers en ligne directe de reprendre les biens réservés en renonçant à la communauté.

295. De l'ouverture du droit résultant de la clause de reprise d'apport franc et quitte. — Le droit dont il s'agit s'ouvre lors de la dissolution de la communauté, quelle qu'en soit la cause, en supposant bien entendu qu'il existe à cette époque une tête sur laquelle il puisse se fixer. Mais l'exercice du droit est subordonné à la renonciation à la communauté, qui est, comme le dit Pothier, une lex

faciendi. Si donc la femme ou ses représentants acceptent la communauté, le droit de reprise ne pourra pas être exercé. Ce n'est pas à dire cependant que la femme ne puisse pas stipuler le droit de reprendre son apport franc et quitte, même au cas d'acceptation ; mais on serait alors en présence d'une clause de réalisation, et non d'une clause de reprise d'apport franc et quitte.

Dès que le droit est ouvert dans la personne du titulaire, il devient transmissible à tous ses héritiers ou successeurs universels, qui pourront l'exercer à la condition de renoncer à la communauté du chef de leur auteur. Ainsi le droit de reprise d'apports francs et quittes a été stipulé au profit de la femme seulement. Si la communauté se dissout par la mort de la femme, le droit ne s'ouvre pas ; mais si elle se dissout par la mort du mari ou par le divorce, ou par la séparation soit de corps, soit de biens, le droit est immédiatement ouvert dans la personne de la femme, et, si elle meurt avant de l'avoir exercé, ses héritiers ou successeurs universels, quels qu'ils soient, pourront l'exercer de son chef, pourvu qu'ils remplissent la *lex faciendi* à laquelle l'exercice du droit est subordonné, c'est-à-dire qu'ils renoncent à la communauté du chef de la femme.

296. Aux termes de l'art. 1514 in fine : « 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 ». Par dettes personnelles à la femme, la loi entend ici les dettes qui grevaient son apport et qui sont tombées dans la communauté comme conséquence de cet apport, les dettes en un mot qui sont la contre-partie de l'apport. La femme qui retire de la communauté son apport actif, doit naturellement décharger cette même communauté de l'apport passif correspondant. C'est de toute justice ;

autrement la femme reprendrait plus qu'elle n'a mis dans la communauté.

La femme, qui a stipulé le droit de reprendre tout son mobilier présent, doit donc déduire du montant de sa reprise toutes ses dettes présentes que la communauté a acquittées. Ainsi l'universalité des biens mobiliers apportés par la femme lors du mariage vaut 30.000 fr. ; mais elle est grevée de 10.000 fr. de dettes mobilières que la communauté paie. En réalité, l'apport de la femme se réduit à 20.000 fr. ; elle ne pourra reprendre que cette somme, en vertu de la clause qui nous occupe.

De même, la femme, qui a stipulé le droit de reprendre tout son mobilier futur, doit déduire du montant de sa reprise toutes les dettes tombées dans la communauté comme charge de ce mobilier, par exemple les dettes grevant les successions mobilières qui lui sont échues.

Mais, si le droit de reprise de la femme a été limité à certains objets spécialement désignés, par exemple son argenterie, elle pourra l'exercer sans avoir à rembourser à la communauté aucune des dettes qui grevaient son apport. En effet, dans ce cas, l'universalité mobilière de la femme reste dans la communauté, et par conséquent aussi les dettes qui en sont une charge. Il en serait de même, si la femme s'était réservé le droit de reprendre une somme d'argent fixée à forfait pour lui tenir lieu des meubles qu'elle a apportés. *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

297. Sauf la dérogation résultant de l'art. 1514 in fine, sur laquelle nous venons de nous expliquer, il faudra appliquer à la femme qui reprend son apport franc et quitte en renonçant à la communauté, les règles qui régissent la renonciation.

Ainsi la femme, exerçant le droit qui nous occupe, ne devrait aucunement supporter les dettes tombées dans la communauté du chef de son mari soit lors du mariage, soit depuis. Elle ne devrait même pas supporter les dettes

tombées dans la communauté de son propre chef sans récompense, et qui ne seraient pas une charge des apports dont elle exerce la reprise, par exemple la dette résultant d'un emprunt qu'elle aurait fait avec l'autorisation de son mari dans l'intérêt de celui-ci ou de la communauté.

Et toutefois, à raison de ces dernières dettes, la femme ne serait pas libérée par rapport aux créanciers envers qui elle se serait personnellement obligée ; elle continuerait à être tenue à leur égard sur tous ses biens, y compris l'apport dont elle exerce la reprise (arg. art. 1494) ; sauf le droit qui lui appartiendrait, si elle est obligée de payer, d'exercer un recours contre son mari, à l'égard duquel elle est déchargée de toute contribution à raison de ces dettes.

* C'est même une question discutée que celle de savoir si la femme pourrait valablement, en vertu d'une clause spéciale de son contrat de mariage, soustraire l'apport dont elle exerce la reprise aux poursuites des créanciers envers qui elle se serait personnellement obligée, par exemple en disant : « qu'elle reprendra, à l'exclusion de tous autres créanciers de la communauté, son apport franc et quitte de toutes dettes, alors même qu'elle y serait obligée ou qu'elle y serait condamnée ». La jurisprudence admet l'affirmative. Ceux qui admettent avec la jurisprudence l'inaliénabilité de la dot mobilière peuvent souscrire à cette décision ; les autres doivent naturellement faire leurs réserves. La clause litigieuse, disent les arrêts, est valable en vertu du principe de liberté écrit dans l'art. L337. Elle ne contient rien de contraire à l'ordre public ; car elle se réduit à la stipulation de l'inaliénabilité des reprises dotales de la femme, inaliénabilité qui engendre comme conséquence l'inefficacité sur les biens déclarés inaliénables des obligations contractées par la femme. Cette stipulation, que la loi autorise sous le régime dotal, et qui est même sous-entendue quand les parties déclarent se soumettre à ce régime, peut être transportée par les parties dans le

régime de la communauté ; il y a alors combinaison du régime de la communauté et du régime dotal.

* Toutefois, la femme ne peut reprendre son apport franc et quitte, à l'exclusion des créanciers envers lesquels elle est personnellement obligée, qu'en vertu d'une clause conçue dans des termes tels que la volonté des parties de la rendre opposable aux tiers soit certaine, évidente, incontestable. La jurisprudence ne considère pas à cet égard comme suffisante la clause traditionnelle que « la femme renonçante reprendra ses apports francs et quittes de toutes dettes, alors même qu'elle y serait obligée ou condamnée ». Caen, 12 juin 1878, D., 80. 2. 92, S., 78. 2. 231 ; Cass., 15 juil. 1902, D., 04. 1. 353, S., 03. 1. 313 ; Grenoble, 15 juil. 1907, D., 08. 2. 111, et les notes.

298. La clause de reprise d'apport franc et quitte donne-t-elle à la femme le droit de reprendre son apport en nature ou seulement en valeur ? En d'autres termes, la femme, qui a stipulé le droit de reprise d'apport franc et quitte, demeure-t-elle éventuellement propriétaire de son apport, ce qui lui donnerait le droit, le cas échéant, d'en opérer la reprise en nature ; ou Lien au contraire cet apport devient-il la propriété de la communauté, sauf restitution de sa valeur, le cas échéant ? Il faut s'en tenir à la dernière solution ; elle était admise dans notre ancien droit ; or la tradition a une importance décisive dans une matière toute traditionnelle. La jurisprudence est constante en ce sens. Agen, 23 fév. 1881, S., 81. 2. 149.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Les biens apportés par la femme, et dont elle a stipulé la reprise, sont aux risques de la communauté ;

2° Le mari peut les aliéner ou les grever de droits réels ; ses créanciers peuvent les saisir ;

3° La femme ne pourrait pas se faire payer, par préférence aux créanciers de son mari, la somme qui représente la valeur de son apport, sur le prix des meubles compris dans cet apport, ni à plus forte raison sur le prix

des autres meubles appartenant à son mari Nul texte en effet ne lui accorde de privilège sur ces meubles. En d'autres termes, entre la femme créancière de la valeur de son apport et les autres créanciers du mari, il n'y a pas d'autre différence que celle résultant de l'hypothèque légale de la femme ; et comme cette hypothèque ne porte que sur les immeubles du mari, il s'ensuit que, sur le prix des meubles, la femme, en cas d'insuffisance, viendra par contribution avec les autres créanciers du mari. Il en serait ainsi alors même que la clause de reprise d'apports francs et quittes aurait été déclarée par le contrat opposable aux créanciers du mari. Agen, précité. Cpr. Grenoble, 15 juil. 1907, D., 08. 2. 111.

* La femme, qui exerce la reprise de son apport en vertu de la clause qui nous occupe, agit en qualité de créancière du mari, et non de la communauté ; car sa créance ne prend naissance que par suite d'un fait postérieur à la dissolution de la communauté, savoir la renonciation, D'où il faut conclure que sa créance ne deviendra productive d'intérêts qu'en vertu d'une demande en justice (arg. art. 1479), aujourd'hui en vertu d'une simple sommation (nouvel art. 1153), et non de plein droit à partir de la dissolution de la communauté conformément à l'art. 1473.

299. Il reste à dire comment doit être constatée la valeur de l'apport de la femme, lorsqu'elle a stipulé le droit de le reprendre franc et quitte. Il y aurait lieu d'appliquer sur ce point par analogie les règles qui ont été exposées au sujet de la clause d'apport, supra, n. 266 à 267 bis.

La femme exerce d'ailleurs la reprise de la valeur de son apport sur tous les biens indiqués en l'art. 1495.

SECTION VI

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL

I. Généralités.

300. Préciput vient de *præcipere*, qui lui-même est dérivé de *præ capere*, prendre avant, prélever. « On appelle préciput en matière de communauté, dit Pothier, ce que l'un des époux a le droit de prélever sur les biens de la communauté lors du partage qui en est à faire ». Quelquefois aussi le mot préciput est employé pour désigner le droit lui-même de prélèvement.

On distinguait dans notre ancien droit deux espèces de préciput : le préciput légal et le préciput conventionnel. Le préciput légal était celui que plusieurs coutumes accordaient de plein droit au survivant de deux époux nobles. Le préciput conventionnel résultait d'une convention insérée au contrat de mariage. Le code civil n'a conservé que ce dernier, et dès lors il aurait dû supprimer l'épithète de conventionnel, qui semble donner à entendre qu'il existe encore un préciput légal.

Le préciput peut être stipulé au profit de l'un ou de l'autre des conjoints, avec ou sans condition de survie. Ainsi il peut être stipulé au profit du survivant des époux, quel qu'il soit, ou au profit de tel époux s'il survit, ou au profit de tel époux sans condition de survie. La loi ne parle que du préciput stipulé sous condition de survie, parce que c'est le cas qui se rencontre le plus fréquemment dans la pratique. Pour le même motif, elle suppose que le préciput est stipulé en pleine propriété ; mais rien ne s'opposerait à ce qu'il fût stipulé en usufruit seulement.

Qu'il soit stipulé en usufruit ou en pleine propriété, le préciput peut avoir pour objet, soit une certaine somme d'argent, soit des biens de la communauté, meubles ou immeubles, en nature.

301. La stipulation d'un préciput comprenant des effets mobiliers ou des immeubles de la communauté en nature, n'a pas pour résultat de rendre éventuellement ces biens propres à l'époux précipulaire. Ils continuent à faire partie

de la communauté, sauf à l'époux précipitaire à les prélever sur la masse lors de la dissolution, s'ils existent encore, ou leur valeur dans le cas contraire. De là il suit :

1° Que le mari a toujours le droit, en qualité de chef de la communauté, d'aliéner les biens compris dans le préciput ;

2° Que les créanciers de la communauté peuvent saisir les effets compris dans le préciput (art. 1519) et les faire vendre pour se payer sur le prix, sauf en ce cas le droit pour l'époux précipitaire d'en prélever la valeur sur la masse. On peut induire de là que les créanciers de la communauté doivent être payés avant qu'il y ait lieu d'exercer le prélèvement auquel donne droit le préciput. En d'autres termes, le préciput doit être prélevé sur la masse partageable, dettes déduites, sur l'actif net à partager.

302. Tel est le droit de l'époux précipitaire. Son préciput ne le rend pas créancier de la communauté. Copropriétaire des biens communs, il a seulement, sur la partie de ces biens qui constitue l'actif net à partager, un droit plus fort que celui de son conjoint, en ce sens qu'il est autorisé à prélever sur la masse le montant de son préciput, le surplus devant seul faire l'objet du partage. Nous tirerons de là plusieurs déductions :

1° La femme, en cas d'insuffisance de l'actif net de la communauté, ne peut pas, pour obtenir le complément de son préciput, s'attaquer aux biens personnels du mari (art. 1515). Elle aurait au contraire ce droit, si le préciput constituait une créance contre la communauté. Arg. art. 1472 al. 2 ;

2° La femme renonçante perd son droit au préciput (art. 1515). En effet la renonciation prive la femme de tout droit sur les biens de la communauté (art. 1492), donc aussi du droit de prélèvement dans lequel consiste le préciput. D'ailleurs le préciput suppose le partage de la communauté, puisque c'est un prélèvement avant partage ; donc il ne peut être question de préciput, pas plus pour la

femme que pour le mari, quand il n'y a pas lieu à partage : ce qui arrive quand la femme renonce à la communauté.

Cette règle peut cependant recevoir exception quant à la femme, en vertu d'une stipulation formelle du contrat de mariage : on peut convenir qu'elle aura droit au préciput, même en renonçant. La règle et l'exception sont formulées par l'art. 1515 al. 1, ainsi conçu : « 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 ».

Toutefois, le droit qui appartient alors à la femme est improprement appelé préciput ; car, ainsi que nous le disions tout à l'heure, il ne saurait y avoir préciput, c'est-à-dire prélèvement avant partage, quand il n'y a pas partage. La vérité est que le préciput de la femme se transforme, par la stipulation qu'elle y aura droit même au cas de renonciation, en un droit de créance contre la communauté. La femme doit donc alors être traitée, pour le paiement de son préciput, comme créancière de la communauté et par suite du mari. Besançon, 10 juil. 1907, D., 09. 2. 305, S., 08. 2. 121, et les notes.

De là deux conséquences :

1° Le mari devient responsable sur ses biens personnels du paiement du préciput. « Hors

- » le cas de celle réserve », dit l'art. 1515, in fine, « le préciput ne s'exerce que sur la

- » masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux prédécédé ». Donc, quand la réserve a été faite, c'est-à-dire quand le préciput a été stipulé même pour le cas de renonciation, la femme peut l'exercer sur les biens

personnels du mari ; et ce droit lui appartient alors soit au cas d'acceptation, soit au cas de renonciation, car la loi ne distingue pas. Seulement, si la femme accepte, elle ne pourra demander le paiement du préciput sur les biens personnels de son mari qu'en cas d'insuffisance des biens de la communauté (art. 1472), tandis que, si elle renonce, elle pourra s'attaquer indifféremment aux uns ou aux autres, tous faisant désormais partie d'un même patrimoine appartenant au même maître.

En somme, la stipulation que la femme aura droit au préciput, même en renonçant, lui donne le droit de recourir sur les biens du mari pour le paiement du préciput, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce. C'est probablement à ce recours que fait allusion l'art. 1519 in fine, quand, après avoir dit que les créanciers peuvent faire vendre les effets compris dans le préciput, il ajoute : « sauf le recours de l'époux, conformément à l'article 1515 ».

2° La femme qui a stipulé un préciput même en renonçant pourrait, soit au cas d'acceptation, soit au cas de renonciation, exercer son hypothèque légale sur les immeubles de son mari pour obtenir le paiement de son préciput, et aussi venir en concours avec les autres créanciers du mari sur le prix du mobilier.

II. De la nature du préciput.

303. Aux termes de l'art. 1516 : « Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage ».

Si on rapproche ce texte du passage de Pothier dont il a été manifestement extrait (Communauté, n. 422), on demeure convaincu que le législateur entend formuler ici cette double règle : le préciput n'est pas une donation, ni quant au fond, ni quant à la forme.

a. — Le préciput n'est pas une donation quant au fond, mais bien une convention de mariage et entre associés, donc une convention à titre onéreux. Adde arg. art. 1525 al.

2. Par conséquent l'avantage qui en résulte pour l'époux préciputaire ne sera pas en principe réductible, en cas d'excès, au profit des héritiers réservataires de l'autre époux. Cependant une action en réduction pourrait prendre naissance dans la personne des enfants du premier lit de l'autre époux, si l'avantage excédait la limite fixée par l'art. 1098. Il en est sur ce point du préciput comme de tous les autres avantages résultant de l'adoption du régime de la communauté conventionnelle (art. 1527 al. 3). Paris, 12 avril 1900, D., 03. 2. 159, S., 04. 2. 39.

b. — Le préciput n'est pas une donation quant à la forme. Pothier en concluait qu'il n'était pas soumis à la formalité de l'insinuation. Dans notre droit moderne, le préciput échapperait à la formalité de la transcription quand il porte sur des immeubles. D'ailleurs on sait qu'il n'est pas opposable aux tiers, et par suite la transcription n'aurait aucune utilité. Il échapperait aussi à la formalité de l'état estimatif (art. 948) s'il porte sur des meubles. Enfin il n'est pas soumis à la solennité de l'acceptation, ainsi que nous le dit l'art. 1087.

III. De l'ouverture du précipul.

304. Pour savoir quand s'ouvre le droit résultant de la convention de préciput, il faut distinguer si le préciput a été stipulé avec ou sans condition de survie.

a. — Le préciput a été stipulé sans condition de survie. Exemple : préciput de 20.000 fr. stipulé au profit de la femme ou de ses héritiers. — Le droit au préciput s'ouvrira en pareil cas lors de la dissolution de la communauté, quelle qu'en soit la cause, sauf toutefois l'application, s'il y a lieu, de la déchéance établie par l'art. 1518, au cas où la communauté se serait dissoute par le divorce ou par la séparation de corps.

b. — Le préciput a été stipulé sous condition de survie. Alors le droit au préciput ne s'ouvrira que lorsque la

condition de survie sera réalisée. C'est ce que dit l'art. 1517, écrit, comme les autres articles de la section, et bien qu'il ne le dise pas, en vue seulement du préciput stipulé sous condition de survie, parce que c'est le cas le plus usuel : « La mort naturelle [ou civile] donne ouverture au » préciput ».

C'est au demandeur qui réclame le préciput de prouver que la condition de survie s'est réalisée. Actoris est probare.

* Si les deux époux sont morts dans un même événement et qu'il soit impossible d'établir l'ordre dans lequel les décès se sont produits, la survie de l'époux, du chef duquel le préciput est réclamé, ne pourrait pas être prouvée à l'aide des présomptions écrites dans les art. 720 et s. ; car ces présomptions sont établies en vue du règlement des droits successifs, et, comme toutes les présomptions légales, elles ne sont pas susceptibles d'être étendues d'un cas à un autre. Dans cette hypothèse, celui qui réclame un préciput du chef de l'un des époux devrait succomber dans sa prétention, faute de pouvoir établir la réalisation de la condition à laquelle son succès est subordonné.

305. La dissolution de la communauté, résultant du divorce, de la séparation de corps ou de la séparation de biens, ne donne pas ouverture au préciput stipulé sous condition de survie. L'art. 1452 le dit et cela est d'évidence ; car lorsque la communauté se dissout par l'une des trois causes qui viennent d'être indiquées, la condition de survie n'est pas réalisée, et il est impossible de savoir si elle se réalisera.

Mais alors comment les époux vont-ils procéder au règlement de leurs droits respectifs ? L'art. 1518 répond : « 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 réparation de

» corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. Si c'est la

» femme, la somme ou la chose qui constitue le préciput reste toujours

» provisoirement au mari, à la charge de donner caution ».

Notons tout d'abord que, lorsque la communauté se dissout par le divorce ou par la séparation de corps, l'époux, contre lequel le divorce ou la séparation est prononcée, perd son droit au préciput. En effet l'article dit que l'époux, qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, « conserve ses droits au préciput en cas de survie » ; donc l'autre époux les perd. C'est là une peine civile, qui frappe l'époux dont la conduite, ou plutôt l'inconduite, a rendu le divorce ou la séparation de corps nécessaire ; la loi le considère comme ayant encouru une sorte d'indignité. Cpr. t. 1, n. 702.

La déchéance du préciput ne serait pas encourue par le mari, contre lequel la séparation de biens aurait été prononcée. La loi. ne parle que de la séparation de corps, et les dispositions qui établissent des déchéances ne peuvent pas être étendues d'un cas à un autre. D'ailleurs la cause qui donne lieu à la séparation de biens n'implique en aucune façon l'indignité du mari, à la différence des causes qui servent de fondement à la séparation de corps.

306. En supposant que le droit au préciput (sous condition de survie) existe en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, comment les droits respectifs des époux vont-ils être réglés ? L'art. 1518 dit qu'il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput : ce qui va de soi, puisque le droit n'est pas encore ouvert ; on ignore même s'il s'ouvrira jamais, la condition de survie pouvant ne pas se réaliser au profit de l'époux préciputaire. Alors que fera-t-on ? Il faudra procéder provisoirement comme si aucun préciput n'avait été stipulé, sauf règlement

ultérieur des droits de l'époux précipitaire, si la condition de survie se réalise. Telle est la règle qu'on peut induire de l'art. 1518.

Cela posé, de deux choses l'une : la femme renonce à la communauté, ou elle l'accepte.

307. a. — La femme renonce à la communauté. Dans les cas ordinaires, cela simplifiera beaucoup la situation. En effet la femme renonçante perd son droit au préciput. (art. 1515), et sa renonciation fait aussi évanouir celui qui aurait été stipulé au profit du mari (supra, n. 302-2°). Il n'y aura donc plus en règle générale à se préoccuper du préciput dans le règlement des droits respectifs des époux.

Cependant il se peut qu'un préciput ait été stipulé au profit de la femme survivante, « même en renonçant » (art. 1515). Dans cette hypothèse, la renonciation de la femme qui a obtenu le divorce ou la séparation de corps, ne l'empêche pas de conserver son droit au préciput pour le cas où elle survivrait à son mari. Aussi l'art. 1518 décide-t-il, appliquant la règle que nous avons formulée tout à l'heure, que le préciput tout entier restera provisoirement au mari, avec la communauté dont il fait partie, sauf à ses héritiers à payer à la femme les sommes ou valeurs comprises dans son préciput, si la condition de survie, à laquelle est subordonnée son ouverture, se réalise. Et comme il serait imprudent de n'accorder aucune garantie à la femme pour assurer, le cas échéant, le paiement de son préciput, d'autant plus que sa renonciation fait supposer le mauvais état des affaires de la communauté et par suite du mari, la loi décide que le mari sera tenu de donner caution. La caution pourrait être remplacée par une garantie équivalente, telle qu'une hypothèque. Arg. art. 2041.

308. 309. b. — La femme accepte la communauté. Alors il faudra partager la communauté comme on le ferait si aucun préciput n'avait été stipulé, sauf règlement ultérieur des droits de l'époux au profit duquel le préciput viendrait à s'ouvrir par la réalisation de la condition de survie.

Exemple : La femme a stipulé un préciput de 20.000 fr. pour le cas où elle survivrait à son mari ; le divorce ou la séparation de corps est prononcée contre le mari ; on liquide la communauté, et l'actif net à partager s'élève à 50.000 fr. Le mari prendra 25.000 fr. et la femme pareille somme ; puis, si la femme survit, les héritiers du mari lui paieront 10.000 fr., somme égale à la moitié du préciput ; car le préciput n'est payable que sur la masse partageable, et la femme en a déjà reçu la moitié en partageant cette masse. Le mari devra fournir caution pour les 10.000 fr. dont il reste éventuellement débiteur. Arg. art. 1518 in fine.

Autre exemple : Préciput de 10.000 fr. stipulé au profit du mari pour le cas de survie ; la communauté se dissout par un divorce prononcé contre la femme ; celle-ci accepte la communauté ; l'actif net à partager comprend 30.000 fr. On donnera 15.000 fr. au mari et 15.000 à la femme, sauf aux héritiers de celle-ci à payer 5.000 fr. au mari si la condition de survie se réalise à son profit. En vue de cette éventualité, le mari pourra-t-il exiger que la femme lui fournisse caution ? Non, car aucun texte n'impose cette obligation à la femme. Cass., 23 mars 1903, D., 03. 1. 326, S., 05. 1. 129. C'est une imprévoyance du législateur qui, habitué à ne protéger que la femme, n'a pas songé au mari.

* 310. L'art. 1518 ne prévoit pas le cas où, l'un des époux ayant droit à un préciput s'il survit, la communauté se dissoudrait par la séparation de biens. Il faudrait appliquer par analogie tout ce qui vient d'être dit pour le cas de divorce ou de séparation de corps, en ce qui concerne le règlement des droits de l'époux précipulaire. Il y a toutefois quelque doute en ce qui concerne l'obligation pour le mari de donner caution. La plupart des auteurs décident que le mari n'est pas tenu de fournir cette garantie, la loi ne l'exigeant de lui qu'au cas de divorce ou de séparation de corps. S'il en est ainsi, il faut convenir que le législateur s'est rendu coupable d'une grande imprévoyance, en refusant à la femme le droit d'exiger la caution précisément

dans le cas où elle en a le plus besoin, la séparation de biens faisant supposer le mauvais état des affaires de la communauté et par suite du mari, à la différence du divorce ou de la séparation de corps. Il y avait évidemment une raison a fortiori pour permettre à la femme d'exiger la caution dans cette hypothèse.

SECTION VII

DES CLAUSES PAR LESQUELLES ON ASSIGNE A CHACUN DES ÉPOUX DES PARTS INÉGALES DANS LA COMMUNAUTÉ

311. De droit commun, la communauté se partage par moitié entre les époux ou leurs représentants (art. 1474). Mais ce n'est pas là une règle d'ordre public ; la loi permet aux parties d'y déroger.

« Les époux dit l'art. 1520, 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 ». = A l'époux survivant ou à ses héritiers. On a voulu dire évidemment : à l'époux survivant ou aux héritiers du prédécédé.

Les articles qui suivent ne font que développer le programme contenu dans le texte que nous venons de transcrire. La loi va nous parler successivement de l'attribution aux époux de parts inégales dans la communauté (art. 1521), du forfait de communauté (art.

1522 à 1524), et enfin de l'attribution de toute la communauté à l'un des époux (art. 1525). Nous allons la suivre dans ces développements.

Observons auparavant que les dérogations annoncées par l'art. 1520 ne sont pas les seules que les époux puissent faire subir à la règle du partage égal : les termes mêmes dont la loi se sert prouvent que sa disposition n'a rien de limitatif. Notamment on pour rait convenir que le partage s'opèrera par l'attribution des immeubles de la communauté à l'un des époux, et des meubles à l'autre ; on l'a contesté à tort.

Sans déroger à la règle du partage égal, les époux peuvent fixer dans le contrat de mariage la manière dont le partage doit être effectué (arg. art. 1387). Ainsi est valable la clause dite commerciale, qui attribue le fonds de commerce commun à l'époux survivant en l'imputant sur sa part. Trib. de la Seine, 14 mai 1906, S., 09. 2. 262, et Cass., 26 fév. 1908, D., 10. 1. 223.

1. Attribution directe aux époux de parts inégales dans la communauté.

312. Cette clause est susceptible d'assez nombreuses modalités. Voici les principales :

1° Attribution à chacun des époux d'une part inégale dans la communauté, sans aucune condition de survie. Exemple : le mari aura droit aux deux tiers de la communauté, la femme au tiers.

2° Attribution au survivant des époux d'une part plus forte (ou plus faible) que la moitié. Exemple : Le survivant des époux aura droit aux trois quarts de la communauté.

3° Attribution d'une part plus forte (ou plus faible) que la moitié à tel époux s'il survit. Exemple : La femme, si elle survit, aura droit aux trois quarts de la communauté. Dans ce cas, si la condition de survie ne se réalisé pas, il y aura lieu au partage par moitié.

Souvent l'attribution d'une part plus forte que la moitié au survivant ou à tel époux s'il survit, est subordonnée à la condition qu'il n'y aura pas d'enfants du mariage.

313. Toutes les fois que le contrat de mariage attribue directement aux époux des parts inégales dans la communauté, la loi veut, à peine de nullité de la convention, que le passif soit réparti dans la même proportion que l'actif. « Lorsqu'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. — 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 » (art. 1521).

Ainsi on peut valablement convenir que le mari aura droit aux deux tiers de la communauté et la femme au tiers, sans rien ajouter de plus, et alors le passif de la communauté se répartira dans la même proportion que l'actif : deux tiers à la charge du mari, un tiers à la charge de la femme. Mais si les époux ont stipulé que le passif se répartirait dans d'autres proportions, si par exemple il a été dit que le mari prendrait les deux tiers de l'actif et supporterait seulement la moitié du passif, la convention est nulle, sans doute parce qu'elle pourrait être la source de fraudes ou d'avantages indirects. Une semblable convention, dit Pothier (Communauté, n. 449), donnerait le pouvoir au mari de s'avantager aux dépens de sa femme, en faisant des acquisitions dont il devrait le prix, car il ferait payer à sa femme la moitié du prix de ses acquêts dont elle n'aurait

que le tiers. On en revient donc au droit commun, à la règle du partage par moitié. Cpr. Trib. de Gand, 31 mai 1893, D., 94. 2. 349.

C'était la solution admise par Pothier, et l'art. 1521 al. 2 a très certainement entendu la consacrer ; car il annule la convention par laquelle les époux ont dérogé à la règle du partage égal, et non pas seulement la partie de cette convention relative à la répartition du passif. La solution contraire, proposée par quelques auteurs, n'a même pas le mérite d'être conforme à l'intention probable des parties ; car elle leur fait une situation toute différente de celle qu'elles ont voulue.

314. Lorsque l'attribution de parts inégales dans la communauté est faite sous condition de survie, qu'arrivera-t-il si la communauté se dissout par le divorce ou par la séparation soit de corps, soit de biens ? La loi n'a pas prévu cette hypothèse ; mais les principes généraux suffisent pour la résoudre. Le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ne donne pas ouverture aux droits de survie (art. 1452) ; par conséquent l'époux, auquel la part la plus forte a été attribuée sous condition de survie, ne peut pas réclamer cette part tant que la condition n'est pas réalisée. Il faudra donc procéder provisoirement au partage égal de la communauté, sauf règlement ultérieur des droits des époux si la condition de survie se réalise. L'époux, qui peut avoir éventuellement le droit de réclamer une part plus forte que la moitié, n'a pas le droit d'exiger une caution de l'autre.

II. Forfait de communauté.

315. On peut convenir que l'un des époux ne pourra réclamer qu'une certaine somme pour tout droit de communauté, dire par exemple : « Le mari gardera toute la communauté en payant 20.000 fr. à la femme ou à ses héritiers ». En vertu de cette clause, les droits de l'un des

époux dans la communauté sont évalués à forfaits la somme convenue, que la communauté soit bonne ou mauvaise, et c'est pourquoi la clause reçoit le nom de forfait de communauté. L'art. 1522 dit à ce sujet :

« 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 est un forfait

» qui oblige l'autre époux ou ses héritiers à payer la somme

» convenue, soit que la communauté soit bonne ou mauvaise, suffisant

» ou non pour acquitter la somme ».

Le forfait de communauté peut être stipulé sous telle condition qu'il plaît aux époux, et notamment sous une condition de survie ou de prédécès. Ainsi on peut dire : « Le survivant des époux, — ou : Tel époux s'il survit, — ou : Les héritiers de l'époux prédécédé, — ou : Les héritiers de tel époux s'il prédécède — ne pourront réclamer qu'une somme de 20.000 fr. pour tout droit de communauté ».

« 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 » (art. 1523). Ainsi, le contrat de mariage portant : « Les héritiers de la femme, au cas de prédécès de celle-ci, ne pourront réclamer qu'une somme de 20.000 fr. pour tout droit de communauté ». la femme, si elle survit, aura droit au partage par moitié.

316. Effets de la clause de forfait de communauté. — Ils varient, suivant que la clause concerne le mari ou la femme.

a. — Si ce sont les droits de la femme qui ont été évalués à forfait, la situation est la même, une fois la communauté dissoute, que si la femme avait renoncé à la communauté, sauf que le mari doit payer la somme convenue. Le contrat

de mariage contient dans cette hypothèse une renonciation anticipée de la femme à la communauté, renonciation dont elle stipule le prix. L'art. 1524 al. 1 ne fait que déduire une conséquence de ce principe : « Le mari ou

» ses héritiers qui retiennent, en vertu de la clause énoncée en l'article

» 1520, la totalité de la communauté, sont obligés d'en acquitter

» toutes les dettes ». Par conséquent la femme est déchargée de toute contribution aux dettes à l'égard de son mari. En un mot, dans les rapports des époux l'un avec l'autre, les dettes de la communauté doivent être supportées pour le tout par le mari.

Examinons maintenant la situation des époux à l'égard des créanciers (obligation aux dettes). Le mari ou ses héritiers pourront être poursuivis pour la totalité des dettes de la communauté, même de celles provenant du chef de la femme. En effet, les créanciers ont le droit d'invoquer la convention matrimoniale, qui met toutes les dettes de la communauté indistinctement à la charge du mari. Quant à la femme, elle demeure tenue envers les créanciers, à raison des dettes tombées dans la communauté de son propre chef ; car la clause de forfait ne peut la soustraire à l'obligation personnelle dont elle est tenue. Bien entendu, si la femme paie, elle aura un recours contre son mari pour se faire rembourser. Mais elle échappe à toute poursuite à raison des dettes tombées dans la communauté du chef de son mari. C'est uniquement à cette hypothèse que doit être appliquée la disposition de l'alinéa 2 de l'art. 1524, ainsi conçue : « Les créanciers n'ont, en ce cas, » aucune action contre la femme ni contre ses héritiers ».

b. — Si ce sont au contraire les droits du mari qui ont été évalués à forfait, s'il a été dit par exemple : « Le mari ne pourra réclamer qu'une somme de 20.000 fr. pour tout droit de communauté », cette clause ne porte nulle atteinte au droit d'option qui appartient à la femme d'après les

règles du droit commun. L'art. 1524 al. 3 dit en effet : « 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 ».

Ainsi la femme renonce-t-elle ? La communauté tout entière reste au mari, qui en supporte toutes les charges. La femme dans ce cas n'est pas obligée de payer la somme convenue, car cette somme représente le prix moyennant lequel elle avait le droit de garder toute la communauté. La femme au contraire accepte-t-elle ? Toute la communauté lui reste, actif et passif, sous l'obligation de payer la somme convenue. Le mari demeure tenu envers les créanciers du paiement des dettes tombées dans la communauté de son chef, mais sauf son recours contre la femme qui doit supporter en définitive tout le passif.

III. Clause qui attribue toute la communauté au survivant, des deux conjoints ou à tel époux s'il survit.

3 17. Aux termes de l'art. 1525 al. 1 : « 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 ».

Ainsi, lorsque toute la communauté revient à l'un des époux en vertu de la clause qui nous occupe, les héritiers de l'autre époux n'ont que le droit de reprendre les apports de leur auteur. Mais ils ont le droit de reprendre tous ces apports, par conséquent tous les biens qui sont tombés du chef de leur auteur dans la communauté, soit tors du mariage, par exemple les immeubles ameublés par le contrat de mariage (Caen, 7 juil. 1902, D., 07. 2. 177, S., 05. 2. 257), soit même pendant son cours, par exemple à titre de succession (Bordeaux, 5 mai 1887, D., 89. 2. 7, S., 90. 2. 124).

Ce point ne saurait faire de doute. En effet, les mots et capitaux, qui ne figuraient pas dans la rédaction primitive de l'art. 1525, y ont été ajoutés, sur la demande du tribunal, afin qu'il fût bien entendu que le droit de reprise des héritiers de l'époux prédécédé s'étend aux biens tombés dans la communauté du chef de leur auteur pendant le mariage.

Tous les autres biens de la communauté appartiennent à l'époux appelé à bénéficier de la clause. Bien entendu, cet époux doit supporter toutes les dettes de la communauté, même celles qui y sont tombées du chef de son conjoint ; et si les héritiers de celui-ci étaient obligés de les payer, ils auraient une action pour se faire rembourser.

Toutefois, les héritiers de l'époux prédécédé doivent supporter les dettes correspondant aux biens qu'ils reprennent. Ainsi, reprenant les biens apportés par leur auteur lors du mariage, ils doivent supporter les dettes mobilières, dont cet auteur était alors grevé et qui sont tombées dans la communauté de son chef comme conséquence de son apport. De même, reprenant les biens dépendant d'une succession mobilière échue à leur auteur pendant le mariage, ils doivent déduire du montant de leur reprise les dettes de cette succession, que la communauté aurait acquittées.

En résumé, les héritiers de l'époux prédécédé retirent de la communauté tous les biens qui y sont tombés du chef de leur auteur soit lors du mariage, soit pendant, et supportent les dettes correspondant à ces biens ; tout le reste de la communauté, actif et passif, va à l'époux survivant. On le voit, la clause revient à attribuer à l'un des époux la totalité des acquêts, et par suite tous les bénéfices réalisés pendant la durée de la communauté, stipulation qui ne serait pas permise dans une société ordinaire (art. 1855).

318. Quelque considérable que puisse être l'avantage retiré par l'un des époux de la clause qui nous occupe, la loi n'y voit pas une donation. « Celle stipulation », dit l'art. 1525 al. 2, « n'est point

» réputée un avantage sujet aux règles relatives aux donations, soit

» quant au fond, soit quant à la forme, mais simplement une convention

» de mariage et entre associés ». Cpr. Cass., 20 avril 1880, S.. 81. 1. 70, D.. 80. I. 428, et Bordeaux, 5 mai 1887, supra. La réduction de l'avantage procuré à l'époux survivant ne pourrait donc être demandée, le cas échéant, que par les enfants d'un premier lit de l'époux prédécédé, non par ses autres héritiers réservataires. Arg. art. 1527.

319. La femme survivante appelée à recueillir la totalité de la communauté, n'en conserve pas moins le droit, qui lui appartient en toute hypothèse, de renoncer à la communauté. Cette faculté peut lui être précieuse, au cas où le passif de la communauté dépasserait l'actif.

320. On pourrait convenir, bien que celle hypothèse soit demeurée en dehors des prévisions de la loi, qui suppose la stipulation faite sous condition de survie, que la totalité de la communauté appartiendra à tel époux, qu'il survive ou qu'il prédécède. Si cette stipulation est faite au profit du mari, elle se confond avec le régime d'exclusion de communauté.

Les époux pourraient aussi convenir que toute la communauté appartiendra au survivant y compris les biens tombés dans la communauté du chef de l'autre époux. Mais cette stipulation, qui est en dehors des prévisions de l'art. 1525, devrait être considérée, non plus comme une convention de mariage et entre associés, mais bien comme une véritable donation faite au survivant par le prédécédé. Cette donation serait donc réductible en cas d'excès, sur la demande, non seulement des enfants du premier lit de l'époux prédécédé, mais aussi de tous autres héritiers réservataires venant à sa succession. En outre elle donnerait lieu au paiement du droit proportionnel d'enregistrement ⁴².

Faut-il étendre cette solution aux clauses prévues par les art. 1521 et 1522 ? En d'autres termes, la clause qui attribue à l'un des époux une part de communauté plus forte que la moitié, ou le droit de retenir toute la communauté moyennant une somme fixée à forfait, cesse-t-elle d'être une convention de mariage et entre associés pour devenir une véritable donation, lorsque l'autre époux n'a pas le droit de prélever ses apports à la communauté (ce droit ne peut, d'après l'opinion générale, lui appartenir qu'en vertu d'une stipulation formelle) ? Par un arrêt solennel en date du 19 décembre 1890 (S., 91. 1. 129, D., 91. 1. 417), la cour de cassation a résolu la question dans le sens de la négative, après avoir jugé en sens contraire pendant une longue série d'années. V. notamment Cass., 18 janv. 1888, S., 90. 1. 179, D., 88. 1. 174. L'art. 1525, en tant qu'il refuse le caractère de convention de mariage à la disposition qui attribue au survivant ou à l'un des époux s'il survit toute la communauté, y compris les apports de l'autre époux, constitue une exception au droit commun de la matière, d'après lequel tous les avantages que l'un des époux procure à l'autre par le jeu des conventions matrimoniales échappent aux règles de fond et de forme

des donations. Il ne faut pas étendre cette exception en dehors du cas prévu, d'autant plus qu'elle est très difficile à justifier. D'un autre côté, le caractère de convention de mariage appartiendrait certainement à la convention d'après laquelle un des époux avantagerait son conjoint en mettant dans la communauté tout ou partie de sa fortune par le moyen d'un ameublement. La convention conserverait son caractère alors même que, par le partage de la communauté, les immeubles ainsi ameublés par l'un des conjoints seraient attribués à l'autre ; pourquoi en serait-il autrement de la clause qui, en attribuant à l'un des époux une part plus forte qu'à l'autre, ne donne pas à celui-ci le droit de retirer son apport ?

SECTION VIII

DE LA COMMUNAUTÉ A TITRE UNIVERSEL

321. Aux termes de l'art. 1526 : « 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 seule ment ».

La loi comprend ici, indifféremment, sous la dénomination de communauté à titre universel (voyez la rubrique) ou sous celle de communauté universelle (art. 1526) les trois clauses suivantes :

1° Clause établissant entre les époux une communauté universelle de tous leurs biens, tant immeubles que meubles, présents et à venir. — C'est la communauté la plus étendue qu'il soit possible de stipuler, puisque les deux époux y l'ont entrer tous leurs biens sans distinction. Une

société ordinaire ne pourrait pas recevoir une aussi grande extension. V. art. 1837.

Sous le régime de la communauté universelle de tous biens présents et à venir, toutes les dettes des époux, sans distinction, mobilières ou immobilières, présentes ou futures, tombent dans la communauté, puisque les époux mettent en commun tous leurs biens.

Il n'est pas impossible que les époux qui ont stipulé ce régime aient des biens propres, par exemple ceux qui leur seraient donnés ou légués sous la condition de ne pas tomber en communauté. Naturellement, les dettes correspondant à ces biens ne seraient pas à la charge de la communauté.

Si les deux époux ont ameubli l'un et l'autre l'universalité de leurs immeubles présents et à venir, cette stipulation équivaut à celle de la communauté universelle.

2° Clause par laquelle les époux mettent en communauté tous leurs biens présents. — Il est certain que cette clause ne fait pas tomber dans la communauté les immeubles à venir. Quant aux meubles à venir, il y a quelque doute. On peut soutenir que les époux, en déclarant qu'ils font entrer dans la communauté tous leurs biens présents, ont entendu en exclure tous leurs biens à venir, même les meubles. Telle pourra être en effet dans plusieurs cas leur volonté, et cette interprétation devra être admise toutes les fois qu'elle sera favorisée par les termes du contrat, comme il arriverait par exemple si les époux ont dit qu'ils font entrer en communauté tous leurs biens présents seulement, ainsi que le suppose l'art. 1526. Dans le doute, il faudrait, ce semble, décider que les meubles futurs des époux tomberont dans la communauté, car tel est le droit commun (art. 1401). et il doit s'appliquer quand il n'est pas certain que les parties ont voulu y déroger.

Sous ce régime, toutes les dettes présentes des époux tombent dans la communauté, même les dettes immobilières. Quant à leurs dettes futures, elles resteront

soumises au droit commun, en supposant que les parties n'aient pas dérogé à ce même droit commun pour leurs biens futurs.

3° Clause qui fait entrer dans la communauté tous les biens à venir des époux seulement. — Ici encore il peut y avoir doute en ce qui concerne les meubles présents. Peut-être les époux ont-ils entendu se les réserver propres ; peut-être ont-ils voulu les laisser tomber dans la communauté conformément au droit commun. Dans le doute, c'est cette dernière solution qu'il conviendrait d'admettre. En supposant qu'on l'applique, on voit que la communauté universelle de biens à venir comprend, de plus que la communauté légale, en actif les immeubles futurs des époux, et en passif les dettes correspondant à ces immeubles. Pour le surplus, les règles de la communauté légale demeurent applicables.

322. Les trois clauses dont il vient d'être parlé, dérogeant à la communauté légale qui forme le droit commun, devraient, dans le doute, être interprétées restrictivement. Ainsi, quand les époux auront déclaré mettre tous leurs biens en communauté, et qu'il y aura incertitude sur le point de savoir s'ils ont entendu parler de leurs biens présents et à venir tout à la fois ou de leurs biens présents seulement, la clause sera considérée comme ne comprenant que les biens présents.

On appliquerait au surplus les règles du droit commun, en ce qui concerne les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté (art. 1421 s.) et sur les biens personnels de la femme (art. 1428 s.), ceux de la femme sur ses biens réservés (L. 13 juil. 1907, *supra*, n. 250 s.), de même qu'en ce qui concerne la dissolution de la communauté et le partage.

La femme qui renonce à la communauté perdrait ici, comme sous le régime de la communauté légale, toute espèce de droit sur les biens de la communauté, même sur ceux qui y sont entrés de son chef (arg. art. 1492), à moins

qu'elle n'en eût stipulé la reprise au cas de renonciation. Elle a cependant le droit de garder ses biens réservés (L. 13 juil. 1907, art. 5, al. 2 et 3).

On admet par argument de l'art. 1509 que l'époux, du chef duquel un immeuble est tombé dans la communauté en vertu de l'une des clauses ci-dessus, est autorisé à le reprendre lors du partage en le précomptant sur sa part pour le prix qu'il vaut alors. La communauté universelle ou à titre universel équivaut en effet à un ameublement plus ou moins étendu.

323. Observation. — Nous avons épuisé la liste des diverses clauses modificatives de la communauté légale, que le législateur a prévues et réglées. Ce sont les plus usuelles, mais non les seules qui puissent être stipulées ; les dispositions de la loi n'ont rien de limitatif à cet égard. L'art. 1497 l'a déjà dit, et l'art. 1527 le répète en ces termes : « 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'article 1387, et sauf les

» modifications portées par les art. 1388, 1389 et 1390 ».

L'art. 1528 ajoute : « La communauté conventionnelle reste sou » mise aux règles de la communauté légale, pour tous les cas aux » quels il n'y a pas été dérogé implicitement ou explicitement par » le contrat ».

Appendice. Dispositions relatives à la communauté légale et à la communauté conventionnelle, quand les époux ou l'un d'eux ont des enfants d'un précédent mariage.

324. Nous réunissons sous cette rubrique les dispositions des art. 1496 et 1527 al. 3, relatifs, le premier à la

communauté légale, le deuxième à la communauté conventionnelle. Ces textes sont ainsi conçus :

ART. 1496. — Tout ce qui est dit ci-dessus, sera observé même lorsque l'un des époux ou tous deux auront des enfants de précédents mariages. — Si toutefois la confusion du mobilier ⁴³ et des dettes opérerait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, au titre des Donations entre-vifs et des Testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement.

ART. 1527 al. 3. — Néanmoins, dans le cas où il y aurait des enfants 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'article 1098, au titre des Donations entre-vifs et des Testaments, sera sans effet pour tout l'excédant de cette portion ; mais les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage, fait au préjudice des enfants du premier lit.

L'adoption du régime de la communauté soit légale, soit conventionnelle peut avoir pour résultat de procurer à l'un des époux un avantage considérable au détriment de l'autre. Exemple : Un homme qui a 100.000 fr. de dettes mobilières et ne possède aucun actif mobilier, épouse une femme qui a 200.000 fr. de biens mobiliers sans aucune dette. L'adoption du régime de la communauté légale produira dans l'espèce les résultats suivants : les biens de la femme serviront jusqu'à due concurrence à payer les dettes du mari, et le surplus, soit 100.000 fr, se partagera, lors de la dissolution de l'association conjugale, entre les époux ou leurs représentants. La femme retirera donc 50.000 fr. de la communauté, où elle en a versé 200.000 ; la différence aura été gagnée par le mari.

De même, on comprend facilement qu'une clause d'ameublement, la stipulation d'un préciput, l'établissement de la communauté universelle... puissent avoir pour résultat de faire passer à l'un des conjoints une partie de la fortune de l'autre

Les divers avantages, que l'un des époux procure ainsi à l'autre, seront-ils considérés comme des donations, et réductibles par suite à la quotité disponible entre époux (art. 1094, 1098), sur la demande des héritiers réservataires du disposant ? Non, en principe. La loi considère les conventions matrimoniales des époux comme constituant dans leur ensemble un contrat à titre onéreux (arg. art. 1516 et 1525), sans distinction entre celles que les époux acceptent tacitement quand ils se marient sans contrat et celles qu'ils stipulent expressément quand ils font un contrat de mariage. Cass., ch. réun., 19 déc. 1890, S., 91. 1. 129, D., 91. 1. 417, et 3 fév. 1908, D., 08 1. 93. L'avantage que ces conventions procurent à l'un des époux est donc assimilé à un avantage résultant d'un contrat à titre onéreux ; et par suite les héritiers réservataires de l'époux qui a fait cet avantage n'ont pas le droit d'en demander la réduction, quelque considérable qu'il soit. V. aussi infra, n 572.

Telle est la règle. Son application aux enfants du mariage est sans danger. Que leur importe que l'un des époux ait avantage l'autre ? Ne sont-ils pas héritiers de tous les deux, et ne retrouve-t-ils pas par suite dans la succession du survivant ce qu'ils pourront perdre dans la succession du prémourant ?

Au contraire, appliquée au cas où l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage, la règle eût souvent engendré des conséquences, désastreuses pour ces enfants ; car, n'étant pas héritiers du nouveau conjoint de leur auteur, ils ne retrouveront pas dans la succession de ce conjoint ce qu'ils perdraient dans la succession de leur auteur par le résultat des conventions matrimoniales. Aussi

les art. 1496 et 1527 al. 3 décident ils que les enfants du premier lit pourront demander la réduction de l'avantage. procuré au nouveau conjoint, si cet avantage dépasse la quotité fixée par l'art. 1098. Il y a donc alors dérogation à la règle que l'avantage, résultant pour l'un des époux de l'adoption du régime de la communauté légale ou de la communauté conventionnelle, n'est pas considéré comme une donation ⁴⁴. Il le fallait bien ! Autrement le législateur, après avoir écrit dans l'art. 1098 une règle protectrice des intérêts des enfants du premier lit, en établissait à leur profit une réserve spéciale à l'égard du nouveau conjoint, aurait fourni aux époux un moyen bien facile d'éluder cette règle ; il aurait détruit d'une main ce qu'il venait d'édifier de l'autre. — Toutefois, les enfants du premier lit ne peuvent en aucun cas critiquer les avantages résultant, pour le nouveau conjoint de leur auteur, des économies faites sur les revenus, ou sur les produits des travaux communs. L'art. 1527 le dit formellement, et cela est certainement sous entendu dans l'art. 1496. La raison en est que les revenus sont destinés à être dépensés, et les enfants du premier lit n'ont pas à se plaindre quand ils ne trouvent pas trace de ces revenus dans la succession de leur auteur. D'ailleurs ces économies sont peut être le fruit du travail et de l'esprit d'ordre du nouveau conjoint, auquel cas il est bien juste qu'il en ait sa part, comme les ayant véritablement acquises à titre onéreux.

* Les avantages, que l'un des conjoints procure à l'autre par le jeu des conventions matrimoniales, devenant des donations lorsque le donateur a des enfants d'un précédent mariage, il s'ensuit :

* 1° Qu'ils seront soumis au rapport fictif de l'art. 922. Bourges, 28 déc 1891, S., 92. 2. 69, D., 93. 2. 169.

* 2° Qu'ils seront imputés sur l'usufruit attribué au conjoint par l'art. 767. Cass., 25 juin 1912, D., 13. 1. 173.

* 3° Que non seulement ces avantages seront réductibles à la quotité disponible, sur la demande des enfants du premier lit, mais qu'ils seront en outre imputables sur cette même quotité : ce qui pourra avoir pour conséquence de faire tomber dans le vide les donations entre vifs ou testamentaires faites par le défunt à d'autres personnes. Bourges, précité. La cour de Nancy a jugé en sens contraire par un arrêt en date du 25 février 1891, (S., 92. 2. 65, D., 91. 2. 353). Mais, pour justifier sa décision, la cour est obligée de contester aux avantages dont il s'agit le caractère de donations. Il serait étrange, dit la cour, que ces avantages changeassent de nature, suivant qu'il existerait ou qu'il n'existerait pas d'enfants d'un précédent mariage, qu'ils constituassent une donation dans le premier cas et non dans le second. — La vérité est qu'au fond les avantages, que l'un des époux procure à l'autre par les conventions matrimoniales, sont des donations. Arg. du mot regardé de l'art. 1316 et du mot réputée de l'art. 1525 al. 2. Mais on ne les a pas considérés comme ayant ce caractère quand il n'y a pas d'enfants d'un précédent mariage, parce que cela était commode et sans danger. La loi revient à la réalité, à cause du danger, quand il y a des enfants d'un premier lit. Par rapport à eux, l'avantage sera considéré comme une donation. — Le système de la cour de Nancy serait particulièrement dangereux au cas où les donations entre vifs ou testamentaires faites par le défunt s'adresseraient précisément au nouveau conjoint déjà avantage par les conventions matrimoniales : il permettrait à ce nouveau conjoint de recevoir deux fois la quotité disponible de l'art. 1098, une première fois comme époux, en vertu du jeu des conventions matrimoniales, une seconde fois comme donataire ou légataire.

325. L'action en réduction ou en retranchement, établie par les art. 1496 et 1527, ne peut prendre naissance que dans la personne des enfants du premier lit. Elle s'évanouit donc, s'ils meurent tous avant leur auteur, ou si, lui ayant

survécu, ils renoncent à sa succession ou en sont écartés comme indignes. Mais l'action en réduction intentée par les enfants du premier lit profiterait à ceux issus de la nouvelle union (arg. art. 745, et Bourges, précité), et nous verrons même que ces derniers pourraient intenter l'action, une fois qu'elle s'est ouverte dans la personne des enfants du premier lit.

SECTION IX

DES CONVENTIONS EXCLUSIVES DE LA COMMUNAUTÉ

326. Il y a trois régimes exclusifs de la communauté, savoir : le régime de non-communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Les deux premiers, ainsi que nous l'avons expliqué (supra, n. 33), ont un lien historique avec le régime de la communauté, en ce qu'ils étaient pratiqués dans les pays de droit coutumier, dits pays de communauté parce que la communauté y était le régime le plus usité : il formait le droit commun de ces pays. C'est pour cela que le législateur leur a donné place dans le chapitre II, intitulé Du régime en communauté, dont ils forment la section IX. Il a réservé un chapitre spécial, le chapitre III, pour le régime dotal, à peu près exclusivement pratiqué dans les pays de dotalité ou pays de droit écrit.

Aux termes de l'art. 1529 : « Lorsque, sans se soumettre au

» régime dotal, les époux déclarent qu'ils se marient sans communauté,

» ou qu'ils seront séparés de biens, les effets de cette stipulation

» sont réglés comme il suit ».

La section est divisée en deux paragraphes, consacrés, l'un au régime de non communauté, l'autre au régime de séparation de biens.

§ I. De la clause portant que les époux se marient sans communauté.

327. Le régime dont il va être traité porte indifféremment les noms de régime sans communauté, régime de non communauté, ou régime d'exclusion de communauté. L'adoption de ce régime exige une stipulation formelle. Mais peu important d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils manifestent clairement la volonté des parties. Ainsi les époux peuvent dire qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils excluent la communauté.

Le régime de non communauté est peu usité. On ne doit point s'en étonner. Il n'est guère en harmonie avec la nature du mariage, qui, établissant une société de personnes, semble devoir établir aussi une société de biens entre les époux. D'un autre côté, la femme étant exclue de toute participation aux économies réalisées, qui appartiennent pour le tout au mari, celui-ci sera naturellement porté à être trop économe et la femme à l'être trop peu : de là des tiraillements inévitables.

328. Le code civil réglemente d'une manière assez sommaire le régime de non communauté ; des emprunts sont nécessaires pour compléter ses dispositions. Mais à quel régime doivent-ils être faits ? Au régime de la communauté ou au régime dotal ? A première vue, on incline vers le régime dotal, qui présente avec le régime de non communauté cette analogie qu'il exclut, lui aussi, la communauté. Avec un peu de réflexion l'opinion contraire ne tarde pas à paraître préférable. En effet, d'une part, la place même qui a été assignée au régime d'exclusion de communauté, dont il est traité dans le chapitre consacré à

la communauté, témoigne que le législateur entend maintenir entre les deux régimes le lien de filiation qui leur est assigné par leur commune origine. D'autre part, la communauté légale est le régime de droit commun, et le régime dotal un régime d'exception ; or dans le doute c'est le droit commun qui doit être appliqué, et non le droit d'exception. Cass., 2 mai 1906, D., 06. 1. 401, S., 09. 1. 17.

329. Avant d'entrer dans les détails, il convient d'esquisser à grands traits la physionomie du régime de non communauté. Cette esquisse nous fournira en même temps le plan des développements qui vont suivre : 1° il n'y a pas de communauté entre les époux ; 2° chaque époux conserve propres tous ses biens présents et futurs, et a le droit d'en exercer la reprise lors de la dissolution de l'association conjugale ; 3° les dettes de chaque époux restent à sa charge personnelle ; 4° le mari est administrateur et usufruitier de tous les biens de la femme, sous l'obligation de supporter toutes les charges du mariage ; 5° toutes les économies que le mari réalise lui appartiennent ; 6° les biens de la femme sont aliénables.

330. I. Il n'y a pas de communauté entre les époux. — Ce caractère est commun au régime de non communauté, au régime de séparation de biens et au régime dotal.

331. II. Chaque époux conserve propres tous ses biens présents et tous ses biens futurs. — De là il résulte que la femme a le droit, lors de la dissolution de l'association conjugale, de reprendre tout ce qu'elle a apporté, ainsi que les biens provenant de son travail personnel (L. 13 juil. 1907, art. 5 al. final). Ses reprises une fois effectuées, ce qui reste appartient au mari. Sur le point de savoir comment la femme justifiera des apports dont elle prétend effectuer la reprise, appliquez par analogie ce qui a été dit au sujet de la communauté d'acquêts (supra, n. 257). V. aussi l'art. 4 de la loi du 13 juil. 1907.

En principe, la femme reprend ses biens en nature ; car elle en est demeurée propriétaire. Cette règle, qui

s'applique aux biens futurs comme aux biens présents, reçoit exception dans trois cas :

1° Lorsqu'il s'agit de meubles qui se consomment par le premier usage. Le mari devient alors propriétaire en vertu de son droit d'usufruit (arg. art. 587), et ne doit que la restitution en valeur. L'art. 1532 dit à ce sujet : « Si, dans le mobilier apporté en dol par la

» femme, ou qui lui échoit pendant le mariage, il y a des choses dont on ne peut faire

» usage sans les consommer, il en doit être joint un état estimatif au contrat de mariage,

» ou il doit en être fait inventaire lors de l'échéance, et le mari en doit rendre le prix

» d'après l'estimation ». A défaut d'estimation, le mari devrait rendre des choses de pareille quantité, qualité et valeur. Arg. art. 587.

2° Lorsque les biens de la femme ont été livrés au mari sur une estimation faite avec intention de lui en transférer la propriété. La femme n'a droit alors qu'à la restitution du prix d'estimation. Sur le point de savoir dans quels cas l'estimation vaut vente, voyez infra, n. 370 et s.

3° Lorsque les biens appartenant à la femme, et dont elle a le droit d'exiger la restitution en nature, ont péri par la faute du mari.

332. III. Les dettes de chaque époux demeurent à sa charge personnelle. — C'est une conséquence du principe que chaque époux conserve propre tout son patrimoine présent et futur, donc aussi ses dettes présentes et futures, qui sont charge de ce patrimoine. Les créanciers de chaque époux ne pourront par suite s'attaquer qu'aux biens appartenant à leur débiteur, mais du moins à tous ces biens.

* Toutefois, sur ce point, quelques précisions sont nécessaires en ce qui concerne les dettes de la femme. Il est sans difficulté que le paiement de celles qui ne sont pas constatées par un acte ayant date certaine antérieure au

mariage ne peut être poursuivi que sur la pleine propriété des biens réservés et la nue propriété des autres biens personnels de la femme, car l'usufruit du mari doit être respecté. Arg. art. 1410. Quant aux dettes de la femme qui ont date certaine antérieure au mariage, le paiement peut en être poursuivi sur la pleine propriété de ses biens personnels. C'est du moins ce que l'on peut induire par argument soit de l'art. 1410 cité tout à l'heure, soit de l'art. 1510, duquel il résulte que, malgré la clause de séparation des dettes et malgré l'existence d'un inventaire établissant la consistance du mobilier apporté par la femme, les créanciers de celle-ci, pourvu que leur titre ait date certaine antérieure au mariage, ont le droit d'agir sur la pleine propriété des biens personnels de la femme. V. aussi L. 13 juil. 1907, art. 3, al. 1. — On objecte que, les conventions matrimoniales étant opposables aux tiers, les créanciers de la femme doivent respecter le droit d'usufruit que ces conventions confèrent au mari sur tous les biens de leur débitrice, autres que ses biens réservés. Cet argument, qui aurait un certain poids s'il s'agissait d'un usufruit constitué à titre particulier, n'a plus aucune valeur quand il s'agit, comme dans l'espèce, d'un usufruit universel. Un semblable usufruit ne doit s'exercer que sur les biens, déduction faite des dettes arg. art. 612).

* Mais le mari n'est jamais tenu sur ses biens personnels des dettes de la femme, même de celles qu'il l'a autorisée à contracter. La décision contraire, que l'art. 1419 donne sous le régime de la communauté, tient à une cause qui n'existe pas sous le régime de non communauté, la confusion entre les biens du mari et ceux de la communauté (supra, n. 95).

* Il y a toutefois un cas dans lequel les créanciers de la femme pourraient s'attaquer aux biens du mari : c'est celui où le mari aurait laissé les meubles de sa femme se confondre avec les siens, faute d'un inventaire ou d'un état. Les créanciers, qui ne doivent pas souffrir de cette

confusion, auraient le droit de poursuivre leur paiement sur tout le mobilier des époux indistinctement. V. aussi L. 13 juil. 1907, art. 3 al. 4.

Les créanciers du mari peuvent saisir les biens réservés de la femme, à raison des dettes qu'il a contractées dans l'intérêt du ménage. L. 13 juil. 1907, art. 3 al. 2 et 3.

333. IV. Le mari est administrateur et usufruitier de la fortune de la femme, à l'exception des biens provenant du travail personnel de celle-ci. La femme a sur ces derniers les droits déterminés par la loi du 13 juil. 1907.

a. — En ce qui concerne l'administration des biens de la femme, l'art. 1530 dit : « La

» clause portant que les époux se marient sans communauté, ne donne point à la

» femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont

» censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage ». Et l'art. 1531 ajoute : « Le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, et,

» par suite, le droit de percevoir tout le mobilier quelle apporte en dot, ou qui lui

» échoit pendant le mariage ; sauf la restitution qu'il en doit faire après la dissolution

» du mariage, ou après la séparation de biens qui serait prononcée par justice ».

« Le mari conserve l'administration des biens de la femme », dit l'art. 1531. Comment peut-on dire que le mari conserve une administration qu'il prend pour la première fois ? En parlant ainsi, le législateur se reportait probablement par la pensée au régime de la communauté. Il a voulu dire : le mari conserve sous ce régime l'administration des biens personnels de la femme, qui lui appartient sous le régime précédent, celui de la communauté. C'est une raison de plus, outre celle indiquée au n. 328, pour décider que, sous le régime d'exclusion de

communauté, les pouvoirs du mari, comme administrateur des biens de la femme, sont régis par les règles du régime de la communauté (art. 1428 s.), et non par celles du régime dotal (art. 1549). Notamment le mari n'a pas l'exercice des actions pétitoires de la femme. — Le mari aura droit à récompense, à raison des dépenses utiles qu'il a faites, dans la mesure de la plus-value qui en est résultée pour les biens de la femme, conformément à l'art. 1437. Cass., 2 mai 1906, D., 06. 1. 401, S., 09. 1. 17.

b. — En ce qui concerne le droit d'usufruit du mari, la loi s'est à peu près bornée à dire qu'il porte sur tous les biens de la femme (art. 1530), et que « Le mari est tenu de toutes » les charges de l'usufruit » (art. 1533). Complétons ces dispositions.

Le mari a droit à tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, produits par les biens de la femme (arg. art. 582), à l'exception cependant de ses biens réservés, dont la femme conserve la jouissance, sous l'obligation de les affecter aux charges du mariage.

Comment le mari acquiert-il les divers fruits produits par les biens de la femme ? Conformément au principe qui a été posé au n. 328, nous croyons qu'il y a lieu d'appliquer sur ce point les règles du régime de la communauté, qui sont celles de l'usufruit ordinaire, et non celles du régime dotal. Le mari acquerra donc les fruits naturels et industriels par la perception, et les fruits civils jour par jour (art. 585 et 586). L'art. 1571, d'après lequel tous les fruits indistinctement sont soumis à la règle de l'acquisition jour par jour, est spécial au régime dotal et ne doit pas être étendu au régime d'exclusion de communauté.

Comme usufruitier des biens de la femme, le mari est d'abord soumis aux charges de l'usufruit ordinaire (art. 1533), telles que l'obligation de faire les réparations d'entretien, (art. 605), de payer les contributions (art. 608).

Le mari est-il tenu de fournir caution ? Non, ce n'est pas là une charge de l'usufruit, mais une obligation de

l'usufruitier ; or la loi impose seulement au mari les charges de l'usufruit. Tel était notre ancien droit. Il paraît d'ailleurs contraire à l'esprit de la loi que, sous aucun régime, le mari soit tenu de fournir caution ; même sous le régime dotal, qui est un régime de défiance, la loi dispense le mari de cette obligation qui serait blessante pour lui (art. 1550).

En outre, le mari est tenu de subvenir aux charges du mariage. Les revenus de la femme sont spécialement affectés à cette destination (art. 1530).

334. V. Tout ce que le mari économise, après avoir satisfait aux différentes charges dont il vient d'être parlé, lui appartient en propre. La femme n'a aucune part dans ces économies, auxquelles cependant elle contribue souvent par la bonne direction qu'elle donne au ménage et par les ressources que ses revenus lui procurent. La fortune de la femme ne peut donc s'augmenter que par les successions ou les donations qui lui adviennent, ou par les dons de fortune tels que la découverte d'un trésor, ou par les produits de son travail personnel.

Cependant aux termes de l'art. 1534 : « La clause énoncée au présent paragraphe ne

» fait point obstacle à ce qu'il soit convenu que la femme touchera annuellement, sur

» ses seules quittances, certaines portions de ses revenus pour son entretien et ses

» besoins personnels ». Les mots qui terminent l'article « pour son entretien et ses besoins personnels » semblent être purement explicatifs, et non limitatifs. La femme peut donc disposer comme elle l'entend et sans aucun contrôle des revenus qu'elle s'est réservés, sauf à se pourvoir d'une autorisation quand la nature de l'acte l'exigera. Les économies qu'elle réalise sur ces revenus lui appartiennent, et aussi les biens acquis avec ces économies, ainsi que les revenus de ces biens ; et il importerait peu que la femme eût laissé ces économies

entre les mains de son mari ; celui-ci en est comptable envers elle. Cass., 18 mai 1897, D., 97. 1. 407. La solution contraire, qui est admise par certains auteurs, aurait le grave inconvénient de détourner la femme de l'idée de faire des économies, et de la conduire ainsi à tout dépenser, fût-ce inutilement. Telle ne peut avoir été la pensée du législateur ; telle ne peut surtout avoir été la volonté des parties qui ont stipulé la clause, volonté qu'il ne s'agit après tout que d'interpréter. Cpr. infra, n. 380.

Quand la femme s'est réservé le droit de toucher sur ses seules quittances certaines portions de ses revenus, elle n'acquiert pas en vertu de cette clause le droit d'administrer les biens produisant ces revenus. Il faudrait, pour que la femme eût ce droit, une stipulation formelle, que la loi ne défend pas, et qui offrirait tout simplement une combinaison du régime de séparation de biens avec le régime d'exclusion de communauté.

335. VI. Enfin, aux termes de l'art. 1535 : « Les immeubles constitués en dot, dans

» le cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables.
— Néanmoins, ils ne peuvent

» être aliénés sans le consentement du mari, et, à son refus, sans l'autorisation

» de la justice ». — L'aliénation, que la femme ferait avec l'autorisation de la justice au refus du mari, ne porterait aucune atteinte au droit d'usufruit du mari. Arg. art. 1426.

Bien que la loi ne parle que des immeubles de la femme, il est clair que ses meubles sont également aliénables.

* Que décider relativement aux acquisitions faites par la femme non commune dûment autorisée ? Les biens qu'elle acquiert à titre gratuit lui appartiennent, sauf le droit d'usufruit du mari ; cela est sans difficulté. Il en est de même de ceux qu'elle acquiert à titre onéreux soit par échange, soit en remploi de ses biens aliénés, soit à titre d'emploi de deniers à elle appartenant, en exécution d'une clause du contrat de mariage, soit avec les économies

qu'elle a réalisées sur les produits de son industrie personnelle (L. 13 juil. 1907). Il y a quelque doute quant aux biens que la femme achète en dehors de ces hypothèses ; nous croyons qu'elle en devient encore propriétaire, sauf toujours le droit d'usufruit du mari ; c'est en effet celui qui acquiert qui devient propriétaire. Cass., 18 mai 1897, D., 97. 1. 407. On objecte que, la femme ne pouvant pas avoir de deniers à elle appartenant, puisque tous ceux qui proviennent de son chef deviennent la propriété du mari en vertu de son droit d'usufruit (arg. art. 587), l'acquisition faite par la femme a nécessairement été payée avec les deniers du mari, et que le bien acquis doit par suite devenir la propriété de celui-ci. — Mais d'abord la femme peut avoir emprunté à un tiers les fonds qu'elle a employés à l'acquisition, auquel cas il est insoutenable que l'acquisition puisse profiter au mari. Peut-être aussi ces fonds proviennent-ils d'économies faites par la femme sur les revenus qu'elle s'est réservé le droit de toucher, économies qui lui appartiennent (supra, n. 334). En supposant même que les sommes employées à l'acquisition aient été fournies par le mari, en résulterait-il qu'il devînt propriétaire du bien acquis ? Nullement ; car, encore une fois, c'est celui qui acquiert qui devient propriétaire, et non celui qui paie ou qui fournit les fonds destinés au paiement. Il y aurait seulement à examiner, en pareil cas, quelles sont les conséquences de ce fait que le mari a fourni les fonds. Or on doit établir à cet égard la distinction suivante. Le mari a-t-il entendu faire un prêt ? la femme en doit le remboursement ; le prêt devrait être prouvé par les moyens de preuve du droit commun. Le mari a-t-il fourni et la femme reçu la somme à titre de don ? alors le remboursement n'en est pas dû ; seulement, si le don excède la quotité disponible, les héritiers réservataires du mari auront l'action en réduction. Ces héritiers pourraient d'ailleurs prouver l'existence du don par tous les moyens possibles, même par présomptions ; car il s'agit de

démasquer une fraude à la loi, consistant dans l'atteinte portée à leur droit de réserve.

§ II. De la clause de séparation de biens.

336. Le régime matrimonial dont nous allons nous occuper porte le nom de séparation de biens CONTRACTUELLE, expression qui indique qu'il s'agit d'une séparation de biens stipulée par le contrat de mariage, par opposition à la séparation de biens JUDICIAIRE.

Sous ce régime, comme sous le précédent, il n'y a pas de communauté entre les époux : les biens de chacun lui demeurent propres, ses dettes aussi, en capital et en intérêts. Mais, à la différence de ce qui a lieu sous le régime de non communauté, la femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens personnels, sous l'obligation de verser annuellement entre les mains de son mari une certaine somme représentant sa part contributive dans les dépenses du ménage.

Le régime de séparation de biens est, lui aussi, peu en harmonie avec la nature du mariage. Appelés à être étroitement unis par les liens du cœur, les époux semblent naturellement destinés à être unis aussi par la communauté des intérêts : or, le régime de la séparation de biens établit entre les époux une séparation à peu près complète d'intérêts. Il paraît peu pratiqué ; on ne le rencontre guère que dans la classe riche, qui encore en fait un assez rare usage.

337. Il y a une très grande affinité entre la séparation de biens contractuelle et la séparation de biens judiciaire. On peut toutefois signaler entre elles deux différences :

1° La séparation de biens contractuelle est irrévocable, comme le sont toutes les conventions matrimoniales (art. 1395). Il en est autrement de la séparation judiciaire : la loi

permet aux époux séparés de biens judiciairement de revenir à leurs conventions matrimoniales primitives (art. 1451).

2° La femme séparée de biens judiciairement contribue aux charges du mariage proportionnellement à ses facultés comparées à celles de son mari (art. 1448). La loi établit un mode de contribution différent pour la femme séparée contractuellement. Aux termes de l'art. 1537 : « Chacun des époux contribue aux charges du

» mariage suivant les conventions contenues en leur contrat ; et,

» s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges

» jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus ».

Si la portion contributoire de la femme, telle qu'elle est fixée par le contrat ou à défaut par la loi, devenait insuffisante pour le soutien des charges du mariage, la femme pourrait être obligée de payer une part contributoire plus forte. Arg. art. 203, 212 et 1448.

338. A part les différences qui viennent d'être signalées, on doit décider, quoiqu'il y ait quelque doute sur ce point, que la situation de la femme séparée contractuellement est la même que celle de la femme séparée judiciairement. En d'autres termes, les règles de la séparation judiciaire sont applicables à la séparation contractuelle. Telle a dû être la pensée du législateur, qui, autrement, aurait été sans doute moins laconique en ce qui concerne la séparation contractuelle.

Ce principe conduit aux déductions suivantes :

1° L'art. 1450 est applicable à la séparation de biens contractuelle ;

2° La femme séparée contractuellement doit, comme la femme séparée judiciairement, verser sa portion contributoire entre les mains du mari, qui est obligé, moyennant ce subside, de pourvoir à toutes les charges du mariage, y compris l'entretien de la femme. Aussi a-t-on dit

avec exactitude que la femme séparée de biens contractuellement est pensionnaire chez son mari ;

Si le mari détourne de leur destination naturelle, qui est de subvenir aux charges du mariage, les sommes que la femme verse entre ses mains pour sa part contributoire, la question de savoir si la femme peut se faire autoriser par la justice à garder ces sommes et à en faire elle-même directement l'emploi en payant les fournisseurs, doit recevoir ici la même solution qu'en ce qui concerne la femme séparée judiciairement. V. *supra*, n. 187 ;

3° La femme séparée contractuellement a la même capacité que la femme séparée judiciairement en ce qui concerne l'administration de ses biens. Elle peut donc « disposer de son mobilier, et l'aliéner » (art. 1449). Un doute naît toutefois sur ce point de l'art. 1536, qui ne reproduit pas à cet égard les termes de l'art. 1449 : « Lorsque les époux ont stipulé

» par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'entière

» administration de ses biens meubles et immeubles, et la jouissance libre de ses

» revenus ». Mais ce doute semble disparaître à la lecture de l'art. 1538 : « Dans aucun

» cas, ni à la faveur d'aucune stipulation, la femme ne peut aliéner ses immeubles sans

» le consentement spécial de son mari, ou, à son refus, sans être autorisée par justice.

» — Toute autorisation générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme soit

» par contrat de mariage, soit depuis, est nulle ». Ce texte, en prohibant la stipulation par laquelle la femme séparée contractuellement se réserverait le droit d'aliéner ses immeubles sans autorisation, donne bien à entendre que la stipulation serait valable en ce qui concerne les meubles, et qu'on doit même la considérer comme sous-entendue. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que, sur les biens provenant de

son travail personnel, la femme a les droits qui sont déterminés par la loi du 13 juillet 1907.

339. Souvent il arrive que la femme séparée contractuellement donne mandat à son mari d'administrer ses biens en son lieu et place et de toucher ses revenus. Si le mandat est exprès, il faudra consulter ses termes pour déterminer les pouvoirs qu'il confère au mari, et notamment la portion de fruits que le mari a le droit de conserver et celle qu'il doit restituer à la femme. Mais le plus souvent le mandat dont il s'agit sera tacite. Absorbée par les soins du ménage, ou fatiguée d'une administration à laquelle elle se sent inhabile, la femme laisse là son contrat de mariage, et ne fait nulle opposition à ce que son mari s'empare de l'administration qu'elle s'était réservée et jouisse de ses biens. La loi devait régler les conséquences de cette situation, et c'est ce qu'elle a fait dans l'art. 1539 :

« Lorsque la femme séparée a laissé la jouissance de ses biens à son mari, celui-ci

» n'est tenu, soit sur la demande que sa femme pourrait lui faire, soit à la dissolution

» du mariage, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de

» ceux qui ont été consommés jusqu'alors ». Ainsi la femme est censée, en pareil cas, avoir autorisé son mari à dépenser tous les revenus des biens dont elle lui a laissé l'administration. Le mari ne devra compte, par conséquent, que des fruits existants lors de la demande de la femme, qui, révoquant son mandat, comme elle en a le droit, veut reprendre l'administration de ses biens, ou, si le mandat n'a pas été révoqué, des fruits existants lors de la dissolution du mariage ; il ne doit aucun compte des fruits consommés.

On devrait considérer comme existants les fruits qui existent encore en nature lors de la demande de la femme ou de la dissolution du mariage, le prix encore dû à cette époque des fruits vendus et les loyers et fermages arriérés.

* 340. Mais voilà que le mari a fait des économies sur les revenus des biens dont sa femme lui a laissé la jouissance, et il a placé ces économies. La partie des revenus de la femme, qui a été ainsi économisée et placée, doit-elle être considérée comme consommée, ce qui aurait pour conséquence de dispenser le mari de toute restitution de ce chef ; ou doit-elle au contraire être considérée comme existante, et la femme peut-elle en réclamer la restitution ? La cour de cassation a résolu la question dans le premier sens par un arrêt de rejet du 17 janvier 1860. Adde Cass. civ., 18 juin 1908, D., 08. 1. 325, S., 10. 1. 369. La cour dit que la solution contraire pourrait donner lieu à des recherches blessantes pour le mari. On peut ajouter que, lorsque le mari a des ressources personnelles, il paraît assez difficile de dire si les économies qu'il a réalisées ont été faites sur les revenus des biens dont sa femme lui a abandonné la jouissance ou sur ses revenus personnels. ; pourquoi sur ceux-là plutôt que sur ceux-ci ? Faut-il conclure de là, comme le réclamaient subsidiairement les demandeurs en cassation dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de rejet de 1860, que les économies doivent être réparties entre le mari et la femme proportionnellement à l'importance de leurs revenus respectifs ? Cela paraîtrait assez équitable. Mais cette solution, qui tendrait à établir entre les époux, par suite de l'abandon de jouissance fait par la femme, une sorte de communauté d'acquêts d'un genre tout à fait particulier, ne semble guère acceptable en l'absence d'un texte qui l'établisse. D'ailleurs, la femme a « laissé la jouissance de ses biens à son mari », comme le dit l'art. 1539 ; et, comme elle la lui a laissée sans conditions, il faut en conclure que le mari peut faire des revenus tel usage que bon lui semble ; par suite il ne devra compte que de ce qu'il n'aura pas employé ; tout ce qu'il a employé est consommé hoc sensu.

* 340 bis. L'art. 1533 est applicable à la femme séparée judiciairement, aussi bien qu'à la femme séparée

contractuellement. Dans un cas comme dans l'autre, l'abandon, fait par la femme au mari, de la jouissance de ses biens doit être volontaire. Cass., 11 nov. 1895, S., 96. 1. 281.

* 340 ter. En se soumettant au régime de la séparation de biens, les époux peuvent stipuler qu'il y aura entre eux une communauté d'acquêts. Arg. art. 1387 et 1581. Il y a lieu alors à l'application des règles de la communauté légale pour tous les acquêts faits pendant la durée de l'association conjugale. Cass., 25 janv. 1904, S., 04. 1. 305, D., 04. 1. 105, et 5 mai 190, D., 07. 1. 316.

CHAPITRE III

DU RÉGIME DOTAL

34 Le régime dotal était le régime de prédilection des pays de droit écrit, qui l'avaient emprunté à la législation romaine.

Le projet primitif du code civil contenait dans la première section du chapitre III, consacrée aux conventions exclusives de toute communauté, une organisation tout à fait rudimentaire du régime dotal. Les parties qui voulaient adopter ce régime avaient d'ailleurs toute latitude pour en régler les clauses, et notamment l'art. 123 les autorisait formellement à stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux de la femme (Fenet, t. 2, p. 326). La section de législation supprima ce texte et le remplaça par un autre (art. 138), ainsi conçu : « Les immeubles constitués en dot... ne sont pas inaliénables ; toute convention contraire est nulle » (Fenet, t. 13, p. 521). C'était décapiter le régime dotal, presque le supprimer ; car l'inaliénabilité de la dot est sa principale raison d'être. Aussi l'apparition de ce nouveau projet souleva-t-elle une véritable tempête dans les pays de droit écrit, où le régime dotal était l'objet d'une sorte de culte, presque d'une superstition. Leurs vives réclamations déterminèrent le législateur à consacrer un chapitre spécial au régime dotal.

342. Définition. Le régime dotal protège d'une manière toute particulière la dot de la femme. Il assure par des règles spéciales la conservation et la restitution de cette dot, non, comme la loi Julia, en vue de faciliter à la femme une nouvelle union après son veuvage, mais bien pour assurer la subsistance et l'avenir de la femme et des

enfants. Ses deux traits-caractéristiques sont l'inaliénabilité des biens dotaux et les pouvoirs particuliers attribués au mari sur ces mêmes biens. Et toutefois l'inaliénabilité dotale n'est pas essentielle (art. 1557).

Nous avons esquissé plus haut la physionomie du régime dotal (n. 12) ; il faut maintenant entrer dans les détails.

343. La soumission au régime dotal ne peut résulter que d'une stipulation expresse (art. 1392). Il y en a deux raisons. D'une part, le régime dotal déroge au droit commun en matière de conventions matrimoniales. D'autre part, l'inaliénabilité qui y est attachée porte atteinte à un principe qui est une des bases de notre état social, en même temps qu'une des sources de la richesse publique, le principe de la libre circulation des biens. Mais d'ailleurs la loi n'exige l'emploi d'aucuns termes sacramentels ; il suffit que la stipulation soit conçue de manière à ne laisser aucun doute sur la volonté des parties de se soumettre au régime dotal.

On doit, à notre avis, considérer comme présentant ce caractère la clause, aux termes de laquelle tels biens de la femme sont déclarés dotaux et par suite inaliénables, et tels autres paraphernaux, et même la clause que les biens de la femme seront dotaux et inaliénables.

Mais la soumission au régime dotal ne résulterait pas des clauses indiquées en l'art., 1392, ni de la clause que tous les biens de la femme seront dotaux (argument du même, article), ni de celle par laquelle la femme donne mandat à son mari d'administrer ses biens comme son procureur général et irrévocable (supra, n. 13. V. aussi n. 11).

Que dire de la clause imposant au mari l'obligation de faire emploi des sommes apportées par la femme, ou d'effectuer le remploi des biens de celle-ci, au cas où ils seraient aliénés ? Dans nos anciens pays de dotalité, on considérait cette clause comme entraînant soumission au régime dotal. Mais cette solution ne devait plus être admise dans notre droit actuel, qui fait du régime dotal un régime

d'exception, dont l'adoption nécessite une déclaration de volonté expresse et sans ambiguïté. Tel est cependant l'empire de la tradition que les cours du Midi ont pendant de longues années jugé en sens contraire, et il a fallu plusieurs arrêts de la cour suprême pour déraciner cette jurisprudence, à laquelle l'arrêt solennel du 8 juin 1858 paraît avoir donné le coup de grâce. Cpr. Cass., 21 fév. 1894, S., 95. 1. 393, et Rouen, 20 fév. 1907, D., 07. 2. 323.

Distinction des biens de la femme en dotaux et en paraphernaux.

344. Les biens de la femme, sous le régime dotal, se divisent en biens dotaux, ou biens compris dans la dot, et biens paraphernaux, ou biens en dehors de la dot (infra, n. 346).

Pour bien comprendre cette distinction, il faut savoir au préalable ce que c'est que la dot. Dans un sens large, le mot dot désigne tous les biens donnés à l'un ou à l'autre époux par le contrat de mariage. Dans un sens plus restreint, « La dot... est le bien que la

» femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage » (art. 1540).

La femme peut avoir une dot sous tous les régimes (arg. des mois sous ce régime comme sous celui du chapitre II [art. 1540] ; or le chapitre II traite de tous les régimes autres que le régime dotal). Sous la communauté, la dot de la femme comprend tous ses biens ; tous en effet sont apportés au mari soit en propriété, soit en jouissance. La dot comprend également tous les biens de la femme sous le régime d'exclusion de communauté, mais en jouissance seulement. Sous le régime de la séparation de biens, la dot de la femme n'apparaît pas aussi nettement, si bien que certains auteurs ont nié son existence. Nous croyons plus exact de dire que la dot de la femme séparée de biens contractuellement se compose de la partie de ses revenus,

qu'elle s'oblige expressément ou tacitement à verser entre les mains de son mari, pour sa part contributoire dans les dépenses du ménage.

On voit que le régime qui nous occupe n'est pas appelé dotal parce que la femme y apporte une dot. Son nom lui vient de ce que la dot y est protégée par des règles particulières ayant principalement pour but d'assurer sa conservation et sa restitution.

345. Cela posé, les biens dotaux sont ceux qui composent la dot de La femme. L'art. 1541 en donne une énumération limitative : « Tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donfié en contrat

» de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire ».

a. — La loi déclare dotaux, tout d'abord, les biens que la femme se constitue. Il s'agit de la constitution de dot faite par la femme elle-même dans le contrat de mariage. Aucune formule sacramentelle n'est prescrite pour cette constitution ; il suffit que la volonté des parties soit clairement exprimée, peu importe en quels termes.

Ainsi on devrait considérer comme constitués en dot, et par suite comme dotaux, les biens que la femme déclare apporter à son mari, ou affecter aux charges du mariage, et aussi ceux dont elle déclare conférer à son mari l'administration et la jouissance. La constitution de dot peut même être implicite : c'est ce qui arrivera si la femme a énuméré dans le contrat de mariage les biens qu'elle se réserve comme paraphernaux : naturellement ceux dont elle ne parle pas seront dotaux. — Le doute que laisseraient les termes du contrat devrait profiter à la paraphernalité, car, ainsi qu'on va le voir au numéro suivant, la paraphernalité constitue la règle et la dotalité l'exception. Cass., 7 fév. 1881, S., 82. 1. 22, et 12 janv. 1904, D., 06. 1. 38, S., 09. 1. 142.

b. — Sont également dotaux les biens donnas à la femme EN CONTRAT DE MARIAGE. En faisant la donation par le contrat de mariage, le donateur manifeste implicitement la

volonté, d'une part, d'affecter les revenus des biens donnés au soutien des charges du mariage, et, d'autre part, d'assurer à ces biens la protection du régime stipulé dans le contrat. Or, pour que cette double intention puisse être réalisée, il faut que les biens donnés soient dotaux ; voilà pourquoi la loi les déclare tels. Si le donateur a une volonté contraire, il faut qu'il l'exprime.

* La règle que les biens donnés à la femme en contrat de mariage sont dotaux, s'applique quel que soit le donateur, parent ou étranger. Elle nous semble même devoir s'appliquer, vu la généralité des termes de la loi, aux biens donnés en contrat de mariage par le mari à la femme, au moins s'il s'agit d'une donation de biens présents. D'autant plus qu'il n'y a aucun motif pour supposer que le mari ait entendu se priver, pendant la durée du mariage, de l'administration et de la jouissance des biens dont il a gratifié sa femme, et c'est cependant ce qui arriverait si on considérait ces biens comme paraphernaux. D'ailleurs, dans le doute, la donation doit toujours être interprétée dans le sens le moins défavorable au donateur. La question toutefois est controversée.

On voit en résumé que les biens dotaux sont ceux qui font partie de la dot de la femme. La dot ne peut être constituée que par le contrat de mariage ; mais d'ailleurs elle peut l'être soit par la femme elle-même, soit par un tiers qui intervient au contrat. Tous les biens de la femme peuvent être dotaux.

Les biens du mari ne pourraient pas valablement être stipulés dotaux et par suite inaliénables. Ce serait étendre au mari la protection du régime dotal, qui n'a été établie qu'en faveur de la femme. Les dispositions de la loi, qui autorisent, contrairement aux règles du droit commun, une stipulation d'inaliénabilité, comportent nécessairement l'interprétation restrictive. Cpr. Cass., 30 nov. 1886, S., 87. 1. 401, motifs de l'arrêt.

346. Les biens de la femme, qui ne sont pas dotaux, sont dits extra-dotaux (de extra dotem) ou paraphernaux (de παρα, en dehors, et φερνῃ, dot). « Tous les biens de la femme qui n'ont pas été constitués » en dot, sont paraphernaux », dit l'art. 1573. La paraphernalité constitue donc la règle générale, la dotalité l'exception. Il peut se faire que tous les biens de la femme soient paraphernaux (art. 1575) ; c'est ce qui arrive si elle ne s'est constitué aucun bien et qu'il ne lui ait rien été donné dans le contrat de mariage. Cpr. Montpellier, 21 juil. 1911, S., 12. 2. 303.

SECTION PREMIÈRE

DE LA CONSTITUTION DE DOT

347. La constitution de dot peut émaner soit de la femme, soit de ses père et mère, soit de toute autre personne. Nous ne parlerons que de la constitution de dot émanée de la femme ou de ses père et mère, celle qui est faite par d'autres ne donnant lieu à aucune observation particulière.

§ I. Constitution de dot émanée de la femme.

348. Aux termes de l'art. 1542 : « La Constitution de dot peut

» frapper tous les biens présents et à venir de la femme, ou tous ses

» biens présents seulement [ajoutez : ou tous ses biens à venir seulement],

» ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un

» objet individuel. — La constitution, en termes généraux, de tous

» les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir ».

Les biens PRÉSENTS hoc sensu sont ceux qui figurent dans le patrimoine de la femme présentement, c'est-à-dire au moment de la passation du contrat de mariage, ou qui doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit existant à cette époque et susceptible de se réaliser avec effet rétroactif, par exemple le bien dont la femme était propriétaire avant le contrat de mariage sous une condition suspensive qui vient à se réaliser plus tard (arg. art. 1179).

Les biens A VENIR sont ceux qui adviendront à la femme à titre lucratif, principalement à titre de succession ou de donation, depuis la passation du contrat de mariage jusqu'à la dissolution du mariage ⁴⁵. Cpr. supra, n. 253.

* Ne seraient donc pas compris, du moins en général, dans la constitution dotale des biens à venir et demeureraient par suite paraphernaux, les biens acquis par la femme à titre onéreux, durant le mariage, notamment l'immeuble donné à la femme en paiement d'une créance paraphernale (Cass., 18 janv. 1892, D, 92. 2. 531. Adde arg. art. 1553), ou les biens que la femme achèterait sur ses économies après la séparation de corps ou de biens (Pau, 5 avril 1892, D., 93. 2. 333. Cpr. Grenoble, 21 déc. 1908, D., 09. 2. 313, S., 10. 2. 129). Il en serait autrement du bien acquis en remploi d'un immeuble dotal aliéné, mais c'est alors comme subrogé à un immeuble dotal et non comme bien à venir que le bien serait dotal.

* Depuis la loi du 13 juil. 1907, les biens provenant du travail personnel de la femme pendant le mariage ne peuvent pas être stipulés dotaux (supra, n. 250 XII). Et cette règle doit s'appliquer aux œuvres littéraires ou artistiques de la femme. La question était très controversée avant la loi de 1907. V. à ce sujet Cass., 13 fév. 1884, D., 84. 1. 325, S., 86. 1. 25 et la note. Cpr. supra, n. 333.

349. Qu'elle s'applique aux biens présents ou aux biens à venir, la constitution de dot peut être faite à titre universel ou à titre particulier : — à titre universel, lorsqu'elle embrasse l'universalité ou une partie aliquote, comme le tiers, le quart des biens, soit présents, soit à venir ; — à titre particulier, dans toute autre hypothèse, par exemple si la femme s'est constitué en dot telle maison, tel fonds de terre, une somme de 100.000 fr.

Lorsque la constitution de dot est faite à titre universel, le mari, devenant ainsi usufruitier de l'universalité ou d'une quote-part de l'universalité des biens de la femme, doit supporter, pour la totalité ou pour une quote-part, les intérêts des dettes correspondant aux biens constitués en dot (arg. art. 612). Ainsi, quand la constitution dotale embrasse tous les biens présents de la femme, le mari doit supporter, pendant la durée de sa jouissance, les intérêts de toutes les dettes correspondant à ces biens, c'est-à-dire de toutes les dettes présentes de la femme. Voyez cependant Grenoble, 12 mai 1882, S., 82. 2. 247. Au contraire, si la constitution de dot est faite à titre particulier, le mari ne devra supporter pour aucune portion les intérêts des dettes de la femme. Toutefois la constitution, faite par la femme, de tous les biens qui lui écherront par succession, bien qu'elle puisse être considérée comme étant à titre particulier, entraînerait pour le mari l'obligation de supporter les intérêts des dettes grevant ces successions. Ces dettes diminuent de plein droit l'actif : non sunt bona nisi deducto ære alieno.

350. Sous le régime dotal, la paraphernalité étant la règle et la dotalité l'exception, la constitution de dot doit toujours être interprétée restrictivement. Par application de ce principe, l'art. 1542 al. 2, déjà cité, dispose : « La constitution, en termes généraux, de » tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir ». En effet une semblable constitution laisse planer un doute en ce qui concerne les biens à venir : peut-être les parties n'y ont-

elles pas songé. Ce doute s'interprète contre la dotalité. De même, si la femme s'est constitué tous les biens qui lui écherront par succession, la clause ne comprendra pas les biens à échoir par donation, et réciproquement.

* La dotalité n'atteindrait pas l'indemnité d'assurance due à la femme à raison de l'incendie d'un immeuble dotal, survenu pendant le cours du mariage, ni l'indemnité dont un tiers deviendrait débiteur durant le mariage à raison de la destruction d'un immeuble dotal. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'indemnité fût subrogée à l'immeuble dotal ; or cette subrogation n'est établie par aucun texte. Pau, 31 mai 1893, D., 95. 2. 10. Non obstat loi du 19 février 1889 (t. II, n. 1350). La nature exceptionnelle de cette loi ne permet pas de la généraliser. En sens contraire, Aix, 6 janv. 1890, S., 90. 2. 89.

* Par application du même principe, on doit décider que, si la femme s'est constitué en dot sa part indivise dans tel immeuble, cet immeuble ne sera dotal que dans la mesure du droit appartenant à la femme lors du contrat de mariage, alors même qu'un partage fait postérieurement lui aurait attribué la totalité de l'immeuble. Car, en se constituant sa part indivise dans l'immeuble, la femme a donné à entendre qu'elle ne voulait pas se constituer les autres parts indivises appartenant à ses consorts, pour le cas où elles lui seraient attribuées par le partage ; tout au moins il y a doute à cet égard, et ce doute doit être tranché contre la dotalité. — Qu'importe après cela qu'en vertu du principe écrit dans l'art. 883, la femme, à laquelle la totalité de l'immeuble a été attribuée par le partage, soit réputée en avoir été seule propriétaire à dater du jour où l'indivision a pris naissance, par conséquent, dans l'espèce, à une époque antérieure au mariage ? Est-ce que cela empêche que la femme ait pu vouloir ne se constituer en dot qu'une partie de l'immeuble pour le cas où elle en deviendrait plus tard propriétaire en totalité avec effet rétroactif ? Dès que cette interprétation est possible, elle

doit être admise comme s'éloignant le moins du droit commun.

351. Aux termes de l'art. 1543 : « La dot ne peut être constituée » ni même augmentée pendant le mariage ».

En droit romain, la dot pouvait être augmentée et même constituée pendant le mariage (Justin. Inst., § 3, De donationibus). L'application de ce système dans nos anciens pays de droit écrit y devint la source de fraudes nombreuses à l'encontre des tiers ; aussi les parlements desdits pays prohibèrent-ils les constitutions de dot faites pendant le mariage, et n'admirent-ils les augmentations que sous certaines restrictions propres à sauvegarder les intérêts des tiers. Le code civil va plus loin. Voulant que les tiers puissent toujours savoir d'une façon certaine, en consultant le contrat de mariage, quels biens sont dotaux, il décide, dans les termes les plus généraux, que la dot ne peut être constituée ni même augmentée pendant le mariage. Et toutefois, cette disposition, ainsi qu'on va le voir, n'est pas aussi absolue qu'elle le paraît au premier abord.

La dot peut recevoir des augmentations pendant le mariage, soit en vertu de causes naturelles, telles que l'alluvion, ou légales, comme l'extinction d'un droit d'usufruit grevant un bien dotal (Bordeaux, 20 janv. 1893, D., 93. 2. 517, S., 94. 2. 32), ou même artificielles, par suite de constructions édifiées sur le fonds dotal (Cass., 31 mai 1911, D., 12. 1. 63, S., 12. 1. 500), soit en vertu de causes prévues par le contrat de mariage, par exemple par suite de successions échues à la femme, si le contrat stipule que ses biens à venir seront dotaux. Notre article, en effet, ne dit pas que la dot ne peut pas S'AUGMENTER pendant le mariage, mais bien, ce qui est tout différent, qu'elle ne peut pas ÊTRE AUGMENTÉE, formule qui fait allusion aux augmentations résultant d'une volonté manifestée après coup soit par les époux, soit par un tiers, car la loi ne distingue pas.

Par les époux. Ainsi, les biens à venir de la femme devant être paraphernaux d'après le contrat, si une succession échoit à la femme pendant le mariage, les époux ne peuvent pas valablement convenir que les biens de cette succession seront dotaux ; ce serait augmenter la dot. Sur ce premier point, l'art. 1543 ne contient qu'une application particulière du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La composition de la dot est définitivement arrêtée par les clauses du contrat ; la volonté des époux n'y peut rien changer. Et la réciproque est vraie. Les époux ne peuvent pas déclarer paraphernal un bien qui, d'après leur contrat de mariage, devait être dotal. Cpr. Cass., 17 nov. 1903, D., 05. 1. 417, S., 05. 1. 121, et la note.

Par un tiers. Ainsi, les biens à venir de la femme devant être paraphernaux d'après le contrat, un tiers, parent ou étranger, ne pourra pas valablement, pendant le mariage, donner un bien à la femme sous la condition qu'il sera dotal. Paris, 20 oct. 1890, D., 91. 2. 359. Du moins cette condition, contraire à la loi, serait réputée non écrite, aux termes de l'art. 900, et la donation s'exécuterait comme si elle avait été faite purement et simplement, c'est-à-dire que le bien donné serait paraphernal. Sur ce dernier point, l'art. 1543 contient une exception aux règles du droit commun, d'après lesquelles les conventions matrimoniales ne lient pas les donateurs. Ainsi, sous le régime de la communauté, un bien peut valablement être donné à la femme sous la condition qu'il tombera dans la communauté, alors qu'il devrait en être exclu d'après les dispositions de la loi ou du contrat de mariage, et réciproquement. L'exception a été écrite dans une vue de protection pour les tiers, aux intérêts desquels la dotalité peut porter atteinte, à cause de l'inaliénabilité qui y est attachée. La loi a voulu que les tiers pussent toujours savoir, en consultant le contrat de mariage, quels biens sont dotaux. Si, d'après le contrat, les biens à venir de la femme doivent être paraphernaux, il ne faut pas que les

biens qui lui seront donnés puissent devenir dotaux en vertu d'une clause de la donation, que les tiers ignoreraient souvent.

* Mais au contraire, rien ne s'opposerait à ce qu'un tiers, parent ou étranger, donnât un bien à la femme pour la nue propriété, et au mari pour l'usufruit pendant la durée du mariage, alors que, d'après le contrat de mariage, les biens donnés à la femme doivent être paraphernaux. Inutilement objecterait-on que cela équivaut à donner le bien sous la condition qu'il sera dotal. Les deux clauses sont tout à fait différentes, et notamment celle dont il s'agit ne rendrait en aucun cas le bien donné inaliénable.

352. En sens inverse, un donateur pourrait-il, quand les biens à venir de la femme doivent être dotaux d'après le contrat de mariage, insérer dans la donation cette clause que le bien donné sera paraphernal ? Nous le pensons ; car, d'après le droit commun, les conventions matrimoniales ne lient pas les donateurs (arg. art. 1401-1° et 1405 et supra, n. 18). Il est vrai que, par dérogation à ce principe, l'art. 1543 ne permet pas à un donateur d'augmenter la dot pendant le mariage ; mais il ne défend pas de la diminuer ; or, tel est précisément le but de la clause qui nous occupe. La déclarer nulle, par application de l'art. 1543, c'est étendre une disposition exceptionnelle en dehors du cas qu'elle prévoit. L'esprit de la loi résiste d'ailleurs à cette extension non moins que son texte : l'extension serait préjudiciable pour les tiers, auxquels la paraphernalité est plus profitable que la dotalité ; or la dérogation au droit commun, que consacre l'art. 1543, a principalement été établie en vue de protéger les intérêts des tiers. On objecte que, si la clause n'est pas défavorable aux tiers, elle est désavantageuse pour le mari ; car en rendant paraphernal un bien qui devait être dotal d'après le contrat, elle prive le mari du droit de jouissance que le contrat lui assurait sur ce bien. La réponse est que le donateur aurait pu empêcher le droit de jouissance du mari de prendre naissance, en ne

faisant pas la donation ; il peut donc aussi donner à la condition que le mari ne jouira pas.

§ II, Constitutions de dot faites par les père et mère des époux ou par l'un d'eux.

353. Le législateur s'est occupé à deux reprises différentes des constitutions de dot faites par les père et mère au profit de leurs enfants communs : une première fois dans les art. 1438 à 1440 déjà expliqués (supra, n. 154 s.), une seconde, dans les art. 1544 à 1548 à l'étude desquels nous arrivons. Ces derniers articles sont écrits en vue du cas où les constituants sont mariés sous le régime dotal, tandis que les art. 1438 à 1440 supposent les constituants mariés sous le régime de la communauté, quel que soit d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas, le régime sous lequel se marie l'enfant doté. Ainsi, pour savoir quelles sont les règles qui gouvernent une constitution de dot faite par les père et mère ou l'un d'eux à leur enfant, il ne faut pas se préoccuper du régime sous lequel se marie l'enfant doté, mais bien de celui sous lequel sont mariés les constituants : s'ils sont soumis au régime de la communauté, on applique les art. 1438 à 1440 ; on applique au contraire les art. 1544 à 1548, s'ils sont mariés sous le régime dotal. Toutefois, parmi les règles contenues soit dans les art. 1438 à 1440, soit dans les art. 1544 à 1548, il y en a plusieurs qui ne sont que l'expression du droit commun et qui s'appliqueraient par conséquent sous quelque régime que les constituants soient mariés.

En divisant, comme il l'a fait, les règles relatives aux constitutions de dot, le législateur s'est condamné à des répétitions et à des omissions. Il eût été préférable de réunir toutes ces règles en un seul faisceau. On aurait pu établir d'abord les règles générales applicables dans toutes

les hypothèses, puis celles spéciales au cas où les constituants sont mariés sous tel ou tel régime.

I. Comment la dot peut être constituée.

354. La dot peut être constituée, soit par le père et par la mère conjointement, soit par le père seul, soit par la mère seule.

a. — Dot constituée par le père et la mère conjointement.

355. Aux termes de l'art. 1544 al. 1 : « Si les père et mère constituent » conjointement une dot, sans distinguer la part de chacun, » elle sera censée constituée par portions égales ». C'est le droit commun. Cpr. art. 1438 al. 4, et supra, n. 159 s.

b. — Dot constituée par le père seul.

356. La constitution de dot par le père seul n'oblige que lui. Il en serait ainsi, alors même que le père aurait déclaré doter pour droits paternels et maternels, et que la mère présente au contrat de mariage contenant cette déclaration aurait signé. Peut-être en effet a-t-elle entendu jouer ainsi un rôle purement honorifique : les contrats de mariage contiennent souvent de nombreuses signatures qui n'y sont apposées que *honoris causa*. Pour que la mère soit engagée, il faut nécessairement qu'elle ait joué un rôle actif, qu'elle ait pris part à la constitution de dot, qu'elle ait parlé conjointement avec son mari ; il ne suffit pas que celui-ci ait parlé pour elle. C'est ce qui résulte de l'art. 1544 al. 2 : « Si la dot est constituée par le

» père seul pour droits paternels et maternels, la mère, quoique

» présente au contrat, ne sera point engagée, et la dot

demeurera

» en entier à la charge du père ».

S'il existe entre les constituants une société d'acquêts, le père peut doter l'enfant sans le concours de la mère en biens dépendant de cette société. Arg. art. 1439.

c. — Dot constituée par la mère seule.

357. Cette hypothèse n'a pas été prévue par la loi, mais elle ne peut donner lieu à aucune difficulté, les règles du droit commun suffisant pour la résoudre.

L'application de ces règles conduit aux décisions suivantes :

α. La femme doit être autorisée de son mari ou de justice ;

β. Avec l'autorisation de son mari, la femme peut disposer de la pleine propriété de ses biens réservés, et de ses biens paraphernaux ou même dotaux (art. 1555), et cela pour l'établissement soit d'enfants du mariage, soit d'enfants d'un autre lit ;

γ. Avec l'autorisation de justice, la femme peut disposer, soit de la pleine propriété de ses biens paraphernaux ou de ses biens réservés, soit de la nue propriété de ses biens dotaux, pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit. Mais s'il s'agit de l'établissement des enfants du mariage, l'autorisation de la justice ne lui permet de disposer que de ses biens paraphernaux et de ses biens réservés, jamais de ses biens dotaux, même en nue propriété (v. art. 1555, et infra, n. 390).

II. Sur quels biens la dot, constituée soit par les père et mère, soit par l'un d'eux, doit être payée.

358. Aux termes de l'art. 1546 : « Quoique la fille dotée par ses

» père et mère ait des biens à elle propres dont ils

jouissent, la dot

» sera prise sur les biens des constituants, s'il n'y a stipulation

» contraire ». La loi suppose que les père et mère qui dotent leur enfant (fils ou fille, bien que la loi ne parle que de la fille) entendent lui faire une libéralité égale au montant de la dot. Or, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la dot soit payée en biens appartenant aux constituants. Ils ne donneraient rien ou ne donneraient qu'une partie de ce qu'ils ont promis, si la dot était payée en tout ou en partie en biens appartenant à l'enfant.

Toutefois, les constituants peuvent stipuler que la dot sera prise d'abord sur les biens de l'enfant, et, en cas d'insuffisance seulement, sur leurs biens personnels (art. 1546). Cette stipulation peut être expresse ou tacite. Elle est tacite dans le cas prévu par l'art. 1545, ainsi conçu :

« Si le survivant des père ou mère constitue une

» dot pour biens paternels et maternels, sans spécifier les portions,

» la dot se prendra d'abord sur les droits du futur époux dans les

» biens du conjoint prédécédé, et le surplus sur les biens du constituant ».

Le survivant des père et mère d'un enfant déclare lui constituer une dot pour droits paternels et maternels ; au moment où il fait cette constitution, le disposant détient encore les biens dépendant de la succession de son conjoint prédécédé, biens qui appartiennent pour le tout ou pour partie à l'enfant doté, en sa qualité d'héritier de ce conjoint ; il en est donc débiteur envers son enfant. En disant qu'il dote pour biens paternels et maternels, le survivant manifeste évidemment l'intention de faire contribuer la succession de son conjoint prédécédé au paiement de la dot. Dans quelle proportion ? Si le constituant ne s'est pas expliqué sur ce point, la loi, admettant l'interprétation qui lui est la plus favorable,

suppose qu'il a entendu que la dot serait prise d'abord, et jusqu'à épuisement, sur la succession du prédécédé, et que par suite il a seulement voulu s'engager à payer le complément sur ses biens personnels, en cas d'insuffisance des biens revenant à l'enfant doté dans ladite succession.

Cette interprétation pourra, dans certains cas, être contraire à la volonté du constituant ; les tribunaux devraient néanmoins l'appliquer, car ils sont enchaînés par un texte formel. Mais notre disposition, dérogeant au droit commun, cesserait d'être obligatoire en dehors du cas pour lequel elle a été écrite, c'est-à-dire lorsque le constituant est marié sous un régime autre que le régime dotal. Les tribunaux auraient alors la plus grande latitude pour l'interprétation de la clause. — L'art. 1545 est le seul, parmi ceux relatifs aux constitutions de dot faites par les parents, qui ne soit pas applicable en dehors du cas où les constituants sont mariés sous le régime dotal.

La clause, par laquelle les père et mère ou l'un d'eux auraient déclaré doter leur enfant d'une certaine somme à prendre tant sur les biens de l'enfant que sur les biens propres au constituant, devrait être assimilée quant à ses effets à celle par laquelle le survivant des père et mère constitue une dot pour, biens paternels et maternels. V. aussi Pau, 3 janv. 1887, S., 89. 2. 100, D., 88. 2. 312.

III. Effets de la constitution de dot.

359. On sait que la constitution de dot soumet le constituant à l'obligation de garantie, et au paiement des intérêts à compter du jour du mariage, le tout sauf stipulation contraire. L'art. 1440 l'a déjà dit ; les art. 1547 et 1548 le répètent.

ART. 1547. Ceux qui constituent une dot, sont tenus à la garantie des objets constitués.

ART. 1548. Les intérêts de la dot courent de plein droit, du jour du mariage, contre ceux qui l'ont promise, encore

qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire.

Nous avons dit que l'obligation de garantie et celle relative au paiement des intérêts ont leur source dans une convention tacite que la loi suppose intervenue entre le constituant et les futurs époux. Voyez *supra*, n. 163 et 164.

§ III. De la nature du contrat de constitution de dot.

360. Le contrat de constitution de dot est-il à titre onéreux ou à titre gratuit ? La question se pose soit lorsque la dot est constituée par un tiers au profit des époux ou de l'un d'eux, soit lorsqu'elle est constituée par la femme elle-même. Elle se pose également non seulement lorsque le constituant est marié sous le régime dotal, mais aussi lorsqu'il est marié sous un autre régime ou lorsqu'il n'est pas marié. Elle peut se poser enfin quel que soit le régime adopté par celui au profit de qui la constitution de dot intervient. Nous distinguerons deux hypothèses.

361. Première hypothèse. La dot est constituée par la femme elle-même. — Incontestablement le contrat est à titre onéreux. En effet, d'un côté, la femme promet à son mari la jouissance de la dot ; en retour le mari s'oblige envers elle à supporter les charges du mariage. La femme trouve dans cette obligation du mari la contre-valeur de la jouissance qu'elle lui procure, et la convention rentre ainsi dans la définition que l'art. 1106 donne du contrat à titre onéreux.

De là il résulte notamment qu'il n'y a pas lieu, même au profit des enfants d'un premier lit de la femme, à la réduction des avantages que le mari a retirés de la constitution de dot, quelque considérables qu'ils soient ; car la réduction ne peut atteindre que les avantages provenant d'un contrat à titre gratuit. V. toutefois les art. 1496 al. 2 et 1527 al. 3.

Il en résulte aussi que, si la constitution de dot a été faite par la femme en fraude des droits de ses créanciers, ceux-ci ne peuvent en obtenir la révocation contre le mari par l'action paulienne qu'à la condition de prouver qu'il a été complice de la fraude (v. t. II, n. 143). Cpr. Cass., 16 nov. 1910, S., 12. 1. 100, D., 11. 1. 500.

362. Deuxième hypothèse. La constitution de dot est faite au profit de la femme, dans le contrat de mariage, par un tiers parent ou étranger. — Il se forme alors un double contrat : l'un exprès, qui intervient entre le constituant donateur et la femme donataire ; l'autre tacite, qui a lieu entre la femme et le mari ; par ce deuxième contrat, la femme est censée apporter le bien, qu'elle vient de recevoir, à son mari afin de l'aider à supporter les charges du mariage.

On admet sans difficulté que ce dernier (le contrat tacite qui intervient entre la femme et le mari) est à titre onéreux. En effet le mari reçoit le bien constitué en dot à la femme, à la charge de remplir une obligation dont l'exécution profitera à la femme et qui consiste à supporter les charges du mariage : la femme trouve dans cette obligation la contre-valeur des droits qu'elle confère à son mari sur sa dot et dont le principal est la jouissance de la dot.

On voit que le mari ne tient pas directement du constituant ses droits sur les biens constitués en dot à la femme ; car la donation est faite à la femme, non au mari. Les droits du mari ont leur source dans la convention tacite dont nous venons de parler. De là résultent, entre autres, deux conséquences :

a. — Si la donation, faite à la femme *dotis causa*, est annulée, rescindée ou résolue pour une cause personnelle à la femme, celle-ci perdant tous ses droits sur les biens donnés, les droits qu'elle a constitués au profit de son mari sur ces mêmes biens tomberont, d'après la règle *Solutio jure dantis, solvitur jus accipientis* (arg. art. 865).

b. — Si la donation, faite dotis causa à la femme, est rescindée comme ayant eu lieu en fraude des droits des créanciers du constituant, la révocation ne pourra porter atteinte au droit de jouissance du mari sur le bien constitué en dot qu'autant qu'il aura été complice de la fraude : le mari est en effet un sous-acquéreur à titre onéreux (cpr. t. II, n. 144).

Il y a plus de difficulté relativement au contrat qui intervient entre le constituant et la femme. Celui-là nous paraît être à titre gratuit ; car, d'une part, le constituant, fût-il le père ou la mère de la femme, n'était pas obligé de doter (art. 204), et, d'autre part, il ne reçoit rien comme contre-valeur de ce qu'il donne. Le contrat rentre donc littéralement dans les termes de l'art. 1106 : « Le contrat de bienfaisance est celui par lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ». De là résultent toute une série de conséquences et particulièrement les suivantes :

1° La constitution de dot est soumise aux conditions de forme des donations (art. 1081 s.) ;

2° La donation faite dotis causa serait révocable pour cause d'inexécution des charges et pour cause de survenance d'enfant (arg. art. 953 et 960), mais non pour cause d'ingratitude, à raison de la disposition toute spéciale de l'art. 959 ;

3° Si la femme succède au constituant, elle devra le rapport de la dot (arg. art. 843)

4° Si la donation faite dotis causa excède la quotité disponible, elle sera réductible à cette quotité (arg. art. 920) ;

5° Si la femme est incapable de recevoir à titre gratuit du constituant, la constitution de dot faite à son profit sera nulle ;

6° Enfin, si le constituant a agi en fraude des droits de ses créanciers, la constitution de dot pourra être révoquée, sur l'action paulienne intentée par les créanciers, alors

même que la femme n'aurait pas été complice de la fraude commise par le constituant, et sauf, comme nous l'avons dit tout à l'heure, le maintien des droits conférés au mari sur la dot, s'il est de bonne foi. En effet, les créanciers peuvent attaquer par l'action paulienne une aliénation à titre gratuit faite par leur débiteur, par cela seul que celui-ci a agi en fraude de leurs droits, et indépendamment de toute complicité du donataire. La complicité de l'acquéreur n'est requise que dans les aliénations à titre onéreux. Cass. Belg., 9 janv. 1890, D., 94. 2. 316, S., 91. 4. 5.

363. La doctrine que nous venons de développer est loin d'être consacrée par la jurisprudence française. La majorité de nos cours d'appel considèrent la constitution de dot faite au profit de la femme, et même celle faite au profit du mari, par un tiers parent ou étranger, comme participant du contrat à titre onéreux, et elles en déduisent cette conséquence que, si la dot a été constituée en fraude des droits des créanciers, l'action paulienne ne réussira qu'autant que l'époux doté aura été complice de la fraude commise par le constituant. Un notaire — nous empruntons cette espèce à la jurisprudence (Paris, 31 janv. 1845, D., 45. 2. 50, S., 45. 2. 129) — dote sa fille de 300.000 fr. qu'il paie comptant ; celle-ci ignore la situation de son père, qui n'est pas encore divulguée ; quelque temps après le père disparaît, laissant un actif de 200.000 fr. et un passif de 700.000 fr. La fraude du notaire était manifeste : il avait doté sa fille avec les dépôts qui lui avaient été confiés. Les créanciers intentent l'action paulienne contre la fille. La cour de Paris déclare leur demande mal fondée, parce que la fille a reçu la dot à titre onéreux et qu'on ne prouve pas qu'elle ait été complice de la fraude.

Sur quoi cette jurisprudence est-elle fondée ? Ce n'est pas sur les précédents. Notre ancien droit, qui a une grande importance en cette matière toute traditionnelle, ne faisait pas de difficulté pour admettre l'application de

l'action paulienne, même au cas où l'enfant doté n'était pas complice de la fraude commise par le constituant.

On dit d'abord que l'époux doté reçoit les biens sous une certaine affectation, l'affectation aux charges du mariage. Le contrat n'est donc pas purement gratuit, puisque l'époux doté contracte une obligation comme condition de la donation qu'il reçoit. — Que la donation puisse être considérée comme participant du contrat à titre onéreux, quand elle impose au donataire une charge dont l'exécution doit profiter au donateur, comme il arrive par exemple dans la constitution de dot faite par la femme en faveur du mari, ou même une charge qui doit profiter à un tiers, et dont le donateur a indirectement le droit d'exiger l'exécution en demandant, le cas échéant, la révocation pour cause d'inexécution des charges (art. 954), nous n'y contredisons pas. Mais il ne saurait en être ainsi, lorsque la charge imposée au donataire est dans l'intérêt du donataire lui-même, comme dans l'espèce. Car enfin les biens donnés à la femme sont affectés aux charges du mariage, c'est-à-dire à des charges qui incombent à la femme aussi bien qu'au mari, qu'elle doit même supporter entièrement quand le mari n'a plus de ressources ; ils sont donc affectés au paiement d'une dette de la femme ; or peut-on dire qu'un débiteur reçoit à titre onéreux les biens qui lui sont donnés avec affectation au paiement de ses dettes ?

La jurisprudence invoque encore les art 1440 et 1547, desquels il résulte que la garantie de la dot est due par le constituant, sauf disposition contraire. Cela prouve, dit-on, que le contrat est à titre onéreux, car un donateur ne doit pas la garantie. La réponse est facile. Sans doute la garantie n'est pas de droit dans la donation ; mais la convention des parties peut l'y introduire. Or la garantie dont est tenu le constituant a pour fondement une convention tacite, ainsi que nous l'avons expliqué sous l'art. 1440 (supra, n. 163). Donc on ne peut pas induire de

l'obligation de garantie dont le constituant est tenu, que le contrat est à titre onéreux.

Cette jurisprudence a été aggravée par un arrêt de la cour de cassation du 18 janvier 1887 (D., 87. 1. 257, S., 87. 1. 97). V. dans le même sens, Dijon, 11 fév. 1887, S., 88. 2. 86, cour de cass. de Palerme, 6 août 1891, S., 92. 4. 11, et trib. civ. de Montpellier, 15 déc. 1909, D., 12. 2. 70. L'arrêt établit en principe que « soit par la nature des obligations auxquelles sont tenus ceux qui font des donations par contrat de mariage, soit par la destination de ces donations, elles constituent de véritables actes à titre onéreux ». La cour suprême ne se borne pas à dire, comme l'avaient fait jusqu'ici les cours d'appel, comme elle l'avait fait elle-même et comme elle le fait encore dans son dernier arrêt (18 déc. 1895, D., 98. 1. 193, S., 96. 1. 72), que les constitutions de dot participent des contrats à titre onéreux, elle dit que ce sont de véritables actes à titre onéreux. Nous ne savons si la cour de cassation consentirait à tirer de ce principe toutes les conséquences qu'il comporte. Quoi qu'il en soit, voici l'application qu'elle en a faite à l'espèce qui lui était soumise. La constitution de dot avait été faite au profit du mari par le père de celui-ci ; le constituant avait agi en fraude des droits de ses créanciers ; le mari était complice de la fraude ; la femme était de bonne foi. Dans ces conditions, l'action paulienne des créanciers devait-elle réussir ? La cour de cassation résout la question négativement. Il y a, dit-elle en substance, trois parties dans le contrat de constitution de dot, savoir le constituant, le mari et la femme. Pour que l'action paulienne des créanciers du constituant réussisse, il ne suffit pas que le constituant ait agi en fraude des droits de ses créanciers, il ne suffit même pas que le mari, au profit duquel dans l'espèce la constitution de dot avait été faite, ait été complice de la fraude, il faut en outre que la femme y ait participé. De sorte que la bonne foi de la femme mettra le mari personnellement à l'abri des

conséquences de sa mauvaise foi. On ne se hornera pas à maintenir les droits que le contrat de mariage a fait acquérir à la femme sur les biens constitués en dot au mari, notamment son hypothèque légale, on maintiendra aussi les droits acquis par le mari sur ces mêmes biens, malgré sa mauvaise foi. Nous avons cru jusqu'ici que l'action paulienne était une action personnelle, dans laquelle chacun était traité suivant son mérite, c'est-à-dire suivant que, personnellement, il était de bonne ou de mauvaise foi. L'arrêt de la cour de cassation renverse toutes nos idées ! La faveur du mariage est grande, sans doute. Mais les droits des créanciers comptent bien aussi pour quelque chose. En tout cas, il faut avant tout respecter les principes, nous entendons les vrais principes, ceux du code civil. Quoi qu'il en soit, l'arrêt du 18 janvier 1887 ne paraît pas devoir faire jurisprudence. V. Paris, 27 juil. 1894, S., 95. 2. 158, D., 95. 2. 32, et Orléans, sur renvoi, 8 juin 1898, D., 98. 2. 284.

SECTION II

DES DROITS DU MARI SUR LES BIENS DOTAUX ET DE L'INALIÉNABILITÉ DU FONDS DOTAL

364. Cette section se divise tout naturellement en deux paragraphes qui seront consacrés, l'un aux droits respectifs des époux sur les biens dotaux, l'autre à l'inaliénabilité du fonds dotal.

§ I. Droits respectifs des époux sur les biens dotaux.

N° 1. Droits de la femme.

I. Principe.

365. Le code civil s'est écarté des traditions du droit romain, suivies dans nos anciens pays de droit écrit, traditions d'après lesquelles le mari était propriétaire de la dot, dominus dotis. Aujourd' hui la propriété des biens dotaux reste en principe à la femme ; le mari n'acquiert sur ces biens qu'un droit de jouissance, et, comme conséquence de ce droit de jouissance, un droit d'administration. Arg. art. 1549, 1551 et 1552, 1564 à 1566. V. toutefois art. 1549 al. final, et infra, n. 374.

Du principe que la femme est propriétaire des biens dotaux, il résulte : 1° que, lorsque les biens dotaux sont aliénables, le mari ne peut pas les aliéner ; seule la femme a ce droit ; 2° que les créanciers du mari ne peuvent pas les saisir ; 3° que les risques des biens dotaux sont pour le compte de la femme ; 4° que la femme peut en exiger la restitution en nature lors de la dissolution de l'association conjugale.

II. Exceptions au principe.

366. Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le mari devient propriétaire des biens dotaux, et alors les conséquences qui viennent d'être indiquées se produisent en sens inverse. Ces cas sont au nombre de trois : nous allons les parcourir successivement.

367. PREMIER CAS. Le mari devient propriétaire des biens dotaux dont on ne peut faire usage sans les consommer, quorum usus in abusa consistit, comme l'argent, les denrées. En effet le mari a le droit de jouir des biens dotaux ; par suite il a ici le droit de les consommer, puisqu'il est impossible d'en jouir autrement ; donc il est propriétaire, car le propriétaire seul a le droit de consommer. Devenu propriétaire, le mari restituera, lors de la dissolution de l'association conjugale, non la chose même qu'il a reçue et qu'il a vraisemblablement consommée, mais son équivalent. Ici tantumdem est idem.

Le droit de propriété de la femme se trouve transformé en un droit de créance contre son mari. Cpr. art. 587, et t. I, n. 1547. Adde Cass., 22 mars 1882, S., 82. 1. 241, D., 82. 1. 337, et Orléans, 11 janv. 1883, S., 84. 2. 188.

368. Le principe que le mari devient propriétaire des deniers dotaux entraîne deux conséquences que nous trouvons formulées dans l'art. 1553 : « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas

» dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat

» de mariage. — Il en est de même de l'immeuble donné en paiement

» de la dot constituée en argent ». Cpr. supra, n. 348.

Etudions successivement ces deux conséquences, en commençant, dans un intérêt de méthode, par celle que la loi indique en dernier lieu.

a. — Une dot a été constituée à la femme en argent ; le mari consent à recevoir un immeuble en paiement de cette dot. Cet immeuble ne sera pas dotal ; il deviendra la propriété du mari, comme le serait devenue la somme d'argent qu'il remplace et dont le mari aurait pu exiger le paiement. Autrement, les conventions matrimoniales recevraient une grave atteinte, l'immeuble devenant dotal et par suite inaliénable. Cpr. Cass., 18 juin 1895, D., 96. 1. 169.

Ne sont pas dotaux non plus, par application du même principe, les biens meubles ou immeubles qu'après la séparation de biens le mari a donnés à sa femme en paiement soit de ses reprises, soit même du prix d'un immeuble dotal indûment aliéné. Est paraphernal également l'immeuble que la femme recueille, en qualité de légataire ou d'héritière ab intestat, dans la succession du débiteur de la dot constituée en argent.

b. « L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal ». Cela est évident si l'acquisition a été faite par le mari en son nom, auquel cas il devient propriétaire de

l'immeuble (t. II, n. 683). En effet les immeubles du mari ne peuvent jamais être dotaux. Mais la solution est la même, au cas où l'acquisition est faite soit par la femme elle-même, soit, au nom de celle-ci, par le mari agissant comme mandataire, ou même comme gérant d'affaire, si la femme a ratifié. C'est alors la femme qui devient propriétaire ; mais l'immeuble acquis par elle n'est pas dotal : il constitue un bien paraphernal ⁴⁶. A moins cependant que l'acquisition n'ait été faite en exécution d'une clause d'emploi insérée dans le contrat de mariage : l'immeuble acquis avec les deniers dotaux est alors subrogé à ces deniers et devient dotal en leur lieu et place. Cpr. Paris, 8 mars 1905, D., 06. 2. 241.

369. La clause d'emploi est fréquente dans les contrats de mariage contenant stipulation du régime dotal ; il faut en dire quelques mots.

Les indications du contrat de mariage doivent être suivies en ce qui concerne la nature des biens à acquérir à titre d'emploi. Si le contrat dit seulement qu'il sera fait emploi des deniers dotaux, sans autre explication, l'emploi doit être fait en immeubles. Voyez toutefois la loi de finances du 16 septembre 1871, art. 29, al. 1 et 2 (supra, n. 71 bis).

Il faut aussi se référer au contrat de mariage pour les conditions à observer relativement à l'emploi. Cpr. Cass., 27 mars 1907, S., 09. 1. 33. Dans le silence du contrat sur ce point, il y aurait lieu d'appliquer par analogie les règles écrites dans les art. 1434 et 1435, auxquelles les parties ont vraisemblablement entendu se référer, même la règle relative à l'acceptation de la femme (art. 1435) : cette acceptation devrait être faite avant l'arrivée de l'un des événements qui donnent lieu à la restitution de la dot.

Si le prix de l'immeuble acquis à titre d'emploi dépasse le montant des deniers dotaux dont il devait être fait emploi,

l'immeuble ne devient dotal que pour partie. Montpellier, 24 janv. 1895, D., 95. 2. 434.

* La clause d'emploi est-elle opposable aux tiers, c'est-à-dire au constituant qui doit les deniers dotaux, ou au débiteur de la créance que la femme s'est constituée en dot ? Ainsi un tiers, parent ou étranger, a constitué en dot à la femme une somme de 20.000 fr., ou bien la femme s'est constituée en dot une créance de 20.000 fr. qu'elle a contre un tiers. Il est dit dans le contrat qu'il devra être fait emploi en immeubles des 20.000 fr. formant le montant de la dot. Cette clause sera-t-elle opposable soit au constituant, soit au débiteur ? Si elle leur est opposable, ils ne seront valablement libérés qu'autant qu'il aura été fait emploi et bon emploi des deniers. Ils devront donc surveiller l'emploi ; et même, comme il pourrait arriver que le mari, après avoir reçu les deniers, n'en fît pas emploi ou en fît mauvais emploi, ce qui engagerait leur responsabilité, ils pourront refuser de payer tant qu'on ne leur justifiera pas d'un emploi effectué par anticipation ; ainsi ils diront au mari : « Achetez d'abord un immeuble de 20.000 fr., et, quand vous aurez fait l'acquisition, si elle satisfait aux conditions prescrites par le contrat et par la loi, nous paierons directement les deniers entre les mains du vendeur ».

* On admet sans difficulté que la clause d'emploi est opposable aux Hers, lorsqu'il résulte clairement des termes du contrat de mariage, dont l'interprétation appartient souverainement au juge du fond (Cass., 7 mars ; 1905, D., 08. 1. 233 et la note), que telle a été l'intention des parties : les conventions matrimoniales sont en effet en principe opposables aux tiers. Dans le silence du contrat, ou s'il ne s'explique pas clairement, la solution contraire semble devoir être admise. La règle en effet est que le mari a pleins pouvoirs pour loucher les deniers dotaux sans aucune condition, et on ne doit admettre de dérogation à cette règle que quand les parties s'en sont formellement

expliquées. La clause d'emploi n'implique pas nécessairement une semblable dérogation, l'intention des parties ayant pu être d'imposer seulement au mari l'obligation de faire emploi des deniers dotaux, qu'on lui reconnaissait d'ailleurs le droit de toucher sans conditions. Dans le silence du contrat, les tiers sont autorisés à croire que le droit commun a été maintenu, et que par suite ils peuvent valablement se libérer entre les mains du mari.

370. DEUXIÈME CAS. « 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 » (art. 1551).

Ainsi l'estimation, faite dans le contrat de mariage, de tout ou partie du mobilier dotal, emporte vente de ce mobilier au profit du mari, qui en devient par conséquent propriétaire, sous l'obligation de payer le prix d'estimation. *Æstimatio venditio est.* Telle a été vraisemblablement la volonté des parties, de la femme surtout qui a intérêt à transférer à son mari la propriété des objets mobiliers qu'elle apporte en dot et à devenir créancière de leur prix d'estimation, pour se décharger des risques et des diminutions de valeur résultant de l'usage ou même du seul effet du temps. Si les parties ont une volonté contraire, il faut qu'elles l'expriment.

La loi ne distinguant pas, on doit décider, bien que les motifs qui viennent d'être indiqués n'existent pas dans cette hypothèse ou n'existent plus qu'en partie, que la règle *Æstimatio venditio est* s'appliquerait même aux créances mobilières dotales estimées par le contrat. Le mari en deviendrait donc propriétaire, sauf stipulation contraire. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que le contrat contienne véritablement une estimation de la

créance, c'est-à-dire qu'il fixe la somme qui, dans la pensée des parties, représente la valeur vénale de la créance, valeur qui dépend de la solvabilité du débiteur. Il ne suffirait donc pas toujours que le chiffre de la créance eût été indiqué dans le contrat, cette indication pouvant avoir été faite pour mieux désigner la créance. En cas de difficulté, les tribunaux apprécieront. Cpr. Cass., 3 avril 1905, D., 09. 1. 497, S., 10. 1. 372.

Les parties, nous l'avons dit, ont la faculté de déclarer que l'estimation donnée au mobilier n'emportera pas vente au profit du mari. Mais alors à quoi servira l'estimation ? Sa principale utilité sera de servir de base à la détermination de l'indemnité due à la femme, si le mari fait périr par sa faute les objets mobiliers estimés.

37 1. TROISIÈME CAS. Le mari devient propriétaire des immeubles dotaux, qui ont été estimés par le contrat avec déclaration que l'estimation vaut vente. « L'estimation donnée à l'immeuble constitué

» en dot n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y en

» a déclaration expresse », dit l'art. 1552.

Ainsi, tandis que l'estimation donnée au mobilier dotal emporte vente au profit du mari, sauf stipulation contraire, l'estimation donnée aux immeubles dotaux n'emporte pas vente, à moins qu'il n'y en ait dans le contrat une déclaration expresse. Quelle est la raison de cette différence ? La femme ayant intérêt à ce que son mari devienne propriétaire du mobilier dotal, on admet facilement que telle a été son intention. Au contraire, la femme ayant en général intérêt à conserver la propriété de ses immeubles dotaux, parce que les immeubles augmentent normalement de valeur par le bénéfice du temps et que peut-être d'ailleurs ce sont des biens de famille auxquels elle attache un grand prix d'affection, on admet plus difficilement qu'elle ait voulu en transférer la propriété à son mari ; aussi la loi décide-t-elle que

l'estimation n'emportera vente que s'il y en a déclaration expresse.

372. Dans les cas où l'estimation vaut vente, le mari est censé avoir acheté les objets estimés, moyennant un prix égal au prix d'estimation ; il devient donc propriétaire de ces objets et débiteur du prix d'estimation. Doit-il payer ce prix immédiatement ? Non ; il le conserve jusqu'à l'événement qui donnera lieu à la restitution de la dot. La femme est censée avoir reçu de son mari le prix d'estimation et le lui avoir immédiatement remis à titre de dot ; ou, plus simplement, il intervient entre les époux une convention tacite en vertu de laquelle le mari est autorisé à garder à titre de dot la somme qu'il doit à titre d'achat, ce qui constitue une novation par changement de cause dans la dette. La créance de la femme est donc une créance dotale, et non une créance ayant sa source dans un contrat de vente.

* De là résultent deux conséquences :

* 1° La créance de la femme n'est pas garantie par le privilège du vendeur ; le privilège résultant de la vente a été éteint par la novation. Arg. art. 1278 ;

* 2° Si l'estimation cause un préjudice à l'une des parties, parce qu'elle est trop forte ou trop faible, il n'y a jamais lieu à la rescision pour cause de lésion de la vente que cette estimation emporte. L'époux auquel l'estimation préjudicie sera considéré comme ayant entendu faire un avantage à l'autre. — Celle proposition est incontestable, quand l'estimation emportant vente s'applique à des objets mobiliers ; car les ventes d'objets mobiliers ne sont jamais rescindables pour cause de lésion (arg. art. 1118 et 1674). — Elle paraît incontestable aussi, quand l'estimation emportant vente s'applique à un immeuble, et que la lésion existe au préjudice du mari, le prix de l'estimation étant exagéré. En effet le mari est acheteur, et la rescision pour cause de lésion n'a jamais lieu en faveur de l'acheteur (art. 1683). — Il y a quelque difficulté dans l'hypothèse inverse,

celle où l'estimation emportant vente d'un immeuble dotal préjudicie à la femme, parce qu'elle est au-dessous de la véritable valeur de l'immeuble. C'est le vendeur alors qui souffre la lésion, et il semble par suite que, si la lésion est de plus de sept douzièmes, elle devrait donner lieu à la rescision au profit de la femme (art. 1674). — Mais d'abord la vente ne constitue pas ici un acte isolé, elle se lie au contrat de mariage qui contient un ensemble de clauses ; le préjudice qu'elle cause à la femme est peut-être compensé par l'avantage que d'autres clauses du contrat lui procurent. En supposant que cette compensation n'existe pas, il est tout naturel d'admettre que la femme a entendu faire un avantage à son mari, qu'elle a voulu lui « donner la plus-value » (art. 1674). Cette donation qui serait nulle dans une vente ordinaire, où elle ne serait la plupart du temps qu'un moyen d'éluder la loi, est certainement valable ici. D'ailleurs la femme ne peut pas être considérée comme ayant agi sous l'empire de la contrainte morale qui sert de fondement à l'action en rescision pour cause de lésion.

N° 2. Droits du mari.

373. Sauf les cas exceptionnels qui viennent d'être indiqués, la propriété des biens dotaux reste à la femme, et alors le mari n'a sur ces biens qu'un droit d'administration et un droit de jouissance. Occupons-nous de ces deux droits successivement.

I. Droit d'administration.

374. Aux termes de l'art. 1549 : « Le mari seul a l'administration

» des biens dotaux pendant le mariage. — Il a seul le droit
» d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits

» et les intérêts, et de recevoir le remboursement des

capitaux. —

» Cependant, il peut être convenu, par le contrat de mariage, que

» la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une

» partie de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels ».

« Le mari seul a l'administration des biens dotaux ». Cette formule, plus énergique encore que celle de l'art. 1421, nous paraît s'opposer à ce que l'administration des biens dotaux puisse être valablement conférée à la femme par une clause du contrat de mariage. Une semblable stipulation serait incompatible avec le régime dotal. Cpr. art. 1388 et supra, n. 7 b. La partie finale de l'art. 1549 confirme cette solution. Il eût été bien inutile de dire que la femme peut stipuler le droit de toucher annuellement sur ses seules quittances une partie de ses revenus, si elle pouvait valablement convenir qu'elle aura le droit bien autrement étendu d'administrer les biens dotaux. La tradition et les travaux préparatoires sont en ce sens. V. en sens contraire, Cass., 17 fév. 1886, D., 86. 2. 249, S., 86. 1. 161. D'ailleurs, la nullité de la clause n'empêcherait pas les époux d'être soumis au régime dotal qu'ils ont stipulé.

Les pouvoirs du mari dotal sont plus étendus que ceux du mari commun en biens, en ce qui concerne l'exercice des actions relatives à la dot, et cela à deux points de vue :

1° Tandis que le mari commun en biens ne peut exercer que les actions mobilières et possessoires de la femme (art. 1428), le mari dotal peut, en principe, exercer, tant en demandant qu'en défendant toutes les actions appartenant à la femme relativement à ses biens dotaux, même les actions immobilières pétitoires. C'est ce qui résulte de ces mots de l'art. 1549 : « Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs ». Les mots poursuivre les DÉBITEURS font allusion aux actions personnelles, et les

mois poursuivre les DÉTENTEURS, aux actions réelles, mobilières ou immobilières, car la loi ne distingue pas.

2° Aux termes de l'art. 1428, le mari peut exercer seul les actions mobilières et possessoires de la femme : ce qui signifie que le mari peut exercer lesdites actions sans le concours de la femme, et n'exclut pas le droit, pour la femme régulièrement autorisée, de les exercer titre d'actes conservatoires, si le mari reste dans l'inaction. Au contraire l'art. 1549 dit que le mari a SEUL le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs, donnant ainsi très clairement à entendre que la femme n'a pas le droit d'agir à défaut du mari. Cpr. Cass., 12 mai 1908, D., 10. 1. 357. Si l'inaction du mari met la dot en péril, la seule ressource de la femme sera de demander la séparation de biens, qui lui fera recouvrer l'exercice de ses actions.

Il faut se borner à constater ces différences sans chercher à les expliquer au point de vue rationnel ; on n'en voit pas d'autre cause que la diversité d'origine des deux régimes.

375. La règle que le mari dotal peut exercer toutes les actions de la femme, souffre trois exceptions.

a. — La première, qui est l'objet d'une controverse, est relative à l'action en partage de biens dotaux indivis entre la femme et des tiers : le mari ne peut exercer cette action soit en demandant, soit en défendant, qu'avec le concours de la femme. Ainsi la femme s'est constituée en dot ses biens à venir ; une succession lui échoit pendant le cours du mariage, et un partage est nécessaire parce que la femme a des cohéritiers. Le mari ne pourra pas intenter l'action en partage ou défendre à celle intentée par les cohéritiers de la femme, sans le concours de celle-ci, bien que l'action soit relative à des biens dotaux. L'exception résulte de l'art. 818 in fine, ainsi conçu : « ... à l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un

partage provisionnel. — Les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la femme ». Les biens dotaux sont des biens qui ne tombent pas en communauté puisqu'il n'y a pas de communauté sous le régime dotal ; donc le texte que nous venons de transcrire leur est applicable. Sa disposition, qui est spéciale, doit être considérée comme dérogeant à celle de l'art. 1549, qui est générale, conformément à la règle *Specialia generalibus derogant*. Nancy, 4 nov. 1905, S., 06. 2. 102, D., 07. 2. 22.

On objecte qu'à l'époque où a été rédigé l'art. 818, rien ne laissait pressentir que le régime dotal serait admis dans nos lois, que par suite ce régime n'a pu entrer à ce moment dans les prévisions du législateur de 1804. — Savoir si le législateur, en décrétant l'art. 818, pensait ou non au régime dotal, est chose difficile. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que les termes dont il s'est servi sont assez généraux pour comprendre même le régime dotal, et on est en droit de dire qu'il a employé à dessein une formule très compréhensive pouvant s'appliquer à tous les régimes dont il autoriserait plus tard l'adoption. Notre solution peut d'ailleurs être fortifiée par cette triple considération : — d'une part, que telle était la solution admise dans notre ancien droit ; — d'autre part, que les actions en partage sont ordinairement soumises à des règles exceptionnelles ; enfin, que, dans l'action en partage, à la différence de ce qui a lieu pour les autres actions dotales, le mari a un intérêt contraire à celui de la femme. Il est intéressé à ce que le lot de la femme comprenne des valeurs mobilières et principalement de l'argent comptant, dont il pourra disposer, tandis que la femme a intérêt à obtenir des immeubles qui seront inaliénables (art. 1554) ; le législateur a donc pu craindre que le mari n'écoutât son intérêt plutôt que celui de sa femme. — La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens.

b. — La deuxième exception résulte de l'art. 2208 al. 2, ainsi conçu : « Celle [l'expropriation forcée] des immeubles de la femme qui ne sont point entrés en communauté, se poursuit contre le mari et la femme, laquelle, au refus du mari de procéder avec elle, ou si le mari est mineur, peut être autorisée en justice ». Cette disposition, comme celle de l'art. 818, s'applique aux immeubles dotaux : cela résulte de la généralité de l'expression qui ne sont point entrés en communauté.

c. — Voici enfin la troisième exception : en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble dotal, si la femme, assistée de son mari, n'accepte pas les offres de l'administration, l'instance en règlement de l'indemnité doit être introduite contre les deux époux. Arg. art. 13, 25 et 28 de la loi du 3 mai 1841.

376. Sauf ce qui a été dit relativement aux actions dotales, les pouvoirs du mari comme administrateur des biens dotaux sont ceux d'un administrateur ordinaire ; il faudrait en effet un texte pour lui en accorder de plus étendus, et ce texte n'existe pas.

Le mari devra donc, pour les baux des biens dotaux, se conformer aux règles prescrites par les art. 1429 et 1430. Cpr. art. 1718, et Amiens, 19 janv. 1904, D., 05. 2. 35.

De même, on doit décider que le mari ne pourrait pas aliéner les créances dotales, cet acte dépassant les pouvoirs d'un administrateur ordinaire. La jurisprudence, qui admet la solution contraire, invoque à l'appui l'art. 1549 (infra, n. 420, 6°). Ce texte permet au mari de poursuivre les débiteurs de la dot et de recevoir le remboursement des capitaux ; or, dit-on, le pouvoir de toucher une créance emporte celui d'en disposer en la cédant. — Rien n'est moins exact. Ainsi nous voyons que le tuteur peut toucher les créances appartenant à son pupille, et cependant il ne peut les céder ; même situation pour le mari commun en biens. C'est qu'en effet aliéner une créance est quelque chose de plus grave que d'en toucher

le montant. L'aliénation peut être un acte de mauvaise administration, si elle est faite à des conditions onéreuses ou si la créance est bonne et constitue un placement avantageux. D'autre part, le droit pour le mari d'aliéner les créances dotales constituerait pour la femme un danger beaucoup plus grave que le simple droit d'en recevoir le remboursement. En effet, le remboursement s'opère à une époque fixe, qu'il ne dépend pas du mari d'anticiper, tandis que la cession pourrait avoir lieu à un moment quelconque, et offrirait au mari un moyen facile de se procurer de l'argent, qu'il pourrait employer à des spéculations dangereuses, compromettant ainsi sa fortune et celle de sa femme. On comprend donc à merveille que la loi permette au mari de toucher le montant des créances dotales — il faut bien que quelqu'un puisse recevoir quand le débiteur veut payer — et qu'elle lui refuse le droit de les céder.

D'ailleurs, la loi autorisant dans les termes les plus généraux le mari à recevoir le remboursement des capitaux, on doit en conclure qu'il pourrait, non seulement toucher les créances dotales, mais encore recevoir le remboursement des rentes perpétuelles faisant partie de la dot, et du tout donner valable quittance.

La libération des débiteurs de deniers dotaux, qui paient entre les mains du mari, n'est subordonnée à aucune condition particulière, pas même la condition d'emploi, à moins que le contrat de mariage ne contienne une clause d'emploi qui leur soit opposable (Cass., 26 fév. 1912, D., 12. 1. 359). Toutefois, si le mari était mineur, il ne pourrait valablement recevoir le remboursement des capitaux dotaux qu'avec l'assistance de son curateur, qui devrait surveiller l'emploi du capital reçu (arg. art. 482). Il impliquerait en effet contradiction que le mari eût une capacité plus grande pour recevoir les capitaux dotaux que pour toucher ceux qui lui appartiennent.

Ne pouvant pas aliéner les créances dotales, le mari ne peut pas aliéner non plus les autres objets mobiliers non

fongibles faisant partie de la dot. Sur ce point encore, la jurisprudence est en sens contraire (infra, n. 420, 6°).

377. Les règles du droit commun devraient aussi, sauf les exceptions résultant d'un texte, être appliquées au mari en ce qui concerne sa responsabilité à raison des fautes qu'il commettrait dans sa gestion. Par application de ce principe, l'art. 1562 al. 2 décide que le mari « est responsable de toutes prescriptions acquises et » détériorations survenues PAR SA NÉGLIGENCE ».

Les mots par sa négligence paraissent s'appliquer aux prescriptions acquises aussi bien qu'aux détériorations survenues. Il serait donc difficile de considérer le mari comme responsable à raison d'une prescription qui était imminente lors du mariage et qui s'est accomplie contre la femme quelques jours après la célébration. La plupart du temps, en pareil cas, le mari ne sera pas en faute, et par suite ne sera pas responsable, parce qu'il n'aura pas eu le temps moralement nécessaire pour se mettre au courant des intérêts de sa femme.

Le mari est-il responsable de l'insolvabilité des débiteurs de deniers dotaux ? Oui, s'il est en faute, c'est-à-dire s'il est prouvé qu'il aurait pu obtenir le paiement à l'aide de poursuites exercées en temps utile. Et toutefois cette règle, qui doit être appliquée dans toute sa rigueur au cas où il s'agit d'une créance que la femme s'est constituée en dot, serait susceptible de quelques tempéraments, si le débiteur des deniers dotaux était un donateur, surtout s'il est proche parent. On conçoit que le mari puisse être obligé moralement d'user dans ce cas de certains ménagements. Cpr. infra, n. 431.

378. Bien que la conservation de la dot soit assurée d'une façon toute particulière sous le régime dotal, il peut arriver cependant que la dot soit mise en péril par la mauvaise administration du mari, par exemple s'il démolit des maisons ou s'il abat des bois de haute futaie. La femme

peut alors demander la séparation de biens.

« Si la dot est mise en péril, la femme peut poursuivre la séparation

» de biens, ainsi qu'il est dit aux articles 1443 et suivants » (art. 1563).

Par suite de la séparation de biens, la femme reprend la jouissance et la libre administration de ses biens dotaux. Arg. art. 1449 al. 1. Elle peut donc exercer toutes les actions dotales et toucher aux échéances les créances dotales, y compris ses reprises contre son mari, sans être astreinte à aucun emploi si le contrat de mariage n'en prescrivait pas au mari. Le tribunal ne pourrait même pas, dans le silence du contrat, rendre l'emploi obligatoire pour la femme. La jurisprudence est constante en ce sens. Cass., 8 janv. 1877, D., 78. 1. 463, S., 79. 1. 104.

La séparation de biens fait cesser l'imprescriptibilité des immeubles dotaux, mais elle laisse subsister dans toute son étendue l'inaliénabilité dotale, qu'elle aggrave même dans une certaine mesure d'après la jurisprudence (infra, n. 420-7°).

Les règles du droit commun devraient d'ailleurs être appliquées en ce qui concerne la contribution de la femme aux charges du mariage. La femme contribuera donc à ces charges proportionnellement à ses facultés (c'est-à-dire aux revenus de ses biens soit dotaux, soit réservés ou paraphernaux) comparées à celles de son mari. Arg. art. 1448. C'est le droit commun également (art. 1451) qui régirait le rétablissement des conventions matrimoniales.

II. Droit de jouissance.

379. Le mari a le droit de jouir de tous les biens dotaux jusqu'à l'arrivée de l'événement qui donnera lieu à la restitution de la dot. Il est usufruitier de la dot. La loi ne le dit pas en termes exprès, ces mots de l'art. 1549 : Il a seul le droit d'en percevoir les fruits et les intérêts, paraissant

se référer au droit d'administration plutôt qu'au droit d'usufruit : mais elle le dit implicitement, en déclarant dans l'art. 1562 que le mari est soumis à toutes les obligations de l'usufruitier, et en consacrant à son profit dans l'art. 1568 l'un des droits les plus exorbitants de l'usufruitier.

Les droits et les obligations du mari, en qualité d'usufruitier des biens dotaux, sont, en principe et sauf les exceptions qui seront signalées bientôt, les mêmes que ceux d'un usufruitier ordinaire.

380. Parlons d'abord de ses droits.

Conformément au principe qui vient d'être établi, le mari a droit à tous les fruits des biens dotaux, sans distinction entre les fruits naturels, industriels et civils. Si, parmi les biens dotaux, il existe une rente viagère ou un usufruit, le mari a le droit de percevoir tous les arrérages de la rente viagère (art. 588) ou tous les produits de l'usufruit, sans être tenu à aucune restitution. « Si un usufruit

» a été constitué en dot », dit l'art. 1568, « le mari ou ses héritiers

» ne sont obligés, à la dissolution du mariage, que de restituer le

» droit d'usufruit et non les fruits échus durant le mariage ». Pour le cas où la dot comprendrait des biens mobiliers qui se détériorent par l'usage, on appliquerait l'art. 589 ; si elle comprend des carrières, l'art. 598 ; si elle comprend des bois taillis ou des futaies, les art. 590 à 593.

* De là il suit que la vente sur pied, consentie par le mari, d'une futaie dotale non aménagée serait nulle. Arg. art. 592. Il ne faut pas objecter que la vente d'une futaie sur pied est une vente mobilière (t. I, n. 1246) et que, d'après la jurisprudence, le mari peut aliéner la dot mobilière (infra. n. 420-6°). En effet la mobilisation ne peut résulter que d'une vente valable, et la vente est nulle comme s'appliquant à un immeuble dotal. La vente serait valable, si la dot était aliénable moyennant emploi, mais à la condition que le emploi eût été effectué, et l'acquéreur

serait tenu de payer une seconde fois, si le remploi n'avait pas été effectué par le mari. Cpr. infra, n. 388 bis. Plusieurs l'ont appris à le leurs dépens. Rennes, 17 mars 1892, D., 92. 2. 345. — Cpr. Amiens, 19 janv. 1904, D., 05. 2. 35 (ouverture d'une carrière).

L'art. 1519 al. final permet aux parties d'apporter une restriction aux droits du mari comme usufruitier des biens dotaux : « Cependant, il peut être convenu par le contrat de mariage que la

» femme touchera annuellement sur ses seules quittances une partie

» de ses revenus [des revenus des biens dotaux] pour son entretien

» et ses besoins personnels ». Cpr. supra, n. 334.

La femme devient propriétaire des revenus qu'elle touche en exécution de cette clause et des économies qu'elle réalise sur ces revenus. Ces économies ne deviennent pas dotales, non plus que les biens qu'elles auraient servi à acquérir. Ces biens feront donc partie du gage des créanciers de la femme, même de ceux dont les droits sont nés pendant le mariage. Cpr. Cass., 24 nov. 1890, D., 91. 1. 425.

Les époux peuvent d'ailleurs valablement convenir dans leur contrat de mariage que la femme aura le droit de prélever la somme fixée sur tels de ses revenus qu'il lui plaira de choisir. Cass., 27 oct. 1897, D., 98. 1. 128.

On sait que, comme contre-partie de son droit de jouissance sur les biens dotaux, le mari est tenu de subvenir aux charges du mariage, et que toutes les économies qu'il réalise après avoir satisfait à ces charges lui appartiennent.

381. En ce qui concerne les obligations du mari comme usufruitier des biens dotaux, il existe un texte formel consacrant le principe que nous avons établi tout à l'heure. C'est l'art. 1562 al. 1 ainsi conçu : « Le mari est tenu, à

L'égard des biens dotaux, de

» toutes les obligations de l'usufruitier ».

Donc, aux termes de l'art. 600, le mari devra, avant d'entrer en jouissance, faire dresser un inventaire des meubles et un état des immeubles dotaux, sauf exception toutefois en ce qui concerne les meubles et les immeubles dont il devient propriétaire en vertu d'une estimation faite dans le contrat de mariage (art. 1551 et 1552). A défaut d'inventaire, la femme pourrait établir par tous les moyens possibles, c'est-à-dire non seulement par titres, mais encore par témoins et même, suivant quelques-uns, par la commune renommée, la consistance et la valeur du mobilier dont elle a le droit d'exercer la reprise. Arg. art. 600 et 1504 combinés.

Le mari serait encore tenu : de faire à ses frais les réparations d'entretien (art. 605) ; de supporter les contributions et autres charges annuelles des fruits des fonds dotaux (art. 608) ; de contribuer aux charges imposées à la propriété de ces mêmes fonds pendant la durée de l'usufruit (art. 609) ; de supporter en tout ou en partie les intérêts des dettes de la femme, lorsque la constitution de dot est universelle ou à litre universel (art. 612). Cpr. trib. civ. de Toulouse, 11 mai 1905, D., 12. 2. 182.

382. Il reste à signaler les différences qui existent entre l'usufruit du mari dotal et un usufruit ordinaire.

1° L'usufruitier ordinaire est tenu de fournir caution, à moins qu'il n'en soit dispensé par le titre constitutif de l'usufruit (art. 601) ; au contraire, aux termes de l'art. 1550 : « Le mari n'est pas

» tenu de fournir caution pour la réception de la dot, s'il n'y a pas

» été assujetti par le contrat de mariage ». Au point de vue de la caution, la situation du mari dotal est donc exactement inverse de celle d'un usufruitier ordinaire. Quel est le fondement de cette faveur ? Le législateur a sans

doute considéré que l'obligation de fournir caution eût été blessante pour le mari. D'ailleurs l'intérêt public exige que les cautionnements ne soient pas trop multipliés.

2° L'usufruit ordinaire est cessible (art. 595). Au contraire, suivant l'opinion générale, l'usufruit du mari dotal est incessible ; il constitue en effet un attribut de la puissance maritale, et ne peut pas plus être cédé que cette puissance elle-même.

D'ailleurs l'art. 1549 paraît considérer le droit aux fruits et intérêts de la dot comme exclusivement attaché à la personne du mari ; car il dit que le mari a seul le droit de les percevoir. Enfin, si le mari pouvait céder son droit de jouissance, il ne pourrait le transmettre que tel qu'il lui appartient, c'est-à-dire que le droit cédé prendrait fin entre les mains du cessionnaire par tout événement qui y mettrait fin entre les mains du mari, par toutes les causes d'extinction propres à cet usufruit, et notamment par la séparation de biens. Or, la plupart du temps, la cession par le mari de son droit d'usufruit pourrait être considérée comme une cause de séparation de biens ; cette cession mettrait en effet la dot en péril, en ce sens qu'elle détournerait les revenus de la dot de leur destination légale, qui est de subvenir aux charges du mariage. Il arriverait donc que le fait qui donne naissance aux droits du cessionnaire servirait en même temps de cause à son extinction.

Si l'on admet que l'usufruit du mari dotal ne peut pas être cédé, il faut admettre aussi qu'il ne peut pas être hypothéqué quand il porte sur des immeubles, ni saisi par les créanciers du mari. A tous ces points de vue, l'usufruit du mari dotal ressemble à l'usufruit paternel. Cpr. t. 1, n. 957.

C'est seulement le droit d'usufruit du mari qui ne peut être cédé ni saisi ; il en est autrement des fruits perçus par le mari. Ces fruits font partie de son patrimoine, et sont

régis par les mêmes règles que les autres biens qui lui appartiennent. Cpr. Alger, 2 avril 1904, D., 06. 2. 385.

Toutefois une jurisprudence qu'il est assez difficile de justifier ne permet au mari de céder, et à ses créanciers de saisir, que la portion des revenus des biens dotaux qui reste libre une fois qu'il a été satisfait aux charges du mariage. Cass., 12 mars 1902, D., 02. 1. 191, S., 07. 1. 491, et les références.

3° L'usufruitier ordinaire acquiert les fruits naturels ou industriels par la perception (art. 585), et les fruits civils jour par jour (art 586). Le mari dotal acquiert tous les fruits, de quelque nature qu'ils soient, jour par jour (art. 1571).

4° L'usufruitier ordinaire n'a droit à aucune indemnité à raison des coupes de bois qu'il a négligé de faire, et généralement des récoltes qu'il a omis de recueillir pendant la durée de l'usufruit (art. 590). Le mari dotal, au contraire, aurait droit à indemnité de ce chef : c'est du moins ce qu'on peut induire de l'art. 1571, qui proportionne exactement à la durée du mariage la quotité des fruits à laquelle le mari a droit.

5° L'usufruitier ne peut réclamer aucune indemnité pour les améliorations qu'il a faites (art. 599). On admet généralement qu'il en est autrement du mari dotal. En effet le mari dotal joint à la qualité d'usufruitier celle d'administrateur des biens dotaux ; or un administrateur a droit à indemnité, au moins jusqu'à concurrence de la plus-value produite, pour les dépenses qu'il a faites en vue d'améliorer les biens confiés à ses soins. D'ailleurs le mari dotal peut dire, à la différence d'un usufruitier ordinaire, qu'il n'a pas fait les dépenses d'amélioration dans son intérêt, mais dans celui du nu propriétaire, c'est-à-dire de la femme, ou tout au moins dans l'intérêt de l'un et de l'autre à la fois. Mais le mari n'acquiert qu'un droit de créance à raison des améliorations par lui faites sur les biens dotaux, jamais un droit de copropriété, même quand

il s'agit de constructions. En effet les constructions s'incorporent au fonds et deviennent dotales comme lui. Supra, n. 351.

6° A la différence d'un usufruitier ordinaire (art. 605), le mari dotal est tenu de faire aux biens dotaux les grosses réparations qui deviennent nécessaires pendant la durée de sa jouissance. Il en est tenu en sa qualité d'administrateur ; mais il a droit au remboursement intégral des sommes qu'il a dépensées à cet effet.

§ II. De l'inaliénabilité du fonds dotal.

N° 1. Principe.

383. Aux termes de l'art. 1551 ; « Les immeubles constitués en

» dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage,

» ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement,

» sauf les exceptions qui suivent ».

Que le fonds dotal ne puisse pas être aliéné par le mari seul, c'est-à-dire sans le concours de la femme, cela allait de soi ; car le mari n'est pas propriétaire du fonds dotal, et le propriétaire seul peut aliéner. Ici, l'aliénation est nulle pour contravention à l'art. 1599 qui prohibe la vente de la chose d'autrui, et non pour contravention à l'art. 1554. Aussi la nullité devrait-elle être prononcée même en présence d'une clause du contrat de mariage qui déclarerait l'immeuble dotal aliénable (art. 1557). Le principe de l'inaliénabilité n'entre en scène que lorsque l'aliénation émane de la femme. La femme est propriétaire du fonds dotal ; mais elle ne peut pas l'aliéner durant le mariage, même avec l'autorisation ou le concours du mari.

L'immeuble dotal est inaliénable pendant toute la durée du mariage (art. 1554), par conséquent même après la séparation de corps ou de biens (*infra*, n. 403). Mais l'inaliénabilité cesse au moment de la dissolution du mariage ; d'où il faut conclure que la femme peut disposer de ses biens dotaux par testament, car l'aliénation par testament n'est censée consommée que par la mort du testateur : elle est donc, dans l'espèce, postérieure à la dissolution du mariage ou tout au moins concomitante.

D'ailleurs, la prohibition d'aliéner, étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, s'applique à tous les actes de disposition entre vifs, soit à titre onéreux, tels que la vente, l'échange, la transaction (*arg. art. 2045*), soit à titre gratuit, tels que la donation et même, sauf controverse, l'institution contractuelle. Cass., 8 mai 1877, S., 77. 1. 252, D., 78. 1. 32, et 25 avril 1887, S., 87. 1. 320, D., 88. 1. 169. V. aussi *supra*, n. 380.

* Le principe de l'inaliénabilité s'oppose-t-il à ce qu'il soit procédé à l'amiable au partage de biens dotaux indivis avec des tiers ? Nous ne le croyons pas, soit parce que le partage n'est pas considéré dans notre droit comme un acte d'aliénation (art. 883), soit parce que c'est une aliénation nécessaire. Adde *arg. art. 838*, qui énumère, sans mentionner le nôtre, les cas dans lesquels le partage ne peut être fait à l'amiable. D'ailleurs l'argument tiré du principe de l'inaliénabilité s'appliquerait au partage judiciaire aussi bien qu'au partage amiable. Les biens dotaux indivis avec des tiers seraient donc impartageables, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle prévue par l'art. 1558 al. 6. ce qui est évidemment inadmissible (*arg. art. 815*). Cass., 23 juil. 1907, D., 10. 1. 81. — Autre est le cas où la femme, dont les biens sont dotaux pour une quote-part et paraphernaux pour le surplus, voudrait procéder à un cantonnement de la dol sur des biens déterminés. Cette opération, utile au mari, à la femme et aux tiers, peut-elle être le résultat d'une convention amiable intervenue entre

la femme représentant ses biens paraphernaux et le mari administrateur des biens dotaux ? La question est controversée. En présence de l'incertitude de la jurisprudence et des contradictions de la doctrine, les époux agiront prudemment en soumettant leur règlement à l'autorisation de la justice. Cpr. Cass., 17 nov. 1903, D., 05. 1. 417, S., 05. 1. 121 et la note.

384. Quel est le fondement de l'inaliénabilité dotale ? Doit-elle être rattachée à une idée d'indisponibilité, ou bien à l'incapacité du propriétaire, qui est la femme ? Cette question fait l'objet de très graves difficultés.

Une première opinion considère l'inaliénabilité dotale comme tenant, non à l'incapacité du propriétaire, mais à la condition des biens frappés de dotalité. Ces biens sont retirés du commerce pendant la durée du mariage, comme le sont pour une autre cause les biens du domaine public, et deviennent par conséquent indisponibles. La femme dotale a la même capacité qu'une femme mariée sous tout autre régime, mais il y a une partie de son patrimoine, la dot inaliénable, qui est indisponible, comme le sont les biens qui sont frappés de substitution. Dans le patrimoine de la femme, les biens dotaux formeraient ainsi une sorte de réserve que le propriétaire, la femme dotale, ne pourrait pas entamer par une aliénation. On invoque surtout en ce sens le texte de l'art. 1554. Cet article ne dit pas que la femme est incapable d'aliéner les biens dotaux, mais que les biens dotaux ne peuvent pas être aliénés, visant ainsi les biens plutôt que le propriétaire.

D'après une seconde opinion, qui est acceptée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence (Cass., 13 fév. 1884, S., 86. 1. 25 et 23 juil. 1907, D., 10. 1. 81) et à laquelle nous adhérons, l'inaliénabilité dotale dérive d'une incapacité particulière dont est frappée la femme propriétaire de ces biens. Par suite de sa soumission au régime dotal, la femme devient, pendant toute la durée du mariage, incapable d'aliéner ses biens dotaux ou de les

obliger. La femme dotale se trouve ainsi frappée d'une double incapacité d'abord l'incapacité du droit commun, qui atteint toute femme mariée sous un régime quelconque, puis une autre incapacité particulière, l'incapacité dotale, en vertu de laquelle elle ne peut pas aliéner ni obliger sa dot inaliénable. L'autorisation de son mari ou de la justice peut la relever de la première incapacité, mais non de la seconde : même autorisée de son mari ou de la justice, la femme ne peut pas aliéner sa dot, sauf les exceptions établies par la loi. En outre la nullité résultant du défaut d'autorisation peut se couvrir pendant le mariage, tandis qu'il n'en est pas de même de la nullité qui a son fondement dans l'incapacité dotale.

Voici les raisons principales que l'on peut faire valoir en faveur de ce système.

Il a pour lui d'abord l'autorité de la tradition ; il était généralement admis dans notre ancien droit.

En second lieu, le but que notre législateur s'est proposé en édictant l'inaliénabilité dotale, est de protéger la femme contre sa propre faiblesse, contre les abus de l'influence maritale. Trop souvent la femme aurait été disposée à sacrifier sa dot pour assurer la paix de son ménage que pourrait compromettre une résistance obstinée aux volontés de son mari. Pour la protéger à ce point de vue, il était tout naturel de la frapper de l'incapacité d'aliéner sa dot : l'inaliénabilité nous apparaît ainsi comme étant le résultat de l'incapacité de la femme ; elle tient à des considérations tirées de la personne du propriétaire, de son état de dépendance et de subordination, et non de la condition des biens, qui seraient frappés d'indisponibilité, dans l'intérêt de la famille de la femme, comme les biens grevés de substitution sont frappés d'indisponibilité dans l'intérêt des appelés.

Enfin la loi du 10 août 1850 (addition à l'art. 1391) fournit à la théorie de l'incapacité personnelle un argument de texte très puissant. Aux termes de cette disposition, la

femme dotale, qui, sur l'interpellation de l'officier de l'état civil, a faussement déclaré s'être mariée sans contrat, « sera réputée à l'égard des tiers capable de contracter dans les termes du droit commun ». C'est donc que la femme dotale, en dehors de cette hypothèse, est incapable de contracter dans les termes du droit commun, c'est à-dire, comme nous le soutenons, incapable d'aliéner sa dot ou de l'obliger.

385. Voici maintenant les principales conséquences de cette doctrine. La plupart des propositions que nous allons formuler sont difficiles ou même impossibles à justifier dans la théorie de l'indisponibilité réelle.

1° L'aliénation indûment faite de l'immeuble dotal ne peut produire aucun effet, même après la dissolution du mariage. En effet les actes nuls, comme ayant été accomplis par un incapable, ne deviennent pas valables, quand son incapacité a cessé. La femme ne serait que bien imparfaitement protégée, si les aliénations qu'elle a faites pendant le mariage pouvaient lui être opposées après la dissolution du mariage. V. infra, n. 404 s.

2° La dot inaliénable ne peut pas être saisie, même après la dissolution du mariage, par les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée par un acte volontaire et licite pendant la durée du mariage ⁴⁷. L'incapacité particulière dont la femme dotale est frappée l'empêche non seulement d'aliéner sa dot, mais aussi de contracter des obligations exécutoires sur sa dot, d'obliger sa dot en s'obligeant elle-même. Entendu autrement, le principe de l'inaliénabilité dotale serait un leurre, puisque les époux auraient un moyen facile de l'éluder. Jurisprudence constante en ce sens. Cass., 24 mars 1885, D., 85. 1. 254 ; Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 261 ; Pau, 26 mai 1908, S., 09. 2. 206, et trib. civ. de Lodève, 6 avril 1910, S., 11. 2. 157.

Ce n'est pas à dire que les obligations contractées par une femme dotale dûment autorisée soient frappées

d'inefficacité. Les créanciers auront pour gage, d'abord les biens paraphernaux de la femme, puis les biens qui lui adviendront après la dissolution du mariage, alors même que la femme se serait constitué en dot ses biens à venir, car la dotalité ne peut atteindre que les biens qui adviennent à la femme pendant le mariage. En outre, si les héritiers de la femme acceptent sa succession purement et simplement, l'exécution de l'obligation pourra être poursuivie sur tous leurs biens personnels. Cpr. Cass., 6 mai 1907, D., 10. 1. 118. En un mot, l'obligation produit tous les effets d'une obligation valablement contractée, sauf qu'elle n'est pas exécutoire sur les biens dotaux, parce que la femme n'a pas pu valablement les obliger, par exception à ce principe qu'en s'obligeant on oblige tous ses biens (art. 2092).

Si les biens dotaux ne peuvent pas être saisis pour l'exécution des obligations contractées par la femme pendant le mariage, à plus forte raison ne peuvent-ils pas l'être pour l'exécution des obligations du mari. Les dettes du mari ne sont pas opposables à la femme ; elles ne peuvent être poursuivies ni sur les biens dotaux ni à plus forte raison sur les biens paraphernaux. Cpr. supra, n. 382-2°.

3° Les biens dotaux peuvent être saisis — au moins quant à la nue propriété, le droit de jouissance du mari demeurant sauf — pour l'exécution des obligations qui peuvent prendre naissance à la charge de la femme indépendamment de sa capacité personnelle. Qu'importe l'incapacité dotale dont la femme est frappée, puisqu'il s'agit d'obligations indépendantes de la capacité de l'obligé ? Cela s'applique d'abord aux obligations nées d'un quasi-délit ou d'un délit, commis par la femme, mais non aux obligations nées d'une simple faute contractuelle ⁴⁸. Puis aux obligations nées d'un quasi-contrat, du moins lorsque la femme y a joué le rôle passif, comme il arrivera par

exemple si l'affaire de la femme a été gérée par un tiers ⁴⁹. Enfin aux obligations légales, telles que l'obligation de payer les impôts ou les droits de mutation. Cass., 18 juin 1880, S., 81. 2. 1.

4° Les biens que la femme s'est constitués en dot peuvent être saisis par ses créanciers antérieurs au mariage. En effet l'incapacité particulière, à laquelle la femme se soumet en stipulant le régime dotal, ne peut pas exercer son influence sur le sort des obligations dont elle était alors valablement tenue. Et toutefois, si la constitution de dot a été faite à titre particulier, les créanciers ne pourront s'attaquer qu'à la nue propriété des biens dotaux, le droit d'usufruit du mari devant être respecté.

Le droit pour les créanciers antérieurs au mariage de saisir les biens dotaux inaliénables s'induit de l'art. 1558 al. 4 (infra, n. 395). Interprétant ce texte à la lettre, la plupart des auteurs décident que sans doute les biens dotaux peuvent être saisis par les créanciers dont les droits ont une date certaine antérieure au contrat de mariage, mais que l'inaliénabilité dotale peut au contraire être opposée à ceux dont la créance n'a acquis date certaine que dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage. Cette interprétation aboutit, il est vrai, à faire commencer l'inaliénabilité et l'incapacité dotale au jour du contrat de mariage et non pas seulement au jour du mariage (art. 1554). Aussi a-t-on proposé, dans une autre opinion, de reconnaître les mêmes droits à tous les créanciers antérieurs au mariage indistinctement. L'art. 1558 al. 4, dit-on, a pu fort bien employer l'expression contrat de mariage pour désigner le mariage, comme nos anciens auteurs avaient l'habitude de le faire. V. en ce dernier sens Montpellier, 26 mai 1902, S., 05. 2. 281. Cpr. Cass., 9 nov. 1903, S., 07. 1. 337, D., 06. 1. 355.

5° Les biens dotaux peuvent également être saisis pour l'exécution des obligations nées à la charge de la femme postérieurement à la dissolution du mariage.

6° Le mariage une fois dissous, la femme peut renoncer à se prévaloir du bénéfice de l'inaliénabilité dotale. Sa renonciation peut être expresse ou tacite. Comme exemple de renonciation tacite, on peut citer l'acquiescement de la femme à un jugement par défaut qui la condamne purement et simplement à l'exécution d'une obligation non exécutoire sur ses biens dotaux, ou le fait de s'être laissé condamner contradictoirement sans opposer la dotalité. Limoges, 30 déc. 1892, D., 94. 1. 122.

7° Les aliénations consenties par la femme relativement à ses biens dotaux inaliénables ne sont pas frappées d'inexistence, mais seulement nulles ou annulables. Nous développons cette proposition aux numéros 404 s. où nous indiquons les conséquences qui en résultent. Cpr. de Loynes, Rev. crit., 1882.

385 bis. Quelle que soit la solution que l'on adopte relativement au caractère de l'inaliénabilité dotale, on admet que la femme ne peut pas, pendant le cours du mariage, renoncer à l'hypothèque légale qui assure la restitution de sa dot inaliénable, par exemple à l'hypothèque légale garantissant le paiement de l'indemnité due par le mari pour avoir détérioré l'immeuble dotal ou pour l'avoir laissé perdre par la prescription, ni subroger un créancier dans cette hypothèque. Cass., 3 déc. 1883, S., 84. 1. 232, D., 84. 1. 334.

386. L'interdiction d'aliéner et d'hypothéquer les immeubles dotaux entraîne par voie de conséquence l'interdiction de les grever d'autres droits réels, tels qu'usufruit, usage et habitation ⁵⁰, servitude, etc. Si la loi ne parle que de l'hypothèque (art. 1554), c'est sans doute parce qu'elle est le plus considérable de tous les droits réels.

Cependant le fonds dotal reste assujetti aux servitudes légales d'utilité publique ou privée ; elles constituent le droit commun de la propriété foncière en France. Ainsi le fonds dotal serait soumis, le cas échéant, à la servitude de halage et de marchepied, à la servitude de passage en cas d'enclave (art. 682) ; à la servitude d'appui, établie par la loi du 11 juillet 1847, à la servitude d'aqueduc, dérivant de la loi sur le drainage du 10 juin 1854.

* D'autre part, la dotalité d'immeubles attribués à la femme dans un partage de succession ne fait pas obstacle à la naissance du privilège du copartageant sur ces immeubles. Cass., 18 nov. 1895, D., 96. 1. 10, S., 97. 1. 65. Les biens ne sont attribués à la femme et par suite ne deviennent dotaux que déduction faite du privilège. Cpr. infra, n. 388 bis. De même des biens recueillis par la femme dans une succession ne deviennent dotaux que sous la déduction des legs particuliers dont ils sont grevés (Cass., 30 juil. 1907, S., 08. 1. 259, D., 11. 1. 86), et ils demeurent le gage des créanciers héréditaires malgré la dotalité qui les frappe. Cass., 26 juin 1907, D., 10. 1. 402.

* Le privilège des constructeurs prend aussi naissance en vertu des dispositions de la loi au profit de l'architecte qui a fait des constructions sur un immeuble dotal, pourvu qu'il se soit conformé aux prescriptions légales pour l'acquisition du privilège. Aix, 10 juil. 1899, D., 00. 2. 241, S., 01. 2. 239, et Cass., 10 fév. 1903, S., 05. 1. 33, D., 03. 1. 439.

386 bis. L'inaliénabilité dotale peut être rattachée par une stipulation expresse à un régime autre que le régime dotal. La doctrine et la jurisprudence sont très fermes dans ce sens. Il y aura en pareil cas combinaison du régime dotal avec un autre régime, de même qu'il arrive en sens inverse lorsqu'on emprunte à la communauté la société d'acquêts pour la rattacher au régime dotal, ainsi que l'autorise formellement l'art. 1581.

N° 2. Exceptions au principe.

387. Le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal souffre plusieurs exceptions. On peut les répartir en trois catégories, suivant qu'elles résultent : 1° des conventions matrimoniales ; 2° de dispositions du code civil ; 3° de dispositions législatives étrangères au code civil.

I. Exceptions résultant des conventions matrimoniales.

388. Aux termes de l'art. 1557 : « L'immeuble dotal peut être

» aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de

» mariage ». Cette disposition était inutile en présence de l'art. 1387, qui autorise dans les contrats de mariage toutes les stipulations non contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Serait valable également la clause qui autoriserait les époux à hypothéquer les immeubles dotaux, bien que le silence de l'art. 1557 fasse naître un léger doute sur ce point. Après quelques hésitations, cette solution a définitivement triomphé tant en doctrine qu'en jurisprudence. Arg. art. 7 C. co. Cass., 3 fév. 1891, S., 91. 1. 247, D., 92. 1. 28. Cpr. infra, n. 398 bis. Enfin on pourrait valablement convenir que le mari aura pleins pouvoirs pour aliéner les immeubles de la femme, même les immeubles dotaux, sans un consentement spécial de la femme pour chaque aliénation et sans obligation de emploi. Il n'y a rien de contraire à la loi à ce que la femme mette sa fortune tout entière à la disposition de son mari. Cela arrive bien au cas de communauté universelle ou d'ameublement général. Cass., 14 fév. 1893, S., 93. 1. 350, D., 93. 1. 261.

Toute clause d'un contrat de mariage, qui déroge au principe de l'art. 1554, doit être interprétée restrictivement. En effet une semblable clause a

nécessairement pour résultat d'enlever à la femme une partie des garanties que doit normalement lui assurer la stipulation du régime dotal ; on doit donc, s'il y a doute, l'entendre dans le sens le moins défavorable à la femme, par conséquent dans le sens le plus restrictif.

Ainsi la clause, qui autorise la vente d'un immeuble dotal, ne permettra pas de l'aliéner par voie d'échange, et réciproquement. Il en serait autrement de la clause qui autorise l'aliénation. De même la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux, concédée par une clause du contrat, n'entraîne pas celle de les aliéner. Réciproquement la faculté d'aliéner n'entraîne pas celle d'hypothéquer. Caen, 8 juil. 1889, sous cass., S., 92. 1. 251. A certains points de vue d'ailleurs, la faculté d'hypothéquer est plus dangereuse que celle d'aliéner, parce qu'on n'aperçoit pas aussi bien le danger de l'hypothèque, qui apparaît dans un avenir lointain, que celui de l'aliénation dont les conséquences se font immédiatement sentir. Après quelques oscillations, la jurisprudence s'est fixée dans ce sens. De même encore, la clause qui autorise l'aliénation des immeubles dotaux n'autoriserait pas la femme à contracter des obligations exécutoires sur ces mêmes immeubles. Enfin il a été jugé exactement, par application de notre principe, que la réserve faite par la femme, de consentir toutes ventes, tous échanges, tous partages, liquidations, compromis, transactions, restrictions, et main-levées d'hypothèques, n'emporte pas pour elle le droit de renoncer à son hypothèque légale en y subrogeant un créancier. Lyon, 3 fév. 1883, S.. 85. 2. 154, D., 83. 2. 142 et trib. civ. de Grenoble, 27 juil. 1911, S., 12. 2. 220. Cpr. Grenoble, 15 janv. 1909, D., 10. 2. 95. Les juges du fait sont d'ailleurs investis d'un pouvoir souverain d'appréciation pour l'interprétation du contrat de mariage, et leur décision sur ce point, quand elle n'est pas en contradiction avec les clauses de ce contrat, échappe à la censure de la cour de

cassation. Cass., 25 janv. 1904 et 11 juil. 1907, D., 08 1. 5, et la note de M. de Loynes, et 1^{er} juil. 1909, S., 12. 1. 277.

388 bis. La clause du contrat de mariage, qui autorise l'aliénation des immeubles dotaux, ne l'autorise le plus souvent qu'à charge de emploi ou sous des conditions équivalentes (Cass., 22 mai 1912, D., 13. 1. 69). Le emploi est alors une condition de validité de l'aliénation, non seulement dans les rapports des époux entre eux, mais aussi dans leurs rapports avec les tiers et notamment avec l'acquéreur du fonds dotal. En d'autres termes, la clause de emploi est opposable à l'acquéreur dû fonds dotal, qui peut être évincé s'il ne justifie pas d'un emploi régulier. Cass., 7 juil. 1898, D., 99. 1. 557, et Amiens, 19 janv. 1904, D., 05. 2. 35. L'acquéreur est donc intéressé à surveiller le emploi, et il a le droit de refuser de payer son prix tant qu'on ne lui justifie pas d'un emploi régulier. Le contraire n'aurait lieu qu'autant qu'il résulterait du contrat de mariage que la condition de emploi n'est pas opposable aux tiers. Cette stipulation serait certainement licite. Agen, 2 fév. 1891, S., 92. 2. 6, D., 91. 2. 331 ; Paris, 11 mars 1892, D., 92. 2. 392. On peut aussi valablement convenir que l'acquéreur du fonds dotal sera dispensé de vérifier l'utilité et la valeur du emploi. Cass., 29 janv. 1890, D., 90. 1. 97, S., 93. 1. 417 ; Aix, sur renvoi, 19 mars 1891, D., 92. 2. 343 ; Cass., 28 janv. 1907, D., 10. 1. 97, S., 12. 1. 22, et 27 mars 1907, S., 09. 1.33. Cpr. pour les emplois frauduleux, Cass., 16 fév. 1910, S., 10. 1. 557. Mais les époux ne peuvent pas, par une déclaration de volonté faite pendant le mariage, dégager l'acquéreur du fonds dotal de la responsabilité que le contrat de mariage met à sa charge, par exemple en déclarant que le emploi a été effectué conformément aux prescriptions du contrat de mariage. Cette déclaration, si elle n'est pas exacte, ce qui peut arriver sans mauvaise foi des époux, n'est pas opposable à la femme, qui n'a pu valablement compromettre la restitution de sa dot par une

renonciation à ses droits faite pendant le mariage. Riom, 19 mai 1891, D., 92. 2. 547. D'ailleurs, l'acheteur, déclaré responsable du défaut de remploi, a son recours tel que de droit contre le mari, par la faute duquel le remploi n'a pas été valablement effectué. Cpr. Cass., 3 déc. 1888, D., 90. 1. 71.

Le remploi demeure d'ailleurs soumis aux règles générales prescrites par les art. 1434 et 1435, qui forment le droit commun de la matière (supra, n. 62 à 71 bis et 369), sauf bien entendu les dérogations résultant du contrat de mariage. Il peut être effectué pendant toute la durée du mariage, même après la séparation de corps ou de biens.

L'immeuble acquis en remploi est subrogé à l'immeuble aliéné. Il devient donc comme lui dotal et aliénable sous condition de remploi. Trib. civ. de Lodève, 6 avril 1910, D., 12. 2. 295, S., 11. 2. 157. Cette dotalité et l'inaliénabilité restreinte qui en résulte n'est acquise, au moins à l'égard des tiers, que lorsque l'immeuble acheté en remploi a été payé intégralement (V. pour le remploi anticipé, Cass., 12 avril 1910, D., 10. 1. 478, S., 12. 1. 401). Le vendeur qui n'a été payé que partiellement peut donc saisir l'immeuble et le faire vendre pour se payer par privilège sur le prix. Trib. civ. de Grenoble, 7 mars 1895, D., 95. 2. 348, et Cass., 31 juil. 1900, S., 01. 1. 385. Même solution en ce qui concerne le privilège du copartageant. Les immeubles acquis en remploi ne peuvent devenir dotaux que sous le respect des charges dont ils sont légalement grevés au moment de leur acquisition. Cpr. supra, n. 386.

Pour le remploi des titres dotaux, v. infra, n. 420-6°, al. 2.

II. Exceptions établies par le code civil.

388 ter. Ces exceptions sont prévues par les art. 1555, 1556. 1558 et 1559, dont les dispositions sont limitatives. Cass., 25 janv. 1887, D., 87. 1. 473, S., 90. 1. 434.

* Non seulement ces dispositions sont limitatives, mais, à raison de leur nature exceptionnelle, elles comportent l'interprétation restrictive. La jurisprudence n'applique pas fermement ce principe, posé cependant dans l'arrêt précité de la cour de cassation. C'est ainsi qu'elle étend l'exception, que l'art. 1558 al. 5 n'établit que pour les grosses réparations faites en vue de la conservation d'un immeuble dotal, à toutes les dépenses faites dans l'intérêt de la conservation de la dot (Cass., 8 fév. 1910, D., 10. 1. 508, S., 10. 1. 232, et 20 juin 1911, D., 12. 1. 358), et notamment aux frais d'une instance en séparation de biens, même quand la femme a succombé. Cass., 19 juil. 1887, S., 88. 1. 289, D., 88.1. 49. Cet arrêt met sur la même ligne les frais d'une instance en séparation de corps ; mais sur ce dernier point la jurisprudence est divisée. V. notamment Pau, 1^{er} août 1887, S., 89. 2. 164, D., 89. 2. 110. C'est ainsi encore que la jurisprudence étend aux dettes grevant une succession ou une donation échue à la femme l'exception que l'art. 1558 al. 4 établit pour le paiement des dettes du constituant. Limoges, 21 mars 1888, S., 89. 2. 166, D., 89. 2. 111.

389. a. — Aux termes de l'art. 1555 : « La femme peut, avec

» l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de

» justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants

» qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais si elle n'est autorisée

» que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari ».

Ainsi, la femme peut donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants d'un autre lit. Mais elle doit, pour cela, conformément au droit commun, être autorisée de son mari ou à son défaut de la justice. Avec

l'autorisation de son mari, elle peut donner ses biens dotaux en pleine propriété ; avec l'autorisation de la justice, au refus du mari, elle ne peut donner que la nue propriété de ces mêmes biens, l'usufruit qui appartient au mari ne pouvant pas être aliéné sans son consentement.

390. b. — Aux termes de l'art. 1556 : « Elle [la femme] peut

» aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux

» pour l'établissement de leurs enfants communs ». Il est impossible de ne pas remarquée la différence de rédaction qui existe entre cet article et le précédent. Tandis que l'art. 1555, statuant sur l'hypothèse où il s'agit de l'établissement des enfants d'un autre lit de la femme, lui permet de donner ses biens dotaux en vue de cet établissement, soit avec l'autorisation du mari, soit, sur son refus, avec l'autorisation de justice, l'art. 1556, statuant sur le cas où il s'agit de l'établissement des enfants communs, ne permet à la femme de donner ses biens dotaux pour cet établissement qu'avec l'autorisation du mari ; et de là on a conclu très justement que l'autorisation refusée par le mari ne pourrait pas être accordée par la justice. La raison de cette différence s'aperçoit facilement. La loi suppose que le refus du mari d'autoriser la donation des biens dotaux ne sera jamais injuste, quand les enfants à l'établissement desquels il s'agit de pourvoir sont des enfants communs, par conséquent ses propres enfants. Au contraire on pouvait craindre que le mari ne se montrât partial, lorsque les enfants qu'il s'agit de doter sont des enfants d'un autre lit de la femme : il eût été dangereux de laisser le sort de ces enfants à la discrétion d'un beau-père. Voilà pourquoi le veto du mari, qui est sans appel dans le premier cas, est susceptible de recours dans le second.

Si l'on prend soin de ne pas isoler l'art. 1556 du précédent, dont il est une suite naturelle, on voit que la décision qu'il sous-entend se réduit à ceci : Lorsque la

femme veut donner ses biens dotaux pour l'établissement d'un enfant commun, l'autorisation qui lui est refusée par le mari ne peut pas lui être accordée par la justice. L'article ne fait donc pas obstacle à ce que la justice autorise la femme à donner ses biens dotaux pour l'établissement d'un enfant commun, au cas d'absence ou d'interdiction du mari (arg. art. 222 et 1427).

391. Voici maintenant quelques observations qui s'appliquent à l'art. 1555 et à l'art. 1556 :

1° Le mot enfants comprend tous les descendants, et non pas seulement ceux du premier degré.

2° Le mot établissement désigne dans nos deux articles, non seulement l'établissement par mariage, mais aussi tout autre établissement (arg. art. 204). Les biens dotaux pourraient donc être donnés pour pourvoir à l'établissement d'un enfant comme industriel, comme commerçant, comme notaire (Cass., 24 oct. 1892, S., 92. 1. 574, 10 fév. 1896, S., 00. 1. 511 ; et 12 mai 1908, D., 10. 1. 357, S., 11. 1. 113), aussi bien que pour pourvoir à son établissement par mariage. Mais non pour augmenter l'aisance d'enfants déjà mariés et dotés (Toulouse, 31 déc. 1883, S., 84. 2. 113, D., 84. 2. 81). Ni pour sauver un établissement qui périclité (Rouen, 23 janv. 1897, D., 99. 2. 139). Cpr. Caen, 15 juin 1904. D., 06. 2. 353.

3° On admet généralement que, dans les deux hypothèses prévues par les art. 1555 et 1556, la femme pourrait être autorisée, non seulement à donner ses biens dotaux, mais aussi à les vendre pour fournir à l'enfant la somme nécessaire à son établissement : ce qui est plus simple, et plus avantageux au point de vue des droits fiscaux à payer, que de donner à l'enfant un immeuble dotal, qu'il vendrait ensuite lui-même. Cass., 26 nov. 1900, S., 01. 1. 65, D., 04. 1. 457. Et toutefois, cette solution ne va pas sans difficulté, les immeubles dotaux étant inaliénables en principe, et la loi n'en autorisant ici que la donation. En supposant qu'elle doive être admise, il y a lieu de décider que la validité de

l'aliénation est subordonnée à la condition que le prix sera employé à l'établissement de l'enfant. L'acquéreur devra donc veiller à ce que cette condition soit remplie, et il fera même prudemment de payer son prix directement entre les mains de l'enfant à l'établissement duquel il s'agit de pourvoir. Mais il n'est pas nécessaire de remplir les formalités prescrites par l'art. 1558 et spécialement de faire la vente aux enchères. Cass., arrêt précité. Cpr. Cass., 6 mai 1907. D., 10. 1. 118.

392. c. — L'aliénation des immeubles dotaux est encore autorisée dans des cas assez nombreux prévus par l'art. 1558, ainsi conçu : « L'immeuble dotal peut encore être aliéné avec permission

- » de justice et aux enchères, après trois affiches, — Pour tirer de

- » prison le mari ou la femme ; — Pour fournir des aliments à la

- » famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206, au

- » titre du Mariage ; — Pour payer les dettes de la femme ou de

- » ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine

- » antérieure au contrat de mariage ; — Pour faire de grosses

- » réparations indispensables pour la conservation de l'immeuble

- » dotal ; — Enfin lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des

- » tiers et qu'il est reconnu impartageable ».

Voici d'abord trois observations générales qui s'appliquent à tous les cas énumérés par le texte que nous venons de transcrire.

1° L'aliénation ne peut avoir lieu que moyennant l'autorisation de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée que *cognita causa*, c'est-à-dire lorsqu'il est

démontré que l'on se trouve bien dans l'un des cas déterminés par notre texte. A ce point de vue, l'autorisation du mari n'aurait pas offert les mêmes garanties ; trop souvent elle eût été accordée en dehors des cas spécifiés par la loi.

D'ailleurs le droit d'autoriser sous certaines conditions l'aliénation de l'immeuble dotal implique pour les tribunaux celui de déterminer l'emploi qui devra être fait des fonds provenant de la vente. Cass., 31 déc. 1902, D., 03. 1. 126, S., 08. 1. 445.

C'est la femme qui doit demander et obtenir l'autorisation de la justice ; car c'est elle qui aliène, puisqu'elle est propriétaire. Le tribunal compétent pour accorder cette autorisation est, suivant l'opinion générale, le tribunal du domicile des époux, conformément au droit commun (C. pr., art. 59), et non le tribunal de la situation de l'immeuble qu'il s'agit d'aliéner. Le consentement du mari est nécessaire pour que la femme puisse aliéner la pleine propriété de l'immeuble dotal ; sans ce consentement, la femme ne pourrait aliéner que la nue propriété.

2° L'aliénation ne peut avoir lieu qu'aux enchères et après affiches, jamais à l'amiable, à la différence de ce qui a lieu dans les cas prévus par les art. 1555 à 1557 La raison en est qu'ici l'aliénation a lieu pour satisfaire à des nécessités plus ou moins urgentes, et la loi craint que, pressés par le besoin d'argent, les époux n'aliènent à des conditions désavantageuses ; c'est pourquoi elle exige la garantie des enchères et des affiches. Voyez pour les détails l'art. 997 du code de procédure civile.

3° Si la vente produit une somme supérieure à celle qui a été jugée nécessaire aux époux, l'excédent sera dotal, et il en sera fait emploi comme tel. « Dans tous ces cas, l'excédant du prix de la

» vente au-dessus des besoins reconnus restera dotal, et il en sera

» fait emploi comme tel au profit de la femme » (art. 1558 in fine).

Cela posé, passons en revue les divers cas prévus par l'art. 1558.

393. PREMIER CAS. « Pour tirer de prison le mari ou la femme ». Il s'agit de la prison pour dettes (Cpr. Montpellier, 15 janv. 1912, S., 12. 2. 172). Ce premier cas a perdu presque tout son intérêt pratique, depuis que la contrainte par corps a été abolie en matière civile, commerciale et contre les étrangers, par la loi du 22 juillet 1867. Il pourrait recevoir encore son application, si l'un des époux se trouvait soumis à la contrainte par corps pour une dette née d'un délit, ou s'il s'agissait de payer la rançon du mari prisonnier chez l'ennemi. Cpr. supra, n. 125.

394. DEUXIÈME CAS. « Pour fournir des aliments à la famille dans » les cas prévus par les art. 203, 205 et 206 au titre du Mariage ». On est d'accord pour reconnaître que l'aliénation de la dot pourrait aussi être autorisée pour procurer des aliments aux époux eux-mêmes. Le législateur n'a pas renvoyé au texte d'où résulte l'obligation alimentaire entre époux (art. 212), parce que ce texte ne la crée pas directement. Cass., 2 mai 1898, D., 98. 1. 367.

L'autorisation de vendre (ou d'hypothéquer, infra, n. 398 bis) l'immeuble dotal peut être obtenue par la femme, non seulement pour payer des fournitures d'aliments à faire ou même déjà faites (cpr. Cass., 10 nov. 1897, D., 98. 1. 296, S., 98. 1. 353, et 18 juil. 1906, D., 07. 1. 11, S., 12. 1. 356), mais aussi pour acquérir, conserver ou améliorer un fonds de commerce ou un immeuble dont l'exploitation constitue la seule ressource de la famille. Cass., 16 nov. 1896, D., 97. 1. 80, et 4 juil. 1904, D., 04. 1. 551, S., 06. 1. 238.

* A raison de sa nature exceptionnelle, la disposition que nous étudions ne saurait être étendue au cas où il s'agirait, moins de fournir des aliments à la famille que de venir en aide au mari en lui facilitant l'accomplissement de ses engagements envers ses créanciers. Cass. (motifs), 18 juil.

1906, supra. Au contraire, l'aliénation de la dot pourrait être autorisée en vue du paiement des dettes du mari, si ce paiement était nécessaire pour lui permettre de conserver un établissement, par exemple une ferme ou un office ministériel, qui constitue sa seule ressource et dont les produits font vivre la famille. Cass., 13 mai 1889, S., 89. 1. 429, D., 89. 1. 111, et 3 mars 1896, D., 97. 1. 231.

395. TROISIÈME CAS. « Pour payer les dettes de la femme ou de

» ceux qui ont constitué la dot, lorsque ces dettes ont une date certaine antérieure au contrat de mariage ».

Le texte paraît bien exiger que les dettes à payer aient date certaine antérieure au contrat de mariage : il ne suffirait donc pas qu'elles eussent date certaine antérieure au mariage. Si cette interprétation est exacte, il en résulterait que la loi aurait assimilé ici les dettes contractées avant le mariage, mais depuis le contrat, aux dettes nées pendant le cours du mariage : l'aliénation de l'immeuble dotal ne pourrait pas plus être autorisée pour le paiement des premières que pour celui des secondes. En faveur de cette manière de voir on invoque tout d'abord les termes mêmes de notre article ; et l'on ajoute que la loi a eu raison de faire cette assimilation ; car autrement la femme aurait pu, en contractant des dettes dans l'intervalle du contrat à la célébration, se ménager la possibilité d'aliéner les immeubles qu'elle s'est constitués en dot et qui, d'après le contrat, devaient être inaliénables, portant ainsi atteinte aux conventions matrimoniales. — Cette manière de voir n'est pas cependant unanimement admise. Dans une autre opinion, on permet à la femme d'aliéner l'immeuble dotal pour le paiement des dettes antérieures au mariage, sans distinction entre celles qui ont une date certaine antérieure au contrat de mariage et celles dont la date est devenue certaine entre le contrat de mariage et la célébration du mariage. Les mots contrat de mariage de

l'art. 1558 al. 4 désigneraient le mariage lui-même et non pas le contrat pécuniaire. Cpr. supra, n. 385-4°.

Il est incontestable que la justice peut autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal, pour le paiement d'une dette soit de la femme (supra, n. 385-4°), soit du constituant, à raison de laquelle le créancier a action sur cet immeuble, par exemple pour le paiement d'une dette hypothécaire inscrite sur l'immeuble dotal antérieurement à la date du contrat de mariage (ou du mariage, suivant l'opinion que nous avons signalée). En pareil cas, le créancier ne manquera pas de saisir l'immeuble dotal, s'il ne peut obtenir son paiement à l'amiable. Cpr. Cass., 16 nov. 1909, D., 10. 1. 353, S., 11. 1. 249. Pourquoi obliger la femme à subir les humiliations et les frais d'une expropriation forcée ? Autant vaut prévenir les poursuites du créancier par une aliénation volontaire, qui se fera à de moindres frais et probablement à de meilleures conditions. La justice autorisera cette aliénation, qui devra être faite aux enchères et après affiches, et le prix qui en proviendra sera employé au paiement du créancier.

Mais c'est une question délicate que celle de savoir si la justice peut autoriser l'aliénation de l'immeuble dotal pour le paiement d'un créancier, dont la créance, bien qu'elle ait date certaine antérieure au contrat de mariage (ou au mariage), ne lui permet pas de saisir les biens dotaux de la femme, par exemple pour le paiement de dettes du constituant, dont la femme n'est tenue ni personnellement ni hypothécairement. Le texte de la loi favorise la solution affirmative ; car il ne contient aucune restriction. D'ailleurs, la femme peut se croire moralement tenue de payer les dettes du constituant, qui est le plus souvent un proche parent, toujours un bienfaiteur, et on comprend que la loi ait voulu favoriser l'accomplissement de ce devoir, en permettant à la femme d'obtenir l'autorisation d'aliéner sa dot.

396. QUATRIÈME CAS. « Pour faire de grosses réparations indispen-

» sables pour la conservation de l'immeuble dotal ». La loi veut dire, mais elle exprime assez mal cette pensée, que la justice peut autoriser, soit l'aliénation d'un immeuble dotal pour pourvoir aux frais de grosses réparations nécessaires à la conservation d'un autre immeuble également dotal, soit l'aliénation d'une partie d'un immeuble dotal pour pourvoir aux réparations nécessaires à la conservation de l'autre partie. Il faut à tout prix sacrifier une partie de la dot pour sauver l'autre.

Notre article ne permet à la justice d'autoriser l'aliénation ⁵¹ que pour effectuer de « grosses réparations » ; donc, l'aliénation ne saurait être autorisée, quand il s'agit de réparations d'entretien, quelque considérables qu'elles puissent être ; d'ailleurs, les réparations d'entretien sont à la charge du mari usufruitier de la dot. D'un autre côté, les réparations doivent être indispensables à la conservation de l'immeuble dotal ; donc, l'aliénation ne pourra jamais être autorisée en vue de simples améliorations à effectuer, par exemple en vue de constructions nouvelles ou de plantations. Agen, 2 mars 1892, S., 93. 2. 81, D., 92. 2. 253. V. cep. Cass., 2 mai 1898, D., 98. 1. 367, et 23 nov. 1898, D., 99. 1. 39. Ce dernier arrêt décide que la reconstitution d'un vignoble ravagé ou ruiné peut être considérée comme une grosse réparation dans le sens de l'art. 1558. V. aussi supra, n 388 ter et 394 al. 2.

397. CINQUIÈME CAS « Enfin lorsque l'immeuble dotal se trouve » indivis avec des tiers, et qu'il est reconnu impartageable ». La femme s'est constitué en dot ses biens à venir, et il lui échoit, pendant le cours du mariage, concurremment avec d'autres héritiers, une succession dans laquelle se trouve un immeuble. Les parties veulent procéder à un partage amiable, mais l'immeuble indivis se

trouve être impartageable en nature, ou il ne saurait être partagé sans un grave détriment, ce qui suffit pour l'application de notre disposition (arg. art. 827) La justice pourra autoriser la femme à procéder à la licitation volontaire de cet immeuble suivant les formes prescrites par l'art. 997 C. pr. Le législateur s'est inspiré ici de la même idée qui le guidait quand il écrivait l'alinéa 4 de notre article. La licitation est nécessaire : les consorts de la femme peuvent exiger qu'elle ait lieu, et la femme elle-même a ce droit. Si l'accord des parties qui entendent procéder, nous le répétons, à un partage amiable, rend possible une licitation volontaire, pourquoi les forcer d'avoir recours à la licitation judiciaire qui entraînera de plus grands frais ? La justice interviendra ; et, si elle reconnaît que l'immeuble est réellement impartageable en nature (hoc sensu), elle autorisera une licitation volontaire, à laquelle les étrangers devront nécessairement être admis (argument tiré des art. 1558 al. 1 C. civ. et 997 C. pr.).

La licitation ayant été autorisée par la justice, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° La femme se rend adjudicataire. Alors l'immeuble sera dotal pour le tout ou pour partie, suivant les distinctions qui ont été établies plus haut. Quand l'immeuble ne devient dotal que pour partie, il est paraphernal pour le surplus. Cette observation a de l'importance pour le cas où il y a société d'acquêts entre les époux : l'immeuble ne tombe pour aucune partie dans ladite société ;

2° C'est le mari qui se porte adjudicataire. On décide généralement qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 1408. Cpr. supra, n. 78 ;

3° Enfin, si c'est un des consorts de la femme ou un étranger qui s'est rendu adjudicataire, la part revenant à la femme dans le prix sera dotale, et il en sera fait emploi comme telle à son profit. C'est ce qui résulte par argument de l'art. 1558 in fine. L'adjudicataire ou l'acquéreur de l'immeuble dotal serait responsable de l'emploi, qui est une

des conditions de validité de l'aliénation, et devrait veiller par suite à ce qu'il fût effectué.

398. Tels sont les cas exceptionnels dans lesquels la justice peut autoriser la vente des immeubles dotaux. L'aliénation serait nulle, si elle était faite, dans l'un des cas prévus par l'art. 1558, soit sans l'autorisation de la justice, soit avec cette autorisation, mais sans l'accomplissement des formalités prescrites (affiches et enchères).

* La vente d'un immeuble dotal serait nulle également, si elle avait été faite avec l'autorisation de la justice, accordée par erreur dans un cas où elle aurait dû être refusée parce que ce cas ne rentrait pas dans l'énumération limitative donnée par la loi, par exemple pour améliorations à effectuer sur un autre immeuble dotal. En effet, la décision de la justice autorisant la vente ne constitue pas ici un acte de juridiction contentieuse, susceptible d'acquiescer l'autorité de la chose jugée et d'engendrer une exception contre l'action en revendication de la femme, mais seulement un acte de juridiction gracieuse. Cass, 27 nov. 1883, S., 84. 1. 161, D., 85. 1. 39, 25 janv. 1887, D., 87. 1. 473, et 11 déc. 1891, S., 97. 1. 227 ; Agen, 29 mars 1892, D., 92. 2. 253, et Montpellier, 15 janv. 1912, S., 12. 2. 172. L'acquéreur subirait donc les conséquences de l'erreur de droit commise par le juge. Cass., 24 juil. 1890, S., 92. 1. 251. Mais il ne subirait pas les conséquences de l'erreur de fait, dans laquelle le juge serait tombé en accordant l'autorisation d'aliéner, à raison d'une cause légale qu'il croyait exister et qui n'existait pas en réalité, comme si l'autorisation a été accordée pour grosses réparations à faire à un immeuble dotal qui n'avait pas besoin d'être réparé. Cass., 20 juin 1877, S., 80. 1. 19., D., 79. 1. 421, et 18 juil. 1906, D., 07. 1. 11, S., 12. 1. 356. La raison de cette différence, s'il y en a une, c'est que les tiers peuvent à la rigueur être plus habiles jurisconsultes que le juge et découvrir l'erreur de droit qu'il a commise, tandis qu'il leur

est à peu près impossible de découvrir l'erreur de fait qui a servi de base à sa décision.

398 bis. On admet en doctrine et en jurisprudence que le fonds dotal peut être hypothéqué dans tous les cas où le code civil en autorise exceptionnellement l'aliénation, c'est-à-dire dans les cas prévus par les art. 1555, 1556, 1557 et 1558. Cela résulte par argument de l'art. 7 du code de commerce, qui parle de l'hypothèque du fonds dotal dans les cas déterminés par le code civil. Or le code civil ne détermine expressément aucun cas dans lequel le fonds dotal puisse être hypothéqué. Pour donner un sens à l'art. 7 précité, il faut admettre que, dans tous les cas où le code civil autorise exceptionnellement l'aliénation de l'immeuble dotal, il autorise implicitement l'hypothèque de ce même fonds. L'art. 1554 C. civ. fournit un argument du même genre : en disant que les immeubles dotaux « ne peuvent être aliénés ou hypothéqués..., sauf les exceptions qui suivent », ce texte nous donne bien à entendre que le législateur va établir des exceptions à la prohibition d'hypothéquer aussi bien qu'à la prohibition d'aliéner, et, pour en trouver, il faut nécessairement admettre que les dispositions qui suivent autorisent exceptionnellement l'hypothèque, bien qu'elles ne parlent nommément que de l'aliénation ⁵². Bien entendu la constitution d'hypothèque est soumise aux conditions prescrites pour la validité de l'aliénation, en tant que ces conditions sont susceptibles de recevoir leur application à l'hypothèque. Ainsi l'autorisation de la justice est nécessaire dans les cas prévus par l'art. 1558. D'ailleurs l'autorisation donnée par la justice d'aliéner n'emporte pas l'autorisation d'hypothéquer. Cpr. supra, n. 388.

398 ter. Quand l'aliénation du fonds dotal ou l'emprunt avec hypothèque sur ce fonds est autorisé en vue d'un but déterminé, par exemple le paiement des dettes du constituant, la validité de l'aliénation ou de la constitution

d'hypothèque est subordonnée à la condition que le prix de la vente ou l'argent provenant de l'emprunt recevra la destination indiquée. L'acheteur ou le prêteur est responsable de l'accomplissement de cette condition. Il doit donc surveiller l'emploi des fonds. Cass., 31 déc. 1902, D., 03. 1. 126, S., 08. 1. 445. Toutefois cette obligation n'incomberait plus à l'acheteur ou au prêteur, si toute surveillance était impossible, ce qui est une question de fait à résoudre par le juge en cas de contestation. On peut citer comme exemple le cas où l'aliénation aurait été autorisée pour fournir des aliments à la famille. L'impossibilité de surveiller l'emploi des fonds peut aussi exister, dans certains cas, quand l'aliénation ou l'emprunt a été autorisé pour grosses réparations à effectuer à l'immeuble dotal. Cass., 13 déc. 1897, D., 98. 1. 56, 6 fév. 1899, D., 99. 1. 271, et 18 juil. 1906, D., 07. 1.11, S., 12, 1. 356.

399. d. — Aux termes de l'art. 1559 : « L'immeuble dotal peut

» être échangé, mais avec le consentement de la femme, contre un

» autre immeuble de même valeur, pour les quatre cinquièmes au

» moins, en justifiant de l'utilité de l'échange, en obtenant l'auto-

» risation en justice, et d'après une estimation par experts nommés

» d'office par le tribunal. — Dans ce cas, l'immeuble reçu en échange

» sera dotal ; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en

» sera fait emploi comme tel au profit de la femme ».

Ce texte autorise l'aliénation de l'immeuble dotal par voie d'échange, mais moyennant quatre conditions :

1° L'échange ne peut avoir lieu sans le consentement de la femme, car c'est elle qui est propriétaire. Le

consentement du mari est nécessaire aussi, à raison des droits qui lui appartiennent sur le fonds dotal ;

2° Les époux doivent justifier de l'utilité de l'échange. L'utilité suffit ; la loi n'exige pas la nécessité. Ainsi l'échange peut être autorisé pour procurer aux époux un immeuble mieux situé quant à eux ou d'un revenu plus considérable ;

3° L'immeuble à acquérir en contre-échange doit avoir une valeur égale aux quatre cinquièmes au moins de l'immeuble dotal échangé. La valeur comparative des deux immeubles ne peut être déterminée que par une expertise. Les experts doivent être nommés d'office par le tribunal, ce qui garantit leur impartialité. Il résulte de notre article qu'il doit y avoir plus d'un expert (argument des mots par experts) ; et comme, d'autre part, aux termes de l'art. 303 C. pr., on ne peut en nommer deux, nous concluons qu'il en faut trois ;

4° L'échange ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la justice. Cette autorisation ne doit être accordée qu'autant que toutes les conditions prescrites se trouvent réunies.

400. Quand l'échange a été effectué conformément aux dispositions de la loi, l'immeuble acquis en contre-échange est subrogé à l'immeuble échangé ; il devient donc dotal comme L'était ce dernier.

Rarement, les deux immeubles qui font l'objet de l'échange auront exactement la même valeur. Si l'immeuble dotal vaut plus, auquel cas la femme stipulera une soulte, cette soulte sera dotale, et il en sera fait emploi comme telle au profit de la femme. — Si, au contraire, l'immeuble dotal valant moins, c'est la femme qui s'engage à payer une soulte, l'immeuble acquis en contre-échange ne deviendra dotal que pour partie, pour une partie correspondant

à la valeur de l'immeuble dotal échangé. Par exemple, si l'immeuble dotal vaut 9, et que, l'immeuble acquis en contre échange valant 10, la femme se soit engagée à payer

une soulte égale à 1, l'immeuble acquis en contre-échange ne sera dotal que pour les neuf dixièmes. Autrement, la dot serait augmentée pendant le mariage, ce que ne permet pas l'art. 1543.

Ce qui vient d'être dit résout la question de savoir si la justice peut autoriser l'échange d'un immeuble dotal contre un autre immeuble dont la valeur dépasse de plus d'un cinquième celle de l'immeuble dotal. Pourquoi non ? puisque l'immeuble acquis en contre-échange ne deviendra dotal que pour une portion correspondant à la valeur de l'immeuble échangé. D'ailleurs, le silence que la loi garde sur ce point paraît décisif. Exiger que l'immeuble acquis en contre-échange n'ait pas une valeur supérieure de plus d'un cinquième à la valeur de l'immeuble dotal, ce serait ajouter une autre condition aux quatre exigées par la loi.

III. Exceptions résultant de dispositions législatives étrangères au code civil.

401. Les immeubles dotaux peuvent être expropriés pour cause d'utilité publique. Aux termes des art. 13 et 25 de la loi du 3 mai 1811, la femme assistée de son mari peut valablement consentir à la cession amiable de la totalité ou de partie d'un immeuble dotal, qui, autrement, serait frappée d'expropriation, et traiter de gré à gré avec l'administration pour le prix. Il y a alors exception à la règle formulée par l'art. 1554. L'exception n'existerait pas, si les époux se laissaient exproprier ; car, dans ce cas, on ne pourrait pas dire que ce sont les époux qui aliènent.

401 bis. Aux termes de l'art. 728 C. pr., relatif à la saisie immobilière, c. les moyens de nullité, tant en la forme qu'au fond, contre la procédure qui précède la publication du cahier des charges, devront être proposés, à peine de déchéance, trois jours au plus tard avant cette publication ». La règle édictée par ce texte a une portée générale, d'après la jurisprudence (Cass., 25 juin 1907, D.,

09. 1. 290), et doit être appliquée à la femme dotale dont l'immeuble inaliénable a été indûment saisi. Cass., 21 mai 1882, S., 85. 1. 493. Les époux ont, dès lors, à leur disposition, un moyen bien simple d'éluder le principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal. Il suffit à la femme de laisser saisir et adjuger son immeuble, sans élever de protestation : de la sorte, l'adjudicataire deviendra propriétaire incommutable.

L'arrêt du 21 mai 1882 se fonde, pour repousser la demande en délaissement dirigée contre l'adjudicataire de l'immeuble dotal, sur ce que le jugement d'adjudication, ayant acquis l'autorité de la chose jugée, n'est pas susceptible d'être révisé. Les décisions antérieures de la jurisprudence se bornaient à invoquer l'art. 728 C. pr. — D'une manière générale, il faut décider que la femme ne peut plus se prévaloir de l'inaliénabilité dotale toutes les fois qu'elle se trouve dépouillée de sa dot par un jugement qui a acquis l'autorité irrévocable de la chose jugée. Cpr. Cass., 5 juil. 1900, D., 01. 1. 199, et 13 janv. 1903, S., 03. 1. 497.

N° 3. De l'imprescriptibilité des immeubles dotaux

402. L'inaliénabilité du fonds dotal a pour corollaire son imprescriptibilité. La loi, qui interdit l'aliénation directe des immeubles dotaux, ne devait pas autoriser leur aliénation indirecte par la voie de la prescription. Le principe est formulé dans l'art. 1561, ainsi conçu : « Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le

» contrat de mariage, sont imprescriptibles pendant le mariage,

» à moins que la prescription n'ait commencé auparavant.
— Ils

» deviennent néanmoins prescriptibles après la séparation de biens,

» quelle que soit l'époque à laquelle la prescription a commencé ».

La règle, que les immeubles dotaux sont imprescriptibles pendant le mariage, étant formulée par la loi dans les termes les plus généraux, s'applique à toute prescription soit acquisitive, soit extinctive.

A toute prescription ACQUISITIVE. Ainsi, un tiers ne peut pas acquérir par prescription, pendant le mariage, la propriété d'un immeuble dotal qu'il possède même avec juste titre et bonne foi, ou un droit de servitude qu'il exerce sur un immeuble dotal.

A toute prescription EXTINCTIVE. Ainsi, un usufruit immobilier faisant partie de la dot, ou une servitude active appartenant à un immeuble dotal, ne peut pas s'éteindre par la prescription pendant le cours du mariage.

403. Toutefois, le principe de l'imprescriptibilité comporte trois exceptions indiquées par notre article :

1° Sont prescriptibles les immeubles dotaux déclarés aliénables par le contrat de mariage. Cela résulte par argument des mots non déclarés aliénables, qui ont été ajoutés après coup, sur la demande du tribunal, pour faire cadrer l'imprescriptibilité avec l'inaliénabilité ;

2° Peuvent être prescrits pendant le mariage les immeubles dotaux dont la prescription a commencé avant le mariage. Le simple fait d'un mariage, avec stipulation du régime dotal, fait auquel le possesseur demeure complètement étranger, qu'il ignore peut être, ne devait pas avoir pour résultat d'interrompre ou de suspendre la prescription commencée ;

La prescription est censée commencée avant le mariage, lorsque le fait de la possession, s'il s'agit d'une prescription acquisitive, ou du non-usage, s'il s'agit d'une prescription extinctive, est antérieur à la célébration du mariage.

3° Les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens. Cette dernière exception n'existait pas dans le projet. Elle a été introduite dans le texte de la

loi sur la demande du tribunal, qui fit remarquer à l'appui de sa proposition que la femme recouvrant par la séparation de biens l'exercice des actions dotales, peut désormais interrompre elle-même la prescription. Il n'y a donc plus lieu de maintenir le principe de l'imprescriptibilité dotale, qui a été établi pour mettre la femme à l'abri des suites d'une négligence de son mari.

Tel étant le motif qui a fait établir l'exception, il semble qu'elle devrait être étendue au cas où, par une clause du contrat de mariage, la femme se serait réservé l'administration de ses biens dotaux. D'autant plus que l'exception qui nous occupe est en définitive un retour au droit commun, ce qui permet de lui appliquer le principe de l'interprétation extensive. V. en sens contraire Cass., 17 fév. 1886, D., 86. 1, 249, S., 86. 1. 161. La question, bien entendu, ne se pose que pour ceux qui admettent, avec la cour de cassation, la validité de la réserve, au profit de la femme, du droit d'administrer ses biens dotaux. Nous avons combattu cette doctrine, *supra*, n. 374.

La séparation de biens fait cesser l'imprescriptibilité mais non l'inaliénabilité dotale. Les immeubles dotaux continuent donc à être inaliénables, quoiqu'ils ne soient plus imprescriptibles. En effet l'art. 1554 édicte le principe de l'inaliénabilité d'une manière absolue pour toute la durée du mariage ; or le mariage dure encore après la séparation de biens. Cass., 31 mai 1911, D., 12, 1. 63, et Montpellier, 18 janv. 1912, S., 13. 2. 74. A dater de ce moment, l'imprescriptibilité ne cadre donc plus avec l'inaliénabilité : la femme, qui ne peut pas aliéner directement ses immeubles dotaux, peut les aliéner indirectement en les laissant prescrire. Il est vrai que l'aliénation par voie de prescription est moins à redouter que l'aliénation directe, parce qu'elle n'offre pas les mêmes séductions !

N° 4. Sanction du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

404. Aux termes de l'art. 1560 : « Si, hors les cas d'exception

» qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari, ou tous les

» deux conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou ses

» héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution

» du mariage, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription

» pendant sa durée : la femme aura le même droit après la sépara-

» tion de biens. — Le mari lui-même pourra faire révoquer l'alié-

» nation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux

» dommages et intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas déclaré dans le

» contrat que le bien vendu était dotal ».

La sanction du principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux consiste donc dans la nullité de toute aliénation, qui ne rentre pas dans le cercle assez étroit des exceptions admises par la loi. Cette sanction était formulée en termes très énergiques dans le texte primitif de l'art. 1560, où on lisait : « l'aliénation sera radicalement nulle ». Mais cette rédaction fut modifiée sur une observation du tribunalat, dont voici les termes : « Ces mots l'aliénation sera radicalement nulle n'ont paru rien ajouter à une nullité légale : des difficultés pourraient naître sur leur interprétation. L'effet de la nullité est assez déterminé dans la rédaction proposée par la faculté de révoquer l'aliénation ». De là il suit que l'aliénation indûment faite d'un immeuble dotal n'est pas radicalement nulle, c'est-à-

dire inexistante, mais seulement annulable. Cpr. supra, n. 385-7°.

405. De ce principe nous tirerons quatre conséquences.

* Dans la théorie de l'indisponibilité réelle des biens dotaux, théorie que nous avons esquissée au n. 384, on considère l'aliénation du fonds dotal, faite en violation de l'art. 1554, comme inexistante. Le droit d'aliéner la dot n'est pas seulement paralysé dans son exercice, comme dans la théorie de l'incapacité, il est supprimé. La femme n'a dans son patrimoine relativement à sa dot inaliénable qu'un droit de propriété démembre. De là toute une série de conséquences en sens inverse de celles que nous allons développer la femme pourra procéder par l'action en revendication ; l'acquéreur peut, aussi bien que la femme, se prévaloir de l'inexistence de l'aliénation ; le contrat n'est susceptible ni de confirmation expresse, ni de confirmation tacite.

406. PREMIÈRE CONSÉQUENCE. Ce n'est pas par une action en revendication que la restitution de l'immeuble dotal indûment aliéné peut être exigée, mais bien par la voie de l'action en nullité. On se trouve en effet en présence d'une aliénation qui a une existence légale et qui doit provisoirement être respectée. Tant qu'elle n'a pas été annulée, cette aliénation fait obstacle à la revendication. Il en est ainsi du moins quand l'aliénation est opposable à la femme, c'est à-dire quand elle y a participé. Car nous verrons plus loin qu'il y a lieu à l'action en revendication quand la vente émane du mari seul (infra, n. 416 ;).

407. DEUXIÈME CONSÉQUENCE. L'action tendant à obtenir la révocation de l'aliénation indûment faite d'un immeuble dotal, n'appartient qu'à la femme ; elle ne peut pas être intentée par l'acquéreur ni par un tiers ayant intérêt. Cass., 13 avril 1893, D., 94. 1. 407, S., 95. 1. 218. Tel est en général le caractère des nullités relatives : elles ne peuvent être proposées que par certaines personnes, par celles en faveur desquelles la loi les a édictées (arg.

art. 1125). Or, la nullité dont il s'agit a été établie comme sanction du principe de l'inaliénabilité qui a pour but d'assurer la conservation de la dot de la femme, par conséquent dans l'intérêt exclusif de la femme. Donc elle seule peut s'en prévaloir.

De ce que l'acquéreur n'a pas le droit d'invoquer la nullité de la vente, ne concluez pas qu'il peut être forcé de l'exécuter immédiatement, en payant son prix. L'acquéreur a en effet juste sujet de redouter une éviction, ce qui lui permet de suspendre le paiement du prix. V. art. 165 t.

408. Seule propriétaire de l'action tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, la femme n'a pas toujours pour cela le droit d'exercer elle-même cette action. Pendant toute la durée du mariage, en effet, tout au moins tant que la séparation de biens n'a pas été prononcée, le mari seul a l'exercice des actions dotales (art. 1549). L'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal n'échappe pas à cette règle ; le mari a donc le droit de l'exercer, à l'exclusion de la femme, pendant le mariage.

C'est comme administrateur des biens dotaux, et par conséquent comme mandataire de la femme, *procuratorio nomine*, que le mari exerce l'action tendant à faire révoquer l'aliénation du fonds dotal. Et cela explique qu'il puisse intenter cette action, même quand il a concouru à la vente, sans qu'on puisse lui opposer la règle Qui doit garantir ne peut évincer ; car il évince en une qualité autre que celle en laquelle il doit la garantie : il doit la garantie de son propre chef, comme vendeur, et c'est du chef de la femme, comme mandataire de celle-ci, qu'il évince.

L'action tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal étant exercée par le mari à titre de mandataire de la femme, il en résulte que cette action ne pourrait pas être intentée après la mort du mari par ses héritiers, ni pendant sa vie par ses créanciers agissant de son chef en vertu de l'art. 1166. Cass., 13 avril 1893, *supra*. Les droits qui ont leur source dans un mandat sont en effet

intransmissibles aux héritiers du mandataire (art. 2003) et ne peuvent pas être exercés par ses créanciers, parce qu'ils ne font pas partie de son patrimoine.

409. Le mari, qui fait révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, est tenu dans tous les cas de restituer le prix, s'il l'a reçu. En outre, il peut être recherché comme garant toutes les fois qu'il a concouru à la vente, et tenu à ce titre de payer des dommages et intérêts à l'acquéreur évincé. A cette règle, la loi admet toutefois une exception, qu'elle formule en ces termes : « S'il [le mari] n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal » (art. 1560 in fine). Ces mots ont été substitués, sur la demande du tribunal, à la rédaction primitive, qui portait : « pourvu que celui-ci [l'acheteur] ait ignoré le vice de l'achat ». En opérant cette modification, on a voulu tarir toute difficulté sur le point de savoir si l'acheteur a connu ou non lors de la vente la dotalité de l'immeuble, et aussi peut-être détourner le mari de l'idée de vendre le fonds dotal.

410. Une fois le mariage dissous, le droit d'exercer l'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal passe à la femme ou à ses héritiers (art. 1560), expression qui comprend d'une manière générale tous les successeurs universels (Paris, 22 mars 1892, D., 92. 2. 496). Ce droit appartient également à la femme après la séparation de biens ; car elle reprend alors l'exercice de ses actions dotales ; et, comme elle le reprend à l'exclusion du mari, il faut en conclure que celui-ci ne peut plus désormais agir, bien que l'art. 1560 dise qu'il peut faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, et que le mariage dure encore après la séparation de biens.

En somme, le droit du mari prend fin au moment où celui de la femme commence.

La disposition, qui accorde à la femme le droit d'exercer l'action en révocation après la séparation de biens, a été insérée après coup dans l'art. 1560, sur la demande du tribunal cette addition aurait dû amener la modification des

mots pendant le mariage ; vraisemblablement, on n'y a pas songé.

411. De quelles prestations la femme est-elle tenue envers l'acquéreur évincé ?

En ce qui concerne la restitution du prix, la femme ne peut être obligée de l'effectuer qu'autant qu'il est prouvé que les deniers ont tourné à son profil. Arg. art. 1312. Cette preuve faite, l'acquéreur pourrait poursuivre son remboursement sur les paraphernaux de la femme, dans la mesure du profit réalisé par celle-ci.

En ce qui regarde les dommages et intérêts, il est clair d'abord que la femme n'en est pas tenue, si elle n'a pas concouru à la vente. Même dans le cas où elle y a concouru, il est certain qu'elle ne serait pas, comme le mari, tenue des dommages et intérêts, par cela seul qu'elle n'aurait pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal. Cela résulte par argument de la combinaison des alinéas 1 et 2 de l'art. 1560, qui montrent clairement que la loi entend faire ici à la femme une situation différente de celle du mari, en ce sens qu'elle n'est pas tenue, comme lui, des dommages et intérêts de l'acquéreur, à raison d'une simple réticence relativement à la dotalité de l'immeuble.

* Mais que décider, si la femme a contracté expressément envers l'acquéreur l'obligation de garantie ? On a vu plus haut (n. 385-2°) que la femme dotale n'est pas incapable de s'obliger, mais seulement d'obliger sa dot. En d'autres termes, les obligations régulièrement contractées par une femme dotale sont valables, mais elles ne sont pas exécutoires sur ses biens dotaux. Ces principes semblent devoir être appliqués ici : l'obligation de garantie expressément contractée par la femme serait donc exécutoire sur ses biens paraphernaux et sur les biens qui lui adviendront après la dissolution du mariage. La solution contraire aurait pour résultat d'étendre à tous les biens de la femme la protection que la loi accorde seulement à ses biens dotaux.

* 412. On demande si les créanciers de la femme pourraient, de son chef et en vertu de l'art. 1166, intenter l'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal. Il faut supposer qu'il s'agit de créanciers qui auraient le droit de saisir le bien dotal, s'il n'avait pas été aliéné [supra, n. 385 bis) ; car autrement ils n'auraient aucun intérêt à faire révoquer l'aliénation, puisque l'immeuble, une fois rentré dans le patrimoine de la femme, ne leur servirait pas de gage. Posée dans ces termes, la question semble devoir être résolue dans le sens de l'affirmative ; en effet il s'agit d'un droit pécuniaire faisant partie du patrimoine de la femme, et on ne voit pas trop comment il pourrait être soustrait à la règle générale écrite en l'art. 1166. Bordeaux, 26 nov. 1889, S., 91. 2. 233, D., 02. 2. 284. Les autres monuments de la jurisprudence sont en sens contraire Dernier arrêt Paris, 3 nov. 1909, D., 12. 2. 214, S., 11. 2. 22. Mais le tiers, auquel la femme aurait cédé son droit de révocation, par exemple celui auquel la femme aurait valablement vendu l'immeuble antérieurement aliéné par elle, pourrait, en son propre nom, exercer l'action en révocation. Cass., ch. civ., 6 juil. 1909, D., 11. 1. 81, et sur renvoi, Bourges, 31 oct. 1910, S., 11. 2. 119.

413. TROISIÈME CONSÉQUENCE, L'aliénation induc de l'immeuble dotal est susceptible d'être ratifiée ou confirmée par la femme, en faveur de qui la loi en autorise la révocation. Bourges, précité. Conformément au droit commun, la ratification ou confirmation peut être expresse ou tacite (art. 1338). Mais, comme elle équivaut à une aliénation, puisqu'elle prive la femme du droit de recouvrer son immeuble dotal, on doit en conclure qu'elle ne peut utilement survenir, au moins d'une manière définitive, qu'à une époque où la femme aurait le droit d'aliéner l'immeuble, c'est-à-dire après la dissolution du mariage. En ce sens Limoges, 31 déc. 1892, D., 94. 2. 122. Cpr. Lyon, 28 juin 1902, sous cass., D., 06. 1. 317.

La femme peut avoir intérêt à confirmer l'aliénation : 1° lorsque l'immeuble dotal aliéné a diminué de valeur depuis l'aliénation, par suite de circonstances indépendantes du fait de l'acquéreur, ou même par suite de ce fait si l'acquéreur est insolvable ; 2° quand l'immeuble dotal a été vendu moyennant un prix supérieur à sa véritable valeur. En dehors de ces deux cas, la femme peut considérer la confirmation comme un devoir de conscience.

La ratification ou confirmation, valablement faite après la dissolution du mariage, rend l'aliénation inattaquable. La femme devient par suite définitivement créancière du prix qui n'aurait pas été payé, ou peut en exiger la restitution de son mari, si celui-ci l'a louché. Cette restitution est garantie par l'hypothèque légale de l'art. 2121, qui est attachée à toutes les créances de la femme contre son mari. L'hypothèque légale prendrait rang, dans l'espèce proposée, à dater de l'aliénation (art. 2135).

* La confirmation survenue après la séparation de biens ne peut être que provisoire ; car les immeubles dotaux continuent à être inaliénables jusqu'à la dissolution du mariage. Il en résulte que, si un ordre est ouvert sur les biens du mari, la femme aura le droit de se faire colloquer provisoirement pour le prix de l'aliénation. Cette collocation deviendra définitive, si la femme persiste dans la confirmation après la dissolution du mariage.

414. QUATRIÈME CONSÉQUENCE. L'action, tendant à faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, est prescriptible par dix ans, conformément à l'art. 1304. Après l'expiration de ce délai, la femme est censée avoir renoncé à son droit de révocation : il y a de sa part confirmation tacite. Cpr. t. II, n. 403.

Quel est le point de départ du délai de dix ans ? Nous répondons sans hésiter : la dissolution du mariage, dans tous les cas, même quand la séparation de biens a été prononcée. L'art. 1560 est formel : « ... la femme ou ses

héritiers pourront faire révoquer l'aliénation après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription PENDANT SA DURÉE » ; or le mariage dure encore après la séparation de biens ; donc la prescription ne court pas. L'art. 1561 al. 2, qui dispose que les immeubles dotaux deviennent prescriptibles après la séparation de biens, n'infirme en rien cette solution ; car il s'occupe de la prescription acquisitive ou usucapion de l'immeuble dotal, et non de la prescription de l'action tendant à faire révoquer l'aliénation, hypothèse qui fait l'objet exclusif des prévisions de l'art. 1560. D'ailleurs, comme nous venons de le dire, la prescription de dix ans, organisée par l'art. 1304, a pour fondement une confirmation tacite ; or la confirmation (expresse ou tacite) d'une aliénation du fonds dotal entachée de nullité équivaut à une aliénation de ce même fonds ; donc elle ne peut utilement survenir qu'à l'époque où l'inaliénabilité de l'immeuble a cessé, c'est-à-dire après la dissolution du mariage.

« 415. L'opinion contraire, qui fait courir la prescription à dater de la séparation de biens, se fonde principalement sur l'art. 2255. Ce texte est ainsi conçu : « Néanmoins elle

» [la prescription] ne court point, pendant le mariage, à l'égard de l'aliénation d'un fonds

» constitué selon le régime dotal, conformément à l'article 1561 au titre du Contrat de

» mariage et des Droits respectifs des époux ». Si, dit-on, l'art. 2255 renvoyait à l'art. 1560, qui dispose qu'aucune prescription ne court contre la femme pendant le mariage, il ne ferait que le confirmer sur ce point. Mais il renvoie à l'art. 1561 ; or, ce dernier dit que les immeubles dotaux sont imprescriptibles pendant le mariage, mais qu'ils deviennent prescriptibles après la séparation de biens. Le renvoi à l'art. 1561 ne peut s'expliquer qu'en supposant au législateur la pensée de faire subir au principe, que la prescription de l'action en révocation ne court pas pendant

le mariage (art. 1560), une restriction résultant de l'art. 1561 al. 2, et consistant en ce que ladite prescription commencerait à courir après la séparation de biens.

Il est au moins douteux que, dans la pensée du législateur, le renvoi s'appliquât à l'art. 1561. Voici en quels termes l'art. 2255 (37 du titre de la Prescription) a été décrété, d'après Fenet, t. XV, p. 568 : « Néanmoins elle ne court point..... conformément à l'article 174, au titre du Contrat de mariage et des droits respectifs des époux ». Or, cet art. 174 est devenu l'art. 1560 et non l'art. 1561 (Fenet, t. XIII, p. 656). L'argument s'évanouirait ainsi complètement et se retournerait même contre nos adversaires. — M. Mongin, il est vrai, dans un excellent article publié par la Revue critique de 1886, prétend que cette rectification ne doit pas être admise. Il cite (p. 110) deux textes officiels (le Moniteur et le Bulletin des lois) dans lesquels le renvoi est fait à l'art. 175, non à l'art. 174, par conséquent à l'art. 1561 et non à l'art. 1560, et il conclut à une faute d'impression dans l'ouvrage de Fenet. — Mais pourquoi la faute d'impression n'aurait-elle pas été tout aussi bien commise dans les deux recueils cités par M. Mongin ? D'un autre côté, le renvoi à l'art. 1560 est bien plus rationnel que le renvoi à l'art. 1561. L'art. 2255 parle de l'aliénation d'un fonds constitué selon le régime dotal. Or, c'est sur celle hypothèse que statue l'art. 1560. L'art. 1561 est relatif à un ordre d'idées tout à fait différent : il statue non sur la prescription extinctive de l'action en nullité de l'aliénation du fonds dotal, mais sur la prescription acquisitive ou usucapion de l'immeuble dotal qu'une personne délient en vertu d'une usurpation ou en vertu d'une aliénation consentie à son profit par un tiers. La première de ces deux prescriptions ne peut jamais courir pendant le mariage, la deuxième peut courir après la séparation de biens ; l'une s'accomplit toujours par dix ans (art. 1304), l'autre, tantôt, par dix à vingt ans (art. 2265), tantôt par trente ans (art. 2262). Enfin l'art. 2255 contient,

comme l'art. 1560, les mots pendant le mariage, qui seraient inexacts s'il est vrai que la prescription commence à courir après la séparation de biens, et d'autre part l'argument tiré des termes de l'art. 1560, où le législateur s'occupait particulièrement de résoudre la question proposée, paraît bien autrement puissant que celui tiré des termes de l'art. 2255 où la question n'a pu se présenter que tout à fait incidemment et peut-être un peu confusément à l'esprit du législateur. Cpr. de Loynes sur Tessier, Traité de la société d'acquêts, p. 18, note 21.

*416. Dans les explications que nous avons fournies jusqu'ici sur l'art. 1560, nous avons toujours supposé le concours de la femme à l'aliénation du fonds dotal, entachée de nullité comme faite en violation du principe de l'art. 1554. C'est en effet ce qui arrivera presque toujours dans la pratique : l'aliénation sera consentie, soit par la femme autorisée de son mari ou de justice, soit par le mari et la femme conjointement, soit par le mari agissant comme mandataire de la femme.

Exceptionnellement, il peut arriver que le mari ait aliéné le fonds dotal sans le concours de la femme. Faudra-t-il appliquer encore la théorie que nous venons d'exposer, théorie que l'on peut résumer en deux mots : l'aliénation n'est pas inexistante par rapport à la femme, elle est seulement annulable à son profit et sur sa demande ? La question fait grave difficulté.

Il y a cependant un cas au sujet duquel on est à peu près d'accord : c'est celui où le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien. Ici le principe de l'inaliénabilité dotale paraît bien être hors de cause ; l'aliénation est nulle comme faite a non domino, et on applique les principes de la vente de la chose d'autrui (art. 1599). Grenoble, 10 mai 1892, D., 92. 2. 518. Il en résulte notamment : 1° que la femme peut réclamer la restitution de son immeuble indûment aliéné, par voie d'action en revendication, et non par voie d'action en nullité (supra, n. 406) ; 2° que l'acquéreur ne sera à

l'abri de l'action en revendication que lorsque la prescription acquisitive se sera accomplie à son profit ; or il faut pour cela, d'une part, qu'il soit entré en possession, et d'autre part, qu'il y soit resté pendant le temps fixé par la loi, qui est, suivant les circonstances, de trente ans (art. 2262) ou de dix à vingt ans (art. 2265) ; tandis que, pour la prescription extinctive de l'action en révocation, dix années suffisent, et la possession n'est pas nécessaire.

Mais supposons que le mari, qui a agi sans le concours de la femme, ait aliéné l'immeuble comme dotal. Appliquerons-nous l'art. 1599, assimilant cette hypothèse à celle que nous venons d'étudier en dernier lieu, ou bien faudra-t-il appliquer l'art. 1560, comme dans le cas où la femme a concouru à l'aliénation ?

Plusieurs auteurs tiennent pour ce dernier parti. Ils argumentent des termes de l'art. 1560, qui parle d'une aliénation faite soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux conjointement, et qui, appliquant à ces trois hypothèses une règle unique, dit qu'il y a lieu de faire révoquer l'aliénation. Or, si ces expressions signifient qu'il faut procéder par voie d'action en nullité quand la femme a concouru à l'aliénation, comment signifieraient-elles qu'il y a lieu de procéder par voie d'action en revendication lorsque l'aliénation émane du mari ? On s'explique d'ailleurs facilement que la loi ait pu ne pas considérer l'aliénation faite par le mari seul, au moins lorsqu'il n'a pas dissimulé la dotalité de l'immeuble, comme constituant une vente de la chose d'autrui. Autrefois le mari était dominus dotis, et, s'il ne l'est plus aujourd'hui, du moins a-t-il encore sur la dot des pouvoirs assez étendus pour qu'on puisse le considérer comme représentant la femme dans les aliénations qu'il fait sans le concours de celle-ci.

La solution contraire nous paraît préférable. Celle que nous venons d'exposer, sous prétexte de respecter l'art. 1560, viole à notre avis l'art. 1599. Nous pensons qu'il y a lieu d'appliquer à l'aliénation dont il s'agit les principes de

la vente de la chose d'autrui (art. 1599). — Mais alors ne va-t on pas pouvoir nous reprocher à notre tour de violer l'art. 1560, sous prétexte de respecter l'art. 1599 ? — Le reproche, à notre estime, ne serait pas fondé. Nous ne croyons pas toutefois pouvoir y échapper en disant, comme on le fait ordinairement, que les termes employés par l'art. 1560 peuvent faire allusion à l'action en revendication aussi bien qu'à l'action en nullité. Il est vrai que le mot révoquer désigne quelquefois, dans le langage de la loi, une cause de résolution qui opère de plein droit, et qui, lorsqu'elle se produit, fait naître par sa seule vertu une action en revendication au profit de l'aliénateur (voyez notamment l'art. 960). Mais la loi emploie ici à deux reprises l'expression FAIRE révoquer, qui suppose bien l'exercice d'une action tendant à obtenir la révocation, à la faire prononcer par le juge. Nous aimons mieux dire que l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons est restée en dehors des prévisions de l'art. 1560. Quoi qu'on fasse, on est obligé de reconnaître que le texte n'a pas prévu tous les cas : on convient en général, nous l'avons vu, qu'il ne s'applique pas à celui où le mari a vendu l'immeuble dotal comme sien ; faisons un pas de plus, et reconnaissons qu'il ne s'applique pas non plus au cas où le mari a aliéné, sans le concours de la femme, le fonds comme dotal. Nous voyons se dresser l'objection : cette interprétation ne réduit-elle pas à une lettre morte la partie de l'art. 1560 qui parle de l'aliénation faite par le mari seul ? Non ; car elle peut recevoir son application au cas où le mari aurait aliéné l'usufruit, qui lui appartient en sa qualité de mari sur un immeuble dotal inaliénable. Cet usufruit est immobilier ; c'est un immeuble dotal ; nous avons vu que le mari ne peut pas valablement le céder, bien que ce soit sa chose (supra, n. 382) ; s'il le cède, l'aliénation sera nulle, et, pour la faire tomber, il sera nécessaire d'intenter une action en révocation régie par l'art. 1500.

Appendice. La dot mobilière est-elle inaliénable ?

417. Nous avons réservé la plus grosse question qui s'agite en matière de dotalité, pour la traiter sous forme d'appendice, parce qu'elle sera plus facilement comprise après les explications qui précèdent. Il s'agit de savoir si le principe de l'inaliénabilité s'applique à la dot mobilière ; en d'autres termes, la dot mobilière est-elle inaliénable ?

Voyons d'abord l'intérêt de la question.

Quelle que soit la solution qu'on lui donne, il est incontestable que, si la dot consiste en une somme d'argent, le mari pourra en disposer en vertu de son droit de quasi-usufruit. Arg. art. 587. D'ailleurs, s'il en était autrement, la dot ne présenterait dans ce cas aucune utilité pour le mari, puisqu'on ne peut faire usage d'une somme d'argent sans l'aliéner, le placement lui-même nécessitant une aliénation. La même décision doit être admise, quand la dot consiste en choses consommables, ou même en choses non consommables qui ont été estimées par le contrat de mariage (art. 1551).

La question qui nous occupe n'offre pas non plus d'intérêt, lorsque l'acquéreur est en situation d'invoquer la maxime En fait de meubles la possession vaut titre. Ainsi le mari a vendu comme siens des tableaux que la femme s'est constitués en dot, et il les a livrés à l'acquéreur ; celui-ci a cru acheter des objets appartenant au mari, et par conséquent, il était de bonne foi. L'acquéreur, étant protégé par la maxime En fait de meubles la possession vaut titre, ne pourra pas être évincé. Les partisans eux-mêmes de l'inaliénabilité de la dot mobilière le reconnaissent.

* Et toutefois on concevrait que la solution contraire pût être admise par ceux qui pensent, d'une part, que la règle En fait de meubles la possession vaut titre se rattache à une idée de prescription, et, d'autre part, que la dot mobilière est imprescriptible. Mais la théorie de l'imprescriptibilité de la dot mobilière n'a guère de

partisans, même parmi ceux qui pensent que la dot mobilière est inaliénable.

Où donc est l'intérêt de la question ?

Il se présente principalement aux points de vue suivants :

1° Si la dot mobilière est aliénable, la femme peut céder l'action qu'elle a contre son mari pour en obtenir la restitution ; elle peut aussi se dépouiller, par voie de subrogation, de cession ou de renonciation, de l'hypothèque légale qui en garantit la restitution. En effet, on ne verrait pas pourquoi la femme, qui a, on le suppose, le droit d'aliéner directement sa dot mobilière, n'aurait pas celui de l'aliéner indirectement en cédant l'action qu'elle a pour en obtenir la restitution ou en se dépouillant des garanties que la loi lui accorde pour assurer cette restitution. Si au contraire la dot mobilière est inaliénable, la femme, incapable d'aliéner directement celle dot, sera incapable aussi de l'aliéner indirectement en cédant l'action qu'elle a pour en obtenir la restitution ou en se dépouillant de son hypothèque légale au profit d'un tiers. C'est là l'intérêt le plus considérable de la question, parce qu'il se présente dans tous les cas, même quand il s'agit d'une dot constituée en argent.

2° Si la dot mobilière est aliénable, les créanciers, envers lesquels la femme s'est obligée pendant le cours du mariage, pourront saisir les objets mobiliers composant la dot, dont la femme est demeurée propriétaire, et les faire vendre pour se payer sur le prix ; ils pourront aussi saisir arrêter entre les mains du mari la créance que sa femme a contre lui pour obtenir la restitution de sa dot mobilière et bénéficier de l'hypothèque légale qui y est attachée. Ce double droit ne leur appartiendra pas si la dot mobilière est inaliénable ; car alors la femme en s'obligeant n'a pas pu valablement obliger sa dot.

3° Enfin, la question qui nous occupe offre de l'intérêt au point de vue du sort des aliénations, consenties par la femme dûment autorisée, d'objets mobiliers dotaux

corporels ou incorporels dont elle est demeurée propriétaire. On devra valider ces aliénations, si l'on admet l'aliénabilité de la dot mobilière ; l'acquéreur pourra donc en exiger l'exécution. Il faudra les déclarer nulles, au contraire, si l'on décide que la dot mobilière est inaliénable.

418. L'intérêt de la question étant ainsi mis à jour, nous pouvons en aborder la discussion. Quand on examine les textes, on s'explique difficilement qu'il puisse y avoir controverse : ils paraissent en effet décisifs dans le sens de l'aliénabilité de la dot mobilière. C'est d'abord la rubrique de la section II, où on lit : « Des droits du mari sur les biens dotaux, et de l'inaliénabilité du fonds dotal ». Ainsi, quand la loi nous indique qu'elle va s'occuper des droits qui appartiennent au mari sur la dot, elle emploie les expressions biens dotaux, qui comprennent les meubles et les immeubles ; mais quand elle veut faire allusion à l'inaliénabilité, elle ne parle plus que du fonds dotal, expression qui est la traduction des mots latins fundus dotalis, dotale prædium, lesquels n'ont jamais désigné que les immeubles dotaux. Voici maintenant l'art. 1554, qui, formulant le principe de l'inaliénabilité dotale, s'exprime en termes non moins catégoriques : « Les IMMEUBLES constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués... » Ce texte est décisif contre l'inaliénabilité de la dot mobilière. Les biens sont aliénables en règle générale, ils ne peuvent être inaliénables que par exception ; or la loi n'excepte de la règle que les immeubles dotaux ; donc les meubles y demeurent compris, c'est-à-dire qu'ils sont aliénables. L'art. 1561 fortifie cet argument. On a vu que l'imprescriptibilité est un corollaire de l'inaliénabilité, de sorte que les biens dotaux qui sont inaliénables doivent par cela même être imprescriptibles. Les textes qui édictent l'imprescriptibilité de la dot peuvent donc servir à éclairer ceux qui édictent son inaliénabilité, et on est autorisé à dire qu'il n'y a d'inaliénable que ce qui

est imprescriptible ; or la loi ne déclare imprescriptibles que les immeubles dotaux (art. 1561) ; donc il n'y a que les immeubles dotaux qui soient inaliénables. Si l'on admet l'inaliénabilité de la dot mobilière, on doit logiquement admettre son imprescriptibilité. On recule cependant en général devant cette déduction ; c'est la preuve qu'on est parti d'un faux principe, puisqu'on en désavoue les conséquences. Enfin l'art. 1560, qui contient la sanction du principe de l'inaliénabilité, sanction consistant dans la nullité de l'aliénation faite en violation de ce principe, ne parle que du fonds dotal. C'est donc que le législateur ne considère comme inaliénables que les fonds dotaux ; autrement il aurait établi une sanction semblable relativement à l'aliénation des meubles dotaux. Concevrait on que le législateur, après avoir admis le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière, l'eût laissé dépourvu de sanction ?

419. Tels sont les textes. Malgré leur limpidité, une jurisprudence, que l'on peut dire constante, proclame l'inaliénabilité de la dot mobilière. Mais sa base, au point de vue juridique, paraît être d'une extrême fragilité. Un argument historique et quelques mauvais arguments de texte, voilà son seul soutien ! — Commençons par l'argument historique. Le législateur du code civil, dit-on, n'a pas créé le régime dotal ; il l'a trouvé organisé de toutes pièces dans nos anciens pays de droit écrit, et il n'a pas eu d'autre prétention que celle de le reproduire tel quel. Or, quelle qu'ait pu être sur ce point la solution consacrée par le droit romain, la jurisprudence constante des parlements de droit écrit admettait l'inaliénabilité de la dot mobilière ; elle était considérée avec raison comme formant le complément indispensable des garanties que le régime dotal a pour but de procurer à la femme. Si le législateur avait entendu innover sur ce point, il l'aurait dit en termes formels. Mais, peut-on répondre, en supposant que le législateur ait voulu, comme il en avait le droit,

rejeter l'application que les parlements des pays de droit écrit avaient faite du principe de l'inaliénabilité à la dot mobilière, en quels termes fallait-il donc qu'il s'exprimât ? Le sens des textes qui viennent d'être cités n'est-il pas suffisamment clair ? Il est vrai que le législateur se trouve avoir ainsi entouré la dot mobilière de moins de sollicitude que la dot immobilière, l'avoir sacrifiée, même, au dire de quelques-uns. — Soit. Mais comment le trouver surprenant ? Cela n'est-il pas conforme aux habitudes du législateur de 1804, fortement imbu d'une maxime déjà vieillie alors et aujourd'hui surannée, la maxime *Res mobilis, res vilis*, à l'influence de laquelle nous devons un grand nombre de dispositions de notre code civil, qu'on ne reproduirait certainement pas aujourd'hui si on procédait à sa refonte ? N'oublions pas d'ailleurs que le législateur de 1804 était ennemi du régime dotal : il le redoutait, précisément à cause de l'inaliénabilité qu'il engendre. Dans ces conditions, il devait naturellement s'en tenir au minimum des concessions ; l'inaliénabilité des immeubles dotaux lui a paru suffisante, et il l'a seule décrétée.

L'argument historique est donc loin d'être concluant. Il l'est d'autant moins que la jurisprudence des parlements de nos anciens pays de droit écrit était beaucoup moins constante qu'on n'a bien voulu le dire.

Quant aux arguments de texte, leur faiblesse est extrême. Ils sont principalement tirés de l'art. 1541, des art. 1555 et 1556, de l'art. 83 6° du code de procédure civile et de l'art. 9 de la loi du 23 mars 1855. On les a vingt fois réfutés victorieusement ; aussi ne les passerons-nous pas en revue.

420. Au surplus, il ne suffit pas, pour l'aire connaître exactement l'état de la jurisprudence sur cette question, de dire qu'elle déclare la dot mobilière inaliénable. Il est difficile en effet de caractériser d'un mot le système de la jurisprudence, si tant est qu'on puisse donner ce nom à un ensemble de solutions qui ne paraissent pas toujours se rattacher à un même principe. On va en juger par l'examen

attentif des propositions suivantes, dans lesquelles paraissent se condenser les décisions des tribunaux sur cette importante. matière.

1° La femme, même autorisée de son mari ⁵³ ou de justice (Besançon, 30 juin 1891, D., 92. 2. 342), ne peut pas valablement aliéner sa dot mobilière pendant le mariage, sauf les exceptions résultant des art. 1555 à 1559.

2° Durant la même période, il n'est pas permis à la femme de céder la créance qui lui appartient contre son mari pour la restitution de sa dot mobilière, ni de renoncer à celle créance ou d'en recevoir le paiement. Cass., 4 juil. 1881, S., 82. 1. 212, D., 82. 1. 194, et 13 avril 1893, D., 94. 1. 407, S., 95. 1. 218.

3° Ni de se dépouiller, soit par voie de renonciation directe ou indirecte (Cass., 6 déc. 1882, S., 84. 1. 27, D., 83. 1. 219), soit par voie de cession, soit par voie de subrogation, de l'hypothèque légale qui garantit la restitution de sa dot mobilière. Cass., 3 déc. 1883, S., 84. 1. 232, D., 84. 1. 334, 13 avril 1893, supra, et Paris, 8 mars 1905, D., 06. 2. 241.

4° Les dommages et intérêts accordés à la femme contre l'auteur de la perte de sa dot, notamment contre un notaire qui a fait périr la dot par un mauvais placement, sont subrogés à la dot elle-même et inaliénables comme elle. Cass., 5 janv. 1891, D., 91. 1. 486, S., 91. 1. 102, et Aix, 6 janv. 1890, D., 91. 1. 486.

5° La dot mobilière ne peut pas être saisie, même après la dissolution du mariage. pour l'exécution des obligations contractées par la femme pendant le cours du mariage. Besançon, 30 juin 1891, D., 92. 2. 342. Cpr. Cass., 1^{er} août 1900, D., 01. 1. 145, S., 01. 1. 5.

6° Le mari peut aliéner la dot mobilière. — Voilà une solution qui paraît difficile à concilier avec le principe de l'inaliénabilité. Finalement, d'après la jurisprudence, la dot mobilière n'est inaliénable que par rapport à la femme. Une

fois engagée dans la fausse roule de l'inaliénabilité de la dot mobilière, la jurisprudence en est arrivée là par la force des choses. Il y a parmi les biens dotaux des valeurs mobilières qui périclitent : ainsi le débiteur d'une créance dotale marche vers l'insolvabilité, ou des actions mobilières dotales baissent rapidement ; il faut vendre à tout prix, sous peine de tout perdre si l'on attend. Le mari vendra ; il faut bien qu'il le puisse, puisque la femme ne le peut pas ; autrement le principe de l'inaliénabilité, qui a été édicté pour sauvegarder la dot de la femme, en entraînerait la perte ! Mais comment le mari peut-il avoir le droit de vendre, puisque la dot mobilière est inaliénable ? Il puise ce droit, dit-on, dans sa qualité d'administrateur de la dot. L'art. 1549 permet au mari de recevoir le remboursement des capitaux dotaux. S'il peut recevoir le paiement des créances, il peut les céder : qu'importe en effet qu'il se dépouille d'une créance en en recevant le paiement ou en la cédant ? Et maintenant, s'il peut aliéner les créances dotales, ce qui entraîne pour lui la faculté d'aliéner aussi les renies sur l'État, les actions et toutes les valeurs industrielles, c'est-à-dire tout ce qu'il y a de plus précieux parmi les biens mobiliers qui composent la dot, pourquoi ne pourrait-il pas aliéner aussi les objets mobiliers corporels ? Donc le mari peut aliéner la dot mobilière en totalité. Toulouse, 20 déc. 1906, D., 07. 2. 217 et les arrêts cités en note. — Nous avons prouvé au n. 376 que le mari n'a pas le droit d'aliéner les créances dotales, ni par suite les autres biens mobiliers dotaux. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration. Bornons-nous à remarquer ici que le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière, tel que l'entend la jurisprudence, protège beaucoup moins énergiquement la femme que le système du code civil, d'après lequel la dot mobilière est aliénable, mais ne peut être aliénée sans le concours de la femme qui en est propriétaire (supra, n. 365) : ce qui permet à la femme, quand elle est douée d'une certaine force de résistance, de

conserver sa dot en refusant à son mari le consentement qu'il sollicite pour l'aliéner, et laisse d'ailleurs toute facilité pour arriver rapidement à l'aliénation quand elle est commandée par les circonstances. En effet, quel est le but que se proposent les femmes qui stipulent le régime dotal ? N'est-ce pas principalement de mettre leur dot à l'abri des dissipations du mari ? C'est surtout contre le mari, et non pas contre elles-mêmes, contre leur propre faiblesse, qu'elles entendent se prémunir. Or le système de la jurisprudence protège la femme contre elle-même, puisqu'il ne lui permet pas d'aliéner sa dot ; mais il ne la protège pas contre son mari, puisqu'il reconnaît à celui-ci le droit de disposer de la dot mobilière sans le concours de la femme. On peut donc accuser à juste titre la jurisprudence, non seulement d'avoir fait la loi en cette matière, mais encore de l'avoir mal faite. C'est ce qui arrive fatalement quand le juge se fait législateur, parce qu'il n'a pas la liberté d'allures et l'indépendance nécessaires pour faire une bonne loi.

Souvent le contrat de mariage porte que les valeurs mobilières dotales ne seront aliénables que moyennant emploi. Cette clause est-elle opposable aux tiers, et notamment à l'agent de change chargé de la vente des titres dotaux ? En principe, il faut répondre non. Le mari ayant, d'après la jurisprudence, le droit d'aliéner la dot mobilière, la clause d'emploi ou de remploi peut en effet être interprétée comme imposant simplement au mari une obligation envers sa femme. Mais les époux peuvent stipuler que la clause sera opposable aux tiers, et ceux-ci seront responsables du défaut d'emploi ou de l'insuffisance de l'emploi dans la mesure déterminée par les conventions matrimoniales. Cass., 6 nov. 1905, D., 08. 1. 537, 23 oct. 1906, S., 09. 1. 358, 27 mars 1907, S., 09. 1. 33, 24 mai 1909, D., 09. 1. 264, S., 12. 1. 100, 16 rév. 1910, S., 10. 1. 557, et 26 fév. 1912, D., 12. 1. 359.

7° L'inaliénabilité et l'insaisissabilité de la dot mobilière persistent après la séparation de biens. — A dater de cet événement, la dot mobilière ne peut être aliénée, ni par la femme, à cause du principe de l'inaliénabilité (Cass., 4 juil. 1881, S., 82. 1. 212, D., 82. 1. 194, et Paris, 8 mars 1905, D., 06. 2. 241), ni par le mari, parce qu'il a perdu sa qualité d'administrateur de la dot. Après la séparation de biens, la dot mobilière devient donc absolument inaliénable, sauf dans les cas exceptionnels où la loi autorise l'aliénation de la dot immobilière ; de sorte qu'il ne sera pas possible de prévenir une perte imminente en aliénant des valeurs dotales qui périclitent : pour conserver la dot, il faudra la laisser périr ! Voilà certes une conséquence qui n'est pas de nature à recommander le système de la jurisprudence.

D'ailleurs, après la séparation de biens comme auparavant, les revenus des biens dotaux demeurent inaliénables et insaisissables pour la portion nécessaire aux besoins du ménage. Paris, 11 juin 1896, S., 96. 2. 261, et 8 mars 1905, D., 06. 2. 241. La femme peut disposer librement de l'excédent. Les acquisitions qu'elle aurait faites avec cet excédent tombent dans son patrimoine libre et forment, comme l'excédent lui-même, le gage de ses créanciers. Cass., 8 juil. 1891, S., 93. 1. 313, D., 91. 1. 425. Mais, après la dissolution du mariage, le principe de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité de la dot produit ses effets ordinaires : les revenus dotaux ne peuvent être saisis à raison des dettes contractées pendant le mariage par le mari ou par la femme, si ce n'est pour cause d'aliments. Paris, 27 nov. 1901, S., 06. 2. 189.

420 bis. Théorie de la dot incluse ou renfermée. — Cette théorie, que la jurisprudence a tout entière construite en dehors des textes, et qu'il paraît impossible de justifier juridiquement, constitue le couronnement du système organisé par elle pour protéger la dot mobilière. En voici l'idée générale.

La dot inaliénable peut subir des transformations au cours du mariage et sa valeur peut, par suite, se trouver incorporée dans des biens meubles ou immeubles dont la femme acquiert la propriété. En dehors des cas de subrogation réelle admis par la loi (supra, n. 308), les biens acquis par la femme en représentation de sa dot ne sont pas eux-mêmes dotaux ; ils constituent des biens paraphernaux. Mais, d'après la jurisprudence, la valeur dotale qui y est incluse est inaliénable et insaisissable, et la femme doit la retrouver intacte, malgré les transformations que la dot a subies, et quel que soit le sort du bien paraphernal qui la renferme. De nombreuses décisions jurisprudentielles, dont les premières sont assez anciennes, ont fait l'application de cette théorie dans les hypothèses suivantes :

1° La femme (ou le mari agissant pour le compte de sa femme, supra, n. 368) acquiert un immeuble avec des deniers dotaux dont l'emploi n'a pas été stipulé dans le contrat de mariage. Cet immeuble n'est pas dotal (art. 1553). Mais il renferme une valeur dotale inaliénable et insaisissable. Cass., 12 avril 1870, S., 70. 1. 185.

2° La même solution est appliquée au cas où la femme reçoit un immeuble en paiement de sa dot mobilière (art. 1553, al 2). Cass. (motifs), 26 nov. 1895, S., 96. 1. 73, D., 96. 1. 313 et la note, et 22 février 1905, D., 05. 1. 241.

3° Il en est de même de l'immeuble qui, après la séparation de biens, a été cédé par le mari à la femme en paiement de ses reprises ⁵⁴ et de celui dont la femme s'est portée adjudicataire après la séparation de biens, et a compensé le prix avec sa créance de reprises. Grenoble, 1^{er} juin 1897, D., 98. 2. 430, et Cass., 14 juin 1904, D., 05. 1. 185, S., 05. 1. 489.

La protection accordée à la femme dans ces diverses hypothèses peut se résumer dans les deux propositions

suivantes, qui nous indiquent les conséquences de la dotalité renfermée.

a. — L'immeuble renfermant la valeur dotale peut être aliéné par la femme, soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit, comme un paraphernal ordinaire ; ainsi la femme peut le comprendre valablement dans un partage d'ascendants ; elle peut également le grever d'hypothèques. Mais, soit dans le cas d'aliénation, soit dans le cas de constitution d'hypothèque, la femme a le droit de prélever sur le prix de l'immeuble la valeur dotale inaliénable qui y est incorporée, par préférence à tous créanciers, même à ceux qui, de son chef, ont acquis sur cet immeuble une hypothèque ou un privilège. Si donc l'immeuble a fait l'objet d'une donation entre vifs, il reste grevé à son profit d'un droit de créance inaliénable pour la reprise de ses deniers dotaux, et le donataire ne devient par suite propriétaire que sous la condition de payer, le cas échéant, entre les mains de la femme, une somme égale au montant des deniers dotaux incorporés dans l'immeuble. V. notam. Cass., 29 déc. 1875, S., 77. 1. 58, D., 76. 1. 444, et Grenoble, 1^{er} juin 1897, D., 98. 2. 430.

b. — L'immeuble, devant être traité comme un paraphernal, peut être saisi par les créanciers de la femme. Telle est du moins la solution qui, après certaines hésitations, a fini par l'emporter. Cpr. cep. Cass., 1^{er} août 1900, S., 01. 1. 5, D., 01. 1. 145 et les notes. Seulement, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble saisi, la femme a le droit de se faire colloquer, par préférence à tous créanciers quelconques, pour le montant de la valeur dotale enfermée dans l'immeuble. La jurisprudence a d'ailleurs varié, en ce qui concerne les moyens à employer pour sauvegarder les droits de la femme en conflit avec ses créanciers. Certains arrêts ont imposé au créancier saisissant l'obligation de consigner préalablement les fonds nécessaires pour garantir le remboursement de la dot.

D'autres ont exigé du créancier qu'il s'engageât, avec ou sans caution, à faire porter le prix d'adjudication à une somme suffisante pour permettre à la femme de se payer intégralement du montant de la dot ou de la partie de la dot dont l'immeuble est le gage et la représentation. V. notam. Montpellier, 20 mai 1902, sous Cass., D., 05. 1. 241. Cela aboutissait à rendre à peu près illusoire en fait le droit de saisie reconnu aux créanciers. Aussi la plupart des arrêts se bornent-ils à constater purement et simplement le droit pour la femme de prélever sa dot sur le prix d'adjudication, sans prescrire aucune mesure particulière eu sa faveur, ou même ils refusent formellement de restreindre le droit de saisie du créancier. C'est en ce dernier sens que se prononce la jurisprudence la plus récente. Cass., 27 fév. 1883, S., 84. 1. 185, D., 84. 1. 29 ; Aix, 6 janv. 1890, S., 90. 2. 89, D., 91. 2. 486, Grenoble, 20 fév. 1894, S., 95. 2. 289, Paris, 7 mai 1895, D., 96. 2. 204, Nîmes, 16 janv. 1899, S., 01. 2. 103, Cass., 14 juin 1904, D., 05. 1. 185, S., 05. 1. 489, et 22 fév. 1905, D., 05. 1. 241. V. aussi les références données en note sous ces arrêts.

La jurisprudence a également évolué sur la question de savoir sous quelles conditions la femme peut se prévaloir à l'encontre des tiers des conséquences de la dotalité renfermée. D'après certains arrêts, qui font bon marché de l'intérêt des tiers et le sacrifient complètement à celui de la femme, cette dernière peut reprendre sa dot sur le prix du bien paraphernal qui la renferme, alors même que rien n'a pu révéler aux tiers que cet immeuble recélait dans ses flancs une valeur dotale inaliénable et insaisissable. V. notam. Toulouse, 27 juin 1892, S., 93. 2. 188. Mais cette jurisprudence a été formellement condamnée par la cour de cassation. Pour que la dotalité des deniers incorporés à un immeuble paraphernal puisse être opposée aux tiers, il faut, dit la cour suprême, que l'origine des deniers et la condition de l'immeuble leur soient révélées soit par le titre d'acquisition de cet immeuble, soit tout au moins par les

documents qui l'accompagnent et par le contrat de mariage. C'est pour cette raison que, revenant sur sa jurisprudence antérieure, la cour de cassation a refusé d'étendre la théorie de la dot renfermée au cas où la femme, créancière de la dot, a recueilli un immeuble dans la succession du débiteur de celle-ci, à titre d'héritière ab intestat ou en vertu d'un legs. Dans une pareille hypothèse, en effet, rien, dans le titre d'acquisition de l'immeuble, n'indique aux tiers et notamment aux créanciers hypothécaires et aux acquéreurs que l'immeuble contient une valeur dotale. Quelque dotaliste qu'elle soit, la cour de cassation n'a pas voulu sauver la dot aux dépens des tiers qui ont été mis dans l'impossibilité de découvrir le vice de leur titre. En ce sens, Cass., 3 juin 1891, S., 93. 1. 4, D., 92. 1. 13, 26 nov. 1895 (deux arrêts), S., 96. 1. 73, D., 96. 1. 313, Pau, 2 juin 1896, S., 96. 2. 216. Cpr. Cass., 14 juin 1904, D., 05. 1. 185, S., 05. 1. 481.

En définitive la cour de cassation, dans sa dernière jurisprudence, ne permet à la femme d'invoquer ses droits à l'encontre des tiers que lorsque ceux-ci ont eu la possibilité de connaître, par un moyen quelconque, l'origine des deniers ayant servi à l'acquisition de l'immeuble. Cpr. Grenoble, 21 déc. 1908, D., 09. 2. 313, S., 10. 2. 129. Mais, quand, en fait, aucune négligence ne peut leur être imputée, quand ils ont pris tous les renseignements qu'ils pouvaient se procurer et qu'il leur a été néanmoins impossible de connaître la condition de l'immeuble, il serait injuste de leur faire subir les conséquences de la dotalité renfermée. Ce système conduirait à décider que la théorie de la dotalité renfermée ne doit pas, ordinairement du moins, être étendue aux meubles paraphernaux acquis avec des deniers dotaux ; car généralement il sera impossible aux tiers de se renseigner sur les conditions dans lesquelles ils ont été acquis. V. cep. Cass., 1^{er} août 1900, S., 01. 1. 5, D., 01. 1. 145. Cpr. Rouen,

12 août 1904, D., 07. 2. 169. Ce dernier arrêt paraît marquer une réaction contre le système général de la jurisprudence. Bien que statuant en vue de meubles acquis avec des deniers dotaux, il semble condamner, en termes absolus, la théorie de la dot renfermée. — D'autre part, le système jurisprudentiel ne saurait être appliqué à l'immeuble du mari, sur lequel la femme exerce l'hypothèque garantissant la restitution de ses reprises dotales, V. sur ce point Cass., 3 fév. 1909, D., 11. 1. 286, S., 10. 1. 505.

SECTION III

DE LA RESTITUTION DE LA DOT

421. Les événements qui peuvent donner lieu à la restitution de la dot sont :

1° La dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. C'est la cause normale de la restitution de la dot, et on s'explique ainsi que ce soit la seule dont le législateur s'occupe ;

2° Le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens ;

3° L'absence déclarée de l'un des conjoints (art. 123).

La restitution de la dot doit être faite par le mari ou par ses héritiers. Elle est due, suivant les cas, soit à la femme, soit à ses héritiers ; exceptionnellement, elle peut être due au constituant en vertu d'une stipulation spéciale.

I. Comment doit se faire la restitution de la dot.

422. En principe, la femme demeure propriétaire des biens qui composent sa dot ; elle peut donc en exiger la restitution en nature (supra, n. 365). Dans les cas exceptionnels où le mari devient propriétaire de la dot, la

femme n'est plus que créancière d'une valeur ; elle a le droit alors d'exiger, lors de l'événement qui donne lieu à la restitution de sa dot, non plus les biens mêmes qu'elle a apportés à son mari, mais leur équivalent, c'est-à-dire, suivant les cas, soit une somme d'argent représentative de la valeur desdits biens, soit des biens de même nature, qualité et quantité. Voyez art. 587, et supra, n. 365 et s. La femme est encore obligée de se contenter d'une somme d'argent, si le mari a fait périr par sa faute les biens dotaux dont il devait la restitution en nature. Cette somme comprendra la valeur qu'aurait eue le bien à l'époque où la restitution aurait dû en être faite, outre les dommages et intérêts s'il y a lieu.

423. Les biens dont le mari ne doit la restitution qu'en valeur, parce qu'il en est devenu propriétaire, demeurent à ses risques. Au contraire, la femme supporte les risques des biens dont la restitution lui est due en nature parce qu'elle en a conservé la propriété.

Nous trouvons deux applications de ce dernier principe : l'une dans l'art. 1567, l'autre dans l'art. 1566 al. 1.

424. PREMIÈRE APPLICATION. Aux termes de l'art. 1567 : « Si la dot

» comprend des obligations ou constitutions de rente qui ont péri,

» ou souffert des retranchements qu'on ne puisse imputer à la

» négligence du mari, il n'en sera point tenu, et il en sera quitte

» en restituant les contrats ».

Les créances ou les rentes périssent assez difficilement. La loi fait probablement allusion au cas où le débiteur de la créance ou de la rente constituée en dot devient insolvable. Cet événement ne fait pas à proprement parler périr la créance ou la rente : car le droit, le *nomen juris*, existe toujours malgré l'insolvabilité du débiteur ; mais ce n'est plus qu'une valeur nominale. En fait, le résultat est le

même que si la créance était périée ; car un droit qui existe, mais qui ne peut rien produire, ne vaut pas beaucoup mieux qu'un droit qui a cessé d'exister. Cela posé, qui supportera les conséquences de l'insolvabilité du débiteur, soit que cette insolvabilité ait fait périr (hoc sensu) la créance ou la rente en totalité, soit qu'elle ait eu seulement pour résultat de lui faire subir un retranchement, c'est-à-dire de la faire périr en partie ? Ce sera la femme, d'après notre principe ; elle est en effet demeurée propriétaire de la créance ou de la rente, et par suite les risques sont pour son compte. Le mari sera quitte en restituant les contrats, comme dit l'art. 1567 en un langage qui semble être celui d'un vieux procureur, ou mieux les titres de la créance. La loi exige cette restitution, pour que la femme puisse, le cas échéant, exercer des poursuites contre le débiteur revenu à meilleure fortune, et peut-être aussi pour prévenir une fraude du mari, qui, ayant reçu le paiement de la créance et ayant à la suite de ce paiement remis les titres au débiteur, profiterait de ce que celui-ci est devenu plus tard insolvable, pour soutenir qu'il n'a pas reçu le paiement et qu'il est libéré de toute restitution à l'égard de la femme.

Le mari devra, conformément au droit commun (art. 1302), établir l'existence du cas fortuit qu'il allègue et en vertu duquel il se prétend libéré, c'est-à dire dans l'espèce l'insolvabilité du débiteur, sauf à la femme à prouver que le cas fortuit a été précédé d'une faute du mari, engageant sa responsabilité : ce qui arriverait, s'il avait négligé de poursuivre le débiteur de la créance en temps utile.

Nous avons supposé, dans tout ce qui précède, que la femme était demeurée propriétaire de la créance ou de la rente constituée en dot. En effet, si la propriété en avait été transférée au mari, soit par une cession contenue dans le contrat de mariage, soit par une estimation valant vente, les risques seraient à son compte.

425. DEUXIÈME APPLICATION, « Si les meubles dont la propriété reste

» à la femme ont déperî par l'usage et sans la faute du mari, il ne

» sera tenu de rendre que ceux qui resteront et dans l'état où ils se

» trouveront » (art. 1566 al. 1). — Cpr. art. 589.

426. A cette règle la loi admet toutefois une exception qui est contenue dans l'alinéa 2 de l'art. 1566 : « Et néanmoins la femme

» pourra, dans tous les cas, retirer les linges et hardes à son usage

» actuel, sauf à précompter leur valeur, lorsque ces linges et hardes

» auront été primitivement constitués avec estimation ».

Les mois dans tous les cas font antithèse aux mots dont la propriété reste à la femme, qui se trouvent dans la première partie de l'article, et signifient que la faveur accordée à la femme en ce qui concerne ses linges et hardes lui appartient soit lorsqu'elle en est demeurée propriétaire, aucune estimation n'en ayant été faite, soit lorsque, les linges et hardes ayant été estimés (sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente), la propriété en a été transmise au mari. Il faut examiner successivement les deux hypothèses.

427. a. — Les linges et hardes ont été constitués sans estimation. La femme en est donc demeurée propriétaire. L'application du principe posé par l'art. 1566 al. 1 aurait conduit à décider que la femme, lors de l'événement qui donne lien à la restitution de sa dot, n'a que le droit de reprendre les linges et hardes par elle apportés, et dans l'état où ils se trouvent alors, c'est-à-dire le plus souvent usés et sans valeur. Quant aux linges et hardes achetés pendant le mariage par le mari, en exécution de l'obligation qui lui incombe d'entretenir sa femme, celle-ci aurait dû, par application du même principe, les laisser au mari, qui en est devenu propriétaire, comme de toutes les choses qu'il achète pendant le cours du mariage. Tout cela eût été

bien rigoureux. Aussi la loi, par un motif d'humanité, décide-t-elle que la femme aura le droit de reprendre tous les linges et hardes à son usage actuel, sans même avoir à payer la valeur de ceux achetés pendant le mariage.

428. b. — Les linges et hardes apportés par la femme ont été constitués avec estimation (et sans déclaration que l'estimation ne vaut pas vente). Cette estimation rend le mari propriétaire (arg. art. 1551) ; et, comme il devient propriétaire aussi des linges et hardes qu'il achète à sa femme pendant le mariage, il en résulte que le mari, lorsqu'il y a lieu à la restitution de la dot, devrait avoir le droit de garder tous les linges et hardes à l'usage actuel de la femme, sous la seule obligation de lui payer le prix d'estimation de ceux qu'elle s'est constitués en dot. Mais ici encore l'application du droit commun eût été d'une dureté touchant à l'inhumanité. Aussi la loi permet-elle à la femme, dans ce cas comme dans le précédent, de retenir tous les linges et hardes à son usage actuel. Et toutefois, comme le mari est devenu débiteur envers la femme du prix d'estimation des linges et hardes constitués en dot, et qu'il y aurait évidemment double emploi si la femme pouvait, d'une part se faire payer ce prix d'estimation, et d'autre part retenir les linges et hardes à son usage actuel, la loi décide que la femme devra imputer la valeur des linges et hardes qu'elle retire sur le prix d'estimation qui lui est dû.

Cela posé, trois hypothèses peuvent se présenter :

1° La valeur des linges et hardes à l'usage actuel de la femme, qu'elle relire par application de notre article, est égale au prix d'estimation des linges et hardes constitués en dot. — Il y a balance.

2° La valeur des linges et hardes que la femme retire est inférieure au prix d'estimation de ceux qu'elle s'est constitués. — Le mari paiera la différence.

3° Les linges et hardes à l'usage actuel de la femme ont une valeur supérieure au prix d'estimation de ceux

constitués en dot. La femme, qui retire ces linges et hardes par application de notre article, devra-t-elle payer l'excédent de valeur ? Non. En effet, la femme est dispensée de payer cet excédent, lorsque les linges et hardes par elle apportés ont été constitués sans estimation ; comment pourrait-elle en être tenue, lorsqu'il y a eu estimation ?

429. Comme toutes les dispositions qui dérogent au droit commun, l'art. 1566 al. 2 doit être interprété restrictivement. Donc le privilège, qu'il accorde à la femme en ce qui concerne les linges et hardes, ne devrait pas être étendu à ses héritiers, au cas où le mariage se serait dissous par la mort de la femme : le privilège est personnel, comme les motifs qui l'ont fait établir. Mais d'ailleurs il appartient à la femme, quel que soit l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot : car la loi ne distingue pas.

II. De la preuve de l'apport de la dot.

430. On ne peut être tenu de restituer que ce que l'on a reçu. L'obligation pour le mari de restituer la dot ne peut donc prendre naissance que par la réception de la dot. Conformément à la règle *Actori incumbit probatio*, la preuve du fait de cette réception est à la charge de la femme qui réclame la restitution de sa dot. Comment fera-t-elle cette preuve ? Il y a lieu de distinguer à cet égard si la dot a été promise par un tiers ou par la femme elle-même.

431. a. — La dot a été promise par un tiers. Le constituant pouvant dans ce cas valablement se libérer entre les mains du mari sans le concours de la femme, celle-ci se trouve dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de la réception de la dot par le mari ; elle pourra donc, quelle que soit l'importance de la dot, prouver le fait de la réception même par témoins (arg. art. 1348), et par conséquent aussi par présomptions (arg. art. 1333).

Cass., 2 mars 1886, S., 89. 1. 319, D., 87. 1. 75. Cpr. infra, n. 433.

Il y a même un cas dans lequel la loi dispense la femme de toute espèce de preuve ; il est prévu par l'art. 1569, ainsi conçu : « Si le

» mariage a duré dix ans depuis l'échéance des termes pris pour le

» paiement de la dot, la femme ou ses héritiers pourront la répéter

» contre le mari après la dissolution du mariage, sans être tenus de

» prouver qu'il l'a reçue, à moins qu'il ne justifiât de diligences

» inutilement par lui faites pour s'en procurer le paiement ». Après dix ans écoulés depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot, la loi présume que le mari a reçu la dot ou qu'il n'a manqué de la recevoir que par sa faute. Sur le fondement de cette présomption, qui leur tient lieu de preuve, la femme ou ses héritiers peuvent réclamer la restitution de la dot.

Le mari peut faire tomber la présomption dont nous venons de parler, en justifiant qu'il a fait des diligences inutiles pour obtenir le paiement de la dot. La loi dit : des diligences, et non des poursuites. Cette expression, qui a été employée à dessein parce que son sens est assez peu défini, laisse le champ très large au juge chargé de décider en cas de contestation si le mari, qui n'a pas reçu le paiement de la dot au bout de dix ans, est ou non en faute : la situation du mari est en effet ordinairement très délicate à l'égard du constituant, qui est le plus souvent un proche parent de la femme, toujours un bienfaiteur. Qui donc oserait, dans la plupart des cas, blâmer le mari de n'avoir pas eu recours à des poursuites judiciaires et de s'en être tenu aux moyens amiables ?

Ecrite en vue du régime dotal, la présomption de l'art. 1569 ne peut pas être invoquée par une femme mariée sons

un autre régime, notamment sous celui de la communauté. Alger, 3 mars 1904, D., 06. 2. 285, et Cass., 26 fév. 1908, S., 08. 1. 272. Cette même présomption, étant établie seulement en faveur de la femme et de ses héritiers, ne pourrait pas être invoquée par le constituant, qui, poursuivi après l'expiration des dix ans, prétendrait avoir payé la dot : il devrait établir sa libération conformément aux règles du droit commun. Les présomptions légales sont de droit étroit et comportent par suite l'interprétation restrictive.

On trouve souvent dans les contrats de mariage une clause aux termes de laquelle le seul fait de la célébration du mariage vaudra quittance de la dot. Cette clause ne peut fournir qu'une simple présomption de paiement, susceptible d'être combattue par la preuve contraire. Cass., 7 mai 1884, S., 85. 1. 28, D., 85. 1. 285 : Nancy, 7 nov. 1896, D., 97. 2. 46, et Limoges, 6 juil. 1901, D., 03. 2. 261.

432. b. — La dot a été constituée par la femme elle-même, Ici le droit commun reprendrait son empire, parce qu'il n'y a plus de motifs pour y déroger. Au dessus de 150 fr., la femme, qui réclame la restitution de sa dot, devra donc prouver par écrit qu'elle l'a versée à son mari ; il lui était facile de retirer une quittance de celui-ci au moment où elle s'est libérée. A moins cependant qu'il ne soit justifié que le mari, soit par dol, soit par violence, soit par abus de la puissance maritale, a mis la femme dans l'impossibilité de rapporter une quittance, auxquels cas la preuve testimoniale et les présomptions devraient être admises. Arg. art. 1348 et 1353. La preuve testimoniale et les présomptions seraient également admissibles en matière n'excédant pas 150 fr. (arg. art. 1341), et même au-dessus de ce chiffre s'il y avait commencement de preuve par écrit (arg. art. 1347).

Après dix années écoulées depuis l'échéance des termes pris pour le paiement de la dot qu'elle a promise à son mari, la femme pourrait-elle invoquer la présomption écrite

en l'art. 1569, pour se dispenser de prouver qu'elle a payé la dot dont elle réclame la restitution ? Nous ne le pensons pas. Il est vrai que l'art. 1569 est conçu dans les termes les plus généraux ; il ne distingue pas si la dot a été constituée par un tiers ou par la femme, et par conséquent, il peut paraître applicable même dans cette dernière hypothèse. La jurisprudence se prononce en ce sens. V. notam. Alger, 3 mars 1904, D., 06. 2. 285 et Caen, 23 oct. 1907, S., 09. 2. 286. Mais si la lettre de la loi paraît favorable à la plus large application de sa disposition, son esprit y résiste manifestement. Les motifs qui ont porté le législateur à édicter l'art. 1569 manquent à peu près complètement lorsque la constitution de dot émane de la femme. En effet, d'une part, la femme, lorsqu'elle s'est dotée elle-même, n'éprouve pas, pour se procurer la preuve du paiement de la dot, le même embarras que lorsqu'elle a été dotée par un tiers : le droit commun doit donc lui être appliqué en ce qui concerne la preuve, le besoin d'une exception ne se faisant pas sentir. Et d'autre part, comprendrait-on que la femme vînt se faire une arme contre son mari de ce qu'il n'a pas exercé contre elle des poursuites ou même fait des diligences pour la forcer à payer la dot ?

433. Nous voilà fixés sur la preuve de l'apport de la dot ; maintenant, comment la femme en prouvera-t-elle la consistance ? La question ne se présente que lorsque la dot comprend des effets mobiliers. Régulièrement, la femme fera cette preuve à l'aide d'un inventaire, qui doit dans tous les cas être dressé par les soins du mari : l'art. 600 lui en impose l'obligation pour le mobilier apporté par la femme lors du mariage, et l'art. 1414, pour celui qui lui échoit pendant le mariage. A défaut d'inventaire, la femme pourrait dans tous les cas prouver la consistance du mobilier dont elle réclame la restitution, tant par titres que par témoins et même par la commune renommée (arg. art. 1504). Cpr. Cass., 28 oct. 1908, D., 09. 1. 169.

III. Du délai accordé au mari pour la restitution de la dot.

434. ART. 1564. Si la dot consiste, en immeubles, — Ou en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix, avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme, — Le mari ou ses héritiers peuvent être contraints de la restituer sans délai, après la dissolution du mariage.

ART. 1565. Si elle consiste en une somme d'argent, — Ou en meubles mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en rend pas le mari propriétaire, — La restitution n'en peut être exigée qu'un an après la dissolution.

Ces deux textes permettent, d'établir la règle suivante : Toutes les fois que la restitution de la dot est due en nature, auquel cas le mari est débiteur d'un corps certain, le mari doit restituer immédiatement ; au contraire, si la restitution de la dot est due en argent, le mari jouit du délai d'un an pour se libérer. Dans le premier cas, le mari doit la restitution immédiate, parce qu'on suppose qu'il a sous la main les objets à restituer ; on lui accorde, dans le second, un délai d'un an, parce qu'on présume qu'il a fait emploi des fonds et qu'il a besoin d'un certain temps pour se procurer la somme à restituer. Le même motif existant quand le mari est débiteur d'une quantité, par exemple cent hectolitres de froment, on doit admettre qu'il jouit, dans ce cas aussi, du délai d'un an pour la restitution.

Le législateur aurait beaucoup mieux fait de formuler la règle ci-dessus indiquée, que d'entreprendre dans nos articles une énumération des cas auxquels celle règle s'applique ; d'autant plus que l'énumération, comme il était facile de le prévoir, est incomplète. C'est ainsi que l'art. 1565 ne parle pas du cas où la dot consiste en immeubles estimés par le contrat avec déclaration que l'estimation vaut vente (art. 1552), et cependant il est certain que, dans

ce cas, le mari, étant débiteur d'une somme d'argent, jouirait du délai d'un an pour la restitution.

435. C'est au moment où la restitution doit être faite qu'il faut se placer, pour décider si le mari est débiteur d'un corps certain et doit restituer immédiatement, ou s'il est débiteur d'une somme d'argent ou d'une quantité et jouit à ce titre du délai d'un an. Ainsi la femme s'est constitué une dot en argent, mais avec clause d'emploi. Si le mariage vient à se dissoudre avant que l'emploi ait été effectué, le mari, qui, on le suppose, a reçu la dot, sera débiteur d'une somme d'argent, et jouira du délai d'un an pour la restitution ; mais, si l'emploi a été régulièrement effectué, le mari, se trouvant débiteur d'un corps certain lors de la dissolution du mariage, en devra la restitution immédiate.

En sens inverse, si la femme s'est constitué en dot une créance et que le mariage vienne à se dissoudre avant que cette créance ait été remboursée, le mari, étant débiteur d'un corps certain, devra restituer immédiatement ; mais, si la créance a été remboursée, le mari, se trouvant débiteur d'une somme d'argent, jouira du délai d'un an pour la restitution.

Cette règle souffrirait toutefois exception au cas où la femme serait obligée d'accepter la restitution de sa dot en argent, parce que le mari aurait rendu impossible par sa faute la restitution en nature, par exemple s'il avait détruit une maison dotale. La femme aurait droit en ce cas à la restitution immédiate de la somme représentant la valeur de la maison, de même qu'elle aurait droit à la restitution immédiate de la maison elle-même, si le mari ne l'avait pas fait périr.

436. La disposition de l'art. 1565, qui accorde au mari ou à ses héritiers un délai d'un an pour la restitution de la dot, lorsque cette restitution doit s'effectuer en argent, déroge aux règles du droit commun, d'après lesquelles un débiteur, dont la dette est échue, doit payer immédiatement, lorsque la convention ne lui accorde aucun terme. Cette disposition

est donc de stricte interprétation. De là nous tirerons deux conséquences : 1° L'art. 1565 demeure sans application sous tout régime autre que le régime dotal : 2° Ecrit en vue du cas où l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot est la dissolution du mariage, qui ne peut avoir lieu que par la mort ou par le divorce, notre texte ne saurait être étendu en dehors de ces deux hypothèses. Le mari pourra donc être tenu à la restitution immédiate de la dot au cas de séparation de biens ou même de corps sur ce dernier point la doctrine est en sens contraire). D'ailleurs le mari ne peut pas dire qu'il est pris au dépourvu ; car il a été averti par la demande en séparation de l'imminence de la restitution de la dot, et il a dû prendre ses mesures en conséquence. Enfin, au cas particulier de séparation de biens, le remède serait souvent illusoire, si le mari jouissait du délai d'un an pour la restitution de la dot. Adde arg. art. 1444.

IV. De la restitution des fruits et intérêts de la dot.

437. L'événement qui donne lieu à la restitution de la dot met fin au droit de jouissance du mari. Les fruits et intérêts des biens dotaux courent alors de plein droit au profit de la femme ou de ses héritiers (art. 1570 al. 1).

Sous le régime de la communauté, le mari acquérant les fruits naturels et industriels des propres de la femme par la perception, il arrivera souvent, lors de la dissolution de l'association conjugale, que la quantité de fruits acquise par le mari ne sera pas exactement proportionnelle à la durée du temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage : ce qui n'est pas très juste, car une jouissance affectée au soutien de certaines charges doit rationnellement être proportionnelle à la durée de ces charges. La même injustice ne peut pas se produire sous le régime dotal. En effet, aux termes de l'art. 1571 : « A la dissolution du mariage, les fruits des immeu-

» bles dotaux se partagent entre le mari et la femme ou leurs héri-

» tiers, à proportion du temps qu'il a duré, pendant la dernière

» année. — L'année commence à partir du jour où le mariage a été

» célébré ». La loi étend donc aux fruits naturels et industriels des immeubles dotaux la règle qui, sous la communauté, ne régit que les fruits civils, c'est-à-dire la règle de l'acquisition jour par jour. Le mari aura droit par suite à autant de récoltes entières que le mariage a duré d'années complètes, et en outre à une fraction de la récolte correspondant à la dernière année (celle dans laquelle le mariage a pris fin et qui a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage), fraction qui sera exactement proportionnelle à la durée du mariage pendant cette dernière année. Ainsi un mariage célébré le 1^{er} juillet 1900 s'est dissous le 1^{er} août 1910, et a duré ainsi dix ans et un mois. Si, pendant cet intervalle, le mari a perçu dix récoltes produites par un immeuble dotal, il gardera ces dix récoltes ; quant à la récolte afférente à l'année dans laquelle le mariage s'est dissous, année qui a commencé le 1^{er} juillet 1910, le mari, qui n'a pas perçu cette récolte, a cependant le droit d'en réclamer un douzième, parce qu'il a supporté les charges du mariage pendant un douzième de cette année. En sens inverse, si le mari, dans l'intervalle écoulé du 1^{er} juillet 1900 au 1^{er} août 1910, avait perçu onze récoltes, la récolte de 1900 ayant été tardive et celle de 1910 précoce, il devrait restituer les onze douzièmes de la dernière.

En d'autres termes, on fait masse de tous les fruits perçus ou à percevoir pendant la dernière année, celle de la dissolution du mariage (elle a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage), et on attribue au mari une fraction de cette masse,

proportionnelle à la durée du mariage pendant la dernière année. Le surplus revient à la femme ou à ses héritiers.

438. C'est le produit net des immeubles dotaux pendant la dernière année, c'est-à-dire le produit déduction faite des frais de labours, semences, etc., qui doit être partagé entre le mari et la femme ou leurs héritiers, suivant les règles qui viennent d'être établies. En effet c'est ce produit net qui est destiné à subvenir aux dépenses de la vie pendant l'année à laquelle il correspond.

439. En s'inspirant du motif qui a dicté la disposition de l'art. 1571 : proportionner exactement la part de fruits des biens dotaux, allouée au mari, à la durée du temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage, on se trouve conduit aux solutions suivantes :

1° Il y a lieu d'appliquer aux produits des biens dotaux, qui ne se perçoivent pas tous les ans, mais à des époques périodiques de plusieurs années, comme la coupe d'un bois taillis, le produit de la pêche d'un étang.... une règle analogue à celle qu'édicté l'art. 1571, en ce qui concerne les fruits annuels. Le mari acquerra donc ces fruits proportionnellement au temps pendant lequel il a supporté les charges du mariage. Ainsi, s'il s'agit d'un bois taillis dotal qui s'exploite tous les dix ans, et que le mari ait supporté les charges du mariage pendant quinze ans, il aura droit à une coupe entière et à la moitié de l'autre coupe faite ou à faire ;

2° S'il s'agit de fruits civils qui se perçoivent irrégulièrement, comme le prix de location d'un café-concert, fixé, on le suppose, à un chiffre beaucoup plus élevé pour la saison d'été que pour celle d'hiver, il faudra faire masse de tous les fruits perçus ou à percevoir pendant la dernière année, qui a pour point de départ le dernier anniversaire de la célébration du mariage, et attribuer au mari une partie de ces fruits, proportionnelle à la durée de sa jouissance pendant cette dernière année ;

3° La règle de l'art. 1571 doit être appliquée aux fruits des meubles dotaux, bien que la loi ne parle que des fruits des immeubles. C'est incontestable en ce qui concerne les fruits civils : le droit commun les attribue au mari proportionnellement à la durée de sa jouissance (arg. art. 586). Mais la même règle doit être suivie, par application extensive de l'art. 1571, en ce qui concerne les fruits naturels ou industriels des meubles dotaux, par exemple le croît des animaux. La loi a pu croire inutile de s'expliquer sur ce point, parce que les meubles ne produisent que rarement des fruits naturels ou industriels ;

4° Enfin la règle établie par l'art. 1571 s'applique, quel que soit l'événement qui donne lieu à la restitution de la dot. Ordinairement, c'est la dissolution du mariage, et c'est pourquoi la loi n'a mentionné que cette hypothèse.

V. Des droits de viduité de In femme dotale.

440. Aux termes de l'art. 1570 : « Si le mariage est dissous par

- » la mort de la femme, l'intérêt et les fruits de la dot à restituer

- » courent de plein droit au profit de ses héritiers depuis le jour de

- » la dissolution. — Si c'est par la mort du mari, la femme a le

- » choix d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil, ou de

- » se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de

- » la succession du mari ; mais, dans les deux cas, l'habitation

- » durant cette année, et les habits de deuil, doivent lui être fournis

- » sur la succession, et sans imputation sur les intérêts à elle dus ».

Ce texte, dont l'alinéa 1 a été expliqué tout à l'heure, accorde à la femme dotale, qui survit à son mari, trois droits connus sous le nom de droits de viduité (de vidua, veuve).

1° La femme veuve peut se faire fournir des aliments aux frais de la succession de son mari pendant l'an du deuil, en sacrifiant durant ladite année les intérêts de sa dot, et aussi, quoique l'article ne le dise pas, les fruits naturels et civils de ses biens dotaux. Ainsi la loi accorde à la veuve dotale l'option entre les fruits et revenus de sa dot pendant l'an du deuil et ses aliments pendant ledit temps. Ce droit d'option n'appartient à la femme qu'autant qu'elle a une dot.

2° Quel que soit le sens dans lequel elle exerce son option, la femme a droit à l'habitation gratuite pendant l'an du deuil.

Cette habitation doit lui être fournie dans le local même qu'habitait le mari, et si, par le fait des héritiers, elle est dans l'impossibilité d'habiter ce local, elle a le droit de se faire payer par la succession de son mari la somme nécessaire pour se procurer une autre habitation. Cass., 8 janv. 1890, D., 91. 1. 225, S.. 92. 1. 380.

3° Quel que soit également le résultat de son option, la femme a le droit de se faire payer son deuil par la succession de son mari. Elle peut exiger que la valeur de ce deuil lui soit fournie en argent.

Si l'on compare, au point de vue des droits de viduité, la situation de la femme commune et celle de la femme dotale, on voit :

a. — Que la veuve dotale a droit aux aliments pendant un an aux frais de la succession de son mari, tandis que la veuve commune en biens n'y a droit que pendant trois mois et quarante jours. Mais, en revanche, la femme dotale paie en réalité les aliments que lui fournit la succession de son mari, puisqu'elle ne peut les obtenir qu'en sacrifiant les

revenus de sa dot pendant l'an du deuil, tandis que la femme commune les obtient gratuitement :

b. — Au point de vue de l'habitation, la veuve dotale est évidemment mieux traitée que la veuve commune en biens, puisque la première a droit à l'habitation gratuite pendant un an, tandis que la seconde n'y a droit que pendant trois mois et quarante jours ;

c. — En ce qui concerne le deuil, la situation est la même.

VI. Dispositions spéciales.

441. Des garanties accordées à la femme pour la restitution de sa dot. — La restitution de la dot est garantie par une hypothèque légale portant sur tous les immeubles du mari (art. 2121 et 2122). Cette hypothèque, qui existe indépendamment de toute inscription, prend rang au plus tôt à dater du jour du mariage (art. 2135-2°) ; elle ne permet donc pas à la femme de primer les créanciers de son mari, qui ont une hypothèque régulièrement inscrite avant le mariage. Sur ce point le législateur moderne s'est écarté des traditions du droit romain, qui accordait à la femme pour la répétition de sa dot une hypothèque privilégiée, en vertu de laquelle elle primait tous les créanciers hypothécaires de son mari, même ceux antérieurs au mariage (loi Assiduis, 12 C., Qui potiores in pignore). C'était une exagération, l'art. 1572 en a fait justice : « La

» femme et ses héritiers n'ont point de privilège pour la répétition

» de la dot sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque ».

442. Du rapport de la dot. — D'après le droit commun, le donataire, qui vient à la succession du donateur, doit le rapport de son don, à moins que ce don ne lui ait été fait expressément par préciput et hors part (art. 843). Le rapport est dû, alors même que la chose donnée aurait péri,

si la perte est imputable au donataire ou à ses ayant-cause, sauf à effectuer dans ce cas le rapport en moins prenant (arg. art. 855).

L'application de ces principes aurait conduit à décider que la fille dotée par son père doit rapporter le montant de sa dot à la succession de celui-ci, alors même que la dot aurait été dissipée ou détruite par le mari et que son insolvabilité ne permettrait pas d'en obtenir la restitution.

Cette application des principes a paru d'une rigueur excessive, pour le cas où le mari était insolvable lors du mariage et n'avait à cette époque ni art ni profession. Il y a eu alors imprudence de la part du père, faute lourde, même, à confier la dot au mari, et il ne serait pas juste que les conséquences de cette faute retombassent sur la fille dotée. Aussi la loi décide-t-elle que la fille ne rapportera à la succession de son père que l'action qu'elle a contre la succession de son mari (la loi le suppose décédé lui aussi) pour se faire rembourser sa dot : ce qui revient à dire que la femme ne rapportera rien, si le mari est mort complètement insolvable ; car c'est ne rien rapporter que de rapporter une action contre la succession d'un insolvable. La perte de la dot sera donc supportée par la succession du père, qui est vraiment l'auteur de cette perte, en ce sens qu'elle est la conséquence de sa faute. Il n'y a plus aucune faute à reprocher au constituant, si le mari auquel il a confié la dot était solvable lors du mariage, ou s'il avait alors un métier ou une profession lui tenant lieu de bien ; aussi la loi décide-t-elle que la perte de la dot, provenant de l'insolvabilité du mari, retombera dans ce cas sur la femme.

Tout cela résulte de l'art. 1573, ainsi conçu : « Si le mari était déjà insolvable et

» n'avait ni art ni profession lorsque le père a constitué une dot à sa fille, celle-ci ne

» sera tenue de rapporter à la succession du père que l'action qu'elle a contre celle de

» son mari, pour s'en faire rembourser. — Mais si le mari n'est devenu insolvable que

» depuis le mariage, — Ou s'il avait un métier ou une profession qui lui tenait lieu de

» bien, — La perte de la dot tombe uniquement sur la femme ».

Le texte que nous venons de transcrire déroge au droit commun ; à ce titre il doit recevoir l'interprétation restrictive. Or, la place même qu'occupe notre article démontre qu'il n'a été écrit qu'en vue de la femme mariée sous le régime dotal : donc la fille mariée sous un autre régime n'en peut pas invoquer le bénéfice. C'est tout au plus si le principe que nous venons de rappeler permet d'étendre à la dot constituée par la mère ou par un aïeul la règle que l'article formule en ce qui concerne la dot constituée par le père ; il ne permettrait certainement pas de l'étendre à la dot constituée par toute autre personne.

SECTION IV

DES BIENS PARAPHERNAUX

443. Nous avons déjà analysé (supra, n. 346) la disposition de l'art. 1574 ainsi conçu : « Tous les biens de la femme qui n'ont pas » été constitués en dot sont paraphernaux ». Les droits de la femme dotale sur ses paraphernaux sont les mêmes que ceux de la femme séparée contractuellement sur ses biens en général.

Tous les biens de la femme peuvent être paraphernaux. Il n'y a plus alors qu'un régime dotal décapité, puisque la dotalité, qui en est le trait le plus saillant, se trouve supprimée. C'est le régime dotal sans dot. La situation des époux ressemble beaucoup alors à celle qu'ils auraient s'ils étaient séparés de biens. En effet, d'une part, aux termes de l'art. 1575 : « Si tous les biens de la femme

» sont paraphernaux, et s'il n'y a pas de convention dans le contrat

» pour lui faire supporter une portion des charges du mariage, la

» femme y contribue jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus ». L'art. 1537 contient une disposition semblable pour la femme séparée de biens. Et d'autre part, la femme aura en pareil cas l'administration et la jouissance de tous ses biens ; car, aux termes de l'art. 1576 : « La femme a l'administration et la jouissance de

» ses biens paraphernaux ; — Mais elle ne peut les aliéner ni paraître

» en jugement à raison desdits biens, sans l'autorisation du » mari, ou à son refus, sans la permission de la justice ». Cpr. art. 1536 et 1538. Montpellier, 21 juil. 1911, S., 12. 2. 303.

Nous connaissons par avance les dispositions des art. 1577 à 1580 ainsi conçus :

ART. 1577. Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. Cpr. Montpellier, 23 oct. 1911, S., 12. 2. 291.

ART. 1578. Si le mari a joui des biens paraphernaux de sa femme sans mandat, et néanmoins sans opposition de sa part, il n'est tenu, à la dissolution du mariage ou à la première demande de la femme, qu'à la représentation des fruits existants, et il n'est point comptable de ceux qui ont été consommés jusqu'alors.

ART. 1579. Si le mari a joui des biens paraphernaux malgré l'opposition constatée de la femme, il est comptable envers elle de tous les fruits tant existants que consommés.

ART. 1580. Le mari qui jouit des biens paraphernaux est tenu de toutes les obligations de l'usufruitier.

Cpr. supra, n. 339.

Les biens paraphernaux sont aliénables, à la différence des biens dotaux. Il en résulte, nous l'avons déjà dit, que l'exécution des engagements, valablement contractés par la femme pendant le mariage, peut être poursuivie sur ses biens paraphernaux.

Disposition particulière. — De la société d'acquêts.

444. Il était d'usage dans certains pays de droit écrit, et notamment dans le ressort du parlement de Bordeaux, de mitiger le régime dotal, en lui adjoignant une société d'acquêts. Cette combinaison remédie à l'un des inconvénients du régime dotal pur, qui, en attribuant au mari la totalité des économies réalisées pendant la durée de l'association conjugale, semble inviter la femme à se désintéresser de la gestion économique des revenus affectés aux charges du mariage. En effet, la société d'acquêts permet à la femme d'avoir sa part de ces économies. Le principe de la liberté des conventions matrimoniales suffisait certainement pour autoriser une semblable stipulation sous notre droit actuel. Le législateur a cru cependant devoir s'en expliquer catégoriquement. Aux termes de l'art. 1581 : « En se soumettant au régime dotal, les

» époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les

» effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles

» 1498 et 1499 ».

La stipulation d'une société d'acquêts n'apporte aucune modification aux principes constitutifs du régime dotal. C'est ainsi que les biens de la femme continuent à se diviser en dotaux et en paraphernaux. Les règles contenues dans les art. 1541 et s. président à la composition de la dot, et les droits du mari sur les biens dotaux sont régis par les art. 1549 à 1553. De même le principe de l'inaliénabilité de

la dot subsiste avec toutes ses conséquences. Il en résulte notamment que la femme ne peut pas, pendant la durée du mariage, obliger sa dot inaliénable, ni renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot. Enfin la restitution de la dot reste soumise aux règles écrites dans les art. 1564 et s.

Les effets de la société d'acquêts sont réglés comme il est dit aux art. 1498 et 1499. Ce sont les termes mêmes de l'art. 1581 in fine. L'actif de la société d'acquêts comprend donc : 1° les produits du travail et de l'industrie commune des époux et ceux du travail du mari. Quant aux produits de l'industrie de la femme, ils constituent pour elle des biens réservés ; 2° les économies réalisées sur les revenus de leurs biens quels qu'ils soient, même des paraphernaux ; 3° les biens acquis à titre onéreux par les époux ou par l'un d'eux pendant la durée de l'association conjugale, sauf les cas de subrogation, de remploi et d'emploi. Cass., 1^{er} déc. 1886, S., 88. I. 145, D., 87. 1. 81. Cpr. supra, n. 254, et Cass., 25 janv. 1904, S., 04. 1. 305.

L'administration de la société d'acquêts appartient au mari, avec les pouvoirs à lui conférés par l'art. 1421.

La société d'acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale.

La femme jouit du droit d'option conféré par l'art. 1453.

Les effets soit de son acceptation, soit de sa renonciation sont les mêmes que sous le régime de la communauté légale.

* Et toutefois ce dernier principe comporte certaines restrictions.

* D'une part, au cas de renonciation, la femme peut exercer son hypothèque légale pour ses reprises dotales, sur les immeubles de la société d'acquêts, de même que sur ceux de son mari, même au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée, et aussi au préjudice des tiers acquéreurs et des créanciers

hypothécaires du mari, eût-elle concouru aux aliénations ou aux constitutions d'hypothèques. La raison en est que la femme n'a pu, par aucun acte accompli pendant la durée du mariage, porter atteinte à l'efficacité de son hypothèque légale pour ses reprises dotales. Il en serait autrement d'une femme mariée sous le régime de la communauté (t. II, n. 1550).

* D'autre part, l'acceptation de la femme, faite pendant le cours du mariage, ce qui peut arriver au cas de séparation de corps ou de biens, ne peut pas compromettre les droits résultant pour elle de son hypothèque légale sur les conquêts de la communauté, en tant que cette hypothèque garantit la restitution de sa dot inaliénable. La femme pourra donc, malgré son acceptation, et à la différence de ce qui aurait lieu si elle était mariée sous le régime de la communauté (t. II, n. 1550), exercer son hypothèque légale pour ses reprises dotales sur les conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, eût-elle concouru personnellement à l'aliénation ou à la constitution d'hypothèque. En effet elle n'a pu renoncer soit expressément, soit tacitement, pendant le mariage, à son hypothèque légale pour ses reprises dotales.

* Il en serait autrement de l'acceptation faite par la femme après la dissolution du mariage. A ce moment, la dot a cessé d'être inaliénable, et par conséquent la femme peut renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot ; c'est ce qu'elle fait suivant l'opinion générale, relativement aux conquêts aliénés ou hypothéqués par le mari, en acceptant la communauté ; elle ratifie ainsi l'aliénation ou la constitution d'hypothèque et se rend non recevable à inquiéter les acquéreurs ou les créanciers hypothécaires, ou mieux, elle prend définitivement la qualité d'associée et subit les conséquences des actes accomplis par le chef de la société, qu'elle reconnait pour son mandataire.

* L'acceptation de la femme, survenue après la dissolution du mariage, la rend-elle non recevable à se prévaloir de son hypothèque légale pour ses reprises dotales, au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée durant le mariage ? Nous ne le pensons pas. D'abord, si l'obligation contractée par la femme n'est pas tombée à la charge de la société d'acquêts, comme il arrivera la plupart du temps si elle s'est obligée avec l'autorisation de la justice (art. 1426 et 1427), nous ne voyons pas comment l'acceptation de la société d'acquêts pourrait modifier la situation de la femme à l'encontre de son créancier, puisqu'il n'est pas créancier de la société d'acquêts. La question est plus délicate, s'il s'agit d'une obligation tombée dans la société d'acquêts du chef de la femme. On peut soutenir qu'en acceptant la société d'acquêts, la femme contracte une nouvelle obligation personnelle envers son créancier, et que cette obligation, étant postérieure à la dissolution du mariage, entraîne de la part de la femme renonciation à son hypothèque légale au profit de ce créancier. Mais d'abord l'acceptation de la femme n'entraîne en tout cas une obligation personnelle de sa part que pour la moitié de la dette. Ensuite, même dans cette mesure, la femme ne s'oblige que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483). Or les reprises dotales de la femme ne font pas partie de son émolument (*supra*, n. 242). Nous concluons que l'acceptation de la société d'acquêts ne prive pas la femme du droit de faire valoir son hypothèque légale pour ses reprises dotales, au préjudice des créanciers envers lesquels elle s'est personnellement obligée durant le mariage. Cpr. Pau, 26 mai 1908, S., 09. 2. 206. La solution contraire triomphe en doctrine.

444 bis. Sur un certain nombre de points, l'alliance du régime dotal et du régime de la communauté, fruit de la stipulation de la société d'acquêts, ne va pas sans difficulté, à raison du conflit qui s'élève entre les règles opposées des

deux régimes. Dans ce conflit, nous estimons, d'une manière générale, qu'il y a lieu de faire prévaloir les règles du régime dotal, soit parce que la société d'acquêts n'est qu'accessoire au régime dotal, soit parce que, la stipulation de la société d'acquêts étant faite dans l'intérêt de la femme, il ne faut pas retourner celle stipulation contre elle, en l'interprétant dans le sens d'une renonciation aux avantages du régime dotal. D'après cette vue nous déciderons :

1° Que les droits de viduité de la femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, sont régis par l'art. 1570 et non par l'art. 1465.

2° Que l'administration et la jouissance des biens paraphernaux appartiennent, sauf convention contraire, à la femme et non au mari. — D'ailleurs la femme doit verser entre les mains de son mari les économies par elle réalisées sur les revenus de ses paraphernaux, car ces économies appartiennent à la société d'acquêts dont le mari est le chef. L'art. 1581 le dit implicitement. En effet il renvoie aux art. 1498 et 1499 ; or il est dit dans l'art. 1498 que la communauté d'acquêts comprend les économies réalisées sur les revenus des biens des deux époux. En ce sens Bordeaux, 17 juil. 1895, D., 97. 2. 137, S., 97. 1. 165 sous cass. On peut cependant valablement convenir que les économies dont il vient d'être parlé appartiendront en propre à la femme, auquel cas les acquisitions faites avec ces économies lui seront également propres. Cass., 17 nov. 1890, D., 91. 1. 477, S., 91. 1. 275

3° Qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 1571 pour le partage des fruits des biens dotaux de la dernière année du mariage. Quant aux fruits des biens du mari et à ceux des paraphernaux, il y aura lieu d'appliquer le droit commun, et par conséquent les fruits pendants lors de la dissolution du régime appartiendront à l'époux propriétaire. C'est impossible, dit-on. On ne peut pas avoir ainsi deux poids et deux mesures. La même règle doit être appliquée à tous les

biens des époux pour l'acquisition des fruits de la dernière année, c'est-à-dire la règle du droit commun, celle de l'acquisition par la perception, puisqu'on ne peut pas songer à étendre l'art. 1571, à cause de son caractère exceptionnel. — L'objection ne nous paraît pas sans réplique. Le droit commun, qu'on est forcé d'appliquer ici aux biens du mari et aux paraphernaux, conduira presque toujours à une injustice dont profitera soit l'époux propriétaire, soit la société d'acquêts (supra, n. 437). Quel besoin y a-t-il d'étendre cette injustice aux biens dotaux ? Nous y consentirions encore si la seconde injustice devait corriger la première. Mais elle peut l'aggraver, et alors il y a double raison pour l'écarter.

* 444 ter. La femme qui se marie sous le régime dotal avec société d'acquêts, peut-elle valablement stipuler que la part qui lui sera attribuée dans le partage des acquêts sera dotale ? Une semblable stipulation nous paraît licite. Elle ne porte aucune atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef, car le mari conserve tant que dure l'association conjugale le droit d'aliéner les conquêts ; la dotalité n'atteindra que les biens mis par le partage au lot de la femme, et naturellement le partage ne comprendra que les conquêts qui n'auront pas été aliénés par le mari. V. cep. Cass., 29 juin 1847, S., 47. 1. 606, D., 47. 1. 295. D'un autre côté, il ne faut pas objecter que l'on frappe ainsi de dotalité des biens acquis par la femme après la dissolution du mariage. L'objection n'a pas de sens au cas où l'association conjugale se dissout par la séparation de corps ou de biens, et elle ne porte pas si la dissolution a lieu par la mort de l'un des époux ou par le divorce, car, en vertu de l'effet rétroactif attaché au partage, la femme sera considérée comme ayant été propriétaire des biens mis dans son lot, à dater du jour de leur acquisition, donc à une époque antérieure à la dissolution du mariage. Cpr. supra, n. 225.

L'utilité de la stipulation qui nous occupe apparaît manifestement au cas où la société d'acquêts se dissout par la séparation de corps ou de biens. En rendant dotaux les biens échus à la femme par le partage, elle les rendra, d'une part, inaliénables pendant toute la durée du mariage, et d'autre part les soustraira, même après la dissolution du mariage, aux poursuites des créanciers envers lesquels la femme se sera obligée durant le mariage. Ce dernier effet pourra seul se produire au cas où la société d'acquêts viendrait à se dissoudre par la mort de l'un des époux ou par le divorce. Et encore la femme ne pourrait-elle pas s'en prévaloir en tant qu'elle serait poursuivie comme commune en biens et dans la mesure de son émolument ; car son obligation, de ce chef, résultant de son acceptation, c'est à-dire d'un fait postérieur à la dissolution du mariage, serait exécutoire sur ses biens dotaux.

La stipulation que tous les biens à venir de la femme seront dotaux nous paraît suffisante pour frapper de dotalité la part de la femme dans les acquêts.

Sur les diverses questions qui s'agissent en cette matière, voyez de Loynes sur Tessier, Traité de la société d'acquêts.

TITRE XVIII

(TITRE PREMIER du Code civil).

Des successions.

445. Nous arrivons aux modes d'acquérir à titre lucratif : successions et donations. Nous commencerons par les successions, comme le fait le code civil.

446. Définitions. — Les mots succéder, succession, ont divers sens.

Lato sensu, succéder à une personne, c'est venir après elle, prendre sa place en recueillant à un titre quelconque tout ou partie des droits qui lui appartenaient. On dit en ce sens que l'acheteur succède au vendeur, parce qu'il prend sa place quant à la chose vendue ; de même le donataire succède au donateur. Ainsi entendu, le mot succession s'applique à tous les modes dérivés d'acquérir.

Dans le titre à l'étude duquel nous arrivons, le mot succession a une signification beaucoup plus restreinte. Il éveille ici, comme le dit Demolombe, une idée de mort. Il désigne alors :

Tantôt un mode particulier d'acquisition, consistant dans la transmission universelle du patrimoine d'une personne décédée, le de cuius ⁵⁵, à une personne survivante que la loi désigne et que l'on appelle héritier, comme si l'on dit : « J'ai acquis tel immeuble par succession ».

Tantôt le patrimoine même qui fait l'objet de la transmission, et alors il est synonyme d'hérédité ; par exemple si je dis : « La succession que j'ai recueillie vaut 100.000 francs ».

Les art. 718 et 732 emploient le mot succession dans le premier sens ; les art. 733 et 746, dans le deuxième.

447. Les Romains distinguaient deux espèces de succession ou hérédité, l'hérédité testamentaire et l'hérédité ab intestat. La première était l'œuvre de la volonté du défunt, manifestée dans son testament qui devait nécessairement contenir l'institution d'un héritier ; la deuxième, l'œuvre de la loi qui, à défaut de testament, désignait elle-même l'héritier du défunt. L'hérédité testamentaire jouissait à Rome d'une grande faveur. D'ailleurs l'héritier testamentaire, comme l'héritier légitime, représentait pleinement la personne du défunt, il était tenu indéfiniment de ses dettes, même *ultra vires hereditatis*.

Nos anciens pays de droit écrit suivirent sur ce point les traditions du droit romain. Mais on s'en écarta dans les pays de coutume. Le droit coutumier n'admettait qu'une seule espèce de succession, la succession légitime ou déférée par la loi, et par suite une seule espèce d'héritiers, les héritiers légitimes. Ce principe de la loi coutumière se traduisait dans quelques formules énergiques : — *Heredes gignuntur, non scribuntur* ; — *Solus Deus heredes facere potest, non homo* ; — Institution d'héritier n'a de lieu. La volonté de l'homme ne pouvait faire que des légataires, non des héritiers, et grande était, comme on le verra, la différence entre les uns et les autres.

Ce sont bien les traditions du droit coutumier que notre législateur paraît avoir consacrées sur ce point. Il traite des dispositions testamentaires dans le titre Des donations et non dans celui Des successions, nous indiquant ainsi qu'il considère comme donataires ou légataires, et non comme héritiers, ceux qui sont appelés par le testament du défunt à recueillir ses biens. Cette induction est fortifiée : d'une part par l'art. 711, qui dispose que « La propriété des biens s'acquiert... par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire » ; d'autre part par l'art. 723, qui, donnant

la liste des héritiers, se garde bien de parler des légataires ; et enfin par les travaux préparatoires de la loi.

Nous aurons à rechercher toutefois si la différence, qui existe aujourd'hui entre les héritiers et les légataires, n'est pas au fond dans les mots plutôt que dans les choses. Sous notre ancien droit coutumier, il y avait, un abîme entre la situation des héritiers et celle des légataires. Les premiers succédaient à la personne du défunt et étaient, à ce titre tenus de ses dettes indéfiniment, *ultra vires hereditatis* ; tandis que les légataires, même quand ils étaient appelés à l'universalité des biens, n'étaient que de simples successeurs aux biens et ne pouvaient par suite être recherchés pour le paiement des dettes du défunt que jusqu'à concurrence des biens qu'ils recueillaient, *intra vires hereditatis*. Il s'agit de savoir, et c'est une grave question que nous étudierons en son temps, si cette différence subsiste encore aujourd'hui.

448. Les lois sur les successions se ressentent nécessairement de la constitution sociale et politique des pays pour lesquels elles sont faites. Ainsi, dans un pays aristocratique, comme l'Angleterre, l'aîné des enfants mâles du défunt aura une situation privilégiée ; au contraire, dans un pays démocratique comme le nôtre, tous les enfants du défunt seront appelés à prendre une part égale dans sa succession.

449 Division du titre Des successions. — Trois questions principales font ici l'objet des préoccupations du législateur : 1° désignation de l'héritier appelé à recueillir une succession ouverte (chap. I, II, III et IV) ; 2° divers partis entre lesquels l'héritier désigné par la loi peut opter (chap. V) ; 3° conséquences de l'option faite par l'héritier (chap. VI).

CHAPITRE PREMIER

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS ET DE LA SAISINE DES HÉRITIERS

§ I. De l'ouverture des successions.

450. Une succession est ouverte lorsque le droit de la recueillir a pris naissance.

La détermination précise du moment où s'ouvre une succession présente une importance capitale à trois points de vue :

1° C'est au moment même de l'ouverture qu'il faut se placer pour déterminer la personne ou les personnes auxquelles appartient la qualité d'héritiers du défunt. Le droit héréditaire se fixe sur leur tête à cet instant même (art. 711), et devient immédiatement transmissible à leurs héritiers ou ayant-cause. Avancez ou reculez de quelques instants le moment de l'ouverture d'une succession et l'ordre des vocations héréditaires peut être complètement changé.

2° Il faut également se reporter au moment de l'ouverture pour déterminer si l'héritier réunit toutes les conditions d'aptitude requises pour succéder (art. 725) ;

3° Souvent un long espace de temps s'écoule entre l'ouverture d'une succession et sa liquidation. C'est la période de l'indivision, qui n'est autre chose que l'état de plusieurs cohéritiers dont les droits ne sont pas encore liquidés. La plupart des actes accomplis pendant l'indivision remonteront quant à leurs effets au jour de

l'ouverture. Les art. 777, 785 et 883 contiennent des applications de ce principe.

Le moment de l'ouverture d'une succession est donc une date remarquable, fondamentale, à laquelle il faut constamment se reporter. Occupons-nous de le déterminer.

451. Aux termes de l'art. 718 : « Les successions s'ouvrent par

» la mort naturelle et par la mort civile ».

Il ne reste plus aujourd'hui que la mort naturelle comme cause d'ouverture des successions, la mort civile étant abolie (loi du 31 mai 1854 art. 1), et l'art. 719 qui réglementait cette dernière cause d'ouverture se trouve désormais sans objet.

La mort se prouve par l'acte de décès. En ce qui concerne le moment précis où elle s'est produite, la preuve en devrait être administrée conformément aux règles du droit commun, toute mention que l'acte de décès pourrait contenir à cet égard devant être considérée comme n'ayant aucune force probante. Cpr. t. I, n. 223.

La mort prouvée peut seule donner ouverture à une succession. L'absence, quelque prolongée qu'elle soit, ne produira jamais ce résultat ; car elle ne fournit pas la preuve ni même, à bien dire, une véritable présomption de mort. Adde arg. art. 130. V. cep. nouveaux art. 87 et s.

452. L'héritier désigné par la loi ne peut avoir droit à la succession qu'à la condition d'être vivant lors de l'ouverture (art. 725).

Mais, cette condition une fois remplie, le droit héréditaire se fixe définitivement sur sa tête, en supposant qu'il soit capable ; et s'il meurt, même avant d'avoir accepté la succession, et fût-ce un instant de raison après son ouverture, il transmet son droit à ses propres héritiers ou ayant-cause (art. 781).

Celui qui réclame ainsi une succession du chef d'un individu décédé doit prouver que ledit individu existait au moment de l'ouverture de la succession (art. 135) ; car

c'est là une condition du bien-fondé de sa demande, et il doit en établir l'existence. Actoris est probare. A. cette observation se rattache la fameuse théorie des commorientes, que nous allons exposer.

Théorie des commorientes.

453. Supposons que deux personnes, respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, meurent dans un même événement, par exemple dans un même naufrage, un même incendie, une même inondation. La détermination de l'ordre dans lequel les décès se sont produits peut offrir une très grande importance ; car celui des deux commorientes qui aura survécu à l'autre aura recueilli la succession de celui-ci, et l'aura transmise, confondue dans la sienne, à ses propres héritiers. Soient deux frères, Primus et Secundus, mariés l'un à Prima, l'autre à Secunda ; ils meurent dans un même événement, sans laisser aucun parent au degré successible ; les deux épouses survivent. Si Primus est mort le premier, Secundus qui lui a survécu a recueilli sa succession et l'a transmise, confondue dans la sienne propre, à Secunda, son épouse (art. 767). C'est donc, dans ce cas, Secunda qui recueillera les deux successions. Elles reviendront au contraire l'une et l'autre à Prima, si c'est Primus qui a survécu ; car, devenu héritier de Secundus, il aura transmis la succession de celui-ci avec la sienne propre à Prima, son épouse ⁵⁶. Le tout, sauf le droit d'usufruit établi par le nouvel art. 767.

A défaut de règles spéciales, l'hypothèse qui nous occupe serait demeurée régie par les règles du droit commun, c'est-à-dire que la survie de l'un des commorientes à l'autre aurait dû être établie par les moyens ordinaires de preuve (témoignages et présomptions de fait) : dans l'espèce de tout à l'heure, l'une des deux épouses n'aurait pu prétendre aux deux successions de Primus et de Secundus

qu'à la condition de prouver la survie de son mari. Arg. art. 135. A défaut de toute preuve, les deux commorientes auraient dû être considérés comme morts au même instant de raison ; d'où cette conséquence, que, dans notre espèce, chaque épouse aurait recueilli séparément la succession de son mari.

A notre avis, le droit commun suffisait ici. La loi a cru devoir y déroger en établissant certaines présomptions de survie pour le cas où il est impossible de prouver l'ordre des décès par les moyens ordinaires ; mais il est difficile de justifier ces dérogations. Quoi qu'il en soit, voici les dispositions de la loi sur ce point.

454. Aux termes de l'art. 720 : « Si plusieurs personnes respectivement

» appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un

» même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée

» la première, la présomption de survie est déterminée par les

» circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou

» du sexe ». — Ainsi tous les moyens de preuve du droit commun devront d'abord être épuisés pour établir l'ordre dans lequel se sont produits les décès des commorientes. En premier lieu la preuve testimoniale, qui est admissible quel que soit l'intérêt engagé toutes les fois qu'il s'agit d'établir un simple fait (t. II, n. 576). Ensuite les présomptions de fait ou de l'homme (arg. art. 1353). C'est à ce dernier mode de preuve que la loi fait allusion, quand elle parle des circonstances du fait. Le juge a un pouvoir discrétionnaire et souverain pour les apprécier. Cass., 21 avril 1874, S, 74. 1. 349, D., 74. 1. 356. Ainsi, les commorientes ayant péri dans un même incendie qui s'est déclaré au second étage de la maison, celui d'entre eux qui habitait ce second étage pourra être considéré comme

ayant succombé avant celui qui habitait le premier. De même, de deux personnes qui ont péri dans un naufrage, celle qui savait nager pourra être considérée, par suite de cette unique circonstance, comme ayant survécu à l'autre qui ne le savait pas.

Ainsi qu'on le voit par ce dernier exemple, le juge peut tenir compte, pour résoudre la question de survie, non seulement des circonstances extérieures dans lesquelles l'événement s'est produit, mais aussi de celles qui se rapportent à la personne des commorientes. Ces dernières sont comprises aussi bien que les premières dans cette expression de la loi : les circonstances du fait, qui est aussi générale que possible. Le pouvoir discrétionnaire du juge ne s'arrête que lorsque, tout autre élément d'appréciation faisant défaut, la question n'est susceptible d'être résolue que par des considérations puisées dans la force de l'âge ou du sexe. Le législateur impose alors son appréciation aux tribunaux. On sort ici du droit commun, qui aurait laissé au juge une entière latitude pour peser cet élément d'appréciation si incertain par sa nature même.

455. Cela posé, voici comment la loi règle les présomptions de survie basées sur l'âge et sur le sexe.

ART. 721. Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. — S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. — Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu.

ART. 722. Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année. — S'ils étaient du même sexe, La présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise : ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.

La loi, on le voit, divise la vie humaine en trois périodes.

a. La première période a pour point de départ la naissance, et pour terme l'âge de quinze ans révolus. Ici la force augmente avec le nombre des années. Aussi, lorsque les commorientes appartiennent tous à cette période, la loi présume que le plus âgé a survécu. Étant plus fort, il a dû lutter plus longtemps contre le danger commun.

b. La deuxième période commence où finit la première, et se prolonge jusqu'à l'âge de soixante ans révolus. Aux yeux du législateur, les forces de l'homme restent stationnaires pendant toute la durée de cette période. Aussi, lorsque l'âge des commorientes les y place tous, les uns n'étant pas réputés plus forts que les autres, la loi présume que les décès se sont produits dans leur ordre naturel, c'est-à-dire que le plus jeune a survécu au plus âgé. Toutefois, à égalité d'âge, ou si la différence d'âge n'excède pas une année, le commorien du sexe masculin sera présumé, comme étant le plus fort, avoir survécu. Ainsi un homme de trente ans sera présumé avoir survécu à une femme de vingt-neuf ans.

c. Enfin la troisième période a pour point de départ le terme de la seconde, et n'a d'autre limite que la mort ; elle comprend donc tous ceux qui ont plus de soixante ans. C'est la période de déclin. Les forces humaines décroissant ici à mesure qu'augmente le nombre des années, la loi décide que, entre commorientes appartenant à cette période, le plus jeune sera présumé avoir survécu.

Si l'un des commorientes a moins de quinze ans et l'autre plus de soixante, le premier, dit la loi, sera présumé avoir survécu. Il était tout simple de s'en tenir à l'ordre naturel des décès.

Ajoutons qu'aux termes d'une loi du 20 prairial an IV, qu'on peut considérer comme étant encore en vigueur à cause de sa spécialité : « Lorsque des ascendants, des descendants, et autres personnes qui se succèdent de droit, auront été condamnés au dernier supplice, et que, mis à mort dans la même exécution, il devient impossible de

constater leur prédécès, le plus jeune des condamnés sera présumé avoir survécu ».

456. Telles sont les hypothèses prévues par la loi. En voici deux autres qu'elle a omis de régler.

1° L'un des commorientes appartient par son âge à la première période, et l'autre à la seconde ; par exemple l'un a dix ans et l'autre trente. D'après l'opinion générale, c'est le second qui sera présumé avoir survécu ; car, aux yeux de la loi, la première période est celle de la faiblesse, et la deuxième celle de la force ; le commorients que son âge place dans cette dernière est donc réputé le plus fort.

2° L'un des commorientes appartient à la deuxième période, et l'autre à la troisième ; par exemple l'un a trente ans et l'autre soixante-dix ans. Un raisonnement analogue conduit à décider que le premier doit être présumé avoir survécu. Cass., G nov. 1895, S., 97. 1. 9, D., 96. 1. 285.

Mais il y a une objection grave contre cette double solution : on étend ainsi une présomption légale en dehors des cas pour lesquels elle a été établie ; or, c'est un principe certain que les présomptions légales ne sont pas susceptibles d'extension, même en vertu d'un argument a fortiori. Ce n'est pas répondre à cette objection, mais simplement jouer sur les mots, que de dire qu'on donne ainsi aux présomptions légales leur développement naturel plutôt qu'on ne les étend. Il nous paraît plus sûr de s'en tenir fermement aux principes ; d'autant plus qu'on ne voit guère la nécessité d'étendre ou de développer, comme on voudra, une présomption légale qu'il aurait probablement beaucoup mieux valu ne pas créer.

A plus forte raison doit-on décider, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui vient d'être invoqué, et ici il y a du moins à peu près accord dans la doctrine, que les présomptions de nos articles ne s'appliqueraient pas dans les divers cas qui suivent :

a. Lorsque l'un des commorientes seulement est héritier présomptif de l'autre, sans réciprocité, comme il arriverait

par exemple s'il s'agissait de deux frères dont l'un a des enfants, ou si, les deux commorientes étant réciproquement héritiers légitimes l'un de l'autre, l'un d'eux se trouvait en fait exclu de la succession de l'autre par l'institution d'un légataire universel. On ne peut pas dire, en pareil cas, que les commorientes sont réciproquement (ou respectivement) appelés à la succession l'un de l'autre, comme l'exige l'art. 720 ; on est donc en dehors de l'hypothèse en vue de laquelle la présomption légale est établie.

b. Si les deux commorientes étaient appelés à recueillir le patrimoine l'un de l'autre non à titre d'héritiers, mais bien comme donataires ou légataires universels. Argument des mots « respectivement appelés à la succession l'une de l'autre » (art. 720) et de la place qu'occupent nos articles, dans le titre Des successions. Paris, 2 fév. 1899, S., 00. 2. 39.

c. Si les personnes de quorum successione agitur sont mortes dans des événements différents. Argument des mots « dans un même événement » de l'art. 720. D'ailleurs, de quel poids peuvent être les présomptions tirées de l'âge ou du sexe, entre deux personnes qui n'ont pas eu à lutter contre une même cause de destruction ? En ce sens, Paris, 11 juin ou 11 août 1891, D., 92. 2. 533, S., 92. 2. 213, et Lyon, 19 janv. 1893, S., 93. 2. 240. D'accord sur le principe, ces deux arrêts en font une application différente à l'espèce qui leur était soumise, celle d'un assassinat commis sur plusieurs personnes en même temps. Et en effet il y a peut-être bien là une simple question de fait dont le juge est appréciateur souverain. Cass., 6 nov. 1895, S., 97. 1. 9, D., 96. 1. 285. Cpr. trib. civ. de Tournay, 12 janv. 1898, D., 99. 2. 487, et Paris, 2 fév. 1899, S., 00. 2. 39.

457. Dans tous les cas où il sera impossible, soit à l'aide des moyens de preuve du droit commun, soit à l'aide de nos présomptions légales, d'établir l'ordre dans lequel se sont produits les décès des commorientes, il faudra les considérer comme étant morts au même instant, ainsi qu'il

a été dit au n. 453, et par suite la succession de chacun des commorientes sera déferée à ses héritiers les plus proches au jour de son décès. C'est tout à fait sans fondement qu'on a voulu soutenir, en argumentant de la loi du 20 prairial an IV, citée tout à l'heure, que le plus jeune des commorientes devait être présumé avoir survécu. Trib. civ. de Lyon, 21 mars 1877, S., 80. 2. 55, D., 78. 2. 23.

La rareté des décisions judiciaires relatives à notre matière prouve qu'elle est à peu près ignorée dans la pratique. Son application suppose en effet un concours de circonstances d'une réalisation difficile, savoir que deux parents ou deux époux meurent dans un même événement, qu'ils soient respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, qu'ils aient des héritiers différents. Aussi n'insisterons-nous pas davantage sur cette matière.

§ II. Des diverses classes d'héritiers et de la saisine héréditaire.

458. Des diverses classes d'héritiers. — On peut tout d'abord classer les héritiers d'après l'objet de leurs droits héréditaires respectifs. A ce point de vue, on distingue les successeurs ordinaires, d'une part, et les successeurs anomaux, d'autre part (infra, n. 520).

A un autre point de vue, on distingue les héritiers stricto sensu et les successeurs irréguliers. C'est de cette classification des héritiers que nous allons ici nous occuper.

459. D'après le code civil de 1804, il y avait deux catégories d'héritiers dans le sens large du mot : les héritiers légitimes, appelés aussi héritiers stricto sensu, réguliers ou parfaits, comprenant toutes les personnes appelées à recueillir la succession à titre de parents légitimes du défunt, exemples : ses enfants légitimes, ses ascendants, et les successeurs irréguliers ou imparfaits,

comprenant toutes les personnes appelées à recueillir la succession à un titre autre que celui de parent légitime, par conséquent, non seulement, comme le disait l'ancien art. 723 ⁵⁷, les enfants naturels, le conjoint survivant et l'Etat, mais aussi les père et mère naturels (art. 765) et les frères et sœurs naturels (art. 766), que l'article avait omis par inadvertance.

La loi du 25 mars 1896 est venue créer une nouvelle catégorie d'héritiers réguliers ou stricto sensu. Ce sont les héritiers naturels. Elle a donné en effet à l'art. 723 cette rédaction nouvelle : « La

» loi régie l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes
ET LES

» HÉRITIERS NATURELS : à leur défaut, les biens passent à l'époux survivant,

» et, s'il n'y en a pas, à l'Etat ». La loi nouvelle a donc mis les héritiers naturels sur la même ligne que les héritiers légitimes. Et aux uns et aux autres, elle oppose les successeurs irréguliers. Voici maintenant l'intérêt de cette distinction. Les héritiers légitimes ou naturels ont la saisine ; les successeurs irréguliers ne l'ont pas ; ils ne peuvent appréhender les biens de la succession ou la part qui leur revient dans ces biens qu'après avoir obtenu l'envoi en possession ou la délivrance, suivant les cas. C'est ce qui résulte de l'art. 724 (modifié également par la loi du 25 mars 1896) : « Les

» héritiers légitimes ET LES HÉRITIERS NATURELS ⁵⁸
sont saisis de plein

» droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter

» toutes les charges de la succession. — L'époux survivant
» et l'Etat doivent se faire envoyer en possession ».

460. Il reste à savoir quelles sont les personnes que la loi nouvelle a entendu assimiler aux héritiers légitimes par cette expression : les héritiers naturels. Elle comprend

incontestablement les enfants naturels reconnus (nouvel art. 756 in fine), dont le législateur de 1896 se préoccupait d'améliorer le sort. Comprend-elle aussi les père et mère naturels et les frères et sœurs naturels ? Sur ce point, il y a controverse.

En ce qui concerne les père et mère naturels, on enseigne généralement la négative en se fondant sur les explications qui ont été données par le rapporteur de la loi au sénat, M. Dauphin. Mais l'opinion contraire nous paraît mieux fondée. D'abord, l'expression héritiers naturels est aussi compréhensive que possible. Il serait étonnant que le législateur l'eût employée à la place de celle d'enfants naturels, s'il n'avait songé qu'à ceux-ci. Ensuite, le nouvel art. 765 a été détaché par la loi nouvelle du chapitre IV consacré aux successions irrégulières, pour être rattaché au chapitre précédent consacré aux successions régulières qui confèrent le bénéfice de la saisine. Enfin, l'art. 770 n'impose qu'au conjoint survivant et à l'Etat l'obligation de demander l'envoi en possession, ce qui implique que les père et mère en sont dispensés et que par suite ils ont la saisine.

Ce dernier argument pourrait porter à penser que les frères et sœurs naturels ont aussi la saisine, car l'art. 770 ne leur impose pas plus qu'aux père et mère naturels l'obligation de demander l'envoi en possession. Mais cet argument nous paraît ne pas devoir l'emporter sur celui résultant de la place qui a été donnée au nouvel art. 766, qui organise la succession des frères et sœurs naturels. Ce texte conforme à l'ancien a été laissé dans le chapitre Des successions irrégulières, dont il forme aujourd'hui le premier article. Cela serait inexplicable si le législateur avait voulu faire des frères et sœurs naturels de véritables héritiers. Ils sont donc demeurés ce qu'ils étaient autrefois, des successeurs irréguliers dépourvus de la saisine. On s'explique d'ailleurs facilement la différence qui se trouve ainsi établie entre eux et les père et mère naturels, car

ceux-ci sont parents, tandis que les frères naturels ne le sont pas, ou du moins la parenté qui les unit au de cujus ne produit que des effets juridiques restreints.

461. Ainsi, en résumé, il y a deux classes de successeurs : 1° les héritiers ; 2° les successeurs irréguliers. Les héritiers, qu'on peut appeler aussi successeurs réguliers, comprennent les héritiers légitimes, dont le titre est dans leur parenté légitime avec le défunt, et les héritiers naturels, c'est-à-dire les enfants naturels et les père et mère naturels. Les successeurs irréguliers comprennent tous ceux qui succèdent à un autre titre, c'est-à-dire les frères et sœurs naturels, le conjoint survivant et l'Etat.

D'ailleurs, le nouvel art. 723, comme l'ancien, mérite une critique, en tant qu'il nous présente le conjoint survivant et l'Etat comme venant à défaut d'héritiers légitimes et naturels, ce qui donnerait à entendre que le conjoint survivant et l'Etat viennent immédiatement après les héritiers légitimes et naturels. Or, il y a encore les frères et sœurs naturels qui priment le conjoint et l'Etat.

461 bis. Aux deux catégories de successeurs s'appliquent un certain nombre de règles communes :

1° Les uns et les autres doivent avoir les qualités requises pour succéder. Il faut qu'ils ne soient ni incapables, ni indignes (infra, n. 469 et suiv.). Cela ne doit s'entendre évidemment que des héritiers réguliers et des successeurs irréguliers autres que l'Etat et les diverses personnes morales auxquelles la loi attribue des droits de succession irrégulière.

2° Les uns et les autres sont sur la même ligne au point de vue de l'investiture de la propriété des biens héréditaires. En effet, aux termes de l'art. 711 : « La propriété... se transmet par succession... ». La loi ne distinguant pas, la règle qu'elle édicte s'applique à la succession irrégulière comme à la succession régulière. Les successeurs irréguliers deviennent donc de plein droit, dès

l'instant de l'ouverture de la succession, propriétaires des biens héréditaires qu'ils sont appelés à recueillir ; d'où il résulte que le successeur irrégulier, de même que l'héritier légitime ou naturel, transmet son droit à ses héritiers ou ayant-cause, par cela seul qu'il a survécu au défunt un seul instant de raison. On exprime quelquefois cette idée en disant que les successeurs irréguliers ont de plein droit, de même que les héritiers, la saisine de la propriété des biens héréditaires. Mais cette manière de s'exprimer est de nature à jeter, ainsi que nous le verrons, une certaine confusion dans les idées et nous y aurons recours le moins souvent possible. Il vaut mieux réserver l'expression saisine pour désigner l'investiture légale de la possession.

462. La situation des successeurs irréguliers diffère profondément de celle des héritiers en ce qui concerne l'investiture de la possession des biens héréditaires. Les héritiers (légitimes ou naturels) ont la saisine ; les successeurs irréguliers ne l'ont pas. Cette différence capitale entre les deux classes de successeurs est sous-entendue plutôt que formulée dans l'art. 724 que nous avons transcrit tout à l'heure : « Les héritiers légitimes et les héritiers naturels

» sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt... »

De l'avis unanime des auteurs, ce texte a voulu reproduire la disposition de l'art. 318 in fine de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder ». Pothier commente ainsi cette maxime, dans son *Traité des successions*, chap. III, section II : « Le mort, c'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit, dès l'instant de sa mort... ; saisit, c'est-à-dire est censé mettre en possession de tous ses droits et biens ; le vif, son hoir plus proche, c'est-à-dire celui qui lui survit et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier ». Puis il ajoute : « La possession qu'avait le défunt des choses de la succession, quoique la

possession soit une chose de fait, est, par cette règle, réputée passer à l'héritier, sans aucune appréhension de fait de sa part ; il est réputé possesseur des mêmes choses que le défunt possédait lors de sa mort, et de la même manière que l'était le défunt, quoique de fait cet héritier ne les ait jamais possédées ». D'autres auteurs encore interprètent de la même manière la règle Le mort saisit le vif. Charondas nous dit notamment : « Le mort saisit le vif, c'est-à-dire le rend et le fait possesseur ». Et Tiraqueau, de son côté, paraphrase notre maxime dans les termes suivants : « Mortuus facit vivum possessorem sine ulla apprehensione ».

Il est vrai que, dans notre ancien droit, les auteurs désignent assez souvent sous le nom de saisine l'acquisition de la propriété des biens héréditaires qui s'opère de plein droit au profit de l'héritier, dès le jour de l'ouverture de la succession. C'est notamment le langage que tient Pothier lui-même, dans la section de son Traité des successions dont nous avons cité un passage. Mais il y avait là une manière de parler qui ne doit pas nous donner le change sur le véritable sens de la maxime : le mort saisit le vif. Celle ci était relative, non à la propriété, mais à la possession seulement des biens héréditaires. Et tel est incontestablement le sens de notre art. 724, qui n'en est que la reproduction, à cette différence près, qui d'ailleurs est dans les mots plutôt que dans les idées, que ce n'est plus aujourd'hui le mort qui saisit le vif, mais la loi. L'art. 724 établit en effet une opposition très nette entre les héritiers légitimes et naturels d'une part et les successeurs irréguliers d'autre part. Aux premiers, il accorde la saisine ; aux autres, il la refuse. Or entre ces deux catégories d'héritiers, il n'existe, dans notre législation actuelle, aucune différence au point de vue de l'acquisition de la propriété. La saisine dont il est question dans l'art. 724 ne peut donc pas se référer à l'acquisition de la propriété. Elle est relative seulement à la possession des

choses héréditaires. D'ailleurs, en nous disant que les successeurs irréguliers, qui n'ont pas la saisine, doivent se faire envoyer en possession, l'art. 724 laisse très clairement entendre que la saisine donne aux héritiers (légitimes ou naturels) ce que l'envoi en possession donne aux successeurs irréguliers, c'est-à-dire la possession des choses héréditaires. Bien entendu, la possession que l'héritier acquiert ainsi de plein droit est une possession civile et par suite fictive, une possession de droit, et non une possession de fait, celle-ci supposant nécessairement, une appréhension matérielle.

La saisine que l'art. 724 accorde aux héritiers peut donc être définie : l'investiture légale et de plein droit de la possession des biens héréditaires au profit de l'héritier. L'héritier est de droit possesseur de toutes les choses que possédait le défunt. Il devient ainsi apte à exercer tous les droits du défunt, c'est-à-dire à les mettre en œuvre.

La saisine héréditaire paraît en opposition avec les véritables principes qui gouvernent la possession. La possession est chose essentiellement de fait, et il est difficile de concevoir qu'elle puisse être acquise de plein droit sans un fait matériel d'appréhension. *Retinere enim animo possessionem possumus, adipisci non possumus*, dit le jurisconsulte Paul. Aussi ne trouve-t-on dans le droit romain, si rigoureux au point de vue de l'application des principes, presque aucune trace de l'institution de la saisine. On discute sur le point de savoir si elle a ses racines dans le droit germanique ou dans le droit féodal. Ce n'est pas la seule question qui soit obscure en cette difficile matière. Le laconisme du code civil, qui n'y consacre qu'un seul article (art. 724), est une des principales causes de celle obscurité.

462 bis. La saisine n'est pas conférée seulement aux héritiers légitimes et aux héritiers naturels. Elle appartient également aux légataires universels, quand ils ne sont pas en concours avec un héritier réservataire (art. 1006). Mais

elle ne leur appartient pas quand le défunt a laissé un ou plusieurs héritiers à réserve venant à sa succession (art. 1004) ; et elle est refusée dans tous les cas aux légataires à titre universel (art. 1011) et à plus forte raison aux légataires particuliers. Enfin le testateur peut conférer la saisine à son exécuteur testamentaire (art. 1026), mais il ne s'agit pas là d'une saisine légale.

463. La loi n'établit pas seulement une différence honorifique entre les héritiers et les successeurs irréguliers, en accordant aux premiers la saisine qu'elle refuse aux seconds. La saisine produit des effets considérables qui influent gravement sur la situation de l'héritier. Voici les principaux :

1° Les héritiers (légitimes ou naturels), étant saisis de plein droit de la possession civile des biens héréditaires, peuvent appréhender ces biens de leur propre autorité : à la possession de droit, ils peuvent joindre la possession de fait, qui leur permettra d'administrer les biens héréditaires. Au contraire, les successeurs irréguliers n'ayant pas la saisine, une autorisation leur est nécessaire pour entrer de fait en possession des choses héréditaires. A qui la demanderont-ils ? L'art. 724 dit qu'ils « doivent se faire envoyer en possession par justice ».

Ainsi donc, possesseurs de droit, les héritiers légitimes ou naturels n'ont besoin d'aucune intervention étrangère pour devenir possesseurs de fait, ce qui leur permet de prendre immédiatement l'administration des biens de la succession. Au contraire, les successeurs irréguliers doivent, pour se mettre en possession de fait des biens héréditaires, demander l'envoi en possession au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession.

2° Les héritiers peuvent intenter immédiatement les actions héréditaires actives, tant pétitoires que possessoires ; en sens inverse, on peut intenter contre eux les actions héréditaires passives, indépendamment de toute acceptation de leur part, et sauf à eux à opposer le cas

échéant l'exception dilatoire de l'art. 174 C. pr. Au contraire, les successeurs irréguliers ne peuvent exercer ces actions, et on ne peut les exercer contre eux, qu'après l'envoi en possession (v. cep. Pau, 31 mai 1889, S., 89. 2. 165) ; car exercer les actions activement ou passivement, c'est faire acte de possession, et les successeurs irréguliers ne possèdent pas tant qu'ils n'ont pas obtenu l'envoi en possession.

Ainsi, la saisine a pour effet de donner immédiatement aux biens héréditaires un représentant et un administrateur, en la personne de l'héritier saisi, et cela alors même que celui-ci n'a pas encore pris parti. Ceux qui ont des droits à faire valoir contre la succession peuvent donc agir contre les héritiers saisis dès le décès du de cujus. De là il résulte que la simple présence d'un héritier saisi empêche la vacance de la succession (infra, n. 656) ; tandis que, au contraire, si la succession est dévolue à des successeurs irréguliers, elle n'a pas de représentant, jusqu'à ce que ceux-ci aient demandé l'envoi en possession, et par suite il est nécessaire de pourvoir à son administration par la nomination d'un curateur à succession vacante.

* On a tort, selon nous, de rattacher à la saisine la continuation au profil de l'héritier de la prescription acquisitive qui avait commencé à courir en faveur du défunt. Ce résultat se produirait, alors même que la saisine n'existerait pas. En effet, la mort du possesseur qui a commencé à prescrire n'est dans notre droit ni une cause de suspension, car elle ne figure pas sur la liste limitative de la loi (arg. art. 2251 s.). Elle n'est pas non plus une cause d'interruption. En effet l'interruption est naturelle ou civile (art. 2242) ; la mort du possesseur ne pourrait amener bien évidemment qu'une interruption naturelle ; or, d'après l'art. 2243 : « Il y a interruption naturelle, lorsque le possesseur est privé, pendant plus d'un an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit

même par un tiers ». Il ne suffit donc pas que le possesseur cesse de posséder ; il faut que quelqu'un possède à sa place, et possède pendant plus d'un an. Par conséquent, si l'héritier du possesseur défunt entre en possession de fait avant qu'un tiers ait acquis la possession annale, la prescription ne sera pas interrompue. Ajoutez que la rétroactivité de l'acceptation (art. 777) fera disparaître la lacune qui peut avoir existé en fait entre la possession du défunt et celle de l'héritier.

* S'il est vrai, comme nous en avons la conviction, que la continuation au profit de l'héritier de la prescription commencée par le défunt est complètement indépendante de la saisine, il en résulte cette conséquence fort importante que la prescription commencée par le défunt se continue aussi bien au profit d'un successeur irrégulier que d'un héritier légitime ou naturel. Solution éminemment rationnelle, et qu'il est bien difficile de justifier si l'on rattache à la saisine la continuation de la prescription.

* Ce que nous venons de dire de la prescription devrait être appliqué mutatis mutandis aux actions possessoires, qui ont pour base la possession annale. Elles pourront être exercées par le successeur irrégulier, quand il se sera fait envoyer en possession, et celui-ci pourra compter à son profit le temps qui s'est écoulé depuis le décès du de cujus.

464. Le règlement des dettes héréditaires donne lieu à plusieurs questions différentes, qu'il importe essentiellement de ne pas confondre.

1. On peut se demander tout d'abord quelles sont les personnes qui sont tenues de supporter définitivement le poids des dettes et charges de la succession. La réponse à cette question sera fournie au n. 733 infra. Ce sont toutes les personnes qui sont appelées, en vertu d'un titre universel, à recueillir le patrimoine du défunt, pourvu, bien entendu, qu'elles aient, par leur acceptation, confirmé leur vocation héréditaire. A ce point de vue, par conséquent, il n'y a pas de différence à faire entre les successeurs

irréguliers et les héritiers saisis, sauf peut-être en ce qui concerne les formes de l'acceptation. Les uns et les autres doivent contribuer aux dettes de la succession, parce qu'en leur qualité de successeurs universels, ils succèdent au passif comme à l'actif du patrimoine. Cette question est donc étrangère à l'article 724, dans lequel la loi établit une différence entre les deux catégories de successeurs universels.

II. C'est une autre question qui est résolue par ce texte. En accordant la saisine aux héritiers légitimes ou naturels, et en la refusant aux successeurs irréguliers, l'art. 724 nous indique que les premiers peuvent être poursuivis immédiatement par les créanciers héréditaires, même avant leur acceptation, sauf à répudier la succession ou à invoquer l'exception dilatoire, tandis que les successeurs irréguliers ne peuvent être poursuivis qu'après l'envoi en possession seulement. Il y a donc à ce point de vue une différence capitale entre les héritiers et les successeurs irréguliers. Les actions héréditaires ne peuvent, en effet, être intentées que contre ceux qui sont en possession des biens qui constituent le gage des créanciers héréditaires. Or, les héritiers les possèdent de plein droit, par l'effet de la saisine légale dont ils sont investis ; les successeurs irréguliers n'entrent en contact avec les biens héréditaires que lorsqu'une décision de justice les envoie en possession. En d'autres termes, il résulte de l'art. 724 qu'il existe une différence entre les héritiers saisis et les successeurs irréguliers, en ce qui concerne le moment où ils peuvent être poursuivis par ceux qui ont des droits à faire valoir contre la succession et notamment par les créanciers héréditaires.

III. Mais l'art. 724 nous dit encore : « Les héritiers... sont saisis... sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ». La loi signale donc une nouvelle différence entre les héritiers saisis et ceux qui ne le sont pas. Les héritiers saisis sont obligés d'une manière indéfinie au

paiement des charges de la succession, qui comprennent principalement les dettes du défunt ; ils en sont tenus etiam ultra vires hereditatis, ce qui signifie qu'ils sont tenus de supporter ces charges même lorsqu'elles excèdent la valeur des biens héréditaires. Ils en sont tenus non seulement sur les biens du défunt, mais aussi sur leur patrimoine personnel. L'héritier peut toutefois s'y soustraire en renonçant à la succession (arg. art. 785). De plus, il peut, en acceptant sous bénéfice d'inventaire, limiter l'étendue de son obligation à la valeur des biens héréditaires qu'il recueille effectivement.

Cette règle, n'étant formulée par la loi que pour les héritiers saisis seulement, ne doit donc pas être appliquée aux successeurs irréguliers, que l'art. 724 oppose aux héritiers saisis. Donc ils ne sont tenus des dettes et charges de la succession qu'en vertu de la maxime *Bona non sunt nisi deducto aere alieno*, et, par suite, jusqu' à concurrence seulement de la valeur de ces biens, *intra vires hereditatis*, et ils n'ont pas besoin, pour obtenir ce résultat, de faire au greffe du tribunal civil une déclaration d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Il leur suffira de prouver, par un inventaire, la consistance et la valeur des biens par eux recueillis. La solution donnée par nous est cependant contestée.

465. L'art. 724 établit un lien entre la saisine et l'obligation *ultra vires*. Faut-il interpréter le texte en ce sens que l'obligation indéfinie aux dettes héréditaires est un des effets légaux de la saisine et que les héritiers sont tenus *ultra vires* parce qu'ils ont la saisine ? Nous ne le pensons pas. En cette matière toute traditionnelle, la tradition doit avoir une autorité considérable. Or jamais nos anciens auteurs n'ont établi un lien de cause à effet, une relation nécessaire, entre la saisine et l'obligation indéfinie aux dettes héréditaires. Pothier, notamment, parle de la saisine dans la section II du chapitre III de son *Traité des successions*, et il n'y dit pas un mot de l'obligation *ultra*

vires. C'est dans le chapitre V qu'il recherche quelles sont les personnes qui sont tenues des dettes de la succession, et dans quelle mesure elles y sont obligées. Or, dans cet endroit de son ouvrage, il n'est pas question de la saisine. Les rédacteurs du code ont suivi sur ce point leur guide habituel. Lorsque, au cours des travaux préparatoires, ils ont discuté sur la saisine, ils n'ont aucunement parlé de l'obligation ultra vires, et quand ils se sont occupés du règlement des dettes héréditaires, ils n'ont fait à la saisine aucune allusion. C'est donc qu'à leurs yeux, comme à ceux de Pothier, l'obligation indéfinie aux dettes n'est pas une conséquence de la saisine. Et il n'y a pas de raison, en effet, pour qu'il en soit autrement. La saisine n'est pas autre chose que l'investiture légale de la possession. L'on conçoit très bien que la loi permette aux créanciers d'agir immédiatement contre les héritiers saisis, mais on ne voit pas pourquoi il résulterait de ce fait que certains héritiers sont de plein droit possesseurs du gage des créanciers, qu'ils sont tenus envers ceux-ci ultra vires hereditatis.

L'obligation indéfinie aux dettes héréditaires découle en réalité d'une autre idée très ancienne, qui remonte au droit romain, et que très probablement notre législateur a sous-entendue dans l'art. 724 : c'est cette idée que certains héritiers sont les représentants et les continuateurs de la personne du défunt. Ne faisant qu'un avec le de cujus, dont ils continuent la personne, ils sont tenus, comme lui-même, de toutes ses obligations, et dès lors ils y sont obligés personnellement et indéfiniment.

Cette qualité de représentants et continuateurs de la personne du défunt appartenait en droit romain aux héritiers ab intestat et aux héritiers institués ; elle était refusée aux simples légataires, même quand ils étaient appelés à l'universalité des biens du de cujus. Et la même règle était suivie dans les pays de droit écrit. Dans les pays coutumiers, seuls les héritiers légitimes continuaient la personne du défunt et, à ce titre, étaient tenus ultra vires

hereditatis. Quant aux successeurs irréguliers, et aux légataires, même à titre universel, ils étaient considérés comme de simples successeurs aux biens ; ils succédaient aux biens et non à la personne, et par suite ils ne répondaient des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillaient.

Il est vraisemblable que les auteurs du code civil, trouvant l'occasion de marquer les différences qui séparent les héritiers des successeurs irréguliers, ont eu l'intention de signaler dans l'art. 724 les deux points de vue auxquels ces différences existent. Ils ont dit, dans ce texte, que d'une part les héritiers ont la saisine, avec les conséquences qui y étaient traditionnellement attachées, et que d'autre part ils sont tenus ultra vires, sous-entendant par là qu'ils sont les continuateurs de la personne du de cujus. Quant aux successeurs irréguliers, ils se sont bornés à dire qu'ils n'ont pas la saisine ; cela était utile à dire, car, dans l'ancien droit, la saisine était reconnue par certains auteurs à plusieurs catégories de successeurs irréguliers ; et s'ils n'ont pas ajouté qu'ils ne sont pas tenus ultra vires aux dettes héréditaires, cela tient à ce qu'on les avait toujours considérés comme de simples successeurs aux biens, et que par suite on avait toujours admis sans difficulté qu'ils n'étaient tenus des dettes qu'intra vires hereditatis.

Lorsque le livre Des donations entre vifs et des testaments vint en discussion, la question se posa de savoir quelles règles il convenait d'appliquer aux légataires institués à titre universel. Le débat qui s'éleva à ce sujet entre les représentants du droit écrit et ceux du droit coutumier fut tranché par une transaction. Le code distingua entre les légataires universels et les légataires à titre universel. La saisine fut refusée aux légataires à titre universel dans tous les cas, et aux légataires universels quand ils se trouvent en concours avec des héritiers réservataires. On leur appliqua donc la règle qui était appliquée aux simples légataires dans notre ancienne

jurisprudence. Mais la saisine fut accordée aux légataires universels lorsque ceux-ci ne sont pas en présence d'héritiers réservataires. On a voulu faire ainsi une concession au droit romain en les assimilant aux héritiers légitimes dont parle l'art. 724. Aucune disposition expresse ne nous dit qu'ils soient tenus comme ceux-ci *ultra vires hereditatis*. Mais il est permis de croire que l'on a voulu aller jusqu'au bout dans la voie de l'assimilation, et leur reconnaître la qualité de continuateurs de la personne qui, dans les pays de droit écrit, appartenait aux héritiers institués. Dès lors il faut décider qu'ils sont tenus *ultra vires hereditatis*, à moins qu'ils n'acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire en remplissant les conditions imposées par les art. 793 et 794 (Bordeaux, 6 avril 1892, D., 93. 2. 274, et Cass., 29 mai 1894, S., 98. 1. 446). Quant aux légataires non saisis, ce sont de simples successeurs aux biens. Ils n'ont donc pas besoin de faire au greffe du tribunal la déclaration prescrite par l'art. 794 ; mais pourvu que la consistance et la valeur des biens recueillis par eux soit constatée par un inventaire, ils ne pourront être poursuivis que jusqu'à concurrence de cette valeur, *intra vires hereditatis* (V. sur cette question, qui est controversée, *infra*, n. 1057).

En résumé, dans le système qui nous paraît avoir été consacré par le code civil, les héritiers et les légataires universels saisis sont tenus *ultra vires* des dettes héréditaires. Mais ce n'est pas parce qu'ils ont la saisine qu'ils sont obligés indéfiniment aux dettes de la succession. C'est parce qu'ils sont les continuateurs de la personne du défunt. Les successeurs irréguliers et les légataires non saisis ne sont que des successeurs aux biens et non pas à la personne, et par suite ne sont tenus que *intra vires hereditatis*. La saisine de fait ou judiciaire résultant de l'envoi en possession ou de la délivrance produira à leur égard les mêmes effets que la saisine légale produit quant aux héritiers et légataires saisis. Mais elle ne saurait en

produire de plus étendus. En conséquence elle ne les obligera pas indéfiniment aux dettes héréditaires, car cette obligation n'est pas un effet de la saisine. L'envoi en possession ne peut pas en faire des continuateurs de la personne du défunt, qualité que seule la loi peut conférer, et à laquelle elle rattache l'obligation ultra vires. De même il est certain que l'exécuteur testamentaire n'est jamais tenu ultra vires des dettes du défunt, alors même qu'il serait saisi aux termes de l'art. 1026, car il n'a que la saisine du mobilier, et il n'est pas évidemment le continuateur de la personne du défunt.

De l'interprétation que nous avons donnée de l'art. 724 découlent des conséquences importantes sur lesquelles nous aurons à revenir.

1° En supposant des héritiers ou légataires saisis, en concours avec des successeurs ou légataires non saisis qui n'ont pas encore obtenu l'envoi en possession ou la délivrance, les premiers pourront être poursuivis pour la totalité des dettes héréditaires. Car eux seuls continuent la personne du défunt.

2° Les créanciers conserveront le droit de les poursuivre pour le tout, chacun dans la proportion de la part dont il est saisi, même après que les successeurs ou légataires non saisis auront obtenu l'envoi en possession ou la délivrance, car ils restent toujours les seuls représentants et continuateurs de la personne du défunt (infra, n. 739). Et les créanciers ont le droit de faire abstraction des successeurs non saisis.

* 3° De là il résulte que les successeurs saisis, quand ils n'ont pas pris la précaution d'accepter la succession sous bénéfice d'inventaire, sont moins bien traités que les successeurs non saisis avec lesquels ils sont en concours, au double point de vue de la contribution et de l'obligation aux dettes héréditaires.

* Tout d'abord, les créanciers peuvent poursuivre les héritiers ou légataires universels saisis pour la totalité des

dettes, sans avoir à tenir compte de la part qui doit rester en définitive à leur charge et à celle des autres successeurs.

* D'autre part, les héritiers ou légataires saisis ne pourront se faire rembourser par les successeurs non saisis une somme supérieure à la valeur des biens recueillis par ceux-ci, de sorte que, en définitive, ils se trouveront supporter une quotité des dettes supérieure à celle qu'ils prennent effectivement dans l'actif héréditaire. La perte résultant de l'insolvabilité du défunt retombe donc sur eux. Et à ce point de vue leur situation est moins bonne que s'ils se trouvaient en présence d'héritiers saisis qui auraient accepté sous bénéfice d'inventaire. Car la dette se divisant entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires, le créancier serait tenu de supporter pour une part les conséquences de l'insolvabilité du défunt.

466. C'est une question très discutée que celle de savoir, si, parmi les charges dont l'art. 724 déclare l'héritier saisi tenu indéfiniment, figurent les legs faits par le défunt. En d'autres termes, l'héritier saisi est-il tenu etiam ultra vires hereditatis du paiement des legs, comme de celui des dettes ? ⁵⁹ Doit-il nécessairement, pour se soustraire à l'obligation indéfinie d'exécuter les dispositions testamentaires, accepter sous bénéfice d'inventaire ou répudier ? L'affirmative paraît bien résulter de la généralité des termes de l'art. 724, qui impose aux héritiers saisis l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession. En vain, pour échapper à cet argument, on se prévaut de ce que, dans l'art. 1009, le mot charges, employé conjointement avec le mot dettes, ne comprend pas les legs, ainsi que le prouve la partie finale de l'article, qui contient une disposition spéciale relative aux legs. De ce que, dans un cas particulier, le législateur a donné au mot charges une signification restreinte, il ne s'ensuit pas qu'il l'ait employé partout ailleurs dans le même sens. Le mot

charges a un sens aussi général que possible, comme le prouve l'art. 724 qui l'emploie tout seul pour désigner même les dettes du défunt. Et d'ailleurs, si on admet qu'il ne comprend pas les legs dans les nombreux textes où le législateur parle des dettes et charges, on est obligé de reconnaître qu'il ne s'applique guère qu'aux frais funéraires ; or il est peu probable que le législateur l'ait si souvent employé pour désigner cette charge unique. — L'opinion contraire se prévaut à tort également de ce que l'art. 802, qui indique les effets du bénéfice d'inventaire, décide qu'il procure à l'héritier l'avantage de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument « du paiement des dettes de la succession », sans ajouter et des charges, supposant ainsi que le bénéfice d'inventaire n'est pas nécessaire à l'héritier pour n'être tenu qu'intra vires du paiement des charges et principalement des legs. Cet argument reçoit à notre avis deux réponses. D'abord s'il était fondé, il conduirait à dire que l'héritier n'a pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour n'être tenu qu'intra vires du paiement des frais funéraires, qui sont, de l'avis de tous, non une dette, mais une charge de la succession ; or c'est ce que personne n'admet. Et d'autre part le même article ajoute immédiatement que le bénéfice d'inventaire donne à l'héritier l'avantage « de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires ». Du paiement des dettes ; et aussi des charges, bien évidemment, même des legs, car la loi parle d'un abandon fait aux légataires. Le législateur considère donc ici les legs comme compris sous la dénomination générale de dettes, et donne à entendre très clairement que le bénéfice d'inventaire est nécessaire à l'héritier pour lui permettre de se libérer par l'abandon des biens, ou par un paiement jusqu'à concurrence de leur valeur, soit à l'égard des créanciers, soit même à l'égard des légataires. Après cela, il paraît importer assez peu que, dans notre ancien droit,

l'héritier ne fût jamais tenu du paiement des legs qu'intra vires hereditatis. Nous verrons d'ailleurs (infra, n. 603) qu'il est bien difficile de donner une explication satisfaisante de l'art. 783 dans le système qui veut que l'héritier ne soit tenu qu'intra vires du paiement des legs indépendamment du bénéfice d'inventaire, et ce texte fournit ainsi un appoint considérable à la théorie que nous venons de développer. La cour de cassation s'est prononcée très nettement dans ce sens. Les cours d'appel sont divisées sur cette question et la solution opposée semble l'emporter en doctrine. V. les références sous Cass., 1^{er} août 1904, D., 04. 1. 513, S., 05. 1. 13.

467. L'ancienne maxime « Le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder » donnait clairement à entendre que la saisine n'était attribuée aux parents légitimes du défunt qu'autant qu'ils étaient appelés à sa succession. L'art. 724 a voulu exprimer la même pensée ; car, ainsi que nous l'avons vu plus haut, il n'a fait que rajeunir le style de l'ancienne formule. C'est donc à tort qu'on s'est prévalu de ces expressions « Les héritiers légitimes sont saisis... », pour soutenir que, dans notre droit actuel, la saisine appartient collectivement à tous les parents légitimes du défunt au degré successible, même à ceux qui sont exclus de la succession par des parents plus proches. Celle interprétation serait acceptable, si la loi disait : Les parents légitimes sont saisis. Mais elle dit, ce qui est fort différent : « Les héritiers légitimes... ». Or, tous les parents légitimes au degré successible n'ont pas la qualité d'héritiers du défunt, mais seulement ceux qui sont en ordre utile pour succéder ; et, comme il peut y en avoir plusieurs, il est tout simple que notre article ait employé le pluriel. Toutefois, si le parent ou les parents légitimes appelés au premier rang renoncent à la succession, la saisine passera sur la tête des parents appelés à leur défaut, et sera même censée leur avoir appartenu a die

mortis (arg. art. 777 et 785). La saisine est donc déferée successivement aux parents légitimes, dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, et non collectivement à tous ces parents jusqu'au douzième degré. Cpr. Paris, 30 déc. 1912, D., 13. 2. 89.

Mais, s'il y a plusieurs parents appelés simultanément à la succession, plusieurs enfants du défunt par exemple, la saisine leur est déferée à tous collectivement, d'une manière indivisible : ce qui permet à chaque cohéritier de revendiquer contre un tiers la totalité de l'hérédité, d'en prendre possession, d'administrer l'ensemble des biens héréditaires, solution éminemment avantageuse au point de vue pratique. Un arrêt de la cour de cassation du 29 avril 1897 (D., 97. 1. 409) déduit du principe de l'indivisibilité celle autre conséquence, que si l'un des héritiers réservataires est légataire de la quotité disponible, il n'a pas besoin d'agir contre les autres pour avoir droit aux fruits et intérêts des biens compris dans son legs. Cet arrêt considère ainsi le principe de l'indivisibilité comme s'appliquant même dans les rapports des héritiers entre eux, tandis que la plupart des auteurs le considèrent comme ne devant recevoir son application que dans les rapports des héritiers avec les tiers et seulement jusqu'au partage.

CHAPITRE II

DES QUALITÉS REQUISES POUR SUCCÉDER

468. Les dispositions contenues dans ce chapitre s'appliquent aux successeurs irréguliers comme aux héritiers légitimes ou naturels (argument tiré du mot succéder qui est général). Mais elles sont étrangères aux donataires et aux légataires, régis à cet égard par des dispositions spéciales. Voyez notamment art. 906, 912, 955 et 1046.

469. A les qualités requises pour succéder toute personne qui n'est ni incapable ni indigne.

L'incapacité et l'indignité doivent être soigneusement distinguées. La première empêche d'acquérir le droit héréditaire ; la seconde empêche seulement de le conserver. Ensuite l'incapacité a lieu de plein droit ; l'indignité, au moins suivant l'opinion générale, ne peut résulter que d'une décision judiciaire qui la prononce. Enfin l'incapacité met celui qui en est frappé dans l'impossibilité d'acquérir une succession quelconque, tandis que l'indignité ne s'applique qu'à une succession déterminée ; elle est donc essentiellement relative.

I. De l'incapacité.

470. Est capable de succéder toute personne qui n'en est pas déclarée incapable par la loi. Le code civil établit deux causes d'incapacité : 1° le défaut d'existence de l'héritier lors de l'ouverture de la succession ; 2° l'extranéité de l'héritier.

1° Défaut d'existence de l'héritier lors de l'ouverture de la succession.

471. L'art. 725 dispose : « Pour succéder, il faut nécessairement

» exister à l'instant de l'ouverture de la succession. — Ainsi, sont

» incapables de succéder, — 1° Celui qui n'est pas encore conçu ; —

» 2° L'enfant qui n'est pas né viable ; — 3° Celui qui est mort civilement ». Cpr. art. 135 et 136. Nul ne peut acquérir un droit, de quelque nature qu'il soit, qu'à la condition d'exister lors de l'ouverture de ce droit ; car c'est à ce moment que le droit se fixe, et il ne saurait se fixer dans le vide. De là le principe que, pour succéder, il faut nécessairement exister lors de l'ouverture de la succession.

Voici deux applications de ce principe :

1° Celui qui a cessé d'exister lors de l'ouverture d'une succession ne peut pas succéder. C'est pourquoi notre article déclarait incapable de succéder le mort civilement, application qui ne peut plus se présenter depuis que la mort civile est abolie. Il sous-entendait que la même incapacité frappe celui qui est mort naturellement. Ainsi une personne meurt, laissant comme plus proches parents deux cousins germains et les enfants d'un autre cousin germain décédé quelques jours auparavant. La succession reviendra tout entière aux deux cousins germains survivants. Les enfants du cousin germain prédécédé ne pourront pas en réclamer une partie du chef de leur père ; car le droit héréditaire n'a pu se fixer sur la tête de celui-ci, puisqu'il était mort à l'époque de l'ouverture de la succession. N'ayant rien acquis, il n'a rien pu transmettre, Cpr. *infra*, n. 504.

2° Celui qui n'a pas encore commencé d'exister à l'instant de l'ouverture de la succession ne peut pas succéder. De là l'incapacité dont notre article frappe celui

qui n'est pas encore conçu Ainsi, un homme et une femme légitimement mariés ont deux enfants, Primus et Secundus ; Primus meurt, et un autre enfant, Tertius, naît un an après sa mort. Ce dernier n'a eu aucun droit dans la succession de son frère défunt, parce qu'il n'était pas encore conçu lors de son ouverture.

472. En disant que l'enfant non conçu est incapable de succéder, la loi dit implicitement que l'enfant conçu peut succéder. C'est une application de la règle *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*.

Et toutefois, pour que le droit de succession puisse se fixer sur la tête d'un enfant qui n'est encore que conçu lors de l'ouverture, la loi exige que cet enfant naisse vivant et viable. L'enfant conçu est donc capable de succéder sous la condition qu'il naîtra vivant et viable.

a. Il faut que l'enfant naisse vivant. *Qui mortui nascuntur, liberorum loco non sunt*.

b. L'enfant doit en outre naître viable, c'est-à-dire ayant l'aptitude à vivre, *vitæ habilitas*. Ne satisfait pas à cette condition l'enfant qui naît avec une constitution tellement défectueuse que son existence ne peut se prolonger au delà d'un temps très court. La loi assimile à l'enfant mort né celui qui ne naît que pour mourir ; il ne pourra donc pas succéder La question de viabilité est une question de fait, que le juge aurait à résoudre au cas de contestation en s'aidant au besoin du secours des gens de l'art.

On dira peut-être : La question de viabilité ou de non-viabilité ne peut jamais se poser que pour un enfant mort très peu de temps après sa naissance ; or, qu'importe que cet enfant ait été ou non apte à succéder, puisqu'il n'existe plus ? Pour lui, sans doute, il importe peu : mais pour d'autres, il peut importer beaucoup. Le passage sur la terre d'un enfant qui a vécu quelques heures peut exercer une influence considérable sur la dévolution d'une succession, s'il est reconnu que cet enfant était viable. Ainsi, un homme marié meurt sans enfant, laissant sa femme enceinte ;

celle-ci accouche peu de temps après d'un enfant qui meurt au bout de quelques heures. Cet enfant est-il né viable ? Il est devenu héritier de son père, et a transmis en mourant la succession de celui-ci à sa mère, pour la moitié au moins (art. 746), pour la totalité peut-être (art. 755 al. 2). L'enfant, au contraire, est-il né non viable ? Il n'a pu succéder à son père, ni par conséquent transmettre la succession de celui-ci. Cette succession ira tout entière aux parents les plus proches du père, peut-être à des collatéraux au douzième degré, à l'exclusion de la mère et sauf le droit d'usufruit du nouvel art. 767.

473. Conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, celui qui réclame une succession de son propre chef doit prouver, en cas de contestation, que le droit héréditaire s'est fixé sur sa tête, et par conséquent qu'il était au moins conçu à l'époque de l'ouverture. Celui qui réclame une succession du chef d'une personne décédée sera tenu également de prouver que son auteur était au moins conçu lors de l'ouverture de la succession, et peut-être en outre que cet auteur est né vivant et viable.

Comment se fera la preuve de la conception à l'époque, de l'ouverture ? Les présomptions légales écrites dans les art. 312 et suivants seront-elles ici applicables ? Le réclamant pourra-t-il les invoquer pour prouver que l'enfant était conçu lors de l'ouverture ? Pourra-t-on les invoquer contre lui pour établir qu'il n'était pas conçu à cette même époque ?

La jurisprudence et quelques auteurs à sa suite admettent l'affirmative. L'époque de la conception ne peut, dit-on, se déterminer que par des présomptions. Le législateur le savait bien ; et s'il n'en a formulé aucune pour le cas qui nous occupe, c'est qu'il a entendu se référer à celles qu'il avait déjà établies en matière de légitimité.

Cette solution est d'une extrême simplicité, et, législativement, elle serait probablement la meilleure. Mais elle se heurte à une objection d'une extrême gravité qui

nous empêche d'y adhérer. Les présomptions légales sont de droit étroit ; elles ne peuvent sous aucun prétexte être étendues d'un cas à un autre (arg. art. 1350 al. 1). C'est violer ce principe que d'appliquer en matière de succession des présomptions établies en vue de la légitimité seulement.

* Tout au plus pourrait-on admettre avec la majorité des auteurs, et encore il serait peut-être plus sûr de ne pas faire cette concession, que les présomptions dont il s'agit sont applicables, lorsque la question de succession se trouve mêlée à une question de légitimité. La question de succession serait mêlée à la question de légitimité dans l'espèce suivante. Un enfant naît le trois centième jour à dater de la mort du mari de sa mère. Soutenir que cet enfant n'a pas le droit de succéder au mari de sa mère, parce que sa conception est postérieure à la mort de celui-ci, c'est, dit-on, prétendre du même coup que cet enfant n'est pas légitime. La question de succession est ici étroitement liée à la question de légitimité ; pour mieux dire, les deux questions n'en font qu'une. L'enfant, auquel on ne peut dénier le droit d'invoquer la présomption de l'art. 315 à l'effet d'établir sa légitimité, pourra, d'après l'opinion générale, invoquer cette même présomption à l'effet d'établir sa qualité d'héritier. — Au contraire, la question de succession serait indépendante de la question de légitimité dans cette seconde hypothèse. Un enfant, dont la légitimité n'est pas contestée, est né le trois centième jour après le décès d'un de ses frères ; il vient réclamer une partie de la succession de ce frère, se prétendant conçu à l'époque du décès de celui-ci. Suivant l'opinion générale, il ne pourrait pas invoquer les présomptions légales des art. 312 s., à l'effet d'établir sa conception lors de l'ouverture de la succession, parce que sa légitimité n'est pas en cause.

En admettant que les présomptions légales des art. 312 s. n'ont pas force de loi pour établir l'époque de la conception

d'un enfant, en tant qu'il s'agit d'un droit de succession, comment les intéressés feront-ils cette preuve ? Conformément au droit commun, qui doit s'appliquer toutes les fois que la loi n'y déroge pas. Ici donc les présomptions légales ne s'imposeront pas au juge ; il pourra seulement se les approprier comme présomptions simples ; car il s'agit d'un simple fait, d'un fait non juridique, et par cela même la preuve testimoniale est admissible (t. II, n. 576), ainsi que les présomptions simples (art. 1353)

2° Extranéité de l'héritier.

474. Aux termes de l'art. 726 : « Un étranger n'est admis à succéder

- » aux biens que son parent, étranger ou Français, possède
- » dans le territoire, du Royaume, que dans les cas et de la manière

- » dont un Français succède à son parent possédant des biens dans

- » le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article

- » 11 au titre de la Jouissance et de la Privation des Droits
- » civils ». Cet article, qui contenait une des applications les plus importantes du principe de réciprocité établi par l'art. 11, a été abrogé par l'art. 1 de la loi du 14 juillet 1819. Infra, n. 1362.

L'art. 2 de la loi ajoute : « Dans le cas de partage d'une même

- » succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront

- » sur les biens situés en France une portion égale à la

- » valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus,

- » à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

Eclaircissons ce texte par un exemple. Un homme meurt, laissant des biens, d'une valeur de 60.000 fr., situés en France, et d'autres, situés en Angleterre, d'une valeur de 40.000 fr. ; ses héritiers sont deux enfants, dont un est Français et l'autre Anglais, par suite d'une naturalisation par exemple. D'après la loi française, les deux enfants doivent succéder par portions égales. Mais la loi anglaise, on le suppose, attribue tous les biens situés en Angleterre au cohéritier anglais, à l'exclusion du Français. Ce dernier aura le droit de prélever sur les biens de France, biens meubles ou immeubles, peu importe, une portion d'une valeur égale à celle des biens situés en Angleterre, dont il est exclu, soit une portion valant 40.000 fr. L'égalité voulue par la loi française sera ainsi rétablie entre les cohéritiers, et l'excédent des biens situés en France, soit 20.000 fr., se partagera entre eux par portions égales, de sorte qu'ils obtiendront ainsi en définitive chacun 50.000 fr. C'est un moyen de compenser, dans la mesure du possible, le préjudice que cause à des héritiers français l'application d'une loi étrangère contraire aux prescriptions de notre loi nationale.

Modifions un peu l'espèce précédente. Les deux enfants du défunt sont l'un et l'autre Français. La loi anglaise, on le suppose, attribue tous les biens situés en Angleterre à l'aîné. Le puîné pourra-t-il, pour rétablir à son profit l'égalité voulue par la loi française, opérer sur les biens situés en France le prélèvement autorisé par notre article ? L'affirmative est admise en doctrine et en jurisprudence. Le doute que peut laisser à cet égard le texte, qui suppose un concours entre cohéritiers dont les uns sont Français et les autres étrangers, disparaît, si l'on interroge l'esprit de la loi et les travaux préparatoires. Alger, 30 juin 1896, D., 97. 2. 121. Cpr. Aix, 7 mars 1910, S., 12. 2. 153, D., 13. 2. 55, et les notes.

Supposons enfin, modifiant une dernière fois notre espèce, que les deux enfants appelés à la succession soient

Anglais. La loi anglaise attribue par hypothèse tous les biens situés en Angleterre à l'aîné ; le puîné pourra-t-il opérer sur les biens situés en France le prélèvement autorisé par notre article ? Non. L'esprit de la loi s'y oppose non moins que son texte : car il s'agit d'une faveur accordée aux héritiers français.

* Une succession, qui comprend des biens situés en France et des biens situés en pays étranger, s'étant ouverte au profit de plusieurs héritiers dont les uns sont étrangers et les autres Français, ceux-ci sont exclus des biens situés à l'étranger par une disposition testamentaire nulle d'après la loi française, mais valable d'après la loi étrangère, par exemple par une disposition testamentaire émanée d'un mineur de seize ans (art. 903). Les cohéritiers français pourront-ils effectuer sur les biens de France le prélèvement autorisé par l'art. 2 ? Oui ; car l'exclusion des cohéritiers français quant aux biens situés en pays étranger résulte en définitive de la loi étrangère qui valide une disposition testamentaire nulle d'après la loi française, et on se trouve ainsi dans les termes de l'art. 2 : « dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales ».

II. De l'indignité.

475. Définition. — L'indignité est une exclusion de la succession prononcée à titre de peine contre l'héritier qui s'est rendu coupable envers le défunt ou sa mémoire de certains faits limitativement déterminés par la loi. L'indignité suppose la capacité.

1. Des causes d'indignité.

476. S'il est une matière d'où il importe de bannir l'arbitraire du juge, c'est surtout celle de l'indignité ; car il

s'agit d'une déchéance, et d'une déchéance grave. Aussi doit-on savoir gré au législateur de 1804 d'avoir, contrairement aux traditions de notre ancien droit, déterminé limitativement les causes d'indignité. Elles sont énumérées dans l'art. 727, ainsi conçu : « Sont indignes de » succéder, et comme tels, exclus des successions, — Celui qui

» serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au

» défunt ; — 2° Celui qui a porté contre le défunt une accusation

» capitale jugée calomnieuse ; — 3° L'héritier majeur qui, instruit

» du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice ».

Il y a donc trois causes d'indignité, qu'il nous faut étudier successivement.

477. I. La première atteint « celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ». « On n'hérite pas de ceux qu'on assassine », a dit à ce sujet Siméon, l'orateur du tribunal, après Corneille

Notre texte exige, pour qu'il y ait lieu A cette première cause d'indignité : 1° que l'héritier ait été condamné ; 2° qu'il l'ait été pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.

1° Il faut d'abord que l'héritier ait subi une condamnation devenue définitive, et entendez une condamnation pénale. Donc l'héritier qui a donné la mort au défunt n'encourt pas l'indignité, toutes les fois que, pour une cause quelconque, il ne peut pas, ou ne peut plus être condamné. L'héritier ne peut pas être condamné, lorsque l'homicide qu'il a commis n'est pas punissable, par exemple s'il était en état de démence au temps de l'action (C. pén., art. 64), ou en état de légitime défense (C. pén., art. 328), ou si, étant majeur de treize ans et mineur de dix huit ans, il était déclaré avoir agi sans discernement, car alors il doit être acquitté (C.

pén., art. 66. Voir aussi L. 22 juil. 1912, art. 1). — L'héritier ne peut plus être condamné, lorsque sa condamnation a cessé d'être possible : ce qui peut arriver soit par suite de sa mort (C. l. cr., art. 2, soit par suite de la prescription de l'action publique (C. l. cr., art. 637), soit par l'effet d'une amnistie.

2° Il faut que l'héritier ait été condamné « pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt ».

La plupart des auteurs ajoutent : ou comme complice du meurtre du défunt ; car, dit-on, notre loi pénale assimile le complice à l'auteur du crime (C. pén., art. 59), de même qu'elle assimile la tentative au crime consommé (C. pén., art. 2,. — Au point de vue de la pénalité, c'est incontestable. Mais le législateur ne dit pas que le complice soit assimilé à tous égards à l'auteur du crime, et c'est peut-être dépasser sa disposition — ce qui n'est pas permis dans notre matière où l'interprétation restrictive est de rigueur — que d'étendre l'assimilation à l'indignité. D'autre part, notre article déclare indigne celui qui a été condamné pour avoir « donné ou tenté de donner la mort... » ; or le complice est condamné pour avoir prêté son assistance à ceux qui ont commis le crime : ce qui est autre chose.

D'ailleurs, du moment que l'héritier a été condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt, peu importe qu'il ait obtenu une diminution de peine par suite de l'admission des circonstances atténuantes ou même par l'effet d'une excuse (C. pén., art. 321 et 326) ; car, malgré ces adoucissements, il reste toujours vrai de dire qu'il a été condamné comme meurtrier. A plus forte raison, la prescription de la peine ou la grâce obtenue par l'héritier, condamné comme meurtrier du défunt, ne changerait-elle rien à sa situation ; car la prescription de la peine et la grâce laissent subsister la condamnation.

Mais l'héritier qui aurait été condamné comme coupable d'un simple homicide par imprudence n'encourrait pas l'indignité. Il est alors condamné pour son imprudence, et

non « pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt » ; ce qui signifie : pour meurtre du défunt consommé ou simplement tenté. Même solution en ce qui concerne l'héritier qui aurait été condamné pour coups et blessures ayant occasionné la mort sans l'intention de la donner : il est condamné non pour avoir donné la mort, mais pour l'avoir occasionnée.

478. II. La seconde cause d'indignité atteint « celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse ». Au lieu de une accusation, il aurait fallu dire : une dénonciation ou une plainte ; car, dans notre droit, le rôle d'accusateur n'appartient plus aux simples particuliers, comme en droit romain, mais bien aux magistrats du ministère public.

Pour que la dénonciation ou la plainte de l'héritier contre le défunt entraîne l'indignité, il faut :

1° Qu'elle soit capitale, c'est-à-dire susceptible, en la supposant l'ondée, d'entraîner l'application d'une peine capitale. Entendez par là une peine *quæ ad capitis periculum pertinet*, c'est-à-dire la peine de mort. L'accusation capitale est donc celle qui met la tête en péril.

2° Qu'elle soit jugée calomnieuse, c'est-à-dire qu'une décision judiciaire ait prononcé une peine contre le dénonciateur, qui a été reconnu calomniateur.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette cause d'indignité, dont la jurisprudence n'offre aucun exemple.

479. III. Nous arrivons à la troisième cause d'indignité. Est indigne « l'héritier majeur, qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice ». En contribuant par son silence à l'impunité du meurtrier, il se fait en quelque sorte son complice. Cette cause d'indignité paraît se rattacher aux mœurs germanes, d'après lesquelles il y avait solidarité entre les membres d'une même famille, de sorte que l'affront fait à l'un appelait la vengeance des autres. D'ailleurs, l'héritier est tenu seulement de dénoncer

le meurtre, mais non le meurtrier, alors même qu'il le connaîtrait.

La loi n'ayant pas déterminé le délai dans lequel la dénonciation doit être faite, le juge, en cas de contestation sur ce point, aurait à apprécier, d'après les circonstances, s'il y a une négligence coupable de l'héritier, et s'il a par suite encouru ou non l'indignité.

Notre texte dit : « l'héritier majeur ». Donc la cause d'indignité qui nous occupe ne pourrait pas atteindre un héritier mineur ; son silence peut être attribué à l'inexpérience de son âge. Mais, une fois devenu majeur, il encourrait l'indignité pour défaut de dénonciation ; la dispense résultant de la minorité cesse avec elle.

Le défaut de dénonciation ne pourrait pas non plus être opposé à l'héritier interdit, ni même à celui qui, sans être interdit, serait privé de raison. Et toutefois cette immunité cesserait, comme la précédente, avec sa cause.

480. Aux termes de l'art. 728 : « Le défaut de dénonciation ne

» peut être opposé aux ascendants et descendants du meurtrier, ni

» à ses alliés au même degré, ni à son époux ou à son épouse, ni

» à ses frères ou sœurs, ni à ses oncles et tantes, ni à ses neveux et

» nièces ».

Lorsque l'héritier est le proche parent ou allié du meurtrier, son silence a une cause légitime. L'honneur de la famille dont il est membre, et l'affection qu'il doit naturellement porter au coupable, lui font un devoir de ne pas le livrer indirectement à la justice en dénonçant son crime.

Et toutefois, il faut bien reconnaître que l'héritier ne pourra pas toujours profiter de l'immunité que le législateur a voulu lui accorder. Supposez qu'il soit établi que l'héritier a eu connaissance du meurtre du défunt ; il a

gardé le silence, parce qu'il connaissait, on le suppose, le meurtrier qui était son fils ; lui seul le sait, et il garde son secret ! Dans ces conditions, les intéressés demandent qu'il soit écarté de la succession comme indigne, pour n'avoir pas dénoncé le meurtre du défunt. L'héritier se trouvera dans une cruelle situation. Il n'a qu'un moyen, en effet, d'échapper à la déclaration d'indignité dont on le menace, c'est de dire : « Le meurtrier est mon fils, je n'étais donc pas tenu de dénoncer le meurtre ». De sorte que, pour se disculper de n'avoir pas dénoncé le meurtre, l'héritier sera obligé de dénoncer le meurtrier. Souvent il préférera en pareil cas garder le silence, et se laisser exclure comme indigne. Le mal sera irréparable, alors même que le coupable serait découvert plus tard, si du moins la sentence judiciaire qui exclut l'héritier comme indigne n'est plus susceptible d'être attaquée par aucune voie de recours soit ordinaire, soit extraordinaire. Les bonnes intentions du législateur pourront donc être paralysées. Mais le moyen de mieux faire !

En résumé, il faut donc reconnaître que l'héritier ne pourra guère mettre à profit la dispense de dénonciation, établie par notre article, que lorsque le meurtrier sera connu de la justice.

* Les mots ni à ses alliés au même degré, qui se trouvent au milieu de l'art. 728, doivent être rejetés à la fin. L'historique de la rédaction de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. L'exception établie par notre article ne profitera donc pas seulement aux alliés du meurtrier en ligne ascendante ou descendante, mais aussi à ses alliés au degré de frère, et sœur, oncle et tante, neveu et nièce.

2. De la déclaration d'indignité.

481. Les textes semblent indiquer que l'indignité est encourue de plein droit, comme l'incapacité. La formule légale est la même. Sont indignes, dit l'art. 727, comme

l'art. 725 al. 2 a dit : « Sont incapables ». La jurisprudence est en ce sens. Bordeaux, 1^{er} déc. 1853, D., 54. 2. 157, S., 54. 2. 225, et Poitiers, 25 juin 1856, D., 56. 2. 195. V cep. Douai, 25 juin 1891, D., 92. 2. 89. Au contraire, la grande majorité des auteurs admettent que l'indignité ne peut produire ses effets que lorsqu'elle a été déclarée ou prononcée par une sentence judiciaire. Jusque-là elle n'existerait donc en quelque sorte qu'à l'état latent.

On se fonde principalement sur les deux considérations suivantes :

1° C'était la solution admise dans notre ancien droit. « Nous considérons l'indigne, dit Lebrun, comme un successeur légitime qui ne peut être privé de ses droits que par la déclaration qui doit être faite en justice de son indignité ». Et Pothier nous dit à son tour : « L'indignité n'a pas lieu de plein droit, elle doit être prononcée ». — Cet argument a peu de valeur. Dans notre ancien droit la déclaration d'indignité ne pouvait être que l'œuvre du juge, puisque la détermination des causes d'indignité était laissée à son arbitraire, tandis qu'aujourd'hui la déclaration d'indignité est l'œuvre de la loi qui détermine limitativement les causes d'indignité.

2° Il y a d'ailleurs un cas dans lequel il est impossible que l'indignité soit encourue de plein droit, c'est celui prévu par l'art. 727-3°. L'indignité dépend ici d'une appréciation que le juge seul peut faire : il s'agit de savoir si l'on peut reprocher une négligence coupable à l'héritier, qui n'a pas déclaré à la justice le meurtre du défunt dont il était instruit. Si l'on reconnaît que l'intervention du juge est nécessaire dans ce cas pour prononcer l'indignité, il faut logiquement admettre qu'elle l'est aussi dans les autres ; car la règle doit toujours être la même.

* Régulièrement, c'est le tribunal civil du domicile du défendeur qui est compétent pour statuer sur la demande en déclaration d'indignité (arg. art. 59 al. 1 C. pr.). Cette

demande peut aussi être formée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, incidemment à une action en partage dont ce tribunal serait saisi. Il est plus douteux qu'elle puisse l'être, comme l'enseignent quelques auteurs, devant le tribunal criminel appelé à prononcer l'une des condamnations dont parle l'art. 727, et incidemment à l'action publique dont ce tribunal serait saisi. L'argument qu'on tire en faveur de cette solution de l'art. 3 C. I. cr., est peu concluant. L'action civile que ce texte permet d'intenter incidemment à l'action publique et devant les mêmes juges, est l'action en réparation du préjudice causé par l'infraction, dont parle l'article précédent. L'action en déclaration d'indignité a-t-elle ce caractère ?

482. Par qui peut être formée la demande en déclaration d'indignité. — Dans le silence de la loi sur ce point, il faut appliquer le droit commun, qui accorde l'exercice d'une action à tout intéressé ; l'intérêt est la mesure des actions. La demande en déclaration d'indignité pourra donc être formée :

1° Par les cohéritiers de l'indigne ; ils ont intérêt à l'exclure pour prendre sa part (arg. art. 786).

2° Par les héritiers du degré subséquent, si l'indigne est seul héritier de son degré ; car ils prendront sa place après l'avoir fait exclure.

3° Par les donataires ou légataires du défunt, au cas où, l'indigne étant héritier réservataire, sa présence les menacerait d'une réduction.

L'action en déclaration d'indignité dure trente ans. Arg. art. 2262.

483. Contre qui l'indignité peut être prononcée. — La déclaration d'indignité peut être poursuivie contre l'indigne s'il est vivant, et après son décès contre ses héritiers auxquels il a transmis la succession du défunt confondue dans la sienne. Cette circonstance, que l'indigne est mort avant la prononciation de son indignité, peut-être pendant le cours de l'instance en déclaration d'indignité, ne doit pas

profiter à ses héritiers. On objecte que l'indignité est une peine, et que, ainsi que le disait Lebrun, « la peine suit le coupable et ne le passe pas ». Adde arg. art. 2 C. I. cr. Mais cela n'est vrai que des peines proprement dites, telles que l'emprisonnement, l'amende ; or l'indignité est une déchéance plutôt qu'une peine. Autre chose est prononcer une peine contre les héritiers d'un homme décédé, autre chose leur faire subir les conséquences d'une déchéance encourue par leur auteur. Quant à l'argument que l'opinion contraire lire de l'art. 957, il suffit de faire remarquer que cet article déroge au droit commun, et qu'à ce titre il ne saurait être étendu d'un cas à un autre, même en vertu d'un argument a fortiori.

3. Des effets de l'indignité.

484. Nous étudierons successivement les effets de l'indignité : à l'égard des personnes appelées à profiter de l'exclusion de l'indigne ; à l'égard des tiers ; à l'égard des enfants de l'indigne.

a. Effets de l'indignité à l'égard des personnes appelées à profiter de l'exclusion de l'indigne.

485. Dans ses rapports avec ceux qui sont appelés à recueillir la succession ou la part de succession à laquelle il était appelé, l'indigne est censé n'avoir jamais été héritier ; la déclaration judiciaire d'indignité entraîne une résolution rétroactive de son droit, une résolution ex tunc. En outre la loi traite l'indigne comme un possesseur de mauvaise foi. Cette double proposition s'induit de l'art. 729 ainsi conçu :
« L'héritier exclu de la succession pour
» cause d'indignité, est tenu de rendre tous les fruits et les revenus
» dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession ». Cpr. art. 549.

Ce texte étant conçu dans les termes les plus généraux, il faut en induire que la restitution à faire par l'héritier indigne doit comprendre même les fruits qu'il a perçus à une époque où la cause de l'indignité n'existait pas encore. Nous songeons au cas prévu par l'art. 727-3° : l'héritier, déclaré indigne pour n'avoir pas dénoncé à la justice le meurtre du défunt, devra restituer même les fruits qu'il a perçus à une époque où il ignorait encore le crime. Il ne tenait d'ailleurs qu'à lui de les conserver, puisqu'il lui suffisait pour cela de faire la dénonciation exigée par la loi. On peut donc sans injustice l'obliger à les restituer.

* D'ailleurs l'héritier indigne ne peut pas, pour échapper en partie à la restitution qui lui est demandée, invoquer la prescription quinquennale de l'art. 2277. Cette prescription ne concerne pas les restitutions.

Si l'indigne doit restituer les fruits des biens héréditaires, à plus forte raison doit il restituer les biens héréditaires eux-mêmes avec tous les accroissements naturels qu'ils ont pu recevoir et tous leurs accessoires. La loi s'est expliquée sur la restitution des fruits, parce qu'il pouvait y avoir quelque doute, le possesseur ayant quelquefois le droit de conserver les fruits des biens qu'il est obligé de restituer : elle assimile l'indigne à un possesseur de mauvaise foi. Quant à la restitution des biens, elle allait de soi, et il était inutile d'en parler.

Signalons deux autres conséquences de notre principe :

1° L'héritier indigne a le droit de se faire rembourser par ceux qui profitent de son exclusion le montant des dettes héréditaires qu'il aurait payées de ses deniers.

* 2° La déclaration d'indignité fait disparaître les effets de la confusion qui s'était produite soit au profit de l'héritier indigne, soit contre lui. Les droits personnels ou réels, éteints par la confusion, renaîtront donc, ou mieux seront censés n'avoir jamais cessé d'exister.

b. Effet, de l'indignité à l'égard des tiers.

486. Dans ses rapports avec les tiers, l'indigne doit être considéré, d'après l'opinion générale, comme ayant été héritier jusqu'au jour de la déclaration judiciaire d'indignité ; la résolution de son droit se produit ici sans effet rétroactif, ex nunc, car nous ne trouvons pas de texte qui édicte ou suppose la rétroactivité. Les droits consentis par l'indigne sur les biens héréditaires avant la déclaration judiciaire d'indignité devront donc être maintenus ; on annulera seulement comme émanant a non domino ceux qu'il aurait constitués postérieurement à cette époque. Ainsi les constitutions de servitudes ou d'hypothèques, les aliénations à titre onéreux ou même à titre gratuit de biens héréditaires, les baux consentis par l'indigne après la déclaration judiciaire d'indignité, seront considérés comme non avenus. Au contraire il y aurait lieu de maintenir les actes de cette nature accomplis auparavant, sauf l'obligation pour l'indigne de restituer à ceux qui doivent profiter de son exclusion tout le profit qu'il a pu retirer de ces actes, notamment les prix de vente par lui perçus, et sauf aussi les dommages et intérêts qui pourraient lui être réclamés par application de l'art. 1382.

* Cependant les droits des tiers, qui auraient traité avec l'indigne antérieurement à la déclaration judiciaire d'indignité, pourraient être annulés, s'il y avait eu concert frauduleux entre eux et l'indigne (arg. art. 1167).

c. Effets de l'indignité à l'égard des enfants de l'indigne.

487. Dans notre ancien droit, les enfants de l'indigne étaient exclus pour la faute de leur père. L'art. 730 a fait cesser cette injustice ; il dit dans sa première partie : « Les enfants de l'indigne, venant à

» la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation,

» ne sont pas exclus pour la faute de leur père ». Les mots sans le secours de la représentation seront facilement

compris, lorsque nous aurons traité de la représentation ; nous y reviendrons d'ailleurs sous l'art. 744. Ne nous en préoccupons pas pour le moment et arrêtons-nous seulement à celle partie de notre disposition qui déclare que les enfants de l'indigne ne sont pas exclus pour la faute de leur père. La pensée du législateur est que les conséquences de la faute commise par le père ne doivent pas retomber sur les enfants. Les enfants de l'indigne pourront donc recueillir la succession dont leur père a été exclu, s'ils y sont personnellement appelés en ordre utile. Mais il ne fallait pas, donnant d'une main à l'indigne ce qu'on lui enlevait de l'autre, permettre qu'il pût jouir des biens recueillis par ses enfants. Aussi notre article ajoute-t-il dans sa partie finale : « mais celui-ci [l'indigne] ne peut, » en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit

» que la loi accorde aux pères et mères sur les biens de leurs

» enfants ».

* 488. Tels sont les effets de l'indignité. Elle n'a pas d'autre résultat que d'exclure l'indigne de la succession ab intestat de celui à l'égard duquel il s'est rendu coupable de l'un des faits déterminés par l'art. 727. L'indigne ne perd donc pas le bénéfice des donations entre vifs qu'il aurait reçues du défunt, sauf l'application des art. 955 à 958. Il peut aussi réclamer les legs qui lui auraient été faits par le de cujus, sauf l'application des art. 1046 et 1047. Il y a toutefois controverse sur ce point. D'autre part, l'indigne conserve le droit de représenter celui de la succession duquel il a été exclu, pour recueillir une autre succession. Enfin l'indigne peut acquérir plus tard les biens provenant de la succession dont il a été exclu, en qualité d'héritier de celui à qui ces biens ont été dévolus à sa place

CHAPITRE III

DES DIVERS ORDRES DE SUCCESSION

489. Après avoir traité de l'ouverture des successions et des qualités requises pour succéder, le législateur va s'occuper de la désignation de la personne ou des personnes appelées à recueillir la succession.

La rubrique de notre chapitre semblerait indiquer qu'il contient toutes les dispositions relatives à cet ordre d'idées. Mais il n'y est question en réalité que des successions régulières. Sous le code civil les successions régulières ne comprenaient que celles déférées aux parents légitimes du défunt. Elles comprennent en outre, depuis, la loi du 25 mars 1896, les successions déférées aux enfants naturels du défunt et à ses père et mère naturels. Ces deux ordres de succession sont organisés dans la section VI de notre chapitre, qui a été ajoutée par la loi du 25 mars 1896. Les successions irrégulières font l'objet du chapitre IV et ne comprennent plus aujourd' hui que les successions déférées aux frères et sœurs naturels, au conjoint survivant et à l'Etat. Bordeaux, 1^{er} août 1900, S., 02. 2. 94.

SECTION PREMIÈRE

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

I. Introduction.

490. Les successions régulières étant déférées aux parents du défunt de l'ordre le plus favorable et du degré le

plus rapproché, il est absolument nécessaire, avant d'aborder l'étude de cette matière, de posséder des notions générales sur la parenté, ses divers ordres et la manière d'en compter les degrés. Ayant déjà exposé ces notions dans notre t. I, n. 125 et s., nous nous bornerons ici à donner le texte des art. 735 à 738, dans lesquels ces notions sont condensées, en y ajoutant seulement quelques observations.

ART. 735. La proximité de parenté s'établit par le nombre de générations ; chaque génération s'appelle un degré.

ART. 736. La suite des degrés forme la ligne : on appelle ligne directe la suite des degrés entre personnes qui descendent l'une de l'autre ; ligne collatérale, la suite des degrés entre personnes qui ne descendent pas les unes des autres, mais qui descendent d'un auteur commun. — On distingue la ligne directe, en ligne directe descendante et ligne directe ascendante. — La première est celle qui lie le chef avec ceux qui descendent de lui : la deuxième est celle qui lie une personne avec ceux dont elle descend.

ART. 737. En ligne directe, on compte autant de degrés qu'il y a de générations entre les personnes : ainsi le fils est, à l'égard du père, au premier degré ; le petit-fils au second ; et réciproquement du père et de l'aïeul à l'égard des fils et des petits-fils.

ART. 738. En ligne collatérale, les degrés se comptent par les générations, depuis l'un des parents jusques et non compris l'auteur commun, et depuis celui-ci jusqu'à l'autre parent. — Ainsi, deux frères sont au deuxième degré ; l'oncle et le neveu sont au troisième degré ; les cousins germains, au quatrième ; ainsi de suite.

Il importe beaucoup, en matière de succession, de distinguer les parents paternels des parents maternels. Les parents paternels ou consanguins du défunt sont ses parents du côté paternel, c'est-à-dire son père et tous les parents de celui-ci. De même ses parents maternels ou utérins sont sa mère et tous les parents de celle-ci. Ceux

qui tiennent au défunt par son père et par sa mère tout à la fois sont dits ses parents germains ⁶⁰. Ainsi le frère du défunt issu du même père et de la même mère que lui, est son frère germain ; celui qui a le même père et une mère différente est son frère consanguin ; celui qui a la même mère et un père différent est son frère utérin.

* Il se peut que je sois un parent maternel pour celui qui est mon parent paternel, et réciproquement. Ainsi le fils de ma tante paternelle est mon parent paternel, car il m'est parent par mon père ; mais je suis pour lui un parent maternel, parce que je lui suis parent par sa mère. En matière de succession, la parenté doit être toujours envisagée par rapport au défunt ; car c'est lui qui appelle ses parents à lui succéder. Ainsi le fils de ma tante paternelle ne pourra être appelé à me succéder que dans ma ligne paternelle, et moi, je ne pourrai être appelé à lui succéder que dans sa ligne maternelle. Sauf le cas de la dévolution (art. 755 al. 2).

* 491. Comment se prouve la parenté à l'effet de succéder. — La preuve de la parenté se réduit en définitive à celle de mariages et de naissances. La parenté devra donc régulièrement se prouver par des actes de l'état civil. Exceptionnellement elle peut être établie par tous les autres moyens de preuve qu'autorise l'art. 46, lorsqu'on se trouve dans l'un des cas prévus par cette disposition, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été perdus. Même en dehors de ces deux hypothèses, on admet en jurisprudence et en doctrine, sauf quelques dissidences, que la parenté à l'effet de succéder peut être prouvée par tous les moyens possibles (actes authentiques ou sous-seing privé, preuve par témoins...), lorsqu'il y a lieu pour l'établir de prouver des naissances ou mariages remontant à une époque reculée et que d'ailleurs la question de succession n'est pas liée à une question d'état. En effet, l'art. 46 paraît n'avoir été écrit qu'en vue des naissances ou

mariages relativement récents. Pour les autres, il sera souvent impossible de les prouver par des actes de l'état civil, soit parce qu'ils remontent à une époque antérieure à l'institution de ces actes, soit parce que le réclamant ignore le lieu où se sont accomplis les faits qu'il s'agit de prouver et ne sait où trouver les actes qui en ont été dressés : ce qui amène l'application de l'art. 1348. Cass., 28 juil. 1885, S., 87. 1. 261, 9 avril 1894, S., 94. 1. 288, D., 94. 1. 401, et Bordeaux, 21 nov. 1894, D., 95. 2. 493. Cpr. Cass., 10 nov. 1902, D., 04. 1. 85.

II. Historique.

492. Avant d'arriver au système de succession adopté par le code civil, nous jetterons un rapide coup d'œil sur la législation antérieure.

A. Ancien droit.

493. La matière des successions ab intestat est une de celles où l'on peut constater la plus grande divergence de vues entre la législation des pays de droit écrit et celle des pays coutumiers.

494. 1. Pays de droit écrit. On y suivait, sauf quelques modifications, le système de succession admis dans le dernier état du droit romain (novelles 118 et 127). Voici les principaux traits de ce système. La succession était dévolue en première ligne aux héritiers du choix du défunt ; la liberté de tester était alors presque illimitée. A défaut d'héritier testamentaire, la succession, c'est-à-dire le patrimoine du défunt, comprenant tous ses biens, sans aucun égard à leur nature ou à leur origine, revenait à l'héritier désigné par la loi, qui s'inspirait surtout, pour cette désignation, de la volonté probable du défunt. A cet effet, elle établissait trois ordres d'héritiers : les

descendants, appelés en première ligne ; à défaut de descendants, les ascendants ; enfin les collatéraux, appelés en général à défaut d'ascendants seulement. Dans chaque ordre le parent le plus proche excluait le plus éloigné, et les parents du même degré partageaient par tête. Cette double règle recevait toutefois exception par suite de la représentation, qui était admise dans l'ordre des descendants in infinitum et, dans celui des collatéraux, au profit seulement des enfants de frères ou sœurs.

495. 2. Pays de coutume. Ici comme ailleurs, le droit coutumier se distingue par une infinie variété, et plus qu'en toute autre matière par une extrême complication.

Il n'y a de simplicité qu'au début. Quand le défunt laissait des enfants ou descendants, ils excluaient tous autres héritiers. Les biens du défunt, sans distinction de leur nature et de leur origine, formaient alors une seule et même masse, que les descendants partageaient entre eux par tête ou par souche suivant les cas, sauf les restrictions résultant des droits de primogéniture et de masculinité dans les nombreuses coutumes qui admettaient ces privilèges.

Les complications naissaient immédiatement, lorsque le défunt ne laissait pas d'hoirs de son corps (cont. d'Orléans, art. 313). Alors il fallait avoir égard à la nature et à l'origine des biens pour en régler la succession.

A la nature : on distinguait si les biens étaient meubles ou immeubles.

A l'origine, au moins quand il s'agissait d'immeubles : on distinguait s'ils étaient propres ou acquêts. « Les propres de succession, dit Pothier, sont les héritages de nos ancêtres et autres parents, qu'ils nous ont transmis par succession ou par quelque autre titre équipollent à succession », par exemple la donation. Tous les autres immeubles étaient acquêts, notamment ceux qui avaient été achetés par le défunt. Les règles relatives à l'attribution des successions variaient considérablement,

suivant qu'il s'agissait de propres ou bien de meubles ou acquêts.

a. — Succession aux propres. L'esprit de notre ancien droit coutumier était de conserver les propres dans les familles. A cet effet on recherchait leur origine, et on opérait ainsi une sorte de triage entre les propres paternels et les propres maternels. Les propres paternels étaient ceux qui provenaient au défunt du côté paternel, c'est-à-dire ceux qu'il tenait de son père ou de ses ancêtres paternels. Les propres maternels étaient ceux qui étaient provenus au défunt du côté maternel. Ce triage opéré, on appliquait la règle *Paterna paternis, materna maternis*, qui signifiait que les propres étaient dévolus aux parents de la ligne et de la souche dont ils provenaient ; et c'est là qu'apparaissaient les grandes complications de la matière, source intarissable de difficultés et de procès.

* Un va en juger :

* Dans les coutumes dites de simple côté — la coutume de Normandie était de ce nombre — , on ne remontait pas jusqu'à la première origine des propres pour en régler la succession. Les propres paternels étaient attribués à l'héritier le plus proche de la ligne paternelle, fût-il parent collatéral du défunt. Il en était de même pour les propres maternels. Ce système était en définitive assez simple.

* Dans les coutumes dites de côté et ligne, telles que la coutume de Paris, on recherchait quel était celui qui avait fait entrer le propre dans la famille, ou en d'autres termes quel était celui qui en avait été le premier acquéreur, et le propre était attribué au parent le plus proche de ce premier acquéreur, fût-il collatéral. Il suffisait donc de toucher l'auteur du propre de parenté collatérale, comme on disait alors ; d'où le nom de coutumes de côté et ligne.

* Enfin, dans les coutumes souchères, comme par exemple la coutume de Touraine, il fallait aussi remonter jusqu'à la première origine du propre, rechercher qui le premier l'avait mis dans la famille, en qui le propre avait

souché, et il était attribué exclusivement aux descendants de ce premier acquéreur. Il ne suffisait donc pas, comme dans les coutumes de côté et ligne, de toucher l'auteur du propre de parenté collatérale.

b. — Succession aux meubles et acquêts. Elles étaient déferées en général suivant l'ordre présumé des affections du défunt. Mais ici encore il y avait de grandes variantes dans les applications du principe. La plupart des coutumes opéraient le partage des meubles et acquêts en deux parties égales destinées l'une à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Après avoir ainsi fendu cette portion de la succession, certaines coutumes la refendaient à l'infini entre les diverses branches de chaque ligne.

Dans la succession aux meubles et acquêts, la plupart des coutumes admettaient le privilège du double lien, en vertu duquel le parent germain, à égalité de degré, excluait le parent utérin ou consanguin.

Dans la succession aux propres, comme dans la succession aux acquêts, la proximité du degré décidait de la préférence entre parents du même ordre, et les parents du même degré succédaient concurremment. Toutefois cette double règle souffrait exception par suite de la représentation ; mais ici encore les coutumes variaient à l'infini.

495 bis. Observation. — Tout ce que nous venons de dire sur le système de notre ancien droit en matière de successions n'est relatif qu'aux successions de biens roturiers. Nous ne disons rien des successions de biens nobles.

B. Droit intermédiaire.

496. Parmi les lois sur les successions qui furent rendues pendant cette période, citons principalement :

1° La loi du 4 août 1789, abolissant le régime féodal ;

2° La loi du 8 avril 1791, abolissant les divers privilèges admis en cette matière par notre ancien droit, et notamment ceux attachés à la primogéniture et à la masculinité ;

3° La loi du 17 nivôse an II, qui supprime les distinctions tirées de la nature et de l'origine des biens (art. 62, reproduit par l'art. 732 du code civil), admet trois ordres d'héritiers : descendants, ascendants et collatéraux (art. 63 ; cpr. art. 731 C. civ.), établit un système de fente analogue à celui de notre art. 733 (art. 83), et consacre la représentation à l'infini, non seulement en ligne directe, mais aussi en ligne collatérale (art. 82), exagération qu'avait déjà commise la loi du 8 avril 1791.

III. Vue d'ensemble sur le système de succession admis par le code civil.

497. Voici les principaux traits de ce système.

I. A l'imitation de la loi du 17 nivôse de l'an II (art. 63), le code civil établit trois ordres ou classes d'héritiers légitimes, savoir : les descendants, les ascendants et les collatéraux. L'art. 731 dit à ce sujet : « Les successions sont déferées aux enfants et descendants

» du défunt, à ses ascendants et à ses parents collatéraux, dans

» l'ordre et suivant les règles ci-après déterminées ».

Nous verrons toutefois qu'il y a eu réalité quatre ordres d'héritiers, au lieu de trois, savoir : 1° les descendants ; 2 les collatéraux privilégiés (frères et sœurs du défunt et leurs descendants) soit seuls, soit en concours avec les ascendants privilégiés qui sont le père et la mère du défunt ; 3° les ascendants ; 4° les collatéraux ordinaires. Ces divers ordres sont appelés hiérarchiquement à la succession, c'est-à-dire que le premier est appelé à l'exclusion du deuxième, celui-ci, sauf une exception, à

l'exclusion du troisième, et ce dernier, à l'exclusion du quatrième. Cette règle doit d'ailleurs être combinée avec le principe de la fente, établi par l'art. 733.

D'un ordre à l'autre, la proximité du degré est indifférente. Ainsi un petit-fils du défunt, qui est au deuxième degré, succédera par préférence au père du défunt, qui est au premier, parce qu'il appartient à l'ordre des descendants, qui est appelé avant celui des ascendants. Dans le même ordre, au contraire, la proximité du degré a une influence décisive ; car, entre parents du même ordre, le plus proche exclut le plus éloigné.

Les parents du même ordre et du même degré succèdent par tête.

Le tout, sauf les restrictions résultant de la représentation dans les cas où elle est admise.

II. « La loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour » en régler la succession » (art. 732). C'est le principe de l'unité du patrimoine, proclamée déjà par l'art. 62 de la loi du 17 nivôse an II.

Ainsi disparaît l'ancienne distinction coutumière des biens meubles et immeubles, propres et acquêts, et la règle *Paterna paternis, materna maternis*.

III. Aux termes de l'art. 733 al. 1 : « Toute succession échue à

» des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales :

» l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les

» parents de la ligne maternelle ». Cpr. loi du 17 nivôse an II, art. 83 à 88.

= Echue à des ascendants ou à des collatéraux. Donc, la division dont nous parle notre article n'a pas lieu dans les successions déferées aux descendants ; elle ne se concevrait plus ici. En effet, les ascendants du défunt se rattachent à lui soit par son père, soit par sa mère ; il en

est de même de ses collatéraux ; mais ses descendants ne peuvent procéder que de lui-même.

= Se divise en deux parts égales. C'est la succession tout entière qui se divise ainsi. Paris, 30 déc. 1912, D., 13. 2. 89. Notre article généralise le système de fente, que la plupart de nos anciennes coutumes avaient admis quant aux meubles et acquêts (supra, n. 495 b).

L'article ajoute : « Les parents utérins ou consanguins ne sont pas exclus par les germains »

» (c'est l'abrogation du privilège du double lien) ; « mais ils ne prennent part

» que dans leur ligné, sauf ce qui sera dit à l'article 752. Les germains prennent part

» dans les deux lignes ». Nous retrouverons cette disposition sous l'art. 752.

* Voici une espèce assez remarquable que nous empruntons à la jurisprudence. Un enfant était né d'un mariage entre cousins germains ; le père mourut quelque temps après, et l'enfant ne lui survécut que de quelques jours. La succession de l'enfant, comprenant celle de son père, devait, d'après notre article, être divisée en deux parties. Il était sans difficulté que la moitié afférente à la ligne maternelle revenait à la mère. Mais elle réclamait en outre la moitié afférente à la ligne paternelle comme cousine paternelle de son enfant (tante à la mode de Bretagne) ; les collatéraux paternels d'un degré plus éloigné contestèrent en vain cette juste prétention, à laquelle la cour de Rouen fit droit.

IV. « Il ne se fait aucune dévolution d'une ligne à l'autre, que

» lorsqu'il ne se trouve aucun ascendant ni collatéral de l'une des

» deux lignes » (art. 733 in fine). La dévolution est la réversion à l'une des lignes de la portion destinée à l'autre. Elle ne peut avoir lieu qu'à défaut de parent au degré successible dans l'une des deux lignes (voyez toutefois art.

752 in fine). Il pourra donc arriver qu'un collatéral maternel au douzième degré concoure avec le père du défunt, parent de celui-ci au premier degré.

Tel est le système de fente établi par le code civil. On peut le formuler ainsi : Dimidium paternis, dimidium maternis.

Quant à la refente, elle est proscrite par l'art. 734, ainsi conçu :

ART. 734. Cette première division opérée entre les lignes paternelle et maternelle, il ne se fait plus de division entre les diverses branches ; mais la moitié dévolue à chaque ligne appartient à l'héritier ou aux héritiers les plus proches en degrés, sauf le cas de la représentation, ainsi qu'il sera dit ci-après.

498. Le rapide coup d'œil que nous venons de jeter sur le système de succession admis par le code civil nous permet d'en déterminer la base. Le principe de la dévolution des biens d'après l'ordre présumé des affections du défunt y joue un rôle important, on peut dire prépondérant ; mais, par la division qu'il établit entre les deux lignes paternelle et maternelle (art. 733), le législateur fait une large part au principe de la conservation des biens dans les familles. Sans cette division, tous les biens que le défunt tenait de ses parents paternels auraient pu passer à ses parents maternels, ou réciproquement. Grâce à elle, chaque ligne recueillera la moitié au moins de la valeur des biens qui proviennent d'elle, et le risque qu'elle court de perdre l'autre moitié est compensé par la chance qu'elle a de recueillir une moitié des biens provenant de l'autre ligne.

SECTION II

DE LA REPRÉSENTATION

I. Généralités.

499. On peut succéder de deux manières : de son chef ou par représentation. Succéder de son chef, c'est venir à la succession proprio nomine, par suite du rang que l'on occupe soi même réellement, effectivement, dans la famille du défunt. Succéder par représentation, c'est venir en empruntant le rang d'une autre personne décédée, à laquelle on se substitue en vertu de la permission de la loi.

Eclaircissons cette notion de la représentation par une espèce. Un père de famille vient à mourir, laissant un fils, et un petit-fils issu d'un autre enfant prédécédé. Le fils et le petit-fils appartiennent l'un et l'autre à l'ordre des descendants, appelé en première ligne à la succession du défunt, mais ils n'y occupent pas le même rang : le fils est au premier degré, le petit-fils au deuxième, et la règle que dans chaque ordre le parent le plus proche succède par préférence au plus éloigné, aurait conduit à attribuer toute la succession au fils à l'exclusion du petit-fils. Quand les principes engendrent, de telles conséquences, la loi doit les répudier. Le petit fils a pris dans l'affection de son aïeul la place qu'y occupait son père, il doit prendre aussi la part de succession destinée à celui-ci. conformément à ce grand principe de la matière, que les successions doivent être déferées d'après l'ordre présumé des affections du défunt. Tel est précisément le but de la représentation, qui permet dans notre espèce au petit-fils de venir occuper la place laissée vacante par la mort de son père et de partager ainsi la succession avec le fils survivant du défunt, son oncle à lui.

500. Définition. — Nous venons de donner une idée de la représentation ; l'art. 739 nous en offre une définition :
« La représentation
» est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants

» dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté ».

= Une FICTION de la loi. Il faut en conclure que les dispositions relatives à cette matière doivent recevoir l'interprétation restrictive ; car tout est de droit étroit en matière de fictions.

= Dans la PLACE, dans le DEGRÉ et dans les DROITS du représenté. Il aurait peut-être suffi de dire : « dans le degré » ; car la place se confond avec le degré, et les droits sont attachés au degré. D'ailleurs il est clair que, lorsque la loi parle des droits du représenté, elle entend dire : les droits que le représenté aurait eus s'il eût survécu ; car le représenté étant mort ne peut plus avoir aucun droit.

Le représentant n'est pas subrogé à tous les droits du représenté indistinctement, mais seulement à ses droits dans la succession dont il s'agit. D'autre part, le droit du représenté dans la succession étant juridiquement inséparable de ses obligations par rapport à cette même succession, le représentant est nécessairement tenu de ces dernières. L'art. 848 ne fait que tirer une conséquence de ce principe, quand il impose au représentant l'obligation de rapporter à la succession les dons que le représenté a reçus du défunt (infra, n. 690, 692).

Les droits que le représentant est appelé à exercer sont ceux du représenté (art. 739) ; mais il les tient de la loi, et non du représenté : il n'est pas l'ayant-cause de celui-ci. De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes : 1° « On peut représenter celui à

» la succession duquel on a renoncé » (art. 744 al. 2). Ainsi je pourrai représenter mon père décédé, à la succession duquel j'ai renoncé, pour arriver à la succession de mon aïeul, en concours avec mon oncle ; 2° on peut représenter celui de la succession duquel on a été écarté comme indigne ; 3° le représentant n'est pas obligé, en cette qualité, de payer les dettes du représenté ; 4° on peut représenter une personne lors du décès de laquelle on

n'était pas encore conçu. Ainsi un enfant, conçu après la mort de son aïeul, pourrait représenter celui-ci pour arriver à la succession de son bisaïeul.

501. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à la représentation. — Elles sont au nombre de trois.

1° Il faut que le représentant soit un descendant légitime du représenté (arg. art. 740 et 742).

2° Le représentant doit avoir l'aptitude personnelle requise pour succéder au défunt. En effet, quand même il serait vrai, comme on le dit quelquefois, que la fiction de la représentation fait revivre le représenté dans la personne du représentant, en définitive ce n'est pas le représenté qui succède, c'est le représentant ; il doit donc être personnellement apte à recueillir la succession. En d'autres termes, celui-là seul peut succéder par représentation, qui serait apte à succéder de son chef s'il se trouvait être l'héritier le plus proche en degré. Cette condition étant essentielle, on peut regretter que la loi ne l'ait pas indiquée dans la définition qu'elle donne de la représentation.

De là nous tirerons les déductions suivantes : 1° pour succéder par représentation, comme pour succéder de son chef, il faut n'être ni incapable, ni indigne ; 2° l'adopté ne peut succéder au père de l'adoptant par représentation de celui-ci, car il ne pourrait pas lui succéder de son propre chef (art. 350) ; 3° pour le même motif, un enfant naturel ne peut représenter son père pour arriver à la succession du père de celui-ci (arg. art. 757). Au contraire, un enfant naturel pourrait être représenté par ses descendants légitimes dans la succession de son père (infra, n. 550).

3° Il faut que le représenté soit décédé lors de l'ouverture de la succession. Aux termes de l'art. 744 al. 1 : « On ne représente pas

» les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes

» [naturellement ou civilement] ».

Voici deux applications de ce principe :

a. — « On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui a

» renoncé » (art. 787 1^{re} partie). Celui qui a renoncé à la succession était nécessairement vivant lors de son ouverture (arg. art. 791) ; il résultait donc très nettement de l'art. 744 al. 1, qu'il ne peut pas être représenté, et la loi aurait pu se dispenser de le dire.

* Au surplus, ce n'est pas qu'il soit bien facile de justifier cette règle qu'on ne peut pas représenter un héritier qui a renoncé. On dit que, par la représentation, l'héritier vient occuper le degré du représenté, qu'il faut donc que ce degré soit vacant et qu'il ne l'est pas quand l'héritier est vivant, eût-il renoncé. C'est oublier qu'aux termes de l'art. 785 : « L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ». Le degré, la place qu'occupait l'héritier devient donc vacante par la renonciation, et on ne voit pas où est l'obstacle à ce qu'un autre vienne l'occuper par la représentation. La véritable raison ne serait-elle pas que le représentant exerce les droits du représenté ? ce qui suppose que le représenté ne les a pas exercés lui même. Or cette condition est bien remplie, lorsque le représenté est mort avant l'ouverture de la succession, mais non, quand, ayant survécu, il a renoncé ; car en renonçant il a exercé son droit, et nul ne peut venir désormais l'exercer de son chef.

b. — La deuxième application du principe qu'on ne représente pas les personnes vivantes a lieu au cas d'indignité. L'héritier qui a survécu au défunt et qui a été exclu de sa succession comme indigne, ne peut pas être représenté par ses enfants, parce qu'il est vivant ou qu'il l'était lors de l'ouverture.

Cette application est incontestable et incontestée. Ce qui est plus douteux, c'est que l'art. 730 1^{re} partie, ainsi conçu : « Les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef, et sans le secours de la représentation, ne sont

pas exclus pour la faute de leur père », ait été écrit en vue de la consacrer, ainsi que le soutient un parti important dans la doctrine. Nous n'entrons pas dans cette controverse qui n'offre pas un grand intérêt. Nous la développons longuement dans les cinq premières éditions de cet ouvrage.

4° Il faut que tous les degrés intermédiaires entre le représentant et le de cujus soient vacants : on ne représente pas per saltum, omisso medio. Ainsi un arrière-petit-fils ne pourra pas venir par représentation à la succession de son bisaïeul en concurrence avec son grand oncle, si son père ou son aïeul est renonçant ou indigne.

II. Dans quelles succession, la représentation est admise :

502. La représentation n'a jamais lieu en ligne ascendante (art. 741). Elle est admise en ligne directe descendante, et aussi en ligne collatérale, mais seulement au profit des descendants de frères ou sœurs. En un mot, la représentation ne peut avoir lieu qu'au profit de descendants soit du défunt lui-même, soit de ses frères ou sœurs.

A. De la représentation en ligne directe descendante.

503. « La représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante »,

» dit l'art. 740 al. 1. Le père, qui a le malheur de perdre l'un de ses fils, concentre toute l'affection qu'il avait pour celui-ci sur les enfants de ce fils ; après la mort de ceux-ci, son affection se reporte sur leurs enfants. Conformément au principe que les successions doivent être déferées d'après l'ordre présumé des affections du défunt, les

descendants devaient donc être admis à remplacer leurs auteurs prédécédés dans la succession de leurs ascendants.

D'ailleurs, en ligne directe descendante, la représentation « est

- » admise dans tous les cas, soit que les enfants du défunt concourent

- » avec les descendants d'un enfant prédécédé, soit que tous les

- » enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits

- » enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ou inégaux » (art. 740 al. 2). Nous retrouverons cette disposition en parlant du partage par souche auquel la représentation donne lieu.

B. De la représentation en ligne collatérale.

504. « En ligne collatérale, la représentation est admise en faveur

- » des enfants et descendants de frères ou sœurs du défunt » (art. 742 1^{re} partie). Ainsi le défunt laisse un frère, et un neveu issu d'un autre frère prédécédé. Le neveu montera par la représentation au degré qu'occupait son père et viendra partager la succession avec son oncle. Ici d'ailleurs, comme en ligne directe, la représentation a lieu à l'infini, par conséquent au profit des neveux, petits-neveux, arrière-petits-neveux. Elle a lieu également, toujours comme en ligne directe, « soit qu'ils viennent à sa succession concurremment

- » avec des oncles ou tantes, soit que tous les frères et

- » sœurs du défunt étant prédécédés, la succession se trouve dévolue

- » à leurs descendants en degrés égaux ou inégaux » (art. 742 in fine).

Mais les descendants de frères ou sœurs sont les seuls collatéraux au profit desquels le bénéfice de la représentation existe ; la représentation n'aurait donc pas lieu en faveur des descendants de cousins germains, ni à plus forte raison en faveur des descendants de cousins plus éloignés. Ainsi, le défunt laissant comme plus proches parents un cousin germain et un neveu à la mode de Bretagne fils d'un autre cousin germain décédé, ce neveu ne pourra pas, par la représentation, monter dans le degré de son père et recueillir la part que celui-ci aurait pu réclamer lui-même s'il eût survécu. La succession appartiendra donc en totalité au cousin germain survivant.

En admettant la représentation en ligne collatérale au profit de tous les descendants de frères ou sœurs in infinitum, et à leur profit seulement, le législateur du code civil a pris un juste milieu entre le système trop restrictif de la novelle 118, qui n'accordait le droit de représentation qu'aux neveux et nièces, et le système beaucoup trop extensif de la loi du 17 nivôse de l'an II, qui admettait la représentation en ligne collatérale sans aucune limitation. La sage restriction établie par le code civil n'a pas d'ailleurs cette seule raison d'être d'éviter les complications infinies auxquelles pouvait donner lieu le système de la loi du 17 nivôse de l'an II. Le neveu remplace dans notre affection le frère dont il est issu, lorsque la mort a fait disparaître celui-ci de la scène ; il en est de même du petit-neveu après la mort du neveu. Ce qui est vrai des petits-fils, arrière-petits-fils..., qui forment notre descendance directe, l'est aussi des neveux, petits-neveux..., qui composent notre descendance collatérale. Mais peut-on en dire autant des autres collatéraux ? Quand ils meurent, notre affection pour eux se reporte-t-elle sur leurs enfants ?

505. Un motif analogue a fait proscrire la représentation en ligne directe ascendante. Aux termes de l'art. 741 : « La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants ; le »

plus proche dans chacune des deux lignes, exclut toujours le plus éloigné ». Mon petit-fils ou mon neveu, nous venons de le dire, remplace dans mon affection le fils ou le frère que j'ai perdu et dont il descend ; il est donc naturel que ce petit-fils ou ce neveu vienne, par le moyen de la représentation, prendre dans ma succession la part qui était destinée à son père. Il n'en est pas de même en ligne ascendante : l'affection que nous avons pour nos ascendants diminue singulièrement à mesure que le degré s'éloigne. Voilà pourquoi la représentation n'est pas admise en ligne ascendante : l'ascendant le plus proche dans chaque ligne succèdera à l'exclusion des ascendants plus éloignés. Ainsi mon aïeul paternel me succèdera à l'exclusion du père et de la mère de son épouse (mon aïeule) prédécédée : ceux-ci (mes bisaïeuls) ne pourront pas venir par la représentation prendre la part qu'aurait recueillie leur fille si elle eût survécu.

III. Effets de la représentation.

506. La représentation a pour effet de faire arriver à la succession, en leur permettant de monter dans le degré qui appartenait à une personne décédée, des parents du défunt, qui, sans ce secours, auraient été exclus par des héritiers d'un degré plus rapproché. Elle donne lieu au partage par souche. Le partage par souche consiste à faire autant de lois qu'il y a de souches copartageantes, ou autrement dit autant de lots qu'il y a d'unités dans le degré qui succède. Si une même souche a produit plusieurs branches, on divise le lot afférent à cette souche en autant de parties qu'il y a de branches, et, si une même branche a produit plusieurs rameaux, on divise la portion afférente à cette branche en autant de parts qu'il y a de rameaux. Ainsi de suite. C'est ce qui résulte de l'art. 743 ainsi conçu : « Dans tous les cas où la représentation

» est admise, le partage s'opère par souche : si une même souche a

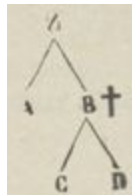
» produit plusieurs branches, la subdivision se fait aussi par souche

» dans chaque branche, et les membres de la même branche partagent

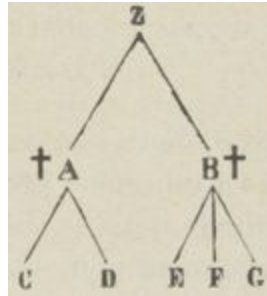
» entre eux par tête ».

Eclaircissons ce point par quelques exemples. Dans chacun des tableaux qui vont passer sous les yeux du lecteur, le de cujus est représenté par la lettre Z ; la croix indique une personne prédécédée.

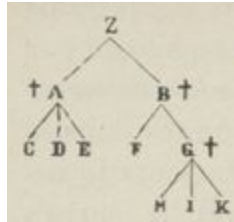
Première espèce. Le défunt laisse un fils A et deux petits-fils C et D issus d'un fils B prédécédé. Il y a ici deux souches copartageantes, A et B. On fera deux lots égaux, dont un sera attribué à A, et l'autre partagé par moitié entre C et D qui viennent par représentation de leur père B. C'est la première hypothèse prévue par l'art 740 (enfants du défunt concourant avec les descendants d'un enfant prédécédé).



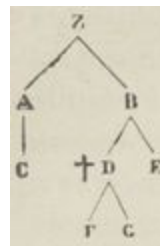
Deuxième espèce. Le de cujus laisse cinq petits enfants, dont deux, C et D, issus de A prédécédé, et les trois autres, E, F, G, issus de B prédécédé également. On fait encore ici deux lots, dont un pour la souche A et l'autre pour la souche B. On partage le premier entre C et D, représentants de A, et l'autre entre E, F et G, représentants de B. C'est la deuxième espèce prévue par l'art. 740 : « soit que tous les enfants du défunt étant morts avant lui, les descendants desdits enfants se trouvent entre eux en degrés égaux ». L'article ajoute : « ou inégaux » ; c'est la troisième espèce, qu'il nous reste à exposer.



* Mais auparavant réglons une petite difficulté à laquelle peut donner lieu l'hypothèse qui nous occupe. Supposons, modifiant un peu l'espèce figurée dans le tableau qui précède, que B n'ait laissé en mourant que deux enfants E et F. Le de cujus laisse donc quatre petits-enfants, dont deux issus de A prédécédé, et deux de B prédécédé également. Faudra-t-il encore maintenir dans cette hypothèse le principe de la représentation et le partage par souche qu'elle engendre ? Au premier abord on n'en voit pas l'utilité, et il semble plus simple de décider que les quatre petits-enfants viendront de leur chef et partageront ar tête. N'est-ce pas la même chose de faire tout d'abord quatre lots, ou d'en faire deux pour les diviser ensuite chacun en deux parties égales ? Il faut cependant maintenir le principe, car la loi ne distingue pas. On y voit d'ailleurs un double intérêt : 1° le principe de la représentation étant admis, il en résultera que les descendants devront rapporter les dons faits à leur père par le défunt ; ils seraient dispensés de ce rapport, au contraire, s'ils venaient de leur chef (art. 848) ; 2° si l'un des descendants renonce, sa part accroîtra à la souche dont il forme une branche ; elle accroîtrait au contraire à tous les héritiers indistinctement, si, dans l'espèce, les descendants étaient appelés de leur chef.



Troisième espèce. Il y a toujours, dans l'espèce figurée au tableau ci-contre, deux souches copartageantes A et B. Donc on doit faire deux lots égaux. Le lot attribué à la souche A se divisera en trois parties égales qui seront attribuées à C, D et E. Quant au lot attribué à la souche B, il faudra le diviser en deux parties, dont une sera attribuée à F, et l'autre subdivisée par portions égales entre les trois arrière-petits-fils, H, I, K, enfants de G prédécédé.



Dernière espèce. L'un des fils du défunt, A, est renonçant, l'autre, B, indigne. Par conséquent ni l'un ni l'autre ne peut être représenté (arg. art. 744). Le premier degré ne fournissant ainsi aucun parent apte à recueillir la succession, et personne ne pouvant venir occuper ce degré par la représentation, la succession est déférée au degré subséquent. A ce degré on trouve C et E, petits-fils du défunt. Recueilleront-ils la succession à l'exclusion de F et G, arrière-petits-fils issus de D prédécédé ? Non, parce que F et G monteront par la représentation dans le degré qu'occupait D. Finalement donc, C et E prendront chacun un tiers, et le dernier tiers se partagera entre F et G représentants de D. Les trois souches copartageantes sont ici C, D et E, parce qu'ils constituent les trois unités que l'on rencontre dans le degré appelé à la succession.

Si, au lieu de supposer A renonçant on le suppose prédécédé, la succession tout entière reviendra à son fils C, qui, par la représentation, montera dans le premier degré, auquel ne peuvent parvenir les autres descendants issus de B indigne.

A la place d'enfants du défunt, mettez des frères ou sœurs, dans les différentes espèces qui viennent d'être proposées, et vous aurez les diverses hypothèses prévues par l'art. 742.

507. Différences entre la représentation et la transmission. — V. infra, n. 607 et 608.

SECTIONS III, IV ET V

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX DESCENDANTS. — DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ASCENDANTS. — DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES

508. Nous réunissons ces trois sections, parce qu'elles sont relatives à un même ordre d'idées, et que d'ailleurs l'absence de toute méthode dans la disposition et la répartition des articles qu'elles contiennent nous obligera à de fréquentes interventions.

L'objet de ces trois sections est la désignation de l'héritier du défunt. Nous connaissons déjà les grandes lignes du système adopté sur ce point par notre législateur. Il établit d'abord divers ordres d'héritiers. L'art. 731 en indique trois ; mais nous avons déjà dit (supra, n. 497) qu'il en existe quatre en réalité, échelonnés les uns au-dessous des autres dans l'ordre suivant : 1° descendants ; 2° collatéraux privilégiés ; 3° ascendants ; 4° collatéraux ordinaires. Chacun de ces ordres, en principe, n'est appelé à la succession qu'à défaut de celui qui précède ⁶¹. La proximité du degré de parenté est donc indifférente d'un ordre à l'autre. C'est ainsi qu'un petit-fils du défunt, qui est

au deuxième degré, exclut le père de celui-ci, qui est au premier, parce que le petit-fils appartient au premier ordre, et le père au troisième. Entre parents appartenant au même ordre, la préférence est accordée au plus proche en degré ; les parents du même degré sont admis concurremment, et partagent par tête ; sauf, sur ces deux derniers points, ce qui a été dit au sujet de la représentation, qui, d'une part, permet à des héritiers précédés par d'autres d'un degré plus rapproché de succéder concurremment avec ceux-ci, et qui, d'autre part, donne lieu au partage par souche.

PREMIER ORDRE : DESCENDANTS

509. L'ordre le plus favorable est celui des descendants ; il exclut tous les autres. « Les enfants ou leurs descendants », dit l'art. 745 al. 1, « succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules ou autres

» ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore

» qu'ils soient issus de différents mariages ».

= Les enfants ou leurs descendants. Il ne s'agit que des enfants ou descendants légitimes, auxquels il y a lieu d'assimiler les enfants légitimés et leurs descendants (art. 333), et aussi les enfants adoptifs (art. 350), mais non les descendants de ceux-ci (voyez t. 1, n. 921). Quant aux enfants naturels, leurs droits sont réglés par les art. 756 et s.

= Sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de différents mariages. Notre article consacre ainsi l'abolition, prononcée par les lois révolutionnaires, des divers privilèges admis dans notre droit coutumier (supra, n. 496). Désormais les femelles (cout. de Normandie) succéderont comme les mâles, les puînés comme les aînés. Enfin cette circonstance, que les enfants d'un même père ou d'une même mère sont issus de

différents mariages ne sera plus une cause d'inégalité entre eux.

Notre article ajoute : « Ils succèdent par égales portions et par

» tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef ;

» ils succèdent par souche, lorsqu'ils viennent tous ou en partie par

» représentation ».

Les mots « quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef » signifient : quand ils sont tous au premier degré, et quand, étant d'un degré plus éloigné, ils sont appelés de leur chef. On aurait exprimé cette idée beaucoup plus clairement, en substituant la disjonctive ou à la conjonctive et, mieux encore en disant simplement : quand ils sont tous appelés de leur chef.

DEUXIÈME ORDRE : COLLATÉRAUX PRIVILÉGIÉS

510. La nécessité d'intercaler cet ordre entre celui des descendants et celui des ascendants résulte de l'art. 750.

Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs du défunt et leurs descendants. S'il n'y a pas de descendants du défunt, la succession leur est dévolue en totalité, à l'exclusion de tous autres héritiers, sauf cependant les ascendants privilégiés (père et mère du défunt), qui sont admis à concourir avec eux. Nous avons donc à examiner successivement le cas où les collatéraux privilégiés viennent seuls, et celui où ils viennent en concours avec des ascendants privilégiés.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — Le défunt ne laisse pas d'ascendant privilégié. Les collatéraux privilégiés recueillent alors la succession tout entière, à l'exclusion de tous autres parents, soit ascendants, soit collatéraux. « En cas de prédécès des père et mère d'une personne

» morte sans postérité », dit l'art. 750 al. 1, « ses frères,

sœurs ou

» leurs descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des

» ascendants et des autres collatéraux ». Et remarquez que ce privilège appartient, non seulement aux frères et sœurs germains du défunt, mais aussi à ses frères utérins ou consanguins, et à leur descendance. Ainsi un frère utérin du défunt recueillera toute la succession, à l'exclusion de tous autres parents (ascendants ou collatéraux), même de ceux de la ligne paternelle à laquelle il n'appartient pas. C'est ce qui résulte, à n'en pas douter, non seulement de la généralité des termes de notre article, qui fournit à cet égard un argument d'autant plus décisif que sa rédaction primitive visait seulement les frères germains, mais aussi de l'art. 752 in fine, ainsi conçu : « s'il n'y a de frères ou sœurs que d'un côté, ils succèdent à la totalité, à l'exclusion de tous autres parents de l'autre ligne ». Exception remarquable au principe de la division entre les deux lignes, que l'art. 733, en formulant le principe lui-même, nous avait déjà annoncée par ces mots : « sauf ce qui sera dit à l'art. 752 ».

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — Les collatéraux privilégiés trouvent en face d'eux les père et mère du défunt (ascendants privilégiés) ou l'un d'eux. Un concours va s'établir entre les deux catégories de privilégiés. Chaque ascendant privilégié a droit à un quart ; le reste, c'est-à-dire la moitié, s'il y a deux ascendants privilégiés, ou les trois quarts, s'il n'y en a qu'un seul, revient aux collatéraux privilégiés qui le partagent entre eux par tête ou par souche suivant les cas. Cette formule est beaucoup plus simple que celle des art. 748, 749 et 751, ainsi conçus :

ART. 748. Lorsque les père et mère d'une personne morte sans postérité lui ont survécu, si elle a laissé des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, la succession se divise en deux portions égales, dont moitié seulement est déférée au père et à la mère, qui la partagent entre eux également. —

L'autre moitié appartient aux frères, sœurs ou descendants d'eux, ainsi qu'il sera expliqué dans la section V du présent chapitre.

ART. 749. Dans le cas où la personne morte sans postérité laisse des frères, sœurs, ou des descendants d'eux, si le père ou la mère est prédécédé, la portion qui lui aurait été dévolue conformément au précédent article se réunit à la moitié déférée aux frères, sœurs ou à leurs représentants, ainsi qu'il sera expliqué à la section V du présent chapitre.

Au cas du prédécès, il faut assimiler celui de la renonciation ou de l'indignité de l'un des père et mère (arg. art. 749 et 785). L'autre n'aurait donc droit qu'au quart.

ART. 751. Si les père et mère de la personne morte sans postérité lui ont survécu, ses frères, sœurs ou leurs représentants ne sont appelés qu'à la moitié de la succession. Si le père ou la mère seulement a survécu, ils sont appelés à recueillir les trois quarts.

Ce dernier article n'est qu'une répétition des art. 748 et 749.

Notons encore ici une grave dérogation à l'art. 733. Le plus souvent l'application des dispositions que nous venons de transcrire détruira l'équilibre que la loi établit en principe entre les deux lignes de parenté. Ainsi, le défunt ayant laissé son père, sa mère et un frère utérin, il arrivera que la ligne maternelle recueillera les trois quarts. Mettez un frère consanguin à la place du frère utérin, et la balance penchera du côté de la ligne paternelle. Un résultat semblable se produit au cas où le défunt laisse son père et un frère utérin, ou sa mère et un frère consanguin. Dans l'un et l'autre cas, le frère a droit aux trois quarts, et la ligne à laquelle il appartient se trouve ainsi avantagée. L'une des deux lignes peut même recueillir la totalité de la succession, comme il arrivera si le défunt laisse son père et un frère consanguin ou sa mère et un frère utérin.

511. Il reste à savoir comment les collatéraux privilégiés, quand il y en aura plusieurs, se partageront la succession

ou la portion de succession qui leur est dévolue d'après les règles ci-dessus. Ce point est régi par les art. 750 al. 2 et 752. Le premier dit : « Ils

» succèdent, ou de leur chef, ou par représentation, ainsi qu'il a

» été réglé dans la section II du présent chapitre ». Nous connaissons déjà ce principe. Voici maintenant l'art. 752 : « Le partage

» de la moitié ou des trois quarts (ajoutez : ou de la totalité, art.

» 750) dévolus aux frères ou sœurs, aux termes de l'article précédent,

» s'opère entre eux par égales portions, s'ils sont tous du

» même lit ; s'ils sont de lits différents, la division se fait par moitié

» entre les deux lignes paternelle et maternelle du défunt ; les

» germains prennent part dans les deux lignes, et les utérins ou

» consanguins chacun dans leur ligne seulement... ». Cpr. art. 733.

Ainsi supposons que le défunt laisse, outre son père et sa mère, un frère germain, un frère utérin et un frère consanguin ⁶². La succession vaut 24. On donne d'abord la moitié, soit 12, au père et à la mère, qui se la partagent également et prennent ainsi chacun 6. L'autre moitié appartient aux frères. On divise cette moitié en deux parties égales : ce qui fait 6 pour chaque ligne. Dans la ligne paternelle se trouvent le frère germain et le frère consanguin ; ils prendront chacun la moitié de la portion dévolue à leur ligne, soit 3. Dans la ligne maternelle, nous trouvons le frère germain encore et le frère utérin, qui se partageront de la même manière la deuxième portion, et prendront par conséquent chacun 3. Finalement donc, le père et la mère du défunt auront chacun 6, le frère utérin

et le frère consanguin chacun 3, et le frère germain $3 + 3 = 6$.

Remarquez que la loi attribue la qualité de collatéraux privilégiés aux descendants de frères ou sœurs comme aux frères ou sœurs eux-mêmes. Ce privilège leur appartient donc *ex persona sua*, et non du chef des frères ou sœurs dont ils sont issus. D'où la conséquence qu'ils peuvent l'invoquer aussi bien lorsqu'ils viennent à la succession de leur chef que lorsqu'ils y viennent par représentation. Le doute que peuvent faire naître à ce sujet les art. 749 in fine et 751, qui parlent des frères et sœurs ou de leurs représentants, s'évanouit à la lecture de l'art. 750 : après avoir dit qu'en cas de prédécès des père et mère, les frères, sœurs et leurs descendants sont appelés à l'exclusion de tous autres parents, ce texte ajoute qu'ils succèdent de leur chef ou par représentation. Cpr. art. 746.

TROISIÈME ORDRE : ASCENDANTS

512. N'oublions pas qu'ici, comme pour le quatrième ordre, nous avons à tenir compte du principe de la fente (art. 733), par suite duquel il y a comme deux successions distinctes à considérer, l'une dévolue à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Ce qui va suivre doit donc être appliqué à chaque ligne séparément.

A défaut de descendants et de collatéraux privilégiés, la loi appelle dans chaque ligne les ascendants. Le plus proche en degré recueille la totalité de la part afférente à sa ligne, sans que ceux d'un degré plus éloigné puissent venir par représentation prendre la place de ceux qui sont prédécédés. Les ascendants du même degré partagent par tête. C'est ce que dit l'art. 746, ainsi conçu : « Si le défunt n'a laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants

» d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants

» de la ligne paternelle et les ascendants de la ligne

maternelle. —

» L'ascendant qui se trouve au degré le plus proche, recueille la

» moitié affectée à sa ligne, à l'exclusion de tous autres. — Les

» ascendants au même degré succèdent par tête ».

Ainsi le défunt, qui n'a ni enfants ni frères ni sœurs ni descendants d'eux, laisse son père et sa mère ; chacun prendra la moitié de la succession. Supposons que le défunt laisse son père et ses deux aïeuls maternels, sa mère étant prédécédée ; le père prendra une moitié, et les deux aïeuls maternels se partageront l'autre. Si le défunt laisse un aïeul maternel et trois bisaïeuls paternels, les autres ascendants plus proches ou du même degré, soit du côté paternel, soit du côté maternel, étant prédécédés, une moitié reviendra à l'aïeul maternel, et l'autre se partagera entre les bisaïeuls paternels.

QUATRIÈME ORDRE : COLLATÉRAUX ORDINAIRES

513. Dans chaque ligne, les collatéraux ordinaires sont appelés à défaut de collatéraux privilégiés et à défaut d'ascendants. Le plus proche succède à l'exclusion du plus éloigné ; ceux qui sont au même degré partagent par tête (arg. art. 753). Ainsi, le défunt ne laissant ni descendants ni collatéraux privilégiés ni ascendants, on trouve comme plus proches collatéraux un oncle dans la ligne paternelle et trois cousins germains dans la ligne maternelle. L'oncle prendra une moitié, et les trois cousins germains maternels se partageront l'autre moitié. S'il y a des enfants d'un quatrième cousin germain prédécédé, ils seront exclus ; car ils ne peuvent pas invoquer le bénéfice de la représentation (arg. art. 742, et supra, n. 504).

Il reste une hypothèse à prévoir, et elle est de nature à se présenter fréquemment. La règle, que les collatéraux ordinaires ne sont appelés qu'à défaut d'ascendants,

s'applique distributivement à chaque ligne de parenté, de sorte que c'est seulement dans la ligne à laquelle il appartient, qu'un ascendant exclut les collatéraux ordinaires. Si donc il n'y a d'ascendants que dans une ligne, la part afférente à l'autre ligne sera dévolue aux collatéraux de cette ligne. C'est ce que dit l'art. 753, ainsi conçu : « A défaut de

- » frères ou sœurs ou de descendants d'eux, et à défaut d'ascendants

- » dans l'une ou l'autre ligne, la succession est déférée pour moitié

- » aux ascendants survivants ; et pour l'autre moitié aux parents

- » les plus proches de l'autre ligne. — S'il y a concours de parents

- » collatéraux au même degré, ils partagent par tête ». Ainsi le défunt laisse comme plus proches parents un aïeul paternel et trois cousins germains maternels. L'aïeul prendra la moitié afférente à sa ligne, et les cousins maternels se partageront l'autre moitié.

Toutefois, si l'ascendant qui vient ainsi en concours avec des collatéraux ordinaires de l'autre ligne est un ascendant privilégié, la loi lui donne l'usufruit du tiers de la moitié dévolue aux collatéraux : « Dans le cas de l'article précédent, dit l'art. 754, le père

- » ou la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il

- » ne succède pas en propriété ». Ainsi le père, venant en concours avec un collatéral maternel au douzième degré, a l'usufruit du tiers de la moitié qui revient à ce collatéral. Cet usufruit a été établi en réponse aux adversaires du système de la fente, qui trouvaient inadmissible qu'un collatéral éloigné pût prendre la moitié de la succession en face du père ou de la mère du défunt. Il est d'ailleurs soumis aux règles du droit commun qui régissent l'usufruit

ordinaire, notamment en ce qui concerne l'obligation de fournir caution.

514. Résumé. — Bien que compliqué, le système du code civil relativement aux vocations héréditaires peut être condensé dans quelques mots. Au premier rang viennent les descendants. A leur défaut, la loi appelle les collatéraux privilégiés ; ils excluent tous autres parents, à l'exception toutefois des ascendants privilégiés, qui concourent avec eux. S'il n'existe aucun héritier des deux premiers ordres, la loi appelle dans chaque ligne les ascendants qui constituent le troisième ordre, et à leur défaut les collatéraux ordinaires qui représentent le quatrième et dernier. Il pourra donc y avoir concours des ascendants d'une ligne avec les collatéraux de l'autre ; au cas où l'ascendant au préjudice duquel ce concours s'établit est un ascendant privilégié, la loi lui accorde l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

Par où l'on voit que le privilège des collatéraux privilégiés consiste à exclure tous autres parents, même ceux de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas, à l'exception des ascendants privilégiés qui concourent avec eux. Quant aux ascendants privilégiés, leur privilège est double : 1° ils concourent avec les collatéraux privilégiés, en montant pour ce cas particulier du troisième ordre auquel ils appartiennent, à celui des collatéraux privilégiés, qui est le second ; 2° ils ont le droit d'usufruit légal établi par l'art. 754.

515. Aux termes de l'art. 755 al. 1 : « Les parents au delà du » douzième degré ne succèdent pas ».

Notre ancien droit n'établissait aucune limitation de ce genre. Les parents à un degré quelconque étaient admis à succéder, quand ils n'étaient pas précédés par des parents plus proches. La loi du 17 nivôse an II (art. 75 et s.) adopta la même solution. Mais ce système prêtait à une double critique. D'abord, au delà d'un certain degré, les relations de parenté s'effacent ; du moins, elles n'engendrent plus

cette affection, qui, dans une législation bien ordonnée, doit servir de base aux vocations héréditaires. D'autre part, la preuve de la parenté, quand le degré est très éloigné, devient d'une extrême difficulté, et doit nécessairement engendrer de nombreux procès. Notre législateur lui-même a-t-il suffisamment tenu compte de cette double considération en adoptant la limitation du douzième degré ? La législation romaine s'arrêtait au sixième degré pour les successions entre cognats, et c'était peut-être plus sage.

« A défaut de parents au degré successible dans une ligne, les » parents de l'autre ligne succèdent pour le tout » (art. 755 al. 2). Il s'agit de la dévolution, dont l'art. 733 al. 3 nous a déjà fourni l'occasion de parler (*supra*, n. 497).

515 bis. Mentionnons ici l'art. 40 du décret du 9 octobre 1901 (abrogeant celui du 18 janvier 1895), qui établit un droit de succession spécial pour les biens concédés aux transportés dans les colonies pénitenciaires. Voyez ce texte.

Appendice à la section V. — Du retour successoral.

516. Un aïeul a fait une donation entre vifs à son petit-fils ; celui-ci prédécède sans postérité, et le bien donné se retrouve en nature dans sa succession ; le défunt laisse des héritiers préférables à son aïeul, son père et des frères par exemple. D'après les règles du droit commun, c'est à ceux-ci que la succession tout entière, y compris le bien donné, devrait revenir, à l'exclusion de l'aïeul. Ce résultat ayant paru inique, la loi permet à l'ascendant donateur de succéder à l'exclusion de tous autres au bien par lui donné, dérogeant ainsi : 1° à l'art. 732, d'après lequel les successions sont déférées sans aucun égard à l'origine des biens ; 2° à l'art. 733, qui consacre le système de la fente ; 3° enfin à l'art. 746, qui appelle à la succession l'ascendant le plus proche, à l'exclusion du plus éloigné, c'est-à-dire à

tous les principes fondamentaux de la matière. Ce droit est régi par l'art. 747, ainsi conçu : « Les ascendants succèdent,

» à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données
» à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les

» objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. — Si les

» objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut

» en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait

» avoir le donataire ».

Il faut rapprocher de ce texte les art. 351-352 et l'art. 766, qui organisent, les deux premiers au profit de l'adoptant et de ses descendants, le dernier au profit des frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel, un droit analogue à celui dont nous allons nous occuper.

« Les ascendants succèdent », dit la loi. C'est donc d'un droit de succession qu'il s'agit. Mais, comme il constitue, ainsi qu'on vient de le voir, une véritable anomalie, la doctrine le désigne souvent sous le nom de succession anormale. On lui donne aussi le nom de retour légal ou retour successorale.

Cette dernière expression nous semble préférable. Tout d'abord, elle a l'avantage d'être composée de deux mots empruntés l'un et l'autre à la loi : l'art. 351, qui organise au profit de l'adoptant un droit tout à fait analogue à celui qui va nous occuper, dispose que les biens retourneront à l'adoptant ; et notre article dit : « Les ascendants succèdent ». Ensuite elle indique bien la nature du droit dont il s'agit, qui, comme le dit Lebrun, « participe du droit de réversion et du droit de succession » : du droit de RÉVERSION ou retour, en ce que la loi considère ici l'origine des biens ; — du droit de SUCCESSION, car, ainsi qu'on le verra bientôt, et que nous l'a déjà indiqué le mot

succèdent, l'ascendant donateur est héritier quant aux biens donnés.

Quel que soit le nom qu'on lui donne, il est certain que le droit dont il s'agit est de nature exceptionnelle ; le texte de la loi doit donc recevoir une interprétation restrictive, conformément à la règle *Exceptio est stricliissimæ interpretationis*. C'est à peine si ce principe permet de s'aider, pour l'interprétation de l'art. 747, des dispositions qui régissent les deux autres cas de retour légal admis dans notre droit (art. 351-352 et 766).

517. On donne trois motifs pour justifier le retour successoral établi par l'art. 747. Leur valeur est très contestable. La loi, dit-on tout d'abord, n'a pas voulu qu'à la douleur de perdre son enfant vînt se joindre pour l'ascendant donateur celle de voir les biens par lui donnés passer en d'autres mains. C'est pourquoi elle lui permet de les reprendre *solatii loco*. Ce premier motif, un peu prosaïque, a été emprunté à la loi romaine : *ne filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiret* (L. 6, pr. D., De jur. dot., XXIII, 3). Le suivant a la même origine : L'espoir que la loi donne aux ascendants de reprendre, à l'exclusion de tous autres, les biens qu'ils donnent à leurs descendants, pour le cas où ceux ci prédécèderaient sans postérité, les encouragera à se montrer plus généreux. *Prospiciendum est enim, ne hac injecta formidine, parentum circa liberos munificentia retardetur*, dit la loi 2 C., De bon. quæ lib., VI, 61. Voici enfin le dernier motif qui est le meilleur : Dans l'intention de l'ascendant, donateur, la donation s'adressait au donataire et à sa postérité ; on peut donc facilement admettre que l'ascendant aurait stipulé le droit de retour, s'il eût pu supposer que, contrairement aux lois de la nature, le donataire mourrait avant lui sans postérité. La loi sous-entend ainsi dans la donation une condition, que le donateur n'a peut-être pas voulu prévoir parce que sa réalisation est peu vraisemblable, ou qu'il n'a pas osé

exprimer, ne voulant pas accompagner sa libéralité d'un sinistre présage.

I. Historique.

518. Le retour successoral paraît tirer son origine du droit romain (L. 6, pr. D., De jure clotium, XXIII, 3 ; L. 4, C., Sol. matr., V, 18). La dot profectice, c'est-à-dire celle constituée à une fille par le père de famille ayant sur elle le droit de puissance, faisait retour au constituant, lorsque la fille venait à mourir avant lui pendant le mariage. Dos a patre PROFECTA ad patrem revertitur.

Du droit romain le retour légal passa dans notre ancien droit, qui l'étendit à tout ascendant donateur ; mais cette institution prit un caractère tout à fait différent dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume.

Dans la plupart des pays de droit écrit, le retour légal se rattachait, comme en droit romain (L. 1, § 13 in fine, C., De rei ux. act., V, 13), au droit des obligations. Il était considéré comme ayant sa base dans une condition résolutoire tacitement stipulée par le donateur pour le cas de prédécès du donataire sans postérité. Cette condition se réalisant, la donation était regardée comme non avenue, et par suite tous les droits consentis par le donataire sur le bien donné étaient rétroactivement anéantis, conformément à la maxime Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis. En un mot, la condition résolutoire, que l'on supposait tacitement stipulée par le donateur, produisait le même effet que celle qu'il aurait stipulée expressément, stipulation qui constitue le retour conventionnel (art. 951 et 952).

Au contraire, dans presque tous les pays de coutume, le retour admis au profit de l'ascendant donateur était considéré comme un droit de succession, témoin le nom de réversion HÉRÉDITAIRE que plusieurs lui donnaient. D'où

la conséquence que le retour ne pouvait pas s'effectuer au préjudice des droits conférés par le donataire à des tiers. Tel était bien son caractère, notamment dans la coutume de Paris, dont l'art. 313 disait : « Toutefois (les ascendants) succèdent ès-choses par eux données à leurs enfans décédans sans enfans et descendans d'eux ». C'est à peu près la formule qu'emploie notre art. 747 ; nous y retrouvons notamment le mot succèdent. Et l'on est autorisé à en conclure que, sur ce point comme sur bien d'autres, c'est à la source de la tradition coutumière que notre législateur a puisé ses inspirations. Il faut souvent recourir à cette tradition pour saisir complètement sa pensée, qui sur plusieurs points est demeurée fort obscure, à cause du laconisme de l'unique texte, l'art. 747, que nous possédons sur cette matière.

La loi du 17 nivôse de l'an II abrogea par prétérition le droit de retour successoral.

II. Nature du retour successoral.

519. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour admettre que le retour organisé par l'art. 747 constitue un droit de succession. Outre l'argument tiré du mot succèdent, reproduit de l'art. 313 de la coutume de Paris, la place qu'occupe l'art. 747, dans le titre Des successions, ne permet guère de douter qu'il s'agisse d'un droit héréditaire. Cass., ch. r., 2 juil. 1903, S., 04. 1. 65, D., 03. 1.353.

De là résultent plusieurs conséquences, et entre autres. les suivantes :

1° Le droit de retour successoral s'ouvre de la même manière que les successions. V. art. 718.

2° L'ascendant donateur ne peut pas, du vivant du donataire, renoncer à son droit de retour (arg. art. 791).

Cass., 24 juil. 1901, S., 01. 1. 433, et 2 juil. 1903, précité. Cpr. infra, n. 970.

3° Il doit, pour pouvoir acquérir ce droit, réunir les qualités requises pour succéder, c'est-à-dire n'être ni incapable ni indigne.

4° L'ascendant donateur, exerçant le droit de retour successoral, est tenu de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels procédant du chef du donataire.

La loi le dit expressément au sujet du retour légal accordé à l'adoptant : « sans préjudice des droits des tiers », porte l'art. 351 ; et elle a pu se borner à le sous-entendre pour l'ascendant donateur, puisqu'elle en fait un héritier (arg. du mot succèdent) et que l'héritier doit respecter tous les droits procédant du chef de son auteur.

En vertu du même principe, l'ascendant donateur n'a droit à aucune indemnité pour les détériorations que le donataire aurait fait subir à la chose donnée.

En doit-il une pour les améliorations ? La négative est certaine, s'il s'agit d'une amélioration naturelle, telle qu'un accroissement résultant de l'alluvion ; car cet accroissement se serait produit au profit de l'ascendant, s'il n'avait pas fait la donation. La solution contraire doit être admise, quoique ce point fasse quelque difficulté, pour les améliorations provenant du fait du donataire comme les constructions. Si l'ascendant donateur pouvait reprendre son bien sans tenir compte de ces améliorations, il reprendrait plus qu'il n'a donné ; or notre article ne permet à l'ascendant de succéder qu'aux choses par lui données.

5° L'ascendant donateur doit contribuer aux charges de la succession du donataire ; dettes et legs. La loi le dit expressément pour l'adoptant exerçant le droit de retour légal de l'art. 351, et elle le dit implicitement pour l'ascendant donateur, en déclarant qu'il succède ; car tout

héritier doit contribuer aux dettes. C'était d'ailleurs la solution admise dans notre ancien droit.

Dans quelle mesure l'ascendant donateur doit-il contribuer aux charges de la succession du donataire ? Proportionnellement à l'importance relative des biens auxquels s'applique le retour légal. Ainsi l'ensemble des biens laissés par le donataire, y compris le bien donné, vaut 100.000 fr. ; la valeur du bien donné est de 25.000 fr., soit le quart de la masse totale ; l'ascendant contribuera aux charges de la succession pour un quart.

* Et si, par l'effet d'une hypothèque grevant le bien qui lui fait retour, l'ascendant était obligé de payer plus que sa part contributoire dans les dettes, il aurait recours pour l'excédent contre les héritiers, qui recueillent le surplus des biens. Arg. art. 871, 874, 1020 et 1251. Cette solution a été contestée bien à tort.

* On admet généralement que l'ascendant donateur, en tant qu'il succède aux biens par lui donnés, doit être considéré comme un héritier légitime. En effet, dit-on, l'art. 747, qui organise ce droit de succession, est intercalé parmi les textes consacrés aux successions légitimes. Les auteurs qui contestent cette solution font remarquer que l'adoptant, exerçant le droit de retour légal de l'art. 351, et les frères légitimes, exerçant le droit de retour légal de l'art. 766, sont certainement des successeurs irréguliers. Pourquoi en serait-il autrement de l'ascendant donateur ? On n'en verrait pas la raison. Voici le principal intérêt de la question : si on considère l'ascendant donateur comme un héritier légitime, on est conduit nécessairement à décider qu'il a la saisine (art. 724), qu'il continue la personne du défunt, et par suite qu'il est tenu de sa part des charges de la succession, même *ultra vires*, à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire. Sa situation sera différente à ce double point de vue, si on le tient pour un successeur irrégulier.

520. Distinction de la succession anormale et de la succession ordinaire. — Lorsqu'un ascendant donateur est appelé à exercer le droit de retour successoral établi par l'art 747, il y a deux successions bien distinctes à considérer : la succession anormale, qui s'applique aux biens donnés, et la succession ordinaire, qui comprend le surplus des biens du défunt. L'ascendant donateur est appelé à la succession anormale, à l'exclusion de tous autres. Ces mots ne figuraient pas dans l'art. 313 de la coutume de Paris ; ils ont été ajoutés dans l'art. 747 pour lever certaines difficultés, qui avaient surgi sous l'empire de la coutume. Ainsi on doutait que l'aïeul donateur pût exercer le droit de retour successoral en présence de son fils, père du défunt. Ce doute n'est plus possible aujourd'hui : pour la succession anormale, l'ascendant donateur n'a pas de concurrent à craindre. Quant à la succession ordinaire, comprenant le surplus des biens, elle demeure régie par les règles du droit commun. L'ascendant donateur ne la recueillera donc pas toujours, car il pourra trouver en face de lui des héritiers plus favorables ; mais parfois aussi il y sera appelé en même temps qu'à la succession anormale.

* Il faut examiner successivement les deux hypothèses.

521. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. L'ascendant donateur n'est appelé qu'à la succession anormale. Par exemple un aïeul, appelé à succéder aux biens qu'il a donnés à son petit-fils décédé sans postérité, trouve en face de lui pour la succession ordinaire un frère du défunt, qui l'exclut aux termes de l'art. 750. En pareil cas, l'ascendant donateur ne sera pas considéré comme étant le cohéritier de ceux qui recueillent la succession ordinaire ; car les cohéritiers sont ceux qui recueillent conjointement une même succession, mais non ceux qui recueillent deux successions différentes ; or tel est notre cas, la succession anormale se séparant complètement de la succession ordinaire.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes : 1° l'ascendant donateur et l'héritier qui recueille la succession ordinaire ne seraient pas tenus respectivement au rapport des libéralités qu'ils auraient reçues du défunt, car le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier (art. 857) ; 2° il n'y a pas indivision entre l'ascendant donateur appelé à la succession anormale et l'héritier appelé à la succession ordinaire ; par suite il n'y a lieu ni à un partage ni à la garantie qui en résulte ; 3° l'ascendant donateur ne pourrait pas exercer le retrait successoral contre celui auquel l'héritier appelé à la succession ordinaire aurait cédé ses droits successifs, ni réciproquement (arg. art. 841) ; 4° s'il y a plusieurs héritiers appelés à la succession ordinaire, et que l'un d'eux renonce, sa part accroîtra aux autres qui sont ses cohéritiers, mais non à l'ascendant donateur (arg. art. 786).

* 522. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. En même temps qu'il est appelé à la succession aux biens donnés, l'ascendant donateur est appelé à la succession ordinaire, soit seul, soit en concurrence avec d'autres héritiers. Ainsi un père a fait une donation à son fils ; celui-ci prédécède sans postérité, et le bien donné se retrouve en nature dans sa succession ; il laisse comme plus proches héritiers, outre son père, sa mère et des frères ou sœurs. Ici l'ascendant donateur, le père, est appelé, d'une part, à la succession anormale, pour le bien par lui donné, et, d'autre part, à la succession ordinaire, dans laquelle il rencontre comme rivaux la mère du défunt et les frères de celui-ci. Ce sont là deux droits distincts et indépendants l'un de l'autre, qu'il peut exercer séparément. Il pourra donc, soit accepter la succession anormale et la succession ordinaire, soit les répudier toutes les deux, soit même accepter l'une et répudier l'autre. Ce dernier point demande quelques explications.

L'ascendant donateur peut tout d'abord accepter la succession anormale et répudier la succession ordinaire.

Mais quel intérêt, dira-t-on, peut-il avoir à prendre ce parti ? Si les dettes laissées par le défunt rendent la succession ordinaire mauvaise, elles rendront mauvaise aussi la succession anormale, puisqu'elles se répartissent proportionnellement sur l'une et sur l'autre. Il est vrai ! Mais d'abord il se peut que l'ascendant attache un grand prix d'affection au bien donné, et qu'il consente pour le reprendre à payer une part des dettes dépassant sa valeur ⁶³, sans vouloir pour cela faire un nouveau sacrifice en acceptant la succession ordinaire. D'autre part, si l'ascendant donateur est appelé à la succession ordinaire concurremment avec d'autres héritiers, il peut avoir intérêt à y renoncer pour se soustraire à l'obligation de rapporter à ses cohéritiers les dons ou legs qui lui auraient été faits par le défunt (arg. art. 843 et 845).

L'ascendant donateur pourrait aussi, à l'inverse, répudier la succession anormale et accepter la succession ordinaire. On objecte que, puisque la répudiation de la succession anormale fait retomber les biens donnés dans la succession ordinaire, il est difficile de comprendre qu'après avoir répudié la succession anormale, sans doute parce qu'elle est mauvaise, l'ascendant donateur puisse avoir intérêt à accepter la succession ordinaire, qui le sera doublement lorsque la succession anormale sera venue s'y confondre. Mais d'abord, en supposant que la famille soit décidée à faire honneur aux engagements du de cujus mort insolvable, on comprend que l'ascendant donateur, qui est appelé à la succession ordinaire concurremment avec d'autres héritiers, cherche la combinaison qui lui sera la moins onéreuse. Or, en répudiant la succession anormale et en acceptant la succession ordinaire pour la part qui lui est dévolue, il diminue sa portion contributoire dans les dettes. Ajoutons que l'ascendant donateur, qui a une réserve dans la succession ordinaire, mais qui, d'après l'opinion générale, n'en a pas dans la succession anormale, pourrait

avoir intérêt à répudier la succession anormale pour grossir la succession ordinaire et augmenter ainsi la réserve à laquelle il a droit dans cette dernière. Douai, 6 mai 1879, S., 80. 2. 1, D., 79. 2. 257.

III. A quelles personnes appartient le droit de retour successoral.

523. Tout ascendant donateur, quel que soit son degré, est appelé, le cas échéant, à exercer le droit de retour successoral ; donc le bisaïeul ou l'aïeul aussi bien que le père.

L'application de cette règle au père, dans ses rapports avec l'enfant qu'il a légitimé et les descendants de celui-ci, est sans difficulté (arg. art. 333).

Mais s'applique-t-elle aussi au père et à la mère naturels légalement connus ? En d'autres termes, le père ou la mère, qui fait une donation à son enfant naturel dont la filiation est légalement établie, peut-il, en cas de prédécès de celui-ci sans postérité, reprendre le bien donné, qui se retrouve en nature dans sa succession, au préjudice de l'autre auteur de l'enfant ? Grave est la controverse sur cette question. La majorité des auteurs admettent l'affirmative. Les motifs qui justifient le retour légal au profit de l'ascendant légitime existent, dit-on, avec la même force au profit du père et de la mère naturels ; il faut donc appliquer la règle *Ubi eadem ratio ibi idem jus esse debet*, A cet argument d'analogie, on ajoute un argument a fortiori tiré de l'art. 766. Ce texte accorde un droit de retour, analogue à celui de l'art. 747, aux frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel décédé sans laisser ni postérité ni père ni mère, c'est-à-dire aux enfants légitimes du père ou de la mère de cet enfant. A plus forte raison, dit-on, un droit semblable doit-il exister au profit des père et mère naturels eux-mêmes. — Nous préférons l'avis de la minorité. Le

droit établi par l'art. 747 est un droit d'exception (supra, n. 516). Conformément à la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*, on ne peut donc l'étendre en dehors du cas spécialement prévu par le législateur. Or tout nous indique qu'il n'a eu ici en vue que les ascendants légitimes : d'abord le mot ascendants, qui comprend dans sa généralité les aïeuls, bisaïeuls, et prouve par conséquent que le législateur ne songeait pas au cas d'un enfant naturel, qui ne peut avoir d'autres ascendants que ses père et mère ; puis la place qu'occupe l'art. 747, au cœur des successions légitimes. Nous reconnaissons toutefois que ce dernier argument a beaucoup perdu de sa valeur depuis que les père et mère naturels sont devenus des héritiers, de successeurs irréguliers qu'ils étaient autrefois (supra, n. 460).

* D'ailleurs l'argument a fortiori qu'on tire de l'art. 766 n'est nullement concluant ; car on comprend parfaitement que le législateur ait pu refuser au père et à la mère naturels un droit de retour qu'il accorde après leur décès à leurs enfants légitimes, les père et mère naturels ayant sur les biens de leur enfant un droit de succession ordinaire qui n'appartient pas aux frères et sœurs légitimes. La loi accorde aux père et mère naturels du défunt un droit de succession ordinaire seulement, à leurs enfants légitimes un droit de succession anormale seulement. Qu'y a-t-il d'illogique dans un pareil système ? En tout cas, s'il y a un défaut de concordance dans les dispositions de la loi sur ce point, ce n'est pas à l'interprète de le faire disparaître en violant une de nos règles d'interprétation les plus sûres, celle qui ne permet pas d'étendre une disposition exceptionnelle en dehors de ses termes.

524. Notons que le droit de retour de l'art. 747 appartient à l'ascendant donateur seul. S'il meurt avant le donataire, le droit de retour ne passe pas à ses descendants. Il en est autrement du droit de retour de l'adoptant. V. art. 351 et 352.

IV. A quels biens s'applique le retour successoral.

525. La loi dit : aux choses... données Formule des plus générales, qui comprend les choses mobilières aussi bien que les choses immobilières, les choses incorporelles aussi bien que les choses corporelles.

Le mot choses n'a donc plus dans l'art. 747 le sens qu'il avait dans l'art. 313 de la coutume de Paris, où il désignait seulement les immeubles, que l'ascendant donateur reprenait comme héritier aux propres, dans la succession du donataire, par exception à la règle Propres ne remontent.

La règle que le retour successoral s'applique à toutes les choses données, quelle que soit leur nature, semble cependant devoir souffrir exception relativement aux cadeaux d'usage, faits à l'époque de la fête, du jour de l'an... Ce ne sont pas là de véritables donations, ainsi qu'on peut l'induire de l'art. 852, qui les dispense du rapport.

D'ailleurs le retour ne peut jamais avoir lieu que dans la mesure où il y a donation. Si donc une donation a été faite avec charges et que les charges aient été exécutées par le donataire, l'ascendant ne pourra exercer le droit de retour qu'à la condition de faire état des charges à la succession du donataire. Rennes, 3 nov. 1893, S., 95. 2. 147, et Nancy, 24 juil. 1895, D., 97. 2. 162.

V. Des conditions auxquelles est subordonné l'exercice du droit de retour successoral.

526. Pour que le droit de retour successoral s'ouvre au profit de l'ascendant donateur, il faut : 1° que le donataire prédécède sans postérité ; 2° que la chose donnée se retrouve en nature dans sa succession.

527. — PREMIÈRE CONDITION. Prédécès du donataire sans postérité. —

La loi suppose avec raison que, dans l'intention de l'ascendant donateur, la donation s'adressait au donataire et à sa postérité. Donc l'existence d'une postérité lors du décès du donataire doit faire obstacle au retour.

Le mot postérité comprend certainement les enfants et descendants légitimes du donataire, auxquels il y a lieu d'assimiler ceux qui auraient été légitimés. Toutefois leur présence ne fait obstacle au droit de retour qu'autant qu'ils ne sont ni renonçants ni indignes ; car l'héritier renonçant ou indigne est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785, et arg. art. 729).

Mais la présence d'un seul descendant venant à la succession du donataire forme un obstacle absolu et perpétuel à l'ouverture du droit de retour : de telle sorte que, si ce descendant vient lui-même à mourir sans postérité avant le donateur, le droit de retour ne s'ouvrira pas ; il était définitivement défailli. La jurisprudence est constante en ce sens. Et en effet l'art. 747 exige, pour qu'il y ait lieu au droit de retour, que le descendant donataire soit décédé sans postérité ; donc s'il laisse une postérité, le retour ne saurait se produire. Le contraire a lieu, il est vrai, pour l'adoptant, qui peut exercer le droit de retour, non seulement dans la succession de l'adopté, mais aussi dans celle de ses descendants morts sans postérité (art. 352). Mais c'est là une particularité du droit de retour de l'adoptant, particularité facile à expliquer d'ailleurs : en effet si, dans cette hypothèse, le retour successoral ne s'ouvrirait pas au profit de l'adoptant, les biens par lui donnés sortiraient définitivement de sa famille, puisqu'ils seraient recueillis par les parents de l'adopté, qui sont des étrangers pour l'adoptant. Autre est la situation de l'ascendant donateur, qui, s'il ne peut exercer le retour légal dans la succession des descendants du donataire, ne verra pas du moins passer à des étrangers les biens par lui donnés.

528. Le mot postérité de l'art. 747 comprend-il aussi les enfants adoptifs et les enfants naturels ? Sur l'un et l'autre point il y a controverse.

En ce qui concerne l'enfant adoptif, la majorité des auteurs admettent que sa présence doit faire obstacle au retour légal, comme celle d'un enfant légitime. On induit cette solution de l'art. 350, aux termes duquel : « L'adopté aura sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage... »

La jurisprudence est fixée en sens contraire, et nous nous joignons à la minorité respectable qui estime qu'il y a lieu de l'encourager à persévérer dans cette voie. Si l'on consulte l'intention probable du donateur, qui sert de base au retour successoral, on est obligé de convenir qu'il n'a disposé qu'en vue du donataire et de sa descendance réelle, mais non en vue de sa descendance adoptive qui est une descendance fictive : celle-ci ne doit donc pas faire obstacle au retour. Les textes viennent à l'appui de cette induction. Le mot postérité, dans la langue du droit comme dans celle du monde, ne désigne que les personnes qui nous sont unies par les liens du sang en ligne descendante. On dit bien postérité légitime ou postérité naturelle, mais peut-on parler de postérité adoptive ? D'ailleurs nous voyons que l'ouverture du droit de retour de l'adoptant est subordonnée au prédécès de l'adopté sans descendants légitimes (art. 351). La présence d'un enfant adoptif de l'adopté ne ferait donc pas obstacle au retour légal de l'adoptant ; comment ferait-elle dès lors obstacle au retour de l'ascendant, qui est exactement de la même nature ? Quant à l'argument tiré de l'art. 350, il repose sur une pétition de principe manifeste. Sans doute l'adopté a les mêmes droits qu'un enfant légitime sur la succession de l'adoptant ; mais il s'agit de savoir sur quelle succession. Or il est peu vraisemblable que le législateur ait eu en vue la succession anormale de l'art. 747 : il est bien plus

probable qu'il ne songeait qu'à la succession ordinaire, dont les biens donnés ne font pas partie.

Les arguments qui précèdent peuvent être reproduits en partie pour soutenir que la présence d'un enfant naturel reconnu du donataire ne fait pas obstacle au retour légal. Le mot postérité, il est vrai, pourrait paraître comprendre les enfants naturels ; car lato sensu ce mot désigne toutes les personnes qui descendent de nous légitimement ou illégitimement. Mais il n'est pas vraisemblable que le législateur l'ait employé en ce sens dans l'art. 747 ; ce texte est en effet enchâssé dans une série d'articles où le mot postérité est certainement employé pour désigner la postérité légitime. Ces raisons nous paraissent n'avoir rien perdu de leur force depuis la loi du 25 mars 1896. Qu'importe que cette loi confère aux enfants naturels reconnus le titre d'héritier que leur refusait le code civil (anc. art. 756) et la saisine qui en est l'apanage ? Résulte-t-il de là qu'ils sont compris dans le mot postérité de l'art. 747, comme l'a jugé la cour d'Orléans (14 mars 1902, D., 03. 2. 504, S., 04. 2. 276) ?

* Nous ne parlerons que pour mémoire d'une opinion intermédiaire, basée sur l'art. 759, d'après laquelle l'enfant naturel reconnu ferait obstacle à l'exercice du droit de retour légal pour les trois quarts. On l'a réfutée d'une manière péremptoire par le dilemme suivant : Ou bien le mot postérité de l'art. 747 comprend les enfants naturels, et alors leur présence fait obstacle au retour légal pour le tout ; ou il ne les comprend pas, et alors leur présence ne saurait aucunement y faire obstacle.

529. DEUXIÈME CONDITION. Il faut que la chose donnée se retrouve en nature dans la succession du donataire (art. 747). En nature, c'est-à-dire dans son identique individualité. La raison en est que l'ascendant ne succède qu'à ce qu'il a donné. La loi recherche ici l'origine des biens, contrairement aux règles du droit commun. Il faut donc que l'origine du bien que veut reprendre

l'ascendant donateur soit certaine, et elle ne l'est, aux yeux du législateur, que lorsque la chose donnée se retrouve en nature. Si donc le donataire l'a aliénée, il n'y aura pas lieu au retour successoral. Peu importe d'ailleurs que l'aliénation soit à titre gratuit ou à titre onéreux.

En ce qui concerne l'aliénation à titre gratuit, il faut remarquer que celle que le donataire aurait faite par testament rendrait le retour successoral impossible, aussi bien que celle qu'il aurait fait par acte entre vifs. En d'autres termes, si le donataire a légué la chose donnée, le retour successoral s'évanouit aussi bien que s'il l'a donnée entre vifs. Toulouse, 21 déc. 1891, D., 92. 2. 369, et la note de M. de Loynes. Même solution si le donataire a fait un legs universel. Orléans, 14 mars 1902, D., 03. 2. 504, S., 04. 2. 276. On a objecté inutilement que, la donation testamentaire ne produisant effet qu'à la mort du testateur (arg. art. 895), la chose léguée existe encore en nature dans le patrimoine du testateur au moment de son décès ; d'où résulterait pour l'ascendant donateur le droit de la reprendre. Matériellement, oui, la chose est encore dans le patrimoine du testateur, mais juridiquement elle n'y figure plus ; car, au moment où le testateur a rendu le dernier soupir, la chose léguée est devenue la propriété du légataire (arg. art. 711 et 1014). Or c'est au point de vue juridique qu'il faut se placer pour résoudre la question de savoir si la chose existe ou non en nature dans le patrimoine du donataire. — Un arrêt de la cour de Besançon du 10 juillet 1901 (D., 02. 2. 390) a jugé que le legs fait par le donataire de la chose donnée rend le retour successoral impossible, même quand le légataire répudie le legs. Il paraît difficile de souscrire à cette décision. La renonciation du légataire produit un effet rétroactif au jour du décès du testateur (arg. art. 785). Le bien légué est donc, au cas de renonciation du légataire, censé n'être jamais sorti du patrimoine du testateur. Comment soutenir alors que le bien donné n'existait plus dans le patrimoine

du donataire lors de son décès ? A plus forte raison le legs de la chose donnée ne ferait pas obstacle au retour légal, s'il était nul pour vice de forme du testament qui le contient, révoqué, ou caduc par le prédécès du légataire.

« 530. Que décider, si le donataire, après avoir aliéné la chose, en est redevenu propriétaire ? L'ascendant donateur pourra-t-il exercer son droit de retour ? Cette question doit être résolue d'après la distinction suivante :

a. Le donataire a-t-il recouvré la propriété de la chose par lui aliénée, *ex causa antiqua* ou *primæva*, c'est-à-dire par suite de la résolution de l'aliénation qu'il avait consentie : comme si, après avoir vendu la chose à réméré, il a exercé le rachat dans le délai convenu ? En pareil cas, l'aliénation, que le donataire avait consentie, a été rétroactivement anéantie : c'est donc comme si elle n'avait jamais existé. D'où la conséquence que l'ascendant donateur pourra exercer son droit de retour comme si la chose n'avait jamais été aliénée.

b. Le donataire, après avoir aliéné la chose, l'a acquise en vertu d'un titre nouveau, *ex causa nova*, en vertu d'une cause qui laisse subsister l'aliénation par lui consentie : par exemple, après avoir donné la chose, il l'a achetée. Le droit de retour ne s'ouvrira pas dans ce cas au profit de l'ascendant donateur. La chose existe en nature, il est vrai, dans le patrimoine du donataire ; mais elle n'y existe plus en tant que chose donnée par l'ascendant : or l'ascendant donateur ne peut succéder qu'aux choses par lui données (art. 747). Voyez d'ailleurs où nous conduirait la solution contraire. Supposez qu'un enfant ait vendu l'immeuble que lui a donné son père : son aïeul le rachète et lui en fait de nouveau donation ; l'enfant prédécède sans postérité. Incontestablement il y a lieu au droit de retour au profit de l'aïeul, car la chose existe en nature dans la succession en tant que chose donnée par lui. Comment faire, si l'on admet que le droit de retour existe aussi au profit du père ?

531. En principe, l'aliénation consentie par le donataire fait défaillir le droit de retour successoral d'une manière absolue. L'ascendant donateur ne peut alors reprendre ni la chose, ni son équivalent, quand bien même cet équivalent se trouverait dans le patrimoine du donataire. A cette règle la loi apporte une double exception.

1° « Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû ». La loi subroge donc à la chose la créance du prix moyennant lequel elle a été vendue.

Au cas où le prix consisterait en une rente perpétuelle, l'ascendant succèdera à la rente. On a peine à comprendre que le contraire ait pu être soutenu.

Si le prix a été payé en partie, l'ascendant succède à la portion qui reste due ; il n'a aucun droit à celle qui a été payée du vivant du donataire, car la loi dit qu'il succède au prix qui peut être dû.

2° « Ils (les ascendants) succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire » (art. 747 in fine). On appelle action en reprise toute action par le moyen de laquelle nous pouvons faire rentrer dans notre patrimoine un bien qui en est sorti. Telle est l'action en rescision d'une vente pour cause de lésion (art. 1674), telle encore l'action en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix (art. 1654), ou l'action en révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (art. 954) ou d'ingratitude du donataire (art. 955).

D'une manière générale, les actions en nullité ou rescision, en révocation et en résolution sont des actions en reprise. On doit aussi considérer comme telle l'action qui appartient à la femme, sous les divers régimes nuptiaux, pour obtenir la restitution en nature ou par équipollent des biens qui composent sa dot.

Il est bien entendu que l'ascendant donateur, qui succède à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire, doit satisfaire de suo aux diverses prestations que peut

nécessiter suivant les cas l'exercice de cette action. Ainsi l'ascendant donateur qui exercera le droit de rachat en cas de vente à réméré, devra rembourser de ses deniers le prix de la vente et les divers accessoires qu'indique l'art. 1673.

Le législateur paraît accorder l'action en reprise à l'ascendant donateur, par application de la maxime *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. L'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix est, nous l'avons vu, une action en reprise ; elle appartient à ce titre à l'ascendant donateur. Et comme l'action en résolution peut être exercée tant que le prix n'est pas payé, le législateur, tenant compte sans doute du lien qui existe entre la dette du prix et l'action en résolution, a été conduit à attribuer à l'ascendant la créance du prix. Cette disposition est peut-être aussi un souvenir du droit romain, d'après lequel l'acheteur ne devenait pas propriétaire avant le paiement du prix.

532. Le donataire a vendu le bien que lui a donné son ascendant, et il a employé le prix à en acheter un autre qui se trouve en nature dans sa succession ; ou bien il a placé le prix après l'avoir touché ; ou enfin ce prix se trouve encore dans son coffre-fort. On demande si l'ascendant peut reprendre la chose nouvellement achetée, ou profiter du placement, ou s'emparer du prix qu'il retrouve. C'est demander si l'on peut étendre en dehors de ses termes une disposition qui déroge au droit commun. La négative est certaine, si l'on s'en tient aux règles les plus élémentaires de l'interprétation. On comprend d'ailleurs à merveille que le législateur ait enfermé dans des limites très étroites le droit de l'ascendant donateur. Il ne faut pas oublier que, dans la succession spéciale dont il s'agit, la loi recherche l'origine des biens, contrairement au principe de l'art. 732. L'ascendant donateur succède aux biens par lui donnés. Donc il ne peut pas reprendre d'autres biens à la place de ceux qu'il a donnés. Voilà pourquoi notre article exige que les biens donnés se retrouvent en nature : hypothèse à

laquelle il assimile celle où il existe dans la succession une action en reprise, ou une action en paiement du prix, qui peut conduire à une action en reprise. Là s'arrête le droit de l'ascendant. Aucune extension du texte de la loi ne saurait être admise à son profit dans une matière où l'interprétation restrictive est de rigueur. Aussi ne reconnâtrions-nous même pas à l'ascendant donateur le droit de reprendre le bien que le donataire aurait acquis en échange du bien donné.

Voilà ce que semble commander la rigueur des principes. Bien peu d'auteurs y sont demeurés fidèles. Mais il y a dans le camp des dissidents comme une véritable anarchie. La difficulté vient de ce qu'après avoir franchi les limites légales, il a fallu établir des limites doctrinales pour l'exercice du droit de retour ; or on est loin de s'entendre à ce sujet. L'un pose en principe que l'on doit autoriser l'ascendant donateur à reprendre dans la succession du donataire, soit le bien donné lui-même, soit toute autre chose qui pourra être considérée comme étant son équivalent positif et certain : par exemple le bien acquis en contre-échange, qui certainement ne se trouverait pas dans la succession du donataire sans la donation faite par l'ascendant, et qui est par conséquent un produit indirect mais certain de cette donation. Puis, l'accord fait sur cette prémisse, chacun applique ensuite le principe à sa manière. D'autres partent de l'idée que le législateur autorise l'ascendant à succéder à la créance du prix et à l'action en reprise, par suite d'une subrogation réelle ; aux deux cas admis par le législateur, ils en ajoutent plusieurs autres, ne remarquant pas que la subrogation réelle est de droit étroit, et qu'on ne peut pas l'admettre sans un texte ni l'étendre d'un cas prévu à un autre non prévu. Il y a encore d'autres variantes.

Finalement le sans-gêne des auteurs, qui ne respectent pas suffisamment le texte de la loi, a engendré la licence de la jurisprudence, qui, elle, semble l'avoir tout à fait oublié.

Il a été jugé notamment que, lorsque la donation porte sur une somme d'argent, l'ascendant donateur peut exercer son droit de retour sur l'argent qui se trouve dans la succession du donataire, quelle qu'en soit la provenance, et aussi sur les effets de commerce et les obligations valant numéraire. Que devient alors l'art. 747 ? Le plus sûr est de s'en tenir scrupuleusement au texte de la loi. Voyez sur cette question : Lyon, 24 avril 1871, S., 72. 2. 121.

SECTION VI

DES SUCCESSIONS DÉFÉRÉES AUX ENFANTS NATURELS LÉGALEMENT RECONNUS ET DES DROITS DE LEURS PÈRE ET MÈRE DANS LEUR SUCCESSION

533. Cette section a été créée par la loi du 25 mars 1896. Elle comprend les nouveaux art. 756 à 765. Dans le code civil de 1804, les articles correspondants composaient, avec l'art. 766, la section première du chapitre IV consacré aux successions irrégulières.

534. Le titre même de la section nous fournit la division à adopter pour l'explication des matières qui y sont traitées. Dans un premier paragraphe précédé d'un historique, nous parlerons du droit héréditaire accordé aux enfants naturels dans la succession de leurs père et mère ; dans un second, du droit accordé aux père et mère dans la succession de leur enfant. Au premier cas c'est un enfant naturel qui hérite, au second c'est de lui qu'on hérite.

§ I. Des droits des enfants naturels ou illégitimes dans la succession de leurs père et mère.

535. Historique. — A part de très rares exceptions, on tenait pour principe, dans notre ancienne jurisprudence, tant en pays de droit écrit qu'en pays de coutume, que « enfants bastards ne succèdent ». Les bâtards n'avaient droit qu'à des aliments. On désignait d'ailleurs sous ce nom tous les enfants nés hors mariage, y compris les enfants adultérins et incestueux.

Notre droit intermédiaire se jeta dans un excès opposé. L'ivresse de l'égalité fit admettre une assimilation presque complète des bâtards aux enfants légitimes : l'art. 2 de la loi du 12 brumaire an II portait : « Leurs droits de successibilité seront les mêmes que ceux des autres enfants ». Cette règle ne souffrait exception que pour les enfants adultérins, au sujet desquels l'art. 13 de la loi précitée disposait : « Il sera accordé aux enfants adultérins à titre d'aliments, le tiers en propriété de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils étaient nés dans le mariage ». C'est précisément la part que l'ancien art. 757 C. civ. accordait aux enfants naturels simples en concours avec des descendants légitimes.

Chabot dit, dans l'exposé des motifs, que le code civil a pris à l'égard des enfants naturels un juste milieu entre la rigueur excessive de notre ancien droit, qui leur accordait à peine un morceau de pain sur la succession de leurs parents, et les faveurs scandaleuses du droit intermédiaire qui les assimilait ou à peu près aux enfants légitimes. Cette opinion de Chabot n'a pas été ratifiée par la postérité. Un mouvement s'est formé dans l'opinion publique en faveur des enfants naturels. On s'accordait à reconnaître que le code civil s'était montré trop dur à leur égard. Une réforme s'imposait ; on ne discutait que sur le point de savoir quelle étendue il fallait donner à cette réforme. Devait-on, comme le voulaient quelques-uns, assimiler complètement, quant à leurs droits dans la succession paternelle, les enfants naturels aux enfants légitimes, sous prétexte que les enfants naturels ne sont pas responsables de l'irrégularité

de leur origine ? Mais, en admettant cette assimilation, on affaiblissait singulièrement l'institution du mariage, sur laquelle est basée notre société moderne. L'union libre sera bien près de supplanter le mariage, le jour où les enfants auxquels ces unions donnent naissance recevront de la loi la même protection que les enfants nés du mariage. Sans compter que l'équité, qui assimile, dans le partage de la succession paternelle, les enfants naturels aux enfants légitimes, n'est souvent qu'une équité apparente. Est-il juste par exemple que l'enfant naturel ait dans la succession paternelle la même part que l'enfant légitime, sur la fortune que le père commun a pu réaliser grâce à la dot de l'épouse légitime, ou sur les biens que ce père doit au jeu des conventions matrimoniales faites avec cette même épouse ? Aussi l'opinion qui a prévalu a-t-elle repoussé l'assimilation complète des enfants naturels aux enfants légitimes. La loi du 25 mars 1896, qui est le reflet de cette opinion, a seulement, tout en maintenant l'inégalité établie par le code civil, augmenté d'une manière sensible la part héréditaire de l'enfant naturel dans la succession paternelle. Elle a en outre consacré, au profit de ces mêmes enfants naturels, un droit de réserve plus étendu que celui que leur accordait la jurisprudence sous le code civil. Nous savons que cette même loi assimile complètement sous un autre aspect les enfants naturels aux enfants légitimes, en leur accordant le titre d'héritier que leur refusait le code civil (nouvel art. 756 in fine) et la saisine qui y est attachée (nouvel art. 724, et supra, n. 458 s.). Nous n'avons à nous occuper pour le moment que du droit héréditaire de l'enfant illégitime dans la succession paternelle ou maternelle.

536. D'après la loi précitée du 25 mars 1896, les droits des enfants illégitimes dans la succession paternelle ou maternelle varient, suivant qu'il s'agit d'enfants naturels simples ou d'enfants adultérins ou incestueux.

N° 1. Enfants naturels simples.

537. La loi, ne faisant pas entrer l'enfant naturel dans la famille de son père et de sa mère, ne lui reconnaît, en principe, aucun droit sur la succession des parents de ceux-ci. V. cependant infra, n. 559. L'enfant naturel simple ne peut succéder qu'à son père ou à sa mère, lorsque, bien entendu, sa filiation à leur égard est légalement constatée par une reconnaissance soit volontaire, soit judiciaire (art. 756).

538. Tout ce que nous venons de dire résulte des nouveaux art. 756 et 757 (L. 25 mars 1896) ainsi conçus :

ART. 756. La loi n'accorde de droits aux enfants naturels sur les biens de leurs père ou mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Les enfants naturels légalement reconnus sont appelés en qualité d'héritiers à la succession de leur père ou de leur mère décédés. Cpr. supra, n. 458 s.

ART. 757. La loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents de leur père ou de leur mère.

539. Dans la première pensée des auteurs du code civil, l'enfant naturel ne devait avoir qu'un droit de créance, un simple jus ad rem dans la succession de ses père et mère. Mais finalement le législateur de 1804 lui accorda un droit réel, un jus in re, comme aux héritiers légitimes, un véritable droit de succession, en un mot. Cette pensée apparaissait clairement dans l'art. 711 qui dispose que : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession », sans distinguer entre les successions irrégulières et les successions régulières. Adde arg. anc. art. 757 et 758. Ce point était considéré comme constant tant en jurisprudence qu'en doctrine. L'enfant naturel devenait donc, pour la quote-part que la loi lui attribuait, propriétaire des biens héréditaires. D'où il suit notamment : que l'enfant naturel pouvait demander sa part

des biens héréditaires en nature ; qu'il pouvait provoquer le partage (arg. art. 815) et assister à toutes les opérations qu'il entraîne ; enfin qu'il avait le droit de contraindre au rapport les héritiers légitimes avec lesquels il concourait (arg. art. 857), de profiler de l'accroissement (arg. art. 786) et d'exercer, le cas échéant, le retrait successoral (arg. art. 841). Aujourd'hui il n'est plus douteux que ces divers droits appartiennent à l'enfant naturel, puisque la loi nouvelle le déclare héritier.

Montant du droit héréditaire de l'enfant naturel.

540. Depuis la loi du 25 mars 1896, les droits héréditaires des enfants naturels sont fixés ainsi qu'il suit par les art. 758, 759 et 760.

ART 758. Le droit héréditaire de l'enfant naturel dans la succession de ses père ou mère est fixé ainsi qu'il suit : — Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est de la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime.

ART. 759. Le droit est des trois quarts, lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs, ou des descendants légitimes de frères ou sœurs.

ART. 760. L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères ou sœurs, ni descendants légitimes de frères ou sœurs.

541. Ces textes distinguent trois hypothèses : 1° celle où l'enfant naturel se trouve eu concours avec des enfants légitimes ; 2° celle où le défunt n'a pas laissé d'enfants légitimes, mais bien des ascendants, ou des collatéraux privilégiés ; 3° le cas où le défunt ne laisse ni descendants ni ascendants ni collatéraux privilégiés.

Remarquons tout de suite que le mot laisse, dans nos textes, est synonyme de laisse comme héritiers. Il ne faut

donc pas avoir égard aux héritiers renonçants ou indignes : on les traite comme s'ils n'existaient pas.

542. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. L'enfant naturel se trouve en concours avec un ou plusieurs enfants ou descendants légitimes du défunt. Sa part dans la succession est de la moitié ⁶⁴ de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime (nouvel art. 758 al. 2). Il faut donc supposer un instant que l'enfant naturel est légitime, rechercher quelle part il aurait eue dans cette supposition et lui en donner finalement la moitié.

Ainsi le défunt laisse un enfant légitime et un enfant naturel. Si l'enfant naturel eût été légitime, il y aurait eu deux enfants légitimes appelés à la succession paternelle, et la part de chacun eût été de la moitié. Une moitié de la succession, voilà donc la part que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime. Il aura droit, d'après notre article, à une moitié de cette moitié, soit un quart de la succession ; le reste appartiendra à l'enfant légitime.

On trouverait par un calcul analogue qu'un enfant naturel, en présence de deux enfants légitimes, aurait droit à un sixième de la succession, soit la moitié du tiers qui lui serait revenu s'il eût été légitime. En présence de trois enfants légitimes, un enfant naturel aurait droit à un huitième (moitié du quart qu'il aurait s'il était légitime) et ainsi de suite.

543. Les descendants d'enfants légitimes prédécédés, venant par représentation de leur père, ne comptent que pour la tête de celui-ci dans le calcul de la part de l'enfant naturel. Ainsi, en présence d'un enfant légitime du défunt, et de trois petits fils issus d'un autre fils prédécédé et venant par représentation de leur père, la part de l'enfant naturel sera la même qu'en présence de deux enfants légitimes, soit un sixième de la succession.

Supposons que l'enfant naturel se trouve en concours avec les descendants d'un fils unique du défunt, qui est

renonçant ou indigne. En pareil cas, si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait eu droit à toute la succession, excluant les petits-enfants qui ne peuvent pas monter dans le degré de leur père par la représentation (arg. art. 744) ; c'est donc la moitié de la succession tout entière qui lui revient.

On trouverait de même que l'enfant naturel, qui se trouve en présence d'un fils légitime du défunt et de descendants d'un autre fils renonçant ou indigne, a droit à un quart de la succession, comme si le défunt n'avait laissé qu'un seul enfant (arg. art. 744).

544. Jusqu'ici nous avons supposé un seul enfant naturel venant en concours avec un ou plusieurs descendants légitimes. Que décider, s'il y a plusieurs enfants naturels ? Il faut supposer pour un moment que tous les enfants naturels sont légitimes collectivement, voir ce qui serait revenu à chacun d'eux dans cette supposition, et lui attribuer définitivement la moitié de la portion ainsi calculée. Par exemple le défunt laisse un enfant légitime et deux enfants naturels. Si chaque enfant naturel eût été légitime, il y aurait eu trois enfants légitimes venant concurremment à la succession, et chacun aurait pris le tiers. Un tiers, voilà donc ce que chaque enfant naturel aurait eu s'il eût été légitime. Il faut par conséquent leur donner à chacun la moitié de ce tiers, soit un sixième, et il restera quatre sixièmes pour l'enfant légitime. On trouverait de même que trois enfants naturels, en présence de deux enfants légitimes, auraient droit chacun à un dixième, et chaque enfant légitime à la moitié des sept dixièmes restants, soit sept vingtièmes pour chacun.

La question était controversée sous l'empire du code civil. La jurisprudence avait toujours résolu la question dans le sens que nous venons d'indiquer, et tel était aussi l'avis de la majorité des auteurs. Il résulte très formellement des explications qui ont été données lors de la confection de la loi de 1896, que c'est le système admis

par la jurisprudence que l'on a entendu consacrer. L'examen des opinions dissidentes qui s'étaient produites sous l'empire du code civil n'offrirait donc plus aujourd'hui qu'un intérêt rétrospectif. Ces opinions avaient toutes le même point de départ : au lieu de considérer les enfants naturels comme légitimes collectivement, ainsi qu'on le fait dans le système que nous venons de développer, elles les considéraient comme légitimes successivement. Mais, d'accord sur ce premier point, les dissidents cessaient ensuite de s'entendre. Inutile d'insister : la controverse est éteinte.

545. On peut remarquer que, lorsqu'il y a concours d'un ou plusieurs enfants naturels avec un ou plusieurs enfants légitimes, le rapport entre la part de chaque enfant naturel et la part de chaque enfant légitime est loin d'être constant. Ainsi, au cas de concours d'un enfant naturel avec un enfant légitime, ce rapport est de 1 à 3. Il est de 2 à 5, au cas de concours d'un enfant naturel avec deux enfants légitimes, l'enfant naturel prenant 2 douzièmes et chaque enfant légitime 5 douzièmes. Si nous avons deux enfants naturels en présence d'un enfant légitime, le rapport n'est plus que de 1 à 4...

De ces variantes on n'aperçoit aucune bonne raison. Aussi regrettons-nous qu'il n'ait pas été donné suite à la proposition de la chambre des députés, d'après laquelle la part de l'enfant naturel devait toujours être égale à la moitié de la part de l'enfant légitime. Le rapport entre la part de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime était ainsi uniformément de un à deux. Pour cela on comptait chaque enfant naturel pour un et chaque enfant légitime pour deux, et, dans le total ainsi obtenu, on donnait une part à chaque enfant naturel et deux à chaque enfant légitime. Ainsi, deux enfants naturels se trouvant en présence de trois enfants légitimes, on aurait dit : En ajoutant aux deux unités qui représentent le nombre des enfants naturels, le double des unités qui représentent le

nombre des enfants légitimes, on obtient $2 + 6 = 8$. A chaque enfant naturel on donnera 1 huitième, et à chaque enfant légitime 2 huitièmes.

546. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. L'enfant naturel se trouve en concours avec des ascendants du défunt ou des collatéraux privilégiés (frères et sœurs ou descendants d'eux) ⁶⁵. D'après le nouvel art. 759, l'enfant naturel a droit aux trois quarts ⁶⁶ de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, par conséquent aux trois quarts de la succession tout entière, car, si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait exclu complètement les ascendants et les collatéraux privilégiés. Le quart restant sera attribué aux ascendants ou aux collatéraux privilégiés, d'après les mêmes règles que leur aurait été attribuée la succession tout entière en l'absence d'enfant naturel. Ainsi, si le défunt laisse son père, sa mère, un frère et un enfant naturel, le quart de la succession, que ne prend pas l'enfant naturel, sera réparti entre les autres héritiers de la manière suivante : une moitié pour le frère, un quart pour chaque ascendant (art. 748). Finalement, l'enfant naturel prendra les trois quarts de la succession, le frère du défunt un huitième, et chaque ascendant un demi-huitième, soit un seizième.

De même, le défunt laissant un aïeul paternel et un cousin maternel (pas de collatéraux privilégiés), le quart enlevé à l'enfant naturel se partagera par moitié entre l'ascendant paternel et le cousin maternel, conformément à l'art. 753. L'enfant naturel ne pourrait pas revendiquer la part que nous donnons au cousin maternel, sous prétexte qu'il exclut tous les collatéraux autres que les privilégiés (art. 760), car, aux termes de l'art. 759, il n'a pas droit à plus que les trois quarts quand il y a un ascendant.

S'il y a plusieurs enfants naturels en présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, leur part sera toujours des trois quarts. Ils se partageront cette part par portions égales.

547. L'enfant naturel étant aujourd'hui héritier se trouve soumis à l'obligation du rapport comme tout autre héritier. Arg. art. 843. Il ne pourra donc pas cumuler avec sa part héréditaire le montant des donations qui lui auraient été faites par son auteur. Ainsi un enfant naturel reconnu par son père a reçu de celui-ci, par donation entre vifs, 10.000 fr. ; le père meurt, et la part héréditaire de l'enfant, calculée d'après l'art. 758, se trouve être de 15.000 fr. L'enfant naturel n'aura droit qu'à 5.000 fr., les 10.000 fr. qu'il a reçus lui étant précomptés sur sa part, à cause de l'obligation du rapport dont il est tenu. Nous le répétons, tout cela résulte du droit commun, l'enfant naturel étant aujourd'hui héritier (art. 756 in fine). Un texte spécial n'était plus nécessaire, comme sous l'empire du code civil, pour imposer à l'enfant naturel l'obligation du rapport, et c'est avec raison que la loi nouvelle a fait disparaître la disposition de l'ancien art. 760.

548. L'ancien art. 761 permettait au père d'écarter son enfant naturel de sa succession en lui faisant une donation entre vifs égale à la moitié au moins de sa part héréditaire future, avec déclaration que son intention était de le réduire à ce qu'il lui avait donné. L'enfant qui avait accepté cette donation ne pouvait plus rien réclamer dans la succession de son auteur, à moins cependant que le montant de la donation ne se trouvât être inférieur à la moitié de la part héréditaire de l'enfant, auquel cas il avait le droit de réclamer le complément de cette moitié. Ainsi un père, estimant que la part de son enfant naturel dans sa succession future représenterait une somme de 20.000 francs, pouvait dire à cet enfant : Je te donne 10.000 francs tout de suite, moyennant quoi tu n'auras rien à réclamer dans ma succession lorsqu'elle s'ouvrira. Le seul droit de l'enfant était alors de réclamer le complément de sa moitié, si la donation se trouvait être en fait inférieure à la moitié de sa part héréditaire. Le législateur de 1804 avait autorisé ce pacte, par exception à la règle qui prohibe les pactes sur

succession future, pour donner au père un moyen de débarrasser sa famille légitime d'un créancier odieux. Mais le plus souvent il arrivait que le but n'était pas atteint : l'enfant, pour molester les héritiers légitimes, ne se faisait pas faute de soutenir, quelquefois sans aucun fondement, que le montant de son don était inférieur à la moitié de sa part héréditaire, et, pour lui prouver contradictoirement le contraire, il fallait l'admettre aux opérations de la liquidation et du partage de la succession. Et puis le pacte n'avait-il pas quelque chose d'impie ? Aussi le législateur de 1896 a-t-il abrogé l'art. 761, qui a peut-être soulevé plus de conflits qu'il n'en a prévenu entre enfants légitimes et enfants naturels du même père, et il n'y a pas à le regretter.

Et toutefois, comme il ne faut pas faire produire à la loi un effet rétroactif, même quand elle réalise une œuvre de justice, la loi de 1896 dispose dans son art. 9 al. 1, sous la rubrique Disposition transitoire : « Toute réclamation sera interdite à l'enfant naturel lorsqu'il aura reçu du vivant de ses père et mère, avant la date de la promulgation de la présente loi, la moitié de ce qui lui est attribué par les articles 758, 759, 760 et 761 précédents, avec déclaration expresse de leurs père ou mère que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié ».

= La moitié de ce qui lui est attribué par les articles 758, 759, 760 et 761 précédents. Et non la moitié de ce qui était attribué à l'enfant naturel par la législation en vigueur à l'époque de la donation, c'est-à-dire par les anciens art. 757 et 758. C'est peut-être bien une légère atteinte au principe de la non-rétroactivité des lois. Elle s'explique par la faveur dont les enfants naturels étaient l'objet dans la pensée du législateur.

549. TROISIÈME HYPOTHÈSE. Les père ou mère de l'enfant naturel ne laissent ni descendants ni ascendants ni collatéraux privilégiés. Ou bien ceux qu'ils laissent renoncent à la succession ou en sont écartés comme indignes. Alors la succession revient tout entière à l'enfant ou aux enfants naturels. L'ancien art. 757 ne leur donnait que les trois quarts en face de collatéraux ordinaires. L'enfant naturel exclut donc aujourd'hui non seulement le conjoint et l'Etat, comme sous l'empire du code civil de 1804, mais aussi tous les collatéraux ordinaires. En ce qui concerne le conjoint, rappelons qu'exceptionnellement l'enfant naturel est exclu par lui et par les enfants issus du mariage, lorsqu'il a été reconnu pendant le mariage. C'est l'hypothèse prévue par l'art. 337.

550. Disposition commune au cas où le défunt laisse et à celui où il ne laisse pas de parents au degré successible. — « En cas de prédécès des enfants naturels, leurs enfants et descendants

» peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents » (nouvel art. 761). Ainsi des deux enfants naturels reconnus qu'avait le défunt, l'un est prédécédé, laissant deux enfants légitimes : ces derniers viendront, par représentation de leur père, prendre la portion qui aurait été dévolue à celui-ci, concurremment avec l'enfant naturel survivant.

* Nous avons vu (supra, n. 501) que, pour venir à une succession par représentation, il faut avoir l'aptitude personnelle requise pour y arriver de son propre chef ; car, en définitive, c'est le représentant qui hérite. En appelant les descendants de l'enfant naturel prédécédé à représenter celui-ci, la loi leur reconnaît donc implicitement l'aptitude personnelle à succéder au défunt. Ce point a été contesté à tort. De là il résulte que les descendants d'un enfant naturel indigne ou renonçant peuvent venir de leur chef à la succession du défunt, à supposer que leur degré leur permette d'arriver en ordre

utile. Ainsi, à défaut de parents au degré successible, l'enfant légitime de l'unique fils naturel laissé par le de cujus pourrait, au cas de renonciation de son père, recueillir toute la succession à l'exclusion du conjoint survivant. Mais le fils d'un enfant naturel renonçant ne pourrait pas concourir avec un autre enfant naturel qui accepterait la succession (arg. art. 744). De même les descendants d'un fils naturel renonçant ne pourraient pas concourir avec les enfants légitimes du défunt : ceux-ci, excluant les descendants d'un fils légitime renonçant, excluent à plus forte raison les descendants d'un fils naturel renonçant.

L'art. 761 n'est écrit qu'en vue des descendants légitimes de l'enfant naturel prédécédé ; ses enfants naturels n'auraient donc, ni de leur chef ni par représentation, aucun droit sur la succession du père de leur père. C'est ce qui résulte du nouvel art. 757, aux termes duquel : « La loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents » de leur père ou de leur mère ». Ce texte, qui ferait certainement obstacle à ce que les enfants naturels d'un enfant légitime vinssent réclamer un droit dans la succession du père de leur père, peut être opposé à plus forte raison aux enfants naturels d'un enfant naturel.

N° 2. Enfants adultérins ou incestueux.

551. Le législateur a laissé subsister à peu près intactes les dispositions des art. 762, 763 et 764 du code civil de 1804.

Aux termes de l'art. 762 : « Les dispositions des art. 756, 758,

» 759 et 760 ne sont pas applicables aux enfants adultérins ou

» incestueux. — La loi ne leur accorde que des aliments ». Tel est le seul droit que notre loi attribue aux enfants du crime sur la succession de leurs parents.

Mais, pour qu'un enfant adultérin ou incestueux puisse venir réclamer des aliments sur la succession de son père ou de sa mère, il faut évidemment qu'il prouve sa filiation par rapport au défunt ; or, l'art. 335 paraît rendre cette preuve impossible, puisqu'il prohibe la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, et il semble ainsi y avoir antinomie entre les art. 335 et 762. Cette difficulté a été examinée, t. I, n. 868. Nous avons vu qu'il existe des cas où la filiation, soit adultérine, soit incestueuse, se trouve constatée par la force même des choses. C'est alors que l'enfant adultérin ou incestueux pourra réclamer des aliments.

552. La loi n'accordant à l'enfant adultérin ou incestueux que des aliments sur la succession de ses parents, il en résulte : 1° que toute donation, faite à un enfant adultérin ou incestueux par son père ou par sa mère, serait nulle en tant qu'elle excéderait les limites d'une disposition alimentaire (arg. art. 908 al. fin.) ; 2° que l'enfant adultérin ou incestueux serait exclu de la succession de son auteur même par l'Etat : rigueur excessive que l'on élude en pratique par mille moyens.

553. Règlement de la pension alimentaire. — « Ces aliments

» sont réglés eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre

» et à la qualité des héritiers légitimes » (art. 763).

Le mot légitimes qui termine l'article aurait dû être supprimé ; car il est clair qu'il y a lieu de tenir compte, pour régler les aliments, du nombre et de la qualité des successeurs quels qu'ils soient, légitimes ou non. Il est clair aussi qu'on devrait avoir égard pour ce règlement aux besoins du réclamant, qui peuvent varier à l'infini suivant son âge, son état de santé, sa condition sociale, etc. En un mot, les aliments dus à l'enfant adultérin ou incestueux doivent être réglés conformément à l'art. 208, dont l'art. 763 n'est qu'une reproduction incomplète.

Si le père ou la mère ont acquitté pendant leur vie, et d'une manière définitive, c'est-à-dire tant pour l'avenir que dans le présent, la dette d'aliments que la loi met à leur charge, leur succession en sera dégrevée. « Lorsque le père ou la mère de l'enfant

» adultérin ou incestueux lui auront fait apprendre un art mécanique,

» ou lorsque l'un d'eux lui aura assuré des aliments de son

» vivant, l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur

» succession » (art. 764).

Voici probablement le motif qui a porté le législateur à s'expliquer sur ce point. Il y a mille manières d'assurer des aliments à un enfant, parce qu'il y a mille manières de vivre. Le père adultérin ou incestueux, qui occupe une haute situation sociale, sera-t-il quitte envers son enfant en le mettant à même de gagner sa vie par les moyens les plus vulgaires, en lui faisant apprendre un art mécanique, par exemple ? Dans le silence de la loi, on aurait probablement répondu que les parents adultérins ou incestueux doivent mettre leurs enfants à même de vivre dans le monde où ils vivent eux-mêmes. Mais c'eût été faire trop d'honneur aux fruits du crime ; il faut qu'ils soient punis pour la faute de leurs parents ! Ceux-ci seront quittes à l'égard de l'enfant en lui faisant apprendre un art mécanique, et leur succession également ! Ainsi l'a voulu le législateur, et il a bien fait de le dire, parce qu'on aurait pu ne pas lui prêter une telle intention.

Et remarquez qu'il suffit que l'un des auteurs de l'enfant lui ait assuré des aliments pendant sa vie, pour que l'autre et sa succession soient déchargés de toute obligation de ce chef : ce qui d'ailleurs s'explique tacitement par cette considération que l'enfant n'a droit qu'à des aliments, et que, pour pouvoir en réclamer, il faut être dans le besoin.

* On enseigne généralement que les aliments qui peuvent être dus aux enfants adultérins ou incestueux sont réglés

d'une manière définitive, une fois pour toutes, lors de la liquidation de la succession de leurs auteurs, et sauf à tenir compte, dans ce règlement, des éventualités de l'avenir. C'est du moins ce que l'on peut induire de nos articles, qui mettent la dette alimentaire à la charge de la succession, et non à la charge des héritiers (argument de ces mots de l'art. 764 : « l'enfant ne pourra élever aucune réclamation contre leur succession »), semblant accorder ainsi à l'enfant une sorte de droit héréditaire restreint à des aliments. Il paraît conforme au vœu de la loi d'attribuer à l'enfant un capital qui, placé à rente viagère sur sa tête, puisse lui donner des ressources suffisantes pour vivre : remarquez que nos articles ne parlent jamais de pension alimentaire. On évitera ainsi les points de contact fréquents que la constitution d'une rente viagère à la charge de la succession établirait entre les héritiers légitimes et l'enfant adultérin ou incestueux.

§ II. Des droits accordés aux père et mère illégitimes dans la succession de leur enfant.

554. Un enfant illégitime vient à mourir. Par qui sera recueillie sa succession ?

555. S'il s'agit d'un enfant adultérin ou incestueux, la liste des héritiers qui pourront être appelés à sa succession est courte. Il ne peut être question de ses ascendants, même de son père et de sa mère, car la loi prohibe la reconnaissance de la filiation adultérine ou incestueuse (art. 335), et d'ailleurs à supposer que cette filiation fût légalement constatée, dans l'un des cas exceptionnels que nous avons indiqués, t. I. n. 868, aucun texte n'appelle les père et mère adultérins ou incestueux à la succession de leurs enfants, l'art. 765 visant seulement les père et mère naturels simples, ainsi que cela résulte des mots qui l'a reconnu. Il ne peut être question non plus des collatéraux

de l'enfant : comment pourrait-il en avoir, au point de vue légal, puisque légalement il n'a pas de père ni de mère ? Les seuls héritiers qui puissent prétendre à sa succession sont donc : 1° ses descendants, légitimes ou naturels, qui seraient appelés suivant les règles du droit commun ; 2° à défaut de descendants, son conjoint ; 3° à défaut de conjoint, l'Etat

556. Venons au cas où le défunt est un enfant naturel simple. Sa descendance légitime ou naturelle sera appelée en première ligne à recueillir sa succession, d'après les règles du droit commun qui recevraient de tous points leur application. La loi n'organise ici que le droit de succession des père, et mère naturels, devenus aujourd'hui héritiers (supra, n. 460), de successeurs irréguliers qu'ils étaient autrefois. Dans le chapitre suivant (chapitre IV), elle nous parle des frères et sœurs naturels, qui restent comme auparavant des successeurs irréguliers, puis du conjoint survivant et de l'Etat, successeurs irréguliers également. Ce qu'elle dit au sujet de ces deux dernières classes. d'héritiers reçoit sans distinction son application quelle que soit la qualité du défunt, qu'il fût enfant légitime ou illégitime.

557. Aux termes du nouvel art. 765, qui se borne à peu près à reproduire l'ancien : « La succession de l'enfant naturel décédé

» sans postérité est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu,

» ou, par moitié, à tous les deux, s'il a été reconnu par les deux ».

= Sans postérité. L'existence d'une postérité — légitime ou naturelle, car la loi ne distingue pas — mettrait obstacle au droit du père ou de la mère. D'ailleurs, le père ou la mère ne peut prétendre aucun droit à la succession de l'enfant qu'autant qu'il est légalement connu, ce qui peut avoir lieu par une reconnaissance forcée aussi bien que par une reconnaissance volontaire.

Les autres ascendants de l'enfant naturel ne peuvent venir en aucun cas à la succession de celui ci. Arg. nouv. art. 757

CHAPITRE IV

DES SUCCESSIONS IRRÉGULIÈRES

558. D'après le code civil de 1804, toute succession déferée à un titre autre que celui de parent légitime du défunt était une succession irrégulière. Etaient donc successeurs irréguliers : les enfants naturels, les père et mère naturels, les frères et sœurs naturels, le conjoint survivant et l'Etat. Nous avons déjà dit (supra, n. 460) que la loi du 25 mars 1896 avait fait passer les enfants naturels et les père et mère naturels dans la catégorie des héritiers réguliers. La catégorie des successeurs irréguliers ne comprend donc plus aujourd' hui que les frères et sœurs naturels, le conjoint survivant et l'Etat. Il faut ajouter les départements (L. des 27-30 juin 1904 sur le service des enfants assistés, art. 41 et 42). La loi parle des frères et sœurs naturels dans la première section de ce chapitre, du conjoint survivant et de l'Etat dans la seconde.

SECTION PREMIÈRE

DES DROITS DES FRÈRES ET SŒURS SUR LES BIENS DES ENFANTS NATURELS

559. Aux termes du nouvel art. 766, qui reproduit littéralement l'ancien, sauf l'addition des mots sans postérité : « En cas de prédécès

» des père et mère de l'enfant naturel décédé sans postérité,

» les biens qu'il en avait reçus passent aux frères et sœurs légitimes,

» s'ils se retrouvent en nature dans la succession ; les actions en

» reprise, s'il en existe, ou le prix des biens aliénés, s'il en est

» encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes.

» Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels ou à

» leurs descendants ».

Les frères et sœurs naturels d'un enfant naturel sont les enfants naturels issus du même père ou de la même mère que lui ; ses frères et sœurs légitimes sont les enfants légitimes de son père ou de sa mère. En d'autres termes, si une même personne a plusieurs enfants, dont les uns sont légitimes et les autres naturels, les enfants naturels sont les uns par rapport aux autres frères naturels, et ils ont pour frères légitimes les enfants légitimes. L'expression frères légitimes est d'ailleurs assez mal choisie ; car elle donnerait à entendre que ceux qu'on désigne sous ce nom sont des parents légitimes pour les enfants naturels, tandis qu'ils ne peuvent être évidemment que des parents naturels.

Légitimes ou naturels, les frères d'un enfant naturel peuvent être germains, consanguins ou utérins, suivant qu'ils ont le même père et la même mère que lui, ou le même père seulement, ou la même mère seulement.

Eh bien ! quand un enfant naturel meurt sans laisser ni postérité ni père ni mère, sa succession revient à ses frères et sœurs naturels, par dérogation au principe contenu dans l'art. 757. Elle leur est attribuée à l'exclusion des frères et sœurs légitimes du défunt, et sauf pour ceux-ci le droit de retour successoral dont il sera parlé tout à l'heure. Au premier abord, cette préférence accordée aux frères naturels sur les frères légitimes peut paraître singulière ; car les seconds sont parents de l'enfant naturel au même titre que les premiers, et ils ont en outre pour eux

l'avantage de la légitimité. Effectivement le texte primitif de l'art. 766 appelait les uns et les autres concurremment à la succession. Mais on fit remarquer au conseil d'Etat que, les frères naturels ne pouvant être appelés en aucun cas à succéder à leurs frères légitimes, ceux-ci ne devaient pas être admis à succéder aux premiers, en vertu du principe de réciprocité qui est l'une des lois de la matière ⁶⁷. Sur cette observation, on transforma le droit de succession ordinaire, que l'on avait primitivement accordé aux frères et sœurs légitimes, en un droit de succession anormale dont nous allons parler bientôt.

560. Le droit de succession, que la loi accorde ici aux frères et sœurs naturels, s'étend aussi à leurs descendants. Entendez leurs descendants légitimes seulement. Arg. art. 757. Paris, 26 mars 1891, D., 91. 2. 172, S., 91. 2. 204.

Mais c'est une question de savoir si ces descendants peuvent venir à la succession par représentation ou seulement de leur chef. On leur accorde généralement le bénéfice de la représentation, lorsqu'elle est possible bien entendu d'après les règles du droit commun. N'est-ce pas oublier que la représentation est une fiction (art. 739), et que les fictions ne s'étendent pas d'un cas à un autre ? ce qui signifie qu'elles ne peuvent pas être appliquées à des cas autres que ceux en vue desquels le législateur les a établies. Or, nous avons bien un texte qui admet la représentation au profit des descendants d'enfants naturels du défunt prédécédés, c'est l'art. 759 ; mais il n'en existe aucun qui étende le même bénéfice aux descendants des frères ou sœurs naturels du défunt ; donc on ne peut pas le leur accorder.

Un raisonnement analogue conduit à décider que, si, parmi les frères naturels du défunt, il y en a qui lui soient unis par un double lien (frères germains) et d'autres par un lien simple (frères utérins ou consanguins), tous devront succéder par égales portions, les germains ne pouvant pas

invoquer l'art. 733, et le principe de la fente qu'il établit, pour forcer les utérins ou les consanguins à prendre part dans leur ligne seulement. En effet, l'art. 733, faisant partie des textes consacrés aux successions régulières, semble ne pas devoir être transporté dans les successions irrégulières. D'ailleurs le principe de la fente a pour but la conservation des biens dans les familles ; or l'enfant naturel n'a pas de famille ; donc le principe de la fente n'a pas ici sa raison d'être, ni par suite l'application que la loi en fait aux frères. Toutefois la majorité des auteurs admet la solution contraire.

Remarquez que non seulement les frères légitimes sont exclus par les frères naturels, mais qu'ils n'auraient même pas le droit de succéder à défaut de ceux-ci ; l'Etat lui-même leur serait préféré, sauf le droit de retour successoral dont il nous reste à parler.

561. Droit de retour successoral accordé aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel. — En retirant aux frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel décédé le droit, que leur reconnaissait le projet, de venir à sa succession concurremment avec ses frères naturels, notre législateur leur a accordé à titre de compensation un droit de retour successoral, analogue à celui que l'art. 351 accorde à l'adoptant et l'art. 747 à l'ascendant donateur. Ce droit de retour s'applique aux biens que l'enfant naturel a reçus de ses père et mère soit à titre de donation, soit même à titre de legs ou de succession (art. 766, et arg. art. 351).

Le but de ce droit de retour est de faire rentrer les biens que l'enfant naturel tient de son père ou de sa mère, dans la famille d'où ils sont sortis. Les biens que l'enfant naturel a reçus de son père ne peuvent donc être repris que par les enfants légitimes de ce père, et de même les enfants légitimes de la mère pourront seuls reprendre les biens venant de celle-ci. En d'autres termes, le droit de retour n'appartient qu'aux enfants légitimes du donateur. Le texte

de la loi ne le dit pas ; mais son esprit ne laisse aucun doute à cet égard. Les frères légitimes, qui auraient le même père et la même mère que l'enfant naturel (ce qui sera rare, parce qu'il faut supposer pour cela que les père et mère de l'enfant naturel se sont mariés l'un avec l'autre sans le légitimer), pourraient exercer le droit de retour tout à la fois sur les biens que le défunt tenait de son père et sur ceux qu'il tenait de sa mère.

En un mot, les frères légitimes germains de l'enfant naturel peuvent reprendre dans sa succession les biens qui lui proviennent soit de son père, soit de sa mère ; ses frères légitimes consanguins ne peuvent reprendre que les biens qui lui proviennent du père commun, et ses frères légitimes utérins, les biens seulement qui lui proviennent de la mère commune. La question toutefois est controversée.

562. Le droit de retour successoral dont il s'agit est subordonné à toutes les conditions prescrites pour le retour de l'ascendant donateur. Il ne peut donc, comme ce dernier, s'ouvrir qu'autant que l'enfant naturel est mort sans postérité ⁶⁸, et que les choses, à lui données par son père ou sa mère ou par lui recueillies dans leur succession, se retrouvent encore en nature. Au cas d'aliénation, les frères et sœurs légitimes succèderaient seulement à l'action en reprise que pouvait avoir le défunt, ou à la créance du prix qui serait encore dû ; le tout à la charge de contribuer aux dettes du de cujus, toujours comme au cas de retour de l'ascendant donateur. Lyon, 2 janv. 1900, D., 02. 2. 131. Il faut en outre que le père et la mère de l'enfant naturel soient prédécédés tous les deux. La loi dit : « En cas de prédécès des père ET mère », et il est incompréhensible qu'en présence d'un texte aussi formel, on ait pu soutenir que le prédécès de l'un des deux suffisait pour qu'il y eût lieu au droit de retour. La présence du père empêche donc le retour successoral des frères légitimes, même pour les biens provenant de la mère, et inversement.

563. Le droit de retour successoral établi par l'art. 766 est accordé « aux frères ou sœurs légitimes ». La loi n'ajoute pas : ou à leurs descendants, omission qu'il paraît difficile de mettre sur le compte d'un oubli, surtout si l'on observe qu'elle n'a pas été commise en ce qui concerne les frères et sœurs naturels, dont les descendants sont appelés par le même article à la succession ordinaire du défunt. D'ailleurs, y eût-il eu oubli du législateur, la conséquence en devrait être l'exclusion des descendants ; car le retour successoral est un droit d'exception, qui ne peut appartenir qu'à ceux auxquels l'accorde un texte formel. La solution contraire compte cependant un grand nombre de partisans : ils invoquent surtout l'esprit de la loi, qui est d'accorder aux descendants de frères et sœurs les mêmes avantages qu'aux frères et sœurs eux-mêmes.

SECTION II

DES DROITS DU CONJOINT SURVIVANT ET DE L'ÉTAT

564. Le conjoint survivant et l'Etat terminent la liste, que nous donne le code civil, des successeurs irréguliers.

Le conjoint survivant exclut l'Etat. La plupart de nos anciennes coutumes donnaient la préférence au fisc, au moins quand le conjoint survivant était la femme. La loi des 21 nov. 1^{er} déc. 1790 fit passer dans tous les cas le conjoint survivant avant l'Etat, conformément aux traditions du droit romain suivies dans nos pays de droit écrit.

1. Du conjoint survivant.

565. L'ancien art. 767 du code civil portait : « Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible ni enfants

naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit ». Le conjoint passait donc après tous les héritiers légitimes du défunt ; ceux mêmes du douzième degré lui étaient préférés. Bien plus, il était exclu de la succession non seulement par les enfants naturels du défunt, dont parle le texte précité, mais aussi par ses père et mère naturels et par ses frères et sœurs naturels, lorsque le défunt était lui-même un enfant naturel. C'est du moins ce que l'on pouvait et ce que l'on peut encore aujourd'hui induire de la place de l'art. 767, qui vient après ceux dans lesquels la loi appelle ces deux dernières classes d'héritiers (art. 765 et 766), et avec plus de certitude encore de l'art. 768 duquel il résulte qu'il n'y a place pour aucun successeur entre le conjoint et l'Etat, et que par conséquent le conjoint vient après tous les autres, sauf l'Etat.

A part quelques maigres gains légaux de survie (voyez notamment art. 1465, 1481 et 1570), le code civil n'accordait pas au conjoint survivant sur la succession du prédécédé d'autre droit que celui résultant de l'art. 767, pas même une pension alimentaire ; on l'a contesté à tort. Il en résultait qu'après avoir vécu pendant toute la durée du mariage dans l'aisance, quelquefois dans l'opulence, grâce à son conjoint, l'époux survivant, privé lui-même de toute fortune personnelle, était exposé à voir la dure épreuve de la gêne, quelquefois de la misère, venir s'ajouter pour lui aux douleurs du veuvage.

Notre ancien droit avait été moins imprévoyant. On y trouve établis toute une série de gains légaux de survie, grâce auxquels le survivant des époux pouvait conserver dans son veuvage une situation analogue à celle que lui avait donnée le mariage. En pays de droit écrit, c'était d'abord la quarte du conjoint pauvre, institution empruntée au droit romain, puis l'augment de dot et le contre-augment, sans compter les droits mineurs de deuil, d'habitation, de viduité, de bagues et bijoux, etc. En pays

de coutume, le régime de la communauté, en associant quant à leurs biens les époux dans une mesure plus ou moins large, permettait souvent à l'époux le moins riche de recueillir une partie de la fortune de son conjoint. En outre les pays de coutume avaient le douaire défini par Pothier : « ce qui était accordé à la femme sur les biens de son mari pour ses aliments, pour sa subsistance en cas qu'elle lui survive ». Joignez à cela quelques droits secondaires : préciput légal, entravestissement, vivelotte, etc.

Le législateur de la période révolutionnaire, préoccupé surtout de faire disparaître les inégalités et les privilèges, abolit les gains légaux de survie, et le législateur du code civil s'est engagé à sa suite dans la même voie. On a avancé un peu témérairement peut être que c'était par suite d'une méprise qu'il avait négligé d'assurer le sort du conjoint survivant.

* Ce système, d'une dureté excessive, trouvait, il est vrai, un correctif pratique dans le double principe de la liberté des conventions matrimoniales et de la liberté de tester. Mais combien d'époux se marient sans faire de contrat de mariage ! Combien aussi meurent sans testament, soit qu'ils aient été arrêtés par cette répugnance instinctive qu'éprouvent beaucoup de personnes à exprimer leurs volontés dernières, soit qu'ils aient été surpris par la mort, soit qu'ils aient fait un testament nul en la forme ! En tout cas, s'il est naturel au cœur de l'homme de songer à assurer le sort de son conjoint pour le cas de survie de celui-ci, la loi doit épargner ce soin à chacun de nous en se faisant l'interprète de sa volonté. On a dit que le titre des successions contient le testament présumé de tout homme qui meurt sans avoir exprimé légalement ses volontés dernières. Ce testament est nécessairement imparfait, s'il oublie l'un de ceux auxquels le défunt a dû songer en première ligne.

Une réforme de notre loi était d'autant plus urgente que nous nous trouvions sur ce point dans un état d'infériorité

notoire par rapport à presque toutes les législations européennes. Nous la devons à la persistante initiative de M. Delsol, qui a fait éclore après bien des incidents la loi du 9 mars 1891, intitulée : Loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé (art. 767 et 205 du code civil).

Nous avons étudié dans notre tome I, n. 504 s., la modification que cette loi a apportée à l'art. 205 : le nouveau texte accorde à l'époux survivant, lorsqu'il est dans le besoin, une créance alimentaire sur la succession du prédécédé. Nous n'avons donc plus à étudier ici que la modification apportée à l'art. 767, consistant dans le développement du droit héréditaire du conjoint survivant.

566. Nature du droit accordé par le nouvel art. 767 au conjoint survivant sur les biens du prédécédé. — Dans tous les cas, à moins qu'il n'ait encouru une déchéance légale ou qu'il n'ait été exclu par la volonté du défunt, le conjoint survivant est appelé à la succession de son conjoint prédécédé. Il est appelé à succéder en propriété si le défunt ne laisse pas de parents, en usufruit seulement s'il en laisse. Il faut examiner successivement ces deux hypothèses.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Le conjoint survivant ne trouve en face de lui que l'Etat, le défunt ne laissant aucun parent légitime ou naturel au degré successible. Dans ce cas, le législateur de 1891, reproduisant l'ancien art. 767, avec une petite précision résultant de l'addition des mots en pleine propriété, attribue la succession tout entière au conjoint survivant.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. Le défunt laisse des héritiers, ou des successeurs irréguliers autres que l'Etat. Le conjoint survivant ne recueillera en pleine propriété aucune partie des biens laissés par le prédécédé. Mais la loi du 9 mars 1891, généralisant un principe dont quelques lois précédentes avaient déjà fait des applications particulières

69, lui accorde sur ces biens un droit d'usufruit dont nous allons tout à l'heure déterminer l'étendue. Notre nouveau législateur a ainsi concilié d'une manière très heureuse les deux principes, opposés ici en apparence, du respect de la volonté présumée du défunt et de la conservation des biens dans sa famille. On se conforme à la volonté présumée du défunt en accordant dans sa succession une place importante à son conjoint, et on respecte le principe de la conservation des biens dans la famille du défunt en limitant le droit héréditaire du conjoint survivant à un simple usufruit qui est d'ailleurs suffisant pour le mettre à l'abri d'une déchéance sociale.

Le conjoint survivant ne peut être appelé à succéder à son conjoint soit en pleine propriété, soit en usufruit seulement, que sous quatre conditions : 1° qu'il y ait mariage valable ou au moins putatif (arg. art. 201 et 202). Encore faut-il, dans l'hypothèse d'un mariage putatif, que la nullité du mariage n'ait pas été prononcée du vivant des époux par une décision judiciaire ayant acquis l'autorité définitive de la chose jugée (t. I, n. 465) ; 2° qu'une séparation de corps n'ait pas été prononcée, aux torts de l'époux survivant, par un jugement passé en force de chose jugée non suivi de réconciliation ; autrement le survivant est écarté comme indigne. Au contraire l'époux au profit duquel la séparation de corps a été prononcée conserve le droit de succéder à son conjoint. Sous l'empire de l'ancien art. 767 du code civil, on considérait que le droit de succession attribué par cet article pouvait être revendiqué même par l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcées, car ce texte ne décréait aucune exclusion contre lui ; 3° que les époux ne soient pas divorcés. Et remarquons que le divorce, rompant le lien du mariage, à la différence de la séparation de corps, qui se borne à le relâcher, fait perdre tout droit de succession même à l'époux au profit duquel il a été prononcé ; 4° que l'époux

survivant n'ait pas été exhéredé par le prédécédé. Paris, 11 fév. 1898, D., 02. 2. 378.

Donnons maintenant le texte des deux premiers alinéas du nouvel art. 767, qui résument tout ce que nous venons de dire : « Lorsque

- » le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants

- » naturels, [ajoutez : ni père ni mère, ni frères ni sœurs naturels,

- » supra, n. 565], les biens de sa succession appartiennent en pleine

- » propriété au conjoint non divorcé qui lui survit et contre lequel

- » n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de

- » chose jugée. — Le conjoint survivant non divorcé qui ne succède

- » pas à la pleine propriété, et contre lequel n'existe pas de jugement

- » de séparation de corps passé en force de chose jugée, a, sur

- » la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est... »

567. Montant du droit d'usufruit attribué au conjoint survivant. — Ce droit est : « D'un quart, si le défunt laisse un ou

- » plusieurs enfants issus du mariage ; — D'une part d'enfant légitime

- » le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le

- » défunt a des enfants nés d'un précédent mariage ; — De moitié

- » dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité

- » des héritiers » (nouvel art. 767, al. 3, 4 et 5).

Ainsi la loi nouvelle distingue trois hypothèses.

I. Il y a des enfants du mariage, mais point d'enfants d'un autre lit du prédécédé. Le droit d'usufruit du conjoint survivant portera sur le quart de la succession. Sa quotité sera toujours la même quel que soit le nombre des enfants. En la faisant décroître à mesure que ce nombre augmente, on eût menacé la fécondité du mariage. Au cas où le défunt laisse des enfants issus du mariage il faut assimiler celui où il laisse des descendants de ceux-ci, succédant soit de leur chef, soit par représentation, ou des enfants légitimés par ce mariage (arg. art. 333), mais non celui où il laisse les enfants naturels non légitimés ou des enfants adoptifs

II. Le prédécédé laisse des enfants d'un autre lit. Peu importe qu'il y ait, en outre, des enfants issus du mariage. Le droit d'usufruit du conjoint survivant sera d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart. Disposition évidemment inspirée par l'art. 1098. V. infra, n. 1248 et s.

III. Le défunt laisse des parents autres que des enfants ou petits-enfants légitimes. L'usufruit du survivant sera de la moitié, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers. Ainsi l'usufruit sera de moitié en présence d'un frère du défunt ou d'un enfant naturel reconnu ; il ne s'élèverait pas au-dessus de cette quotité en présence d'un collatéral au douzième degré ou d'un frère naturel.

Pour la détermination du montant de l'usufruit du conjoint survivant, il faut tenir compte des héritiers qui viennent effectivement à la succession du défunt, et non de ceux qui ont été écartés comme indignes ou qui ont renoncé. Arg. art. 785.

On voit que le conjoint survivant, appelé à bénéficier de la nouvelle loi du 9 mars 1891, est un usufruitier à titre universel. Son droit porte toujours en effet sur une quotité des biens laissés par le défunt. Il s'ensuit qu'il y aurait lieu d'appliquer ici l'art. 612 qui règle la mesure dans laquelle l'usufruitier à titre universel doit contribuer aux dettes du

patrimoine sur lequel porte son usufruit. Le rapporteur de la loi l'a formellement déclaré.

Le conjoint survivant usufruitier légal est tenu des obligations imposées à l'usufruitier ordinaire et notamment de l'obligation de fournir caution. Aucun texte n'établit à cet égard d'exception à son profit.

568. Formation de la masse sur laquelle se calcule le droit d'usufruit du conjoint survivant. — L'art. 767 al. 6 dit à ce sujet : « Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les biens

- » existant au décès du de cujus, auxquels seront réunis fictivement

- » ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte

- » testamentaire au profit de successibles, sans dispense de rapport

- ». La masse sur laquelle se calcule le droit d'usufruit du conjoint survivant comprend donc :

- 1° Tous les biens existants au décès du de cujus ; entendez tous ceux dont le défunt n'a pas disposé par acte entre vifs ou testamentaire, même les biens soumis au droit de retour (V. n. suiv.).

- 2° Les biens dont le défunt a disposé au profit d'un ou de plusieurs de ses successibles — par conséquent même de son conjoint qui est successible d'après la loi nouvelle — soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, sans dispense du rapport. La loi dit qu'on les réunit fictivement à la masse des biens existants. On va voir en effet que ces biens ne rentrent dans la masse que pour le calcul du droit d'usufruit, mais qu'ils ne sont pas affectés à son exercice.

Ne sont pas compris dans la masse les biens dont le défunt a disposé par préciput au profit de l'un de ses successibles (v cep. Cass., 8 fév. 1898, D., 99. 1. 153), non plus que ceux donnés ou légués à des étrangers, c'est-à-dire à des personnes non successibles.

569. Sur quels biens s'exerce le droit d'usufruit du conjoint. — Le droit d'usufruit du conjoint survivant ne peut s'exercer que sur la portion de la qualité disponible dont le défunt n'a pas disposé. « Mais l'époux survivant, dit l'art. 767 al. 7, ne pourra

» exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé

» ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire, et sans préjudicier

» aux droits de réserve ni aux droits de retour ». Le conjoint ne pourra donc pas exercer son droit d'usufruit sur les biens dont le défunt a disposé soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire au profit d'étrangers, ou au profit de l'un de ses successibles même sans dispense du rapport. Ni sur les biens soumis à un droit de retour soit conventionnel, soit légal (art. 351, 747 et 766), lex non distinguit. Cass., ch. r. 2 juil. 1903, S., 04. 1. 65, D., 03. 1. 353. Cette disposition prouve que les biens soumis au droit de retour doivent être compris dans la masse sur laquelle se calcule le droit d'usufruit du conjoint. En effet, si ces biens avaient été exclus de ladite masse, il eût été trop clair que le conjoint ne peut pas exercer sur eux son droit d'usufruit et la loi n'aurait certainement pas pris la peine de le dire. La cour de cassation s'est cependant prononcée en sens contraire, par un arrêt qui fixera probablement la jurisprudence. Cass., 22 juil. 1903, S., 05. I. 177, D., 04. 1. 33.

L'ascendant donateur ne pourrait pas valablement, par une clause de la donation ou par acte postérieur passé du vivant du donataire, renoncer à exercer son droit de retour légal (art. 747) au préjudice du droit d'usufruit du conjoint survivant du donataire. Ce serait un pacte sur succession future tombant sous le coup de la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600. Cass., 24 juil. 1901, S., 01. 1. 433, et 2 juil. 1903, précité.

Le conjoint ne peut pas non plus exercer son droit d'usufruit au préjudice du droit de réserve appartenant à certains héritiers. Cass, 24 juil. 1895, S., 96. 1. 222. Pour que ce droit lui appartînt, il faudrait qu'il eût lui-même un droit de réserve supérieur à celui des autres héritiers réservataires ; or la loi ne lui attribue aucune réserve ⁷⁰. Il en résulte notamment que, si le défunt laisse ses père et mère et des frères, le droit d'usufruit du conjoint survivant ne pourra s'exercer que sur la moitié dévolue aux frères, l'autre moitié formant la réserve des ascendants. — Tous les droits de réserve sont respectés, car la loi ne distingue pas, par conséquent même le droit de réserve des enfants naturels.

Il pourra donc arriver que le droit d'usufruit du conjoint survivant tombe dans le vide ou soit considérablement réduit quant à son exercice, par suite de l'absence de biens libres auxquels il puisse s'appliquer. C'est l'un des cas dans lesquels le conjoint pourra réclamer une pension alimentaire sur la succession de son conjoint prédécédé. V. art. 205.

* 570. La question de savoir comment doit se calculer le droit d'usufruit du conjoint survivant et sur quels biens il peut s'exercer a donné lieu à de longs débats, soit au sénat, soit à la chambre des députés. D'après le texte voté primitivement par le sénat, le droit d'usufruit se calculait et s'exerçait exclusivement sur les biens existant au décès du conjoint. Au contraire, d'après le système admis primitivement par la chambre, des députés, le droit d'usufruit se calculait et s'exerçait non seulement sur les biens existants, mais aussi sur ceux donnés ou légués par le défunt sans clause de préciput à l'un de ses successibles. Le système qui a été définitivement admis sous l'inspiration de M. Lacombe, est une combinaison des deux autres : le droit se calcule sur les biens existants et sur les biens donnés ou légués par le défunt en avancement d'hoirie, que

la loi fait rentrer fictivement dans la succession, mais il ne s'exerce que sur les biens existants. Ce système se rapproche de celui qu'a établi l'art. 922 pour le calcul de la quotité disponible, sans cependant se confondre avec lui. En effet, le rapport fictif de l'art. 922 s'étend même aux biens donnés à des étrangers, et aux biens donnés par préciput et hors part à l'un des successibles, tandis que celui de la loi de 1891 n'atteint que les biens donnés à des successibles sans dispense du rapport. C'est une conception absolument nouvelle dans nos lois.

* 571. Concours de l'usufruit légal du conjoint survivant et de l'usufruit légal de l'art. 754. — Outre son conjoint, le défunt laisse son père et des collatéraux maternels non privilégiés, ou sa mère et des collatéraux paternels non privilégiés. La succession se divisant par portions égales entre le père ou la mère survivante et les collatéraux de l'autre ligne (art. 753), il est naturel que l'usufruit du conjoint soit supporté également par le père ou la mère et par les collatéraux, car cet usufruit est une charge de la succession (arg. nouvel art. 205). Le conjoint survivant aura donc l'usufruit de la moitié de la part dévolue au père ou à la mère, et l'usufruit de la moitié de la part dévolue aux collatéraux. Mais l'art. 754 dit que le père ou la mère survivante a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété, c'est-à-dire du tiers de la moitié dévolue aux collatéraux. La moitié dévolue aux collatéraux se trouve donc grevée pour un tiers, soit deux sixièmes, de l'usufruit du père ou de la mère, et pour une moitié, soit trois sixièmes, de l'usufruit du conjoint. Il ne restera aux collatéraux qu'un sixième de leur moitié en pleine propriété. La proposition qui a été faite au sénat de n'admettre que successivement les deux usufruits dont il s'agit, en donnant la priorité à celui du conjoint, n'a pas été admise.

572. Imputation. — Il était inutile que la loi se préoccupât de l'avenir du conjoint survivant lorsque le prédécédé y a

pourvu d'une manière suffisante. De là la disposition de l'alinéa 8 du nouvel art. 767 : « Il [le conjoint survivant] cessera de l'exercer [le

» droit d'usufruit] dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités,

» même faites par préciput et hors part, dont le montant

» atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si

» ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément

» de son usufruit ».

Pas de difficulté pour l'application de ce texte, si les libéralités que le conjoint survivant a reçues du prédécédé sont des libéralités en usufruit. Si ce sont des libéralités en pleine propriété, nous croyons que l'imputation devra être faite d'après la valeur qu'elles représentent en usufruit. En d'autres termes, pour faire l'imputation, il faut convertir la libéralité en usufruit, voir ce qu'elle représente en usufruit, étant donné l'âge de l'époux usufruitier, quelle est par exemple la rente viagère que l'époux pourrait en retirer en aliénant le capital, et donner seulement au conjoint le complément en usufruit s'il y a lieu. On peut encore s'aider, pour cette appréciation, des données fournies par la loi fiscale du 25 février 1901, art. 13-2°. V. sur ce point, note D., 04. 2. 38.

* Le conjoint survivant n'est tenu d'imputer sur les droits d'usufruit qui lui sont attribués par la loi nouvelle que les libéralités à lui faites par le défunt. Cpr. Cass., 13 nov. 1905, D., 06. 1. 5, S., 06. 1. 449, et 3 août 1911, D., 12. 1. 180.

* L'imputation ne devra donc pas comprendre les avantages résultant pour le survivant de ses conventions matrimoniales. Ainsi il n'y aura pas lieu à l'imputation de l'avantage retiré par le conjoint survivant de la clause du contrat de mariage qui attribue toute la communauté au survivant. Cet avantage, en effet, n'est pas considéré par la

loi comme le fruit d'une libéralité, mais bien comme le résultat d'une convention à titre onéreux (art. 1525). Cpr. trib. civ. de Niort, 30 déc. 1910, S., 11. 2. 259. Il en est de même de l'avantage résultant pour le conjoint survivant de l'adoption du régime de la communauté légale, quelque considérable qu'il soit. Cass., 3 fév. 1908, D., 08. 1. 93. V. aussi supra, n. 324.

* En vertu du même principe, le conjoint survivant n'est pas tenu d'imputer sur son usufruit légal les avantages dont il bénéficie en vertu de lois spéciales, comme la loi du 14 juillet 1866 sur les droits des héritiers ou ayants cause des auteurs..., la loi du 25 mars 1873 sur la déportation, les lois qui attribuent à la veuve une pension de retraite soit militaire, soit civile. Cette solution résulte de la règle *Generalia specialibus non derogant* et des explications qui ont été données lors de la discussion de la loi. Trib. civ. de la Seine, 28 fév. 1900, D., 03. 2. 489. Nous convenons volontiers que le conjoint survivant pourra ainsi obtenir des avantages excessifs, au préjudice des héritiers du défunt. Il eût été préférable, à notre avis, d'imposer par une disposition formelle au conjoint survivant l'obligation d'imputer sur son usufruit légal tous ses gains de survie conventionnels ou légaux, à l'exception peut-être de ceux résultant des art. 1465, 1481 et 1570.

573. Conversion de l'usufruit en rente viagère. — Une des plus graves objections qui aient été formulées contre le projet de loi attribuant au conjoint survivant un droit d'usufruit, était tirée de ce que cette nouvelle législation engendrerait un nombre considérable d'usufruits et créerait ainsi une entrave à la libre circulation des biens, et aussi à leur bonne exploitation, les usufruitiers ayant une tendance naturelle à abuser du présent sans se préoccuper de l'avenir. L'objection avait surtout de l'importance en tant que l'usufruit s'appliquait à la propriété immobilière. Une disposition très heureuse de la loi nouvelle a fait justice de cette objection. C'est celle qui forme l'alinéa 9 du nouvel

art. 767, ainsi conçu : « Jusqu'au partage définitif, les héritiers peuvent exiger, moyennant

» sûretés suffisantes, que l'usufruit de l'époux survivant soit

» converti en une rente viagère équivalente. S'ils sont en désaccord,

» la conversion sera facultative pour les tribunaux ».

Le droit de demander la conversion dont il s'agit n'est accordé par notre texte qu'aux héritiers du conjoint prédécédé et n'appartient qu'à eux. V. cep. Nancy, 3 janvier 1896, D., 97. 2. 76. Le conjoint survivant ne pourrait donc pas s'en prévaloir. Lyon, 16 juil. 1896, S., 97. 2. 36.

La rente viagère substituée au droit d'usufruit doit procurer au conjoint survivant le même avantage que le droit d'usufruit qu'elle remplace. Le texte dit : une rente viagère équivalente. Il faudra donc rechercher quel revenu le conjoint aurait retiré moyennement des biens dont l'usufruit devait lui revenir, et lui allouer une rente viagère de la même importance. Une fois faite, la fixation de la rente est définitive.

Les héritiers qui demandent la conversion de l'usufruit en rente viagère doivent, à moins qu'ils n'en aient été dispensés par le défunt, offrir des sûretés suffisantes pour le service de la rente. Ces sûretés peuvent être personnelles ou réelles, car la loi ne distingue pas. Si le conjoint prétend que les sûretés offertes sont insuffisantes, le tribunal statuera.

Le tribunal sera appelé à statuer également, au cas où il y aurait désaccord entre les héritiers, sur le point de savoir s'il convient de convertir l'usufruit du conjoint en une rente viagère. Il jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour trancher le différend. La conversion s'impose quand les héritiers sont tous d'accord pour la demander. Le tribunal compétent est celui de l'ouverture de la succession. Arg. art. 59 al. 6-1° C. pr.

* Le droit de demander la conversion de l'usufruit en une rente viagère n'existe pas lorsque l'usufruit du conjoint lui a été attribué par une disposition entre vifs ou testamentaire. L'interprétation restrictive est ici de rigueur. Nancy, 3 janv. 1896, D., 97. 2. 76.

* Le droit pour les héritiers de demander la conversion dure jusqu'au partage définitif. Il s'agit du partage définitif à faire entre les héritiers et le conjoint, et non du partage que les héritiers peuvent avoir à faire ensuite entre eux. Il n'y a pas à craindre que cette disposition permette aux héritiers de tenir indéfiniment en suspens le droit du conjoint. En effet, s'ils s'attardent, le conjoint pourra prendre les devants, former lui-même la demande d'un partage auquel il est partie nécessaire, puisque son usufruit porte sur une quote-part des biens, et arriver ainsi à vaincre la résistance des héritiers. Cpr. Lyon, 16 juil. 1896, S., 97. 2. 36.

* Cette demande en partage peut être faite par le conjoint survivant même quand le défunt ne laisse qu'un héritier, et par conséquent les droits du conjoint ne pourront, pas plus dans cette hypothèse que dans la précédente, être tenus indéfiniment en suspens.

* La conversion de l'usufruit en une rente viagère se produit avec effet rétroactif (arg. art. 883). Trib. civ. de Beauvais, 19 fév. 1903, D., 06. 2. 231, et de Poitiers, 26 avril 1909, S., 10. 2. 263.

574. Causes d'extinction de l'usufruit légal du conjoint survivant. — Cet usufruit s'éteint tout d'abord par toutes les causes qui mettent fin à l'usufruit ordinaire. V. art. 617 et s. En outre, il est soumis par la loi du 9 mars 1891 à une cause d'extinction spéciale : « En cas de nouveau mariage, l'usufruit du conjoint cesse

» s'il existe des descendants du défunt » (nouvel art. 767 al. final).

Ces descendants doivent être légitimes ou légitimés. Mais d'ailleurs peu importe qu'ils soient issus du mariage

que la mort vient de dissoudre ou d'un autre. Les descendants doivent être vivants au moment de la célébration du nouveau mariage. D'ailleurs la mort de ces enfants, ou la dissolution du nouveau mariage, par une cause autre que la mort du conjoint remarié, ne ferait pas revivre l'usufruit éteint.

La cause d'extinction qui nous occupe n'a pas été établie en haine du nouveau mariage de l'époux survivant, mais dans l'intérêt des enfants légitimes du prédécédé. On n'a pas voulu que l'usufruit, accordé à leurs dépens au conjoint survivant, pût aider celui-ci à fonder une nouvelle famille. D'ailleurs il est probable que ce nouveau mariage va procurer de nouvelles ressources au conjoint survivant.

575. Terminons par deux observations.

1° Le droit que la loi attribue au conjoint survivant sur les biens du prédécédé soit en propriété, soit même en usufruit, est un véritable droit successif. Lyon, 16 juil. 1896, S., 97. 2. 36. Dans l'un comme dans l'autre cas, le conjoint n'est qu'un successeur irrégulier. En effet, c'est un seul et même texte, l'art. 767, qui détermine les droits du conjoint survivant soit en propriété, soit en usufruit, et ce texte unique est placé dans le chapitre IV, sous la rubrique Des successeurs irréguliers. Cass., 8 fév. 1898, D., 99. 1. 153 ; Paris, 11 fév. 1898, S., 98. 2. 165, D., 02. 2. 378, et Bordeaux, 1^{er} août 1900, S., 02. 2. 94. V. cep. Riom, 26 nov. 1894, S., 95. 2. 40.

2° La loi nouvelle n'attribue aucun droit de réserve au conjoint survivant. C'est sur le fondement de la volonté présumée du défunt qu'il est appelé à lui succéder. Le conjoint peut donc être exclu en vertu d'une volonté contraire manifestée dans la forme légale. Une simple exhérédation dans un acte passé en la forme testamentaire suffit, sans qu'il soit nécessaire que le disposant ait attribué à des personnes déterminées les biens retirés au conjoint, le testateur étant censé avoir institué

implicitement ceux que la loi appelle à défaut du conjoint. Paris, 11 fév. 1898, supra. Cpr. infra, n. 1045. Sauf le droit pour le conjoint survivant de réclamer s'il y a lieu la pension alimentaire de l'art. 205.

2. De l'Etat.

576. « A défaut de conjoint survivant, la succession est acquise

» à l'Etat », dit l'art. 768. *Fiscus post omnes*. C'est, d'après l'opinion générale, une application du principe que les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat, en vertu de son droit de souveraineté (art. 713 et 539). Les travaux préparatoires prouvent que telle était bien la pensée des auteurs du code civil.

L'Etat n'est donc pas à proprement parler un héritier ⁷¹. Aussi les successions qu'il recueille sont-elles dites en déshérence, expression dérivée de *deest heres* et qui signifie que la succession manque d'héritier. Aucune succession n'en manquerait si l'Etat avait la qualité d'héritier, et le mot déshérence serait fort impropre.

Mais, bien que l'Etat ne soit pas un héritier, sa situation est à beaucoup d'égards la même que celle d'un héritier ; car il succède à une universalité. De là l'obligation qui lui incombe de supporter, dans la mesure de la valeur des biens, les dettes du défunt, qui sont une charge de l'universalité constituant son patrimoine. De là aussi le droit pour l'Etat de répudier la succession si elle est onéreuse ; on le lui a contesté à tort.

Les droits de l'Etat dans la succession en déshérence sont exercés en son nom par les agents de la régie de l'enregistrement et des domaines, que le code appelle ici par abréviation administration des domaines (art. 769 et 772).

Des formalités que doivent remplir le conjoint survivant et l'Etat, avant d'appréhender les biens héréditaires.

577. Ces formalités ont pour but : d'abord d'éveiller, au moyen de certaines mesures de publicité, l'attention des héritiers qui, ignorant peut être l'ouverture de la succession, ont négligé de faire valoir leurs droits ; puis de constater l'importance des biens héréditaires et d'en assurer, le cas échéant, la restitution aux véritables ayant droit. Elles consistent : 1° dans l'obligation de faire apposer les scellés et dresser inventaire (art. 769) ; 2° dans l'envoi en possession et les mesures de publicité qui le précèdent (art. 770) ; 3° dans l'obligation de faire emploi du mobilier et de fournir caution (art. 771).

Entrons dans les détails : 1° SCELLÉS. INVENTAIRE. — « Le conjoint survivant et l'administration des domaines

» qui prétendent droit à la succession sont tenus de faire apposer les scellés et de faire

» faire inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation des successions sous

» bénéfice d'inventaire » (art. 769). L'apposition des scellés et l'inventaire ont pour but de constater la valeur de la succession. Cette constatation est nécessaire, d'une part pour fixer l'étendue de la restitution qui devra être faite aux véritables ayant droit, s'il s'en présente, et d'autre part pour déterminer la mesure dans laquelle le conjoint et l'Etat, tenus seulement intra vires hereditatis comme tout successeur irrégulier, devront répondre aux poursuites des créanciers de la succession.

2° ENVOI EN POSSESSION. MESURES DE PUBLICITÉ QUI LE PRÉCÈDENT. — Aux termes de l'art. 770 : « Ils [le conjoint et l'Etat] doivent demander l'envoi en possession au tribunal

» de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte. Le tribunal ne

» peut statuer sur la demande qu'après trois publications

et affiches dans les formes

» usitées, et après avoir entendu le procureur du Roi ».

= Qu'après trois publications et affiches. Le tribunal pourrait, sans avoir recours à aucune mesure préalable de publicité, rejeter de plano la demande d'envoi en possession, si elle lui paraissait évidemment mal fondée, par exemple au cas d'existence incontestée d'héritiers qui n'auraient pas encore renoncé.

D'ailleurs l'art. 770, comme le précédent, n'est pas applicable au cas où l'époux survivant est appelé à succéder en usufruit seulement. Ces deux textes, qui auraient dû être modifiés par la loi de 181, n'ont été écrits dans le code civil qu'en vue de l'époux appelé à succéder en propriété.

3° EMPLOI DU MOBILIER. CAUTION. — « L'époux survivant est encore tenu de faire

» emploi du mobilier, ou de donner caution suffisante pour en assurer la restitution,

» au cas où il se présenterait des héritiers du défunt, dans l'intervalle de trois ans :

» après ce délai, la caution est déchargée » (art. 771). Cpr. L. 17 avril 1906, art. 31.

L'époux survivant peut donc, à son choix :

Ou bien faire emploi du mobilier, ce qui signifie placer l'argent comptant trouvé dans la succession ou payé par les débiteurs héréditaires, et le prix des meubles corporels, après les avoir vendus. Le conjoint a d'ailleurs le choix du mode de placement, puisque la loi n'en impose aucun en particulier.

Ou bien conserver le mobilier, à la charge de donner caution. Cette caution garantit la restitution du mobilier aux héritiers qui pourront se présenter. C'est une caution légale, puisqu'elle est fournie en exécution d'une disposition de la loi ; elle devrait donc satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et 2019 (arg. art. 2040, al. 1). La durée de son engagement est limitée à trois

années qui, suivant l'opinion générale, ont pour point de départ le jour où la caution a fait sa soumission. Les héritiers qui se présenteraient après l'expiration de ce délai pourraient encore faire valoir leurs droits contre le conjoint : car leur action (action en pétition d'hérédité) ne se prescrit que par trente ans ; mais ils n'auraient plus aucun recours contre la caution, qui est déchargée de plein droit par cela seul que le délai de trois ans s'est écoulé sans qu'aucun héritier se soit présenté.

L'art. 771 ne parlant que du conjoint survivant, sa disposition n'est pas applicable à l'Etat. L'argument tiré du silence de l'article est fortifié par l'induction que fournit le mot encore. La solvabilité présumée de l'Etat (*fiscus semper solvendo censetur*) rendait toute garantie de restitution inutile. Dans la pratique, l'administration des domaines fait toujours vendre le mobilier (v. 1. 30 déc. 1903, art. 7) ; et, s'il se présente un héritier, c'est le prix qui lui est restitué.

578. Sanction des dispositions qui précèdent. —
« L'époux, survivant ou

» l'administration des domaines qui n'auraient pas rempli les formalités qui leur sont

» respectivement prescrites, pourront être condamnés aux dommages et intérêts envers

» les héritiers s'il s'en représente » (art. 772). C'est une application pure et simple du principe écrit en l'art. 1382.

579. L'art. 773 portait : « Les dispositions des articles 769, 770, 771 et 772 sont

» communes aux enfants naturels appelés à défaut de parents ».

Les enfants naturels étant aujourd'hui héritiers et investis à ce titre de la saisine comme les autres héritiers, il n'y avait plus aucun motif pour les astreindre à l'obligation de demander la délivrance ou l'envoi en possession et aux autres obligations légales édictées par

les art. 769 à 772. Aussi l'art. 773 a-t-il été abrogé par la loi du 25 mars 1896, art. 7.

Quant aux père et mère naturels, s'il est vrai, comme nous le pensons, qu'ils aient le titre d'héritier et la saisine qui y est attachée, il est incontestable qu'ils ne sont pas obligés de demander l'envoi en possession.

Nous en dirions autrement des frères et sœurs naturels. Dans notre opinion ils ne sont pas héritiers, mais seulement successeurs irréguliers et sont privés de la saisine. A ce titre ils doivent demander l'envoi en possession, l'art. 724 paraissant imposer cette obligation à tous ceux qui n'ont pas la saisine.

* 580. Une question reste à résoudre. Le successeur irrégulier, appelé à défaut de parents, est-il obligé, pour obtenir l'envoi en possession qu'il réclame, de prouver qu'il n'existe pas de parents au degré successible ? L'affirmative semblerait résulter de la règle *Probatio incumbit ei qui agit* ; car la prétention du demandeur n'est fondée qu'autant qu'il n'existe pas de parents. Mais les textes démontrent d'une manière positive que l'on a entendu déroger ici aux règles du droit commun. Dans quelle vue le législateur aurait-il donc exigé les garanties de restitution prescrites par les art. 769 et suivants, si l'envoi en possession n'avait pu être accordé que sur la preuve qu'il n'existe pas de parents au degré successible ? La dérogation d'ailleurs s'imposait par la force des choses ; car la preuve d'un fait négatif, qui ne se résout en aucune affirmation positive en sens contraire, est impossible.

3° Des départements.

* 581. Les art. 8 et 9 de la loi du 15 pluviôse de l'an XIII, relative à la tutelle des enfants admis dans les hospices, accordaient, à défaut d'autres héritiers, un droit de succession aux hospices sur les biens des enfants décédés

dans ces établissements avant leur émancipation ou leur majorité. La loi du 15 pluviôse an XIII a été abrogée par la loi du 27 juin 1904 sur le service des enfants assistés (art. 60). L'art. 41 de cette dernière loi confère au département le droit de succession qui, auparavant, était accordé aux hospices. V. aussi l'art. 42.

CHAPITRE V

DE L'ACCEPTATION ET DE LA RÉPUDIATION DES SUCCESSIONS

Préliminaires.

582. L'étude des chapitres III et IV, qu'on aurait pu intituler Des vocations héréditaires, nous a mis à même de déterminer dans chaque hypothèse la personne ou les personnes appelées à recueillir une succession qui vient de s'ouvrir. Il s'agit maintenant de savoir quelle va être l'attitude de l'héritier désigné par la loi, en face de la succession qui lui est déférée, quelle résolution il va prendre. C'est l'objet du chapitre auquel nous arrivons.

583. Aux termes de l'art. 774 : « Une succession peut être acceptée

» purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ». Et l'art. 775 ajoute : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est

» échue ». Ces deux textes, qui auraient été beaucoup mieux placés dans un préambule du chapitre V que dans la section De l'acceptation, nous montrent que trois partis s'offrent en général à celui auquel une succession est déférée par la loi, au successible, comme on dit, trois partis entre lesquels il peut opter : l'acceptation pure et simple, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire et la renonciation. Notre chapitre consacre une section spéciale à chacun d'eux ; une quatrième est réservée aux successions vacantes. Avant d'entrer dans les détails, jetons un coup d'œil d'ensemble sur la matière.

1° Acceptation pure et simple. En prenant ce premier parti, le successible ratifie purement et simplement l'œuvre de la loi qui lui a déferé l'hérédité. Par conséquent, s'il s'agit d'un héritier saisi, il se trouve obligé au paiement des charges héréditaires *etiam ultra vires hereditatis* ; l'hérédité lui était en effet déferée sous cette condition (art. 724), et il s'y est soumis du moment qu'il a accepté l'offre de la loi purement et simplement, c'est-à-dire sans restriction. L'acceptation pure et simple consolide donc sur la tête de l'héritier la qualité de continuateur de la personne du de cujus. Désormais le patrimoine du défunt et celui de l'héritier ne formeront plus qu'un seul et même patrimoine ; car l'héritier est devenu propriétaire de tout ce qui appartenait au défunt et débiteur de tout ce qu'il devait : ce qui a notamment pour résultat d'amener l'extinction par confusion de tous les droits soit personnels, soit réels, qui existaient au profit du de cujus contre l'héritier et réciproquement.

2° Renonciation. Tandis que l'acceptation pure et simple identifie en quelque sorte l'héritier avec le défunt, à tel point qu'on peut dire alors avec la loi romaine : *Heres et defunctus una eademque persona utuntur*, la renonciation au contraire rompt tout lien entre l'héritier et le défunt ; elle met à néant la vocation héréditaire du successible, qui est même réputé par une fiction de droit n'avoir jamais été héritier (art. 785). Il devient donc complètement étranger aux dettes du défunt, mais il perd en revanche tout droit à ses biens.

3° Acceptation sous bénéfice d'inventaire. Ce dernier parti constitue un moyen terme entre les deux précédents : il permet à un héritier, qui a des doutes sur les forces de la succession, de profiter de l'excédent de l'actif sur le passif, si la succession se trouve en définitive être avantageuse, sans s'exposer pour cela à être tenu *ultra vires hereditatis*, s'il apparaît, la liquidation une fois terminée, que les biens héréditaires ne suffisent pas à acquitter les charges.

D'ailleurs l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme l'acceptation pure et simple, ferme la voie à la renonciation, semel heres semper heres, et soumet l'héritier au paiement des droits de mutation, même sur ses biens personnels. L'héritier qui veut prendre ce dernier parti doit faire dresser un inventaire et déclarer qu'il accepte sous bénéfice d'inventaire : le tout dans les formes et délais prescrits par la loi. C'est à lui que revient le soin de liquider la succession.

584. On s'accorde pour reconnaître que l'acceptation ou la répudiation ne peut avoir lieu ni à terme, ni sous condition, ni pour une partie seulement de l'hérédité.

585. Le rapide exposé qui précède pourrait donner à penser que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire constitue toujours le parti le plus avantageux pour l'héritier ; car il s'assure ainsi le profit sans s'exposer à la perte. Mais alors on ne s'expliquerait pas que le législateur eût offert au successible les deux autres partis. La vérité est que l'héritier peut avoir intérêt à opter tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre, suivant les cas, et il faut bien qu'il en soit ainsi, pour que le droit d'option que la loi lui accorde ait quelque sens. La succession est-elle sûrement bonne ? L'acceptation pure et simple constituera ordinairement le parti le plus avantageux ; elle sera préférable à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, qui, outre qu'elle laisse toujours planer sur la solvabilité du défunt un soupçon injurieux pour sa mémoire, entraîne des frais considérables et une liquidation compliquée. Est-il certain au contraire que le passif de la succession dépasse l'actif ? La renonciation sera préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, dont l'héritier ne retirerait d'autre profit que celui de consacrer gratuitement sa peine et son temps à la liquidation de la succession, sans parler de l'obligation qu'il contracte de payer les droits de mutation même sur ses biens personnels, et de la responsabilité qu'il assume à raison

des fautes qu'il pourra commettre dans sa gestion. Bien plus, il peut arriver que la renonciation soit préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, quand la succession est avantageuse. En effet l'acceptation même bénéficiaire oblige l'héritier au rapport de tout ce qui lui a été donné sans clause de préciput par le défunt (art. 843), tandis que l'héritier renonçant peut conserver le don qui lui a été fait, dans les limites de la quotité disponible (art. 845) ; or il est facile de voir que le successible peut avoir plus d'intérêt à renoncer pour s'en tenir à son don qu'à accepter, même sous bénéfice d'inventaire, en s'obligeant au rapport. Ainsi le défunt laisse pour héritiers deux neveux ; à l'un il a donné par donation entre vifs 30.000 fr., rien à l'autre ; l'actif net de la succession s'élève à 20.000 fr. Si le neveu donataire renonce, il gardera les 30.000 fr. qu'il a reçus. S'il accepte, même sous bénéfice d'inventaire, il en devra le rapport à la succession : ce qui portera la masse partageable à 50.000 fr. (30.000 + 20.000), dont il obtiendra la moitié, soit 25.000 fr. L'acceptation, même sous bénéfice d'inventaire, lui causera donc un préjudice de 5.000 fr.

On voit qu'il est impossible de dire à l'avance quel est le parti le plus avantageux pour un successible ; tout dépend des circonstances.

586. Le choix du successible entre les divers partis qui s'offrent à lui peut ne pas être sans embarras. Dans tous les cas le successible a besoin, pour faire ce choix d'une manière judicieuse, de connaître exactement les forces de la succession. En vue de le mettre à même de se renseigner et de réfléchir, la loi lui accorde un délai de trois mois et quarante jours : trois mois pour faire un inventaire qui l'éclairera sur l'importance de l'actif héréditaire, quarante jours pour délibérer. Pendant toute la durée de ce délai, et même des délais supplémentaires accordés s'il y a lieu par le juge, le successible ne peut être contraint de prendre qualité (art. 797) : il a le droit d'opposer l'exception

dilatoire de l'art. 174 C. pr. aux créanciers ou autres intéressés qui l'attaqueraient en justice ; le résultat de cette exception sera d'amener un sursis dans les poursuites jusqu'à l'expiration des délais.

587. Quel que soit le sens dans lequel le successible exerce son droit d'option, la détermination qu'il prend rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. C'est ce qui résulte des art. 777 et 785, ainsi conçus : « L'effet de l'acceptation remonte au jour de

» l'ouverture de la succession » (art. 777. Cpr. art. 775).
« L'héritier

» qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier » (art. 785).

On oppose partout ces deux textes l'un à l'autre ; on prétend qu'ils sont empruntés à deux systèmes de législation différents, et qu'il faut par suite en sacrifier un, sans qu'on s'accorde sur le point de savoir lequel. En effet, dit-on, le premier, en disposant que l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession, semble présenter l'acceptation comme une condition suspensive de la saisine, condition qui, une fois accomplie, rétroagirait au jour de l'ouverture de la succession, par application du principe de l'art. 1179, de sorte que l'on peut en induire que l'héritier est saisi sous la condition suspensive de son acceptation. D'après l'art. 785, au contraire, la renonciation paraît être une condition résolutoire de la saisine. En disant que « L'héritier qui renonce est CENSÉ n'avoir jamais été héritier », il fait entendre très clairement que le successible était héritier avant son acceptation, puisqu'après sa renonciation une fiction est nécessaire pour qu'il soit considéré comme ne l'ayant jamais été. Le successible serait donc, d'après l'art. 785, saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation.

* Il nous semble que ces deux textes sont la conséquence d'un seul et même principe, à savoir que, par une fiction de

droit, l'héritier, qui, en fait, optera toujours un certain temps après l'ouverture de la succession, sera réputé avoir opté à ce moment même. L'argument, qu'on tire de l'art. 777 pour soutenir que le successible est saisi sous la condition suspensive de son acceptation, perd toute sa valeur, si l'on observe que ce texte, à raison de la généralité de ses termes, s'applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, aussi bien qu'à l'acceptation pure et simple. Or, si, en supposant le successible saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation, il était inutile de décréter la rétroactivité de l'acceptation pure et simple, il était très utile au contraire de décréter la rétroactivité de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Autrement, l'héritier légitime, qui opte pour ce dernier parti, n'aurait eu la qualité d'héritier bénéficiaire qu'à dater de son acceptation ; jusque-là, il aurait conservé la qualité que lui attribue l'art. 724, celle de représentant du défunt, tenu ultra vires des charges de la succession ; il y aurait eu ainsi une solution de continuité dans sa situation. D'ailleurs, même en ce qui concerne l'acceptation pure et simple, il peut se présenter des cas où l'on aperçoit l'utilité de la faire rétroagir, ne fût-ce que celui où un héritier accepte une succession après l'avoir répudiée (art. 790). Dans cette hypothèse, le successible n'est jamais héritier au moment où il accepte (arg. art. 785), il est même censé ne l'avoir jamais été ; et s'il n'y avait pas un texte pour faire rétroagir son acceptation, il ne serait héritier qu'in futurum non in præteritum. Cela étant, on conçoit fort bien que le législateur ait cru devoir poser d'une manière générale le principe de la rétroactivité de l'acceptation.

* Ainsi entendu, l'art. 777 concorde parfaitement avec l'art. 785, et n'infirme en rien cette proposition que l'héritier est saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation, proposition qui trouve en outre un point d'appui dans l'art. 174 C. pr. Il résulte de ce texte que les créanciers de la succession et autres intéressés peuvent

actionner l'héritier avant qu'il ait pris qualité, sauf à celui-ci à opposer l'exception dilatoire s'il est encore dans les délais pour faire inventaire et délibérer ; mais, ces délais une fois expirés, le successible sera condamné comme héritier pur et simple, à moins qu'il ne renonce à la succession ou qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire. Ce résultat serait inexplicable, si le successible n'était pas héritier avant toute acceptation, s'il était, comme on le dit, héritier sous la condition suspensive de son acceptation. Comme les art. 711 et 724, qui attribuent de plein droit au successible la double saisine de la propriété et de la possession des biens héréditaires, et qui la lui attribuent sans condition, l'art. 174 C. pr. suppose que le successible est héritier de plein droit avant toute acceptation, et sauf résolution de son titre s'il renonce à la succession.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACCEPTATION

§ I. De l'acceptation en général.

588. L'acceptation, d'une manière générale, est la manifestation faite par le successible de sa volonté de demeurer héritier. Nous disons : de demeurer héritier ; car ce titre lui appartient avant toute acceptation, en vertu de la vocation de la loi, qui le déclare, dès l'instant de l'ouverture de la succession, propriétaire de tous les biens du défunt (art. 711). Par où l'on voit que l'acceptation ne fait rien acquérir à l'héritier, puisqu'elle ne lui donne que ce qu'il avait déjà ; elle lui fait plutôt perdre quelque chose, la faculté de renoncer. C'est l'idée qu'on a voulu exprimer dans cette définition aussi juste qu'originale : « L'acceptation est la renonciation au droit de renoncer ».

En outre, l'acceptation engendre des obligations pour l'héritier, notamment l'obligation du rapport (art. 843). Aussi la loi exige-t-elle une capacité particulière pour accomplir valablement un acte de cette importance. C'est ce que nous allons voir en examinant successivement la situation qui est faite à ce point de vue aux divers incapables.

589. FEMMES MARIÉES. — « Les femmes mariées ne peuvent pas

» valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur

» mari ou de la justice, conformément aux dispositions du chapitre VI

» du titre du Mariage » (art. 776 al. 1). V. cep. L. 6 février 1893, art. 3 (nouv. art. 311 du code civil).

D'ailleurs, la femme, autorisée comme de droit, peut accepter tacitement aussi bien qu'expressément. Ainsi la femme, qui aurait vendu un bien héréditaire avec l'autorisation de son mari, serait considérée comme ayant accepté tacitement.

* En dehors d'un mandat qui lui aurait été donné par sa femme, et du cas où les conventions matrimoniales lui conféreraient ce droit, le mari ne pourrait pas valablement accepter pour le compte de sa femme une succession échue à celle-ci.

MINEURS ET INTERDITS. — « Les successions échues aux mineurs et

» aux interdits ne pourront être valablement acceptées que conformément

» aux dispositions du titre de la Minorité, de la Tutelle et

» de l'Emancipation » (art. 776 al. 2). C'est-à-dire que l'autorisation du conseil de famille sera nécessaire. V. cep. L. 6 avril 1910 (nouv. art. 389 al. 6 C. civ.). L'art. 461, qui formule cette règle, ajoute que « l'acceptation n'aura lieu que sous bénéfice d'inventaire » : ce qui ne signifie pas,

comme on le verra plus loin, qu'un mineur ne puisse jamais être héritier pur et simple.

PERSONNES MUNIES D'UN CONSEIL JUDICIAIRE. — Il semble bien résulter des art. 499 et 513 que la personne placée sous conseil ne peut aliéner ni s'obliger sans l'assistance de son conseil ; d'où la conséquence que cette assistance lui serait nécessaire pour accepter une succession. C'est l'opinion générale ; il y a cependant quelques dissidences.

590. L'acceptation faite par un incapable ou pour son compte sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, est nulle. Par qui la nullité pourra-t-elle être invoquée ? S'il s'agit de l'acceptation faite par une femme mariée non autorisée, il paraît incontestable que la nullité ne pourra être proposée que par la femme, par le mari et par leurs héritiers. C'est ce qui résulte de l'art. 225 dont l'application ne souffre pas ici de difficulté, puisque l'art. 776 renvoie au chapitre VI du titre Du mariage. Une solution analogue semble devoir être admise en ce qui concerne les autres incapables ; eux seuls ou leurs représentants pourraient donc se prévaloir d'une nullité qui n'a été établie qu'en leur faveur (art. 1125, arg. d'anal.).

§ II. De l'acceptation pure et simple en particulier.

591. Presque toutes les dispositions de la section I ne sont relatives qu'à l'acceptation pure et simple, bien que la généralité de sa rubrique puisse donner à penser qu'elle s'occupe aussi de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

L'acceptation est une manifestation de volonté (supra, n. 588). D'après le droit commun, la volonté des personnes peut être efficacement manifestée aut verbis aut re, par des paroles ou par des faits. La loi consacre ce droit commun en ce qui concerne l'acceptation pure et simple.

« L'acceptation [pure et simple] peut être » expresse ou tacite », dit l'art. 778 1^{re} partie. Au contraire l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, comme on le verra plus loin, ne peut résulter que d'une déclaration expresse faite dans les formes solennelles prescrites par la loi.

N° 1. Acceptation expresse.

592. Pour qu'il y ait acceptation expresse, il faut que le successible ait déclaré expressis verbis sa volonté d'être héritier. Mais cela ne suffit pas : il est nécessaire en outre que cette déclaration soit contenue dans un acte, c'est à-dire dans un écrit, instrumentum, dressé en vue de constater un fait juridique, negotium juridicum. Peu importe d'ailleurs que cet acte soit authentique ou sous seing privé. C'est ce qui résulte de l'art. 778 2^{me} partie, ainsi conçu :

« Elle [l'acceptation] est expresse, quand on prend le titre ou la

» qualité, d'héritier dans un acte authentique ou privé ». Ainsi le successible, en faisant marché avec un ouvrier pour des réparations urgentes relatives à un bien héréditaire, déclare agir en qualité d'héritier pur et simple du défunt. Cette déclaration ne le liera pas, si le marché demeure à l'état de convention purement verbale ; mais il en sera autrement si ladite déclaration a été insérée dans un acte authentique ou privé dressé pour constater le marché. Le législateur a considéré avec raison qu'on ne pèse pas toujours ses paroles, tandis qu'on accorde plus d'attention aux déclarations que l'on constate ou que l'on fait constater par un acte.

On demande si l'acceptation pure et simple pourrait résulter d'une déclaration contenue dans une lettre missive écrite par le successible. C'est demander si les lettres missives sont des actes ; car, d'après notre article,

l'acceptation expresse ne peut résulter que d'une déclaration faite dans un acte. La question doit se résoudre par une distinction. Il y a des lettres (ce sont les plus nombreuses) qui ne sont que des conversations écrites : ce sont bien des écrits, mais non des actes ; on ne pourrait donc pas les opposer au successible dont elles émanent, pour en faire résulter contre lui une acceptation pure et simple. Il y en a d'autres qui ont pour but de constater des faits juridiques ; ainsi, en matière commerciale, il se fait de nombreux contrats, et principalement des ventes, par correspondance. Ces dernières sont des actes, et un successible ne pourrait pas impunément y prendre le titre ou la qualité d'héritier. Ainsi jugé notamment au sujet de lettres écrites par un successible à un créancier, en vue de traiter une affaire de la succession, et dans lesquelles le successible avait pris le titre ou la qualité d'héritier.

Remarquez que, pour qu'il y ait acceptation du successible, la loi exige qu'il ait pris la qualité d'héritier ; il ne suffirait pas qu'elle lui eût été donnée par un tiers dans un acte. Ainsi un créancier de la succession, dans un exploit d'ajournement lancé contre le successible, le qualifie d'héritier ; ou bien cette qualification lui est donnée par le receveur de l'enregistrement, dans la quittance des droits de mutation. Il n'en résultera aucun préjudice pour les droits du successible. Cpr. Cass., 28 nov. 1906, D., 07. 1. 457, S., 07. 1. 259.

593. Le mot héritier a deux sens dans la langue du droit comme dans celle du monde. Tantôt il désigne l'habile à succéder, par exemple dans les art. 724, 778, 785 et 790 ; il est alors synonyme de successible. Tantôt il désigne le maître, le propriétaire des biens héréditaires, herus, dominus : veteres heredes pro dominis appellabant, dit la loi romaine. Notre article l'emploie dans ce dernier sens, lorsqu'il dit que l'acceptation est expresse « quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte... » (immédiatement après, la loi emploie le mot héritier dans le

premier sens). Il faut donc que le successible ait pris dans un acte la qualité de propriétaire des biens héréditaires. Et il est clair qu'il ne suffira pas toujours pour cela qu'il se soit dit héritier ; car il a pu, lui aussi, prendre ce mot comme synonyme de successible. Il n'y aura pas de doute, lorsque le successible aura expliqué dans l'acte le sens des expressions par lui employées. En cas de difficultés, les tribunaux apprécieront. Cass., 10 déc. 1888, S., 89. 1. 166, D., 89. 1. 154.

N° 2. Acceptation tacite.

594. Tandis que l'acceptation expresse est le résultat d'une volonté exprimée, l'acceptation tacite est le résultat d'une volonté sous-entendue : c'est celle qui a lieu *re, facto*. « On accepte la succession *facto*, dit Pothier, lorsqu'on fait quelque chose qui suppose nécessairement dans celui qui le fait la volonté d'être héritier ». Notre législateur a reproduit presque littéralement cette définition dans l'art. 778 *in fine*, ainsi conçu : « Elle [l'acceptation] est tacite,

» quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention

» d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité
» d'héritier » (Cpr. *infra*, n. 1046). Ainsi le successible aliène un bien héréditaire, à titre gratuit ou onéreux, ou bien il le grève. d'usufruit, de servitude, d'hypothèque. Voilà des actes que le propriétaire seul peut faire. Le successible qui les a accomplis s'est donc considéré comme propriétaire des biens dont il a disposé, par conséquent comme héritier du défunt qui les a délaissés, car il ne pouvait en avoir la propriété qu'à ce titre. Il n'a pas dit qu'il acceptait, mais il l'a témoigné par sa conduite. Les faits ont ici autant d'éloquence que pourraient en avoir les paroles ; ils impliquent nécessairement de la part du successible une acceptation, et une acceptation pure et simple, car il a manifesté sans restriction sa volonté d'être héritier. Celui

qui veut n'être héritier que sous bénéfice d'inventaire, doit en faire une déclaration expresse dans les formes prescrites par la loi.

Peu importe d'ailleurs que l'acte d'où l'on prétend induire l'acceptation tacite ait été accompli par le successible lui-même ou par son mandataire agissant dans la limite de ses pouvoirs. Qui mandat ipse fecisse videtur. Douai, 15 mars 1902, S., 04. 2. 211.

La jurisprudence se montre très rigoureuse en matière d'acceptation tacite ; mais c'est une rigueur de bon aloi, parce qu'elle est basée sur une courageuse application des principes. Ainsi il a été jugé à plusieurs reprises que le successible fait acte d'héritier, et accepte par suite tacitement la succession, lorsqu'il dispose de tout ou partie des effets à l'usage personnel du défunt, même au profit des personnes qui l'ont soigné dans sa dernière maladie ou au profit d'indigents. De même la demande en partage formée par l'un des cohéritiers, ainsi que l'adhésion à une pareille demande de la part de celui contre qui elle est formée, entraîne acceptation tacite de la succession. Cpr. Cass., 26 mars 1902, D., 02. 1. 255, 18 oct. 1909, D., 10 1. 497, et 7 mars 1910, S., 10. 1. 479 et les notes.

595. L'art. 778 paraît exiger deux conditions pour qu'il y ait acceptation tacite 1° que le successible ait fait un acte supposant nécessairement son intention d'accepter ; 2° que cet acte soit du nombre de ceux qu'il n'avait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier. Mais, si l'on rapproche notre texte des explications de Pothier sur ce sujet, on demeure convaincu que ces deux conditions se réduisent à une seule, la première, et c'est uniquement en vue de la préciser que le législateur a ajouté la seconde. Il suffit, pour adapter notre texte à cette interprétation, de considérer la particule et, qui unit les deux membres de phrase dont il se compose, comme synonyme de c'est-à-dire. En un mot, l'art. 778 in fine doit être lu de la manière suivante : « Elle [l'acceptation] est tacite quand l'héritier

fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, c'est-à-dire qu'il n'aurait le droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ». La loi explique ainsi dans sa dernière proposition ce qu'elle entend dire dans la première. Son idée dominante est donc celle qu'exprime le premier membre de phrase, puisque celle qui est contenue dans le second n'en est en quelque sorte que la paraphrase ; par conséquent, c'est à la première qu'il faut surtout s'attacher. De là il résulte que, pour savoir si un acte entraîne immixtion, c'est-à dire acceptation tacite, il faut considérer plutôt la qualité en laquelle le successible a cru l'accomplir que celle en laquelle il l'a accompli en réalité. Ainsi un enfant, appelé à la succession de son père et de sa mère, décédés tous les deux à peu de distance l'un de l'autre, n'a pas encore exercé son option relativement à ces deux successions ; il vend un bien qui fait partie de la succession de son père, mais qu'il croit appartenir à la succession de sa mère ; son erreur, on le suppose, est démontrée. Si on appliquait la proposition finale de notre texte, il faudrait déclarer qu'il a accepté tacitement la succession de son père, car il a fait un acte qu'il ne pouvait valablement accomplir qu'en qualité d'héritier de celui-ci. Mais ce serait fort peu rationnel ; on lui attribuerait ainsi une qualité qu'il n'a certainement pas entendu prendre. Nous lui appliquerons la première partie de notre disposition, et nous le déclarerons héritier pur et simple de sa mère ; en effet, l'acte qu'il a accompli, étant donné l'erreur sous l'influence de laquelle il a agi, impliquait nécessairement l'intention d'accepter la succession de sa mère. Cpr. Cass., 18 déc. 1889, S., 90. 1. 344, D., 91. 1. 60.

Quoi qu'il en soit, ce dont on ne saurait douter, c'est que les actes accomplis par un successible n'entraînent pas immixtion, quand il avait un titre autre que celui d'héritier pour les accomplir. Douai, 8 juil. 1902. sous Cass.. D., 05. !. 332. Il n'est pas certain, en pareil cas, que le successible ait entendu agir en qualité d'héritier ; le contraire même

est probable, car il avait intérêt à agir en l'autre qualité pour ne pas compromettre son droit d'option, et dans le doute on doit naturellement supposer qu'il a choisi le parti le plus avantageux. Ainsi le successible était engagé comme caution au paiement d'une dette du défunt : il paie cette dette de ses deniers, sans expliquer s'il paie comme caution ou comme héritier du défunt. On supposera qu'il a payé comme caution, et par suite le paiement qu'il a fait n'entraînera pas immixtion. La même solution devrait être admise, quoi qu'elle soit alors un peu plus douteuse, au cas où le successible aurait payé de ses propres deniers une dette héréditaire dont il n'était pas personnellement tenu : il a pu ne pas payer à titre d'héritier, puisque la loi autorise le premier venu à payer une dette (art. 1236). Cass., 18 août 1869, D., 69. 1. 461, S., 70. 1. 69. V. cep. Cass., 8 nov. 1887, S., 90. 1. 503. Il en serait autrement si le successible avait payé avec les deniers de la succession, car il a disposé dans ce cas d'un bien de la succession, les deniers employés au paiement. V. cep. n° suivant.

596. « Les actes purement conservatoires, de surveillance et

» d'administration provisoire, ne sont pas des actes d'addition d'hérédité,

» si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier » (art. 779). De semblables actes ne font pas nécessairement supposer chez le successible qui les accomplit l'intention d'accepter la succession ; car il a pour les faire une qualité autre que celle d'héritier, de propriétaire des biens héréditaires, la qualité d'habile à succéder. C'est non seulement un droit, mais un devoir pour le successible d'administrer les biens héréditaires. En satisfaisant à une obligation que la loi lui impose, il ne peut pas compromettre le droit d'option que cette même loi lui accorde.

Les actes, que le successible peut ainsi accomplir sans compromettre son droit d'option, sont, dit notre article,

« les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire », c'est-à-dire d'une manière générale les actes nécessaires et urgents, mais non les actes de large administration, d'administration définitive, comme disent quelques auteurs, qui entendent sans doute par là l'administration telle qu'elle appartient au propriétaire, exemples : abattre des futaies, faire des baux à longs termes.

Doivent être considérés comme actes conservatoires ou d'administration provisoire : les réquisitions tendant soit à l'apposition et à la levée des scellés, soit à la confection de l'inventaire, les saisies-arrêts faites sur des débiteurs, l'interruption d'une prescription qui courait contre le défunt, l'inscription d'une hypothèque garantissant une créance héréditaire ou le renouvellement d'une inscription sur le point de se périmer, le fait d'avoir ordonné des réparations d'entretien, fait étayer des bâtiments menaçant ruine, les baux faits pour un court délai, par exemple la location au mois d'appartements garnis que le défunt était dans l'usage de louer de cette façon, la récolte des fruits et même, suivant les circonstances, leur vente sur le marché (Cass., 7 août 1900. D., 00. 1. 460), le paiement, même avec les deniers de la succession (mais ceci devient plus douteux), des frais funéraires du défunt (Riom, 20 mars 1911, S., 12. 2. 212), des gages échus des domestiques, des salaires d'ouvriers et des fournitures de subsistances faites au de cujus.

Le successible paie les droits de succession de ses propres deniers ; fait-il acte d'héritier ? Non, d'après l'opinion générale et d'après la jurisprudence. Ce paiement, dit-on, peut passer pour un acte nécessaire, fait en vue d'éviter les poursuites du fisc, qui s'adresse naturellement à l'héritier saisi ; il n'implique donc pas nécessairement la volonté d'accepter purement et simplement. — Cela est vrai. Mais le paiement des droits de succession implique tout au moins la volonté d'accepter,

car c'est un acte qu'on ne peut faire qu'en qualité d'héritier, et comme, à défaut de l'accomplissement des formalités prescrites, on ne peut pas être héritier sous bénéfice d'inventaire, il en résulte que le successible doit être considéré comme héritier pur et simple.

Le successible, qui se trouverait forcé d'accomplir un acte dont le caractère présenterait quelque doute, agirait prudemment en protestant par des réserves contre l'intention d'agir en qualité d'héritier. V. cep. Riom, 6 mars 1903, S., 04. 2. 310. Quelques-uns lui donnent même le conseil de se faire autoriser par la justice ; mais il est douteux que la justice ait le droit d'accorder une semblable autorisation, dans le silence des textes. Cpr. infra, n. 650.

Si, en accomplissant un acte conservatoire ou d'administration provisoire, le successible avait pris le titre de propriétaire, d'héritier, herus, dominus, il devrait être considéré comme ayant accepté expressément. C'est ce que dit l'art. 779 in fine. L'acceptation résulterait alors, moins de l'acte accompli par le successible que de la qualité qu'il s'est donnée en l'accomplissant.

597. L'art. 780 nous indique toute une série d'actes qui entraînent une acceptation tacite, comme actes de disposition ou d'immixtion : « La donation, vente ou transport que fait de ses droits

- » successifs un des cohéritiers, soit à un étranger, soit à tous ses

- » cohéritiers, soit à quelques-uns d'eux, emporte de sa part acceptation

- » de la succession. — Il en est de même, 1° de la renonciation,

- » même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou

- » de plusieurs de ses cohéritiers ; — 2° De la renonciation qu'il fait

- » même au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il

- » reçoit le prix de sa renonciation ».

La loi range tout d'abord au nombre des actes d'immixtion « la donation, vente ou transport », qu'un des héritiers fait de ses droits successifs. La donation et la vente des droits successifs sont comprises sous la dénomination générale de cession ou transport ; cette dernière expression aurait donc suffi. Le successible, qui cède ses droits héréditaires à titre gratuit ou onéreux, en dispose ; or il ne peut en disposer sans en être propriétaire, et il ne peut en être définitivement propriétaire sans une acceptation ; donc, par cela même qu'il dispose de ses droits successifs, il accepte tacitement la succession, et il l'accepte nécessairement d'une manière pure et simple, car l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne peut avoir lieu tacitement.

On pourrait objecter que l'héritier qui cède ses droits successifs les cède tels qu'ils lui appartiennent, par conséquent avec la faculté d'accepter ou de répudier qui y est attachée, et que, s'il transmet son droit d'option intact au cessionnaire, on ne peut pas dire qu'il l'a exercé dans un sens ou dans l'autre, qu'il ne saurait donc être considéré comme ayant tacitement accepté. Il faut répondre avec Pothier que le successible ne peut céder son droit qu'autant qu'il lui est définitivement acquis ; car on ne peut céder que ce que l'on a. Or le droit successif n'est définitivement acquis à l'héritier que par l'acceptation, qui consolide sur sa tête sa vocation légale. Donc l'héritier qui cède son droit successif accepte implicitement la succession, puisqu'il ne peut faire une cession valable qu'à cette condition. L'héritier, qui veut demeurer étranger à la succession, n'a qu'un seul moyen pour obtenir ce résultat, c'est de renoncer, et alors la succession passera aux héritiers appelés par la loi à son défaut ; il ne peut la faire acquérir à d'autres sans l'accepter lui-même. Cpr. Lyon, 11 juil. 1908, D., 10. 2. 100.

Il importe peu d'ailleurs que la cession de droits successifs ait été faite au profit d'un étranger, ou au profit

d'un ou de quelques-uns des cohéritiers du cédant, ou au profit de tous ses cohéritiers indistinctement. Le législateur s'est expliqué sur ce point, parce que, dans notre ancien droit, on considérait la donation faite à tous les cohéritiers indistinctement comme équivalant à une renonciation.

598. La loi assimile à la cession de droits successifs :

1° « La renonciation, même gratuite, que fait un des héritiers au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers ». Le successible, qui déclare renoncer au profit d'un ou de plusieurs de ses cohéritiers, ne renonce pas en réalité ; il dispose de sa part, puisqu'il en règle l'attribution autrement que ne l'aurait fait la loi s'il eût renoncé purement et simplement. Il accepte donc tacitement la succession ; car il ne peut disposer de son droit successif sans se porter héritier. Peu importe d'ailleurs qu'il en ait disposé à titre gratuit ou onéreux.

2° « La renonciation qu'il fait... au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, lorsqu'il reçoit le prix de sa renonciation ». Là où il y a un prix, il y a vente ; le cohéritier qui se fait payer le prix de sa renonciation, vend donc en réalité sa part héréditaire ; et cette circonstance qu'il a déclaré renoncer au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, ne change pas la nature de l'opération. Dans tous les cas il y a vente, donc acceptation tacite.

Notre ancien droit, suivant à cet égard les traditions du droit romain, adoptait sur cette question une solution contraire à celle qu'a consacrée notre code civil. Et il faut reconnaître qu'on-ne manquait pas de bons motifs à l'appui. Le successible qui renonce dans les conditions dont il s'agit, disait-on, n'a jamais eu l'intention de devenir héritier ; il reçoit même de l'argent ne heres sit : on le paie pour qu'il laisse sa place vacante. Il ne dispose donc pas de sa part héréditaire ; il abdique seulement son titre, prætermittit hereditatem ; ce n'est pas là faire acte d'héritier. Seul Domat était d'un avis opposé. Notre

législateur a-t-il eu raison de marcher à sa suite ? C'est fort douteux. Quoi qu'il en soit, statue lex.

Il résulte par argument a contrario de l'art. 780 que la renonciation gratuite, faite par l'un des cohéritiers au profit de tous ses cohéritiers indistinctement, n'emporterait pas acceptation tacite. Le successible laissant ici sa renonciation produire de tous points les effets que la loi y attache (art. 785 et 786), on considère comme superflue l'indication qu'il a faite de ces effets.

Il existe donc une différence entre le cas où un héritier déclare faire donation de sa part héréditaire à tous ses cohéritiers indistinctement, et celui où il déclare renoncer à leur profit à tous indistinctement. Dans le premier cas, il y a acceptation tacite, parce qu'il y a donation, tandis que dans le deuxième il y a renonciation pure et simple. Mais, dira-t-on, qu'importe qu'il y ait donation ou renonciation, puisque le résultat sera toujours le même, la part du renonçant revenant à ses cohéritiers ? Il importe beaucoup, non seulement parce que l'héritier est acceptant dans un cas — ce qui le laisse soumis aux poursuites des créanciers —, et renonçant dans l'autre —, ce qui l'exonère de ces poursuites, mais aussi parce que la donation et la renonciation sont deux actes juridiques de nature tout à fait différente. Notamment la donation est soumise à des formes solennelles particulières (art. 931 et s.) ; elle est translatrice de propriété et soumise à ce titre, comme la vente, à la transcription, quand elle porte sur des immeubles (art. 939) ; elle confère au donateur le droit de réclamer, le cas échéant, des aliments au donataire (arg., art. 935-3°) ; elle est révocable pour les diverses causes prévues par l'art. 953. A ces divers points de vue, et à d'autres encore, il n'en est pas de même de la renonciation.

§ III. De la rescision de l'acceptation.

599. En principe, l'acceptation est irrévocable. Semel heres, souper heres. Cette règle s'applique à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire comme à l'acceptation pure et simple. Exceptionnellement, l'acceptation peut être révoquée ou rescindée dans un certain nombre de cas, dont quelques-uns sont indiqués par l'art. 783, ainsi conçu : « Le majeur ne peut attaquer l'acceptation expresse

» ou tacite qu'il a faite d'une succession, que dans le cas où cette

» acceptation aurait été la suite d'un dol pratiqué envers lui ; il ne

» peut jamais réclamer sous prétexte de lésion, excepté seulement

» dans le cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée

» de plus de moitié, par la découverte d'un testament inconnu au

» moment de l'acceptation ».

Nous aurons à rechercher successivement : 1° quelles sont les causes de rescision de l'acceptation ; 2° par quelles personnes elles peuvent être invoquées et dans quels délais ; 3° quels sont les effets de la rescision prononcée par la justice.

N° 1. Causes de rescision de l'acceptation.

600. L'acceptation peut être rescindée pour inaccomplissement des formalités prescrites par la loi, lorsque la succession était déferée à un incapable. Nous nous sommes déjà occupé de ce cas (supra, n. 500). Quant à la fraude commise par l'héritier qui a accepté sciemment une succession obérée, en vue de nuire à ses créanciers, elle constitue plutôt un cas de résolution qu'un cas de rescision de l'acceptation. C'est un cas particulier d'application de l'action paulienne, que nous avons étudié sous l'art. 1167 (t. II, n. 141). Nous n'avons donc à nous

occuper ici que des causes de rescision consacrées par notre article.

1. Dol.

601. Le dol est tout artifice dont on se sert pour tromper autrui ; omnis fraus, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita. Ainsi on persuade à un successible par des manœuvres dolosives que la succession à laquelle il est appelé est avantageuse, et on le détermine par ce moyen à accepter cette succession, qu'il se serait empressé de répudier si on ne l'avait pas empêché de connaître la vérité. L'acceptation est ici la conséquence, la suite, comme dit notre article, du dol pratiqué contre l'héritier puisqu'on suppose que, sans ce dol, il n'aurait pas accepté. Il pourra obtenir la rescision de son acceptation, mais à la condition bien entendu de prouver le dol dont il se dit victime ; car, ici comme ailleurs, le dol « ne se présume pas, il doit être prouvé » (art. 1116 al. 2).

* D'après l'art. 1116, le dol n'est une cause de rescision en matière de contrats qu'autant qu'il a été commis par l'un des contractants envers l'autre. Notre article ne contenant aucune restriction de ce genre, il faut en conclure que le dol pourra entraîner la rescision de l'acceptation quel qu'en soit l'auteur. Peu importera donc qu'il ait été pratiqué par l'une des personnes intéressées à l'acceptation du successible, telle qu'un créancier ou un légataire, ou par tout autre. La doctrine, sauf quelques dissentiments isolés, et la jurisprudence sont en ce sens. Et en effet comment le législateur, en rédigeant d'une manière si différente les art. 1116 et 783, dont le premier est conçu IN PERSONAM, tandis que le second generaliter et IN HEM loquitur, n'aurait-il pas eu l'intention de créer une différence juridique entre les deux situations qu'il réglait ?

* D'ailleurs on peut donner de cette différence une explication satisfaisante. L'acceptation d'une succession dérive d'une seule volonté, celle du successible, tandis que le contrat est le produit de deux volontés dont l'accord constitue le consentement. La volonté du successible qui accepte, c'est donc l'acceptation tout entière, tandis que la volonté de chaque contractant ne forme que la moitié du contrat. Or on conçoit que la loi admette plus tacitement une personne à faire rescinder son œuvre exclusive que l'œuvre qui lui est commune avec un autre. D'autant plus que la rescision d'un contrat, obtenue par l'un des contractants, enlèvera à l'autre un droit qu'il avait acquis par un effort personnel, et sur la solidité duquel il devait compter ; tandis que la rescision de l'acceptation nuira le plus souvent à des intéressés qui n'ont rien fait pour obtenir cette acceptation, et qui ne devaient pas y compter si la succession était mauvaise. Dans ces conditions, il a pu paraître équitable de n'admettre le dol comme cause de rescision des contrats que lorsqu'il a été commis par l'un des contractants envers l'autre (art. 1116) : la rescision nous apparaît alors comme une juste réparation accordée à la victime du dol aux dépens de son auteur ; tandis qu'en matière d'acceptation on a dû ne pas se préoccuper de la provenance du dol.

2. Violence.

602. Les Romains disaient : metus (la violence) dolum in se recipit. La violence en effet n'est qu'un dol avec circonstances aggravantes ; car, alors que l'auteur du dol se borne à des insinuations, l'auteur de la violence ne craint pas d'user de menaces ou de voies de fait ; il joint l'intimidation ou la force à la ruse. Ce que la loi dit ici du dol doit donc s'appliquer à plus forte raison à la violence ; par conséquent la violence comme le dol sera une cause de rescision de l'acceptation.

En matière de contrats, il y avait une raison pour mentionner la violence à côté du dol, parce qu'elle produit des effets plus puissants. Cpr. art. 1111 et 1116. Le législateur, qui voulait assimiler ici complètement la violence au dol, a pu se borner à un sous-entendu.

3. Lésion.

603. En général, la lésion n'est pas dans notre droit une cause de rescision des actes ou contrats (art. 1118 et 783, et arg. de ces articles). Par exception à cette règle, la loi admet la lésion comme cause de rescision de l'acceptation, lorsque « la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation » (art. 783).

Deux conditions sont donc requises pour qu'il puisse y avoir lieu à la rescision qui nous occupe. Il faut :

1° Que l'on découvre un testament « inconnu lors de l'acceptation », inconnu de l'héritier, bien entendu. Si donc l'héritier connaissait l'existence du testament, il ne pourra pas demander la rescision de son acceptation, alors même qu'il aurait ignoré les dispositions de l'acte ; il aurait dû en prendre connaissance avant d'accepter.

2° Que la succession soit « absorbée ou diminuée de plus de moitié » par ce testament.

Le mot absorbée ne pouvant s'appliquer qu'à l'actif net de la succession, puisque les legs ne sont payés qu'après les dettes, nous en concluons que les mots diminuée de plus de moitié s'appliquent à l'actif net également, et non, comme on l'enseigne généralement, à l'actif brut. Ainsi le défunt a laissé 100.000 fr. de biens et 90.000 fr. de dettes ; l'actif net est donc de 10.000 fr. La découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, par lequel le défunt lègue plus de 5.000 fr., suffira pour que l'héritier puisse demander la rescision. On conçoit, en effet, que l'héritier qui, en acceptant, s'est imposé la charge de

liquider la succession dans l'espoir d'un bénéfice de 10.000 fr., recule devant l'accomplissement de sa tâche le jour où il s'aperçoit que son profit se réduira à deux ou trois mille francs par exemple. D'après l'opinion générale, au contraire, il faudrait dans l'espèce que le testament découvert contînt des legs s'élevant à plus de 50.000 fr., somme égale à la moitié de l'actif brut, pour qu'il pût y avoir lieu à la rescision.

D'ailleurs, il ne paraît pas nécessaire, ainsi qu'on vient de le voir par l'espèce proposée tout à l'heure, que l'héritier, pour réussir dans sa demande en rescision, démontre l'existence d'une lésion proprement dite, c'est-à-dire qu'il prouve que l'exécution du testament découvert aura pour résultat de lui faire subir une perte sur ses biens. Il résulte en effet, par argument a contrario, des termes de notre article, que la découverte d'un testament dans les conditions qui viennent d'être indiquées, permet à l'héritier de réclamer sous prétexte de lésion, c'est-à-dire en invoquant une lésion qui n'en serait peut-être pas une d'après les règles du droit commun, une lésion qui ne constitue pas l'héritier en perte, mais l'empêche seulement de gagner ou de gagner assez. Il est manifeste cependant que c'est surtout en vue du cas où la découverte du testament causerait à l'héritier une véritable lésion, une lésion consistant en ce qu'il serait obligé de sacrifier une partie de son patrimoine personnel pour procurer l'exécution du testament, que notre article a dû établir la cause de rescision qui nous occupe ; car on s'expliquerait difficilement que la loi eût organisé une action en rescision, uniquement en vue d'un prétexte de lésion. Or cette véritable lésion ne peut guère se concevoir qu'en admettant, comme nous l'avons enseigné au n. 466, que l'héritier est tenu même *ultra vires hereditatis* du paiement des legs ; et l'art. 783 fournit ainsi un argument très puissant en faveur de notre thèse.

* Ceux qui pensent que l'héritier pur et simple n'est tenu du paiement des legs qu'intra vires hereditatis ont bien senti la puissance de ce dernier argument ; et, pour y échapper, ils se sont ingénies à démontrer que la découverte d'un testament peut causer une véritable lésion à l'héritier, même en ne le supposant tenu du paiement des legs qu'intra vires hereditatis. Mais on les a accusés avec raison d'avoir imaginé des hypothèses qui sont presque trop ingénieuses, en ce sens que le législateur n'y a certainement pas songé en décrétant l'art. 783. Voici la plus raisonnable parmi celles qui ont été proposées. On suppose le cas où un héritier, donataire du défunt sans clause de préciput, qui a estimé, tout compte fait, avoir plus d'intérêt à accepter, sauf à effectuer le rapport, qu'à répudier pour s'en tenir à son don, verrait son calcul déjoué par la découverte d'un testament diminuant la succession de plus de moitié et dont l'exécution réduira sa part à un chiffre inférieur au montant de son don. La rescision de son acceptation, à la suite de laquelle il renoncera pour reprendre son don, le sauvera donc d'une perte matérielle ; car il aura en définitive plus qu'il n'aurait, si son acceptation était maintenue. — Que l'art. 783 puisse avoir cette utilité, nous ne le contesterons pas ; mais qu'il ait été écrit en vue de cette hypothèse, voilà ce qu'il est bien difficile d'admettre ; d'autant plus qu'elle suppose des conditions dont notre article ne parle pas du tout, savoir que le successible qui fait rescinder son acceptation ait des cohéritiers, et qu'il soit donataire du défunt.

* L'art. 783 ne distinguant pas, on doit conclure que la découverte d'un testament qui absorbe la succession ou la diminue de plus de moitié, pourrait autoriser la rescision d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire aussi bien que d'une acceptation pure et simple. Il n'y a pas à distinguer non plus suivant la nature des legs contenus dans le testament. La rescision serait donc possible aussi bien

lorsque le testament contient des legs universels ou à titre universel que lorsqu'il s'agira de legs à titre particulier. Et toutefois, si l'héritier qui a accepté la succession est un héritier non réservataire, et que le testament découvert contienne un legs universel, il n'y aura pas lieu à la rescision de l'acceptation pour cause de lésion, parce que cette acceptation est nulle, l'héritier n'ayant pu valablement accepter une succession dont il était exclu en droit et en fait par le légataire universel (arg. art. 711 et 1006).

604. Telles sont les seules causes de rescision de l'acceptation. Nous sommes ici sur un terrain d'exception ; car la rescision déroge au principe de l'irrévocabilité de l'acceptation. L'interprétation restrictive est de rigueur. Aucune cause de rescision ne peut donc être admise en dehors de celles que la loi établit. Ainsi la découverte de dettes inconnues lors de l'acceptation, quelque considérables qu'elles soient, n'autoriserait pas l'héritier à faire rescinder son acceptation. Ni la découverte d'aliénations à titre onéreux ou à titre gratuit faites par le défunt, alors même qu'elles porteraient sur la plus grande partie des biens, et sans même excepter le cas où elles auraient été faites avec réserve d'usufruit, bien qu'alors, le de cujus étant demeuré en possession jusqu'à son décès, l'héritier ait pu être autorisé à le croire propriétaire des biens qu'il détenait. L'art. 783 est formel : seule la lésion résultant de la découverte d'un testament peut autoriser la rescision de l'acceptation. Le législateur a sans doute considéré que les dettes et les aliénations seront plus faciles à découvrir que le testament, parce que le testateur s'entoure souvent de mystère, pour ne pas blesser la susceptibilité de ceux qu'il dépouille, et dissimule quelquefois si bien son œuvre qu'on ne la retrouve que longtemps après son décès, quand elle ne demeure pas toujours ignorée.

On voit que, sauf le cas particulier où elle a entraîné la lésion déterminée par l'arl. 783, l'erreur n'est pas une cause de rescision de l'acceptation. En spécifiant ce cas particulier d'erreur comme cause de rescision, le législateur a nécessairement exclu les autres. Cass., 19 déc. 1888, S., 90. 1. 102, D., 90. 1. 341.

N° 2. Par qui la rescision de l'acceptation peut être demandée.

605. Bien que notre article ne parle que du majeur, on reconnaît que sa disposition est applicable à l'héritier mineur. Concevrait-on qu'il fût moins protégé que le majeur ?

Toutefois, la rescision de l'acceptation ayant pour principal avantage de soustraire l'héritier au paiement des dettes et charges ultra vires, on conçoit que ce secours sera rarement utile au mineur, puisque toute succession échue à un mineur ne peut être acceptée que sous bénéfice d'inventaire (art. 461). C'est sans doute pour cela que la loi, qui statue toujours de eo quod plerumque fit, n'a pas parlé du mineur qui, en fait, n'aura presque jamais recours à ce moyen de restitution.

* L'action en rescision de l'acceptation se prescrit par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262). Il paraît difficile d'appliquer ici, comme le veulent quelques auteurs, la prescription de dix ans de l'art. 1304, ce texte ne visant que les actions en nullité ou en rescision des conventions.

N° 3. Effets de la rescision prononcée par la justice.

606. L'acceptation rescindée est censée non avenue. L'héritier dont l'acceptation est rescindée se trouve ainsi dans la même situation que s'il n'avait jamais pris parti : il peut donc exercer son droit d'option dans toute sa

plénitude. Théoriquement, rien ne s'oppose à ce qu'il accepte de nouveau, même purement et simplement. Ordinairement il renoncera, et alors il sera considéré comme n'ayant jamais été héritier (art. 785). Il sera donc obligé de restituer à qui de droit (art. 786) tout ce qu'il a reçu jure heredis ; en sens inverse, il pourra demander la restitution de ce qu'il a payé de suo pour satisfaire aux charges héréditaires et de ce qu'il a rapporté à la succession (arg. art. 843 et 845). Quant aux aliénations qu'il aurait consenties, on appliquerait les règles relatives aux aliénations faites par l'héritier apparent.

* La rescision produit son effet erga omnes. Il en est ainsi, même au cas où l'acceptation est rescindée pour cause de dol. Ce point a été contesté à tort. L'acceptation, de quelque façon qu'elle se soit produite, peut être invoquée par tous les intéressés ; sa rescision, quelle qu'en soit la cause, doit pouvoir être opposée à tous.

§ IV. De la succession par transmission.

607. Le droit héréditaire se fixe sur la tête de l'héritier désigné par la loi, à l'instant même de l'ouverture de la succession (art. 711). Si donc il meurt, fût-ce un instant de raison, après cette ouverture, il transmet son droit héréditaire à ses propres héritiers, et le transmet tel qu'il lui appartient, par conséquent avec le droit d'option qui y est attaché, s'il ne l'a pas encore exercé. Ceux-ci pourront, en conséquence, soit accepter, purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, soit répudier la succession transmise. Mais ils ne peuvent exercer ce droit d'option que du chef de leur auteur et comme héritiers de celui-ci. Ils font donc acte d'héritier en l'exerçant ; d'où il résulte qu'en prenant parti soit dans un sens, soit dans l'autre, relativement à la succession qui était échue à leur auteur, ils acceptent tacitement la succession de celui-ci (arg. art.

778). Nous venons d'analyser la disposition de l'art. 781, ainsi conçu : « Lorsque celui à qui une succession est échue, est décédé

» sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressément ou

» tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son

» chef ».

Le cas qui nous occupe est ordinairement désigné sous le nom de succession par transmission, parce que les héritiers du successible décédé exercent un droit héréditaire échu à leur auteur et à eux transmis par celui-ci. Cette expression est commode pour désigner d'un mot une hypothèse, qu'il faudrait, en l'absence d'une dénomination spéciale, indiquer au moyen d'une périphrase.

Maison se tromperait gravement en croyant que la transmission constitue un mode de succession particulier et distinct, car nous ne rencontrons ici que l'application de cette règle de droit commun : que les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur. Il n'est donc pas exact de dire, comme on le fait quelquefois, qu'on peut succéder de trois manières : de son propre chef, par représentation ou par transmission. Pour que ce langage fût correct, il faudrait que celui que l'on dit succéder par transmission fût héritier dans la succession transmise ; or il ne l'est pas : cette qualité appartenait à son auteur dont il vient exercer les droits. Tout autre est le cas de la représentation. Le représentant est véritablement héritier ; c'est lui qui succède, en montant dans un degré qui n'est pas le sien, et il succède autrement que s'il venait de son chef, car, s'il succédait de son chef, le partage se ferait par tête, tandis que la représentation donne lieu au partage par souche.

Ainsi donc le représentant est héritier de celui à la succession duquel il vient par représentation ; au contraire celui qui recueille une succession par transmission n'est pas héritier du défunt qui a laissé cette succession, il est

héritier de l'héritier auquel cette succession était acquise et qui la lui a transmise comme et avec le reste de ses biens.

* 608. De là toute une série de différences entre la représentation et la transmission :

1° On succède par représentation du chef d'une personne prédécédée (art. 744). Au contraire, on succède par transmission du chef d'une personne qui a survécu au de cujus ;

2° Le représentant doit le rapport de ce qu'il a reçu personnellement du de cujus à titre de don (infra, n 692) ; car il est son héritier, et le rapport est dû par toute personne qui a la double qualité de donataire et d'héritier (art. 843). Au contraire, celui qui recueille une succession par transmission ne doit pas le rapport de ce qu'il a reçu personnellement du de cujus ;

3° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé (art. 744 al. 2). Au contraire, on ne peut recueillir une succession par transmission qu'à la condition d'accepter la succession de l'héritier auquel elle est échue ;

4° En acceptant ou en répudiant une succession à laquelle on est appelé par représentation, on n'accepte pas facilement la succession du représenté (arg. art. 744 al. 2), tandis qu'en acceptant ou en répudiant la succession transmise, on accepte facilement la succession de celui auquel elle a été déférée (arg. art. 778).

* 609. L'héritier du successible décédé sans avoir pris parti peut fort bien, s'il est appelé personnellement à la succession que son auteur lui a transmise, la répudier du chef de celui-ci pour l'accepter ensuite de son propre chef : ce qui lui procurera l'économie d'un droit de mutation. Ainsi mon aïeul est mort avant mon père, son unique héritier ; celui-ci meurt lui même avant d'avoir pris parti. Je pourrai répudier de son chef la succession de mon aïeul et l'accepter du mien. Je n'aurai de cette façon qu'un seul droit de mutation à payer pour la succession de mon aïeul.

Il m'en faudrait payer deux, au contraire, si j'acceptais la succession de mon aïeul du chef de mon père : un pour la mutation de mon aïeul à mon père, un autre pour la mutation de mon père à moi.

* 610. L'art. 781 n'étant qu'une application pure et simple de ce principe que l'héritier succède à tous les droits de son auteur, on doit en conclure que, si un successible est mort après avoir répudié une succession, à laquelle il était appelé, ses héritiers pourront la reprendre en l'acceptant, au cas où elle n'aurait pas encore été acceptée par d'autres héritiers. En agissant ainsi, en effet, ils ne font qu'user du droit qui appartenait à leur auteur (art. 790). L'argument, qu'on pourrait chercher à tirer contre cette solution des mots « sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée » de l'art. 781, tombe devant cette considération qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*.

611. L'application de l'art. 781 ne présente aucune difficulté, lorsque le successible, qui est mort avant d'avoir pris parti, ne laisse qu'un héritier, ou même lorsqu'il en laisse plusieurs s'ils s'entendent sur le parti à prendre. Mais que décider, si cet accord ne peut s'établir ? Ainsi le successible décédé sans avoir pris parti laisse trois héritiers ; l'un veut répudier la succession transmise, l'autre est d'avis de l'accepter purement et simplement, le troisième estime qu'il est préférable d'accepter sous bénéfice d'inventaire. L'art. 782 tranche le conflit dans les termes suivants : « Si les héritiers

» ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession,

» elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire ». C'est une innovation. Dans notre ancien droit, le différend était réglé par le juge, qui était chargé de statuer sur le *quid utilius*. Il paraît que c'était une source de difficultés, et c'est pour la tarir que notre article a établi la nouvelle règle qu'on vient de lire. Treilhard a cru la justifier en

disant : « La règle nouvelle est plus simple que l'ancienne, et elle ne nuit à personne ».

* Qu'elle soit plus simple, c'est possible ; qu'elle ne nuise à personne, c'est plus que douteux. En formulant cette assertion, Treilhard a oublié que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'est pas toujours le meilleur parti à prendre (supra, n. 585). Dans telle hypothèse, où la renonciation serait certainement préférable à une acceptation même sous bénéfice d'inventaire, il pourra arriver que ce dernier parti soit imposé à tous les héritiers par la résistance d'un seul, qui refuse de se rendre à l'évidence. On aurait évité cet inconvénient en laissant à chaque héritier son indépendance pour l'exercice de son droit d'option. Il est vrai qu'en fait les héritiers auraient pu ainsi opter dans des sens divers, alors que leur auteur n'aurait pu opter que dans un seul : ce qui paraît contraire à la règle que les héritiers n'ont pas plus de droits que leur auteur. Mais cette considération n'a pas empêché le législateur, dans une hypothèse très voisine de celle qui nous occupe (art. 1475), d'autoriser des héritiers à exercer divisément un droit d'option dont l'exercice était indivisible pour leur auteur, ce qui d'ailleurs paraît n'être qu'une application du principe général consacré par l'art. 1220, et il est peut-être regrettable que le législateur n'ait pas suivi la même inspiration dans l'hypothèse qui nous occupe. Chaque héritier eût été l'arbitre de son sort.

SECTION II

DE LA RENONCIATION AUX SUCCESSIONS

612. Définition. La renonciation ou répudiation est l'acte par lequel le successible déclare sa volonté de demeurer étranger à la succession. L'héritier est appelé à la

succession, mais celle ci ne lui est pas imposée. Il acquiert les biens héréditaires ignorans, mais non invitus.

I. Forme et conditions requises.

613. Forme. A la différence de l'acceptation, qui peut être expresse ou tacite, la renonciation ne peut être qu'expresse. C'est ce qu'a voulu dire l'art. 784, 1^{re} partie : « La renonciation à une » succession ne se présume pris ». La loi suppose volontiers chez une personne l'intention d'acquérir un droit, mais non celle de s'en dépouiller, conformément à l'adage *Nemo juri suo facile renuntiare præsumitur*.

Non seulement le successible qui veut renoncer doit manifester expressément sa volonté, mais il doit la manifester dans la forme prescrite par la loi. La renonciation est un acte solennel, un de ces actes dans lesquels *forma dat esse rei*. Elle avait déjà ce caractère dans notre ancienne jurisprudence. « Suivant notre droit, dit Pothier, les renonciations aux successions ne peuvent se faire que par un acte devant notaire, ou par un acte au greffe, ou par une déclaration faite en justice dont le juge donne acte ». La pratique s'est chargée de démontrer les inconvénients des renonciations faites devant notaire. Comment les tiers intéressés pourront-ils en découvrir l'existence ? A quel notaire s'adresseront-ils pour savoir si le successible a renoncé ? Et puis, en supposant qu'ils découvrent le notaire qui a reçu la renonciation, ne pourront-ils pas se heurter à un autre obstacle résultant de ce que le notaire ne doit pas communication de ses minutes au premier venu ? Aussi notre article a-t-il consacré une heureuse innovation, en décidant que la renonciation « NE PEUT PLUS être faite qu'au greffe du tribunal de

» première instance dans l'arrondissement duquel la succession s'est

» ouverte, sur un registre particulier tenu à cet effet ». Cpr. C. pr., art. 997. Désormais rien ne sera donc plus facile aux intéressés que de savoir si un successible a renoncé : ils n'auront qu'à consulter le registre dont parle notre article, registre qui est à la disposition du public.

On décide généralement que l'art. 784 est spécial aux héritiers ab intestat. La renonciation à un legs n'est donc pas soumise aux conditions de forme prescrites par notre texte (V. infra, n. 1046). Plusieurs auteurs soutiennent même que l'art. 784 ne doit être appliqué qu'aux héritiers saisis seulement et non aux successeurs irréguliers. Ceux-ci n'ayant pas la saisine légale et ne pouvant, à la différence des héritiers saisis, être poursuivis par les créanciers héréditaires tant qu'ils n'ont pas accepté, leur renonciation peut résulter de ce qu'ils ne demandent pas l'envoi en possession. En ce sens, Dijon, 15 avril 1907, D., 09. 2. 211, S., 08. 2. 129, et les notes.

Le successible qui veut renoncer se présente ordinairement au greffe, assisté d'un avoué. Mais cette formalité n'a pas d'autre but que de certifier l'identité du successible, qui peut n'être pas personnellement connu du greffier, et par suite son omission n'entraînerait pas la nullité de la renonciation. Non obstat Tarif C. pr., art. 91.

Le successible qui renonce n'est pas obligé de notifier sa renonciation aux intéressés ; car nulle loi ne l'y oblige.

614. Conditions requises. — Le principe, qui prohibe d'une manière générale les pactes sur succession future, ne permet pas plus la répudiation que l'acceptation d'une succession non ouverte.

L'application du principe n'ayant jamais fait de doute en ce qui concerne l'acceptation, notre législateur s'est borné à la sous-entendre ; mais il a cru devoir s'expliquer en ce qui concerne la renonciation, pour proscrire l'antique usage des renonciations à succession future par contrat de mariage. Souvent un père, en constituant une maigre dot à sa fille dans le contrat de mariage de celle-ci, la faisait

renoncer par ce même acte à sa succession future. Ou bien c'était le fils puîné que l'on faisait renoncer ainsi par anticipation pour favoriser l'aîné. « Tout cela avait été imaginé, dit Pothier, afin de conserver les biens dans les familles et de soutenir par ce moyen la splendeur du nom ». Le principe d'égalité, qui a présidé à la confection du code civil, ne permettait pas le maintien de ces traditions. Mais il était bon de le dire, et c'est ce qu'a fait l'art. 791, ainsi conçu : » On ne

» peut, MÊME PAR CONTRAT DE MARIAGE, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni

» aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession ». Sur la prohibition des pactes sur succession future, v. L. II, n. 65.

615. Pothier dit que la renonciation à succession ressent l'aliénation. Ce n'est pas tout à fait une aliénation en effet. Aliéner, c'est transférer à un autre le droit dont on se dépouille. Or, l'héritier qui renonce se dépouille bien de son droit, mais il ne le transfère pas : celui qui l'acquerra en son lieu et place le tiendra, non de lui, mais de la loi. La renonciation est donc une abdication plutôt qu'une aliénation. Mais, en fait, elle produit pour le renonçant le même résultat qu'une aliénation, puisqu'elle le prive de son droit ; aussi Pothier dit-il que, pour renoncer, il faut avoir la capacité d'aliéner. Ce n'est pas tout à fait le point de vue auquel paraît s'être placé notre législateur ; car nous voyons que le tuteur peut répudier avec la seule autorisation du conseil de famille une succession échue à son pupille (art. 461) ; or, cette condition n'est pas toujours suffisante pour habiliter le tuteur à aliéner (V. art. 457-458). La pensée que semble révéler l'art. 461 est d'assimiler la renonciation à l'acceptation, au point de vue de la capacité requise. Ce qui est d'ailleurs assez rationnel ; car ce sont des actes. du même genre. Nous dirons donc que la capacité requise pour pouvoir

valablement renoncer à une succession, est la même que celle requise pour l'accepter (supra, n. 859).

II. Effet de la renonciation.

616. « L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héri » tier », dit l'art. 785.

Ce texte prouve, nous l'avons déjà dit (supra, n. 587), que l'héritier est saisi sous la condition résolutoire de sa renonciation ; cette condition, une fois accomplie, produit un effet rétroactif au jour où le droit de l'héritier a pris naissance (arg. art. 1179 et 1183). Il prouve aussi, par sa combinaison avec l'art. 724, que l'héritier, appelé au lieu et place du renonçant, doit être considéré comme ayant toujours été saisi. L'art. 790, qui permet à l'héritier renonçant de revenir sur sa renonciation tant que la succession n'a pas été acceptée par d'autres héritiers, n'infirme en rien cette induction, comme on l'a prétendu. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est que la saisine est déferée à l'héritier appelé au lieu et place du renonçant, sous la condition résolutoire d'une acceptation faite par celui-ci rebus integris.

Le principe consacré par l'art. 785 engendre un grand nombre de conséquences, et particulièrement les suivantes :

1° L'héritier qui a renoncé ne doit pas le droit de mutation ;

2° Il demeure étranger à l'actif comme au passif héréditaire ; il doit donc restituer à qui de droit tout ce qu'il a touché de la succession, même les fruits qu'il a pu percevoir ;

3° Il ne doit pas le rapport des libéralités à lui faites par le défunt (art. 843 et 845).

4° Les droits, qui existaient au profit du défunt contre l'héritier ou réciproquement, ne sont pas éteints par la

confusion ;

5° Aucun droit n'a pu valablement s'établir sur les biens héréditaires du chef du successible qui renonce ; ainsi, s'il est marié, l'hypothèque légale de sa femme ne se sera jamais imprimée sur les immeubles de la succession ;

6° La part du renonçant sera attribuée à ceux que la loi appelle à son défaut, à ceux auxquels sa présence faisait obstacle, absolument comme s'il n'avait jamais existé quant à la succession, comme s'il n'avait jamais été héritier (art. 785). C'est ce que dit, en termes assez peu satisfaisants, l'art. 786, ainsi conçu : « La part du

» renonçant accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue

» au degré subséquent ».

Nous disons que cette formule est défectueuse.

En effet, tout d'abord, si le renonçant a plusieurs cohéritiers, sa part ne profitera pas toujours à chacun d'eux, comme la loi paraît le dire. Ainsi, le défunt ayant laissé son père et deux frères, si l'un des frères renonce, sa part reviendra tout entière à l'autre frère ; le père n'en profitera aucunement, et cependant il est cohéritier du renonçant. On réglera la succession comme on l'aurait réglée si le défunt n'avait laissé que son père et un seul frère : ainsi le veut l'art. 785, dont l'art. 786 n'est qu'une conséquence mal déduite. De même, dans tous les cas où il y a lieu au partage de la succession entre les deux lignes de parenté du défunt, la renonciation de l'un des héritiers d'une ligne ne profitera qu'aux héritiers de cette ligne et non à ceux de l'autre. On pourrait multiplier ces applications.

D'autre part, la loi a peut-être tort de dire que, si le renonçant est seul de son degré, sa part ou mieux son droit est dévolu « au degré subséquent » ; il eût été plus correct de dire : aux héritiers appelés à son défaut. Ainsi, le défunt laissant un oncle, un frère germain et un petit-neveu (petit-fils de ce frère), si le frère appelé en première ligne

renonce, c'est le petit-neveu qui sera appelé à sa place par préférence à l'oncle, bien que celui-ci soit d'un degré plus rapproché, étant parent du défunt au troisième degré, tandis que le petit-neveu ne l'est qu'au quatrième.

Les cohéritiers du renonçant et les héritiers du degré subséquent tiennent leur droit de la loi, et non du renonçant. Ce n'est pas celui-ci qui leur transmet sa part ; il ne peut la transmettre à qui que ce soit sans accepter la succession purement et simplement ; c'est la loi qui les appelle à la recueillir.

Il en résulte une conséquence importante : c'est que les cohéritiers ou les héritiers du degré subséquent, qui recueillent la part du renonçant, ne sont pas tenus de ses obligations. Nous faisons allusion au rapport (art. 843 et 845).

617. Le droit, en vertu duquel les cohéritiers du renonçant recueillent sa part, porte le nom d'accroissement ; celui en vertu duquel cette part est déférée aux héritiers du degré subséquent, s'appelle dévolution, mot qui se prend aussi dans une autre acception (*supra*, n. 497).

* Les auteurs critiquent, non sans quelque subtilité peut-être, l'emploi du mot accroissement, consacré par une tradition séculaire, pour désigner le droit accordé aux cohéritiers du renonçant de recueillir la part de celui-ci. L'expression non-décroissement eût été, dit-on, préférable. En effet le mot accroissement semble indiquer que le renonçant transmet son droit à ses cohéritiers, il implique l'idée d'une cession ; or on a vu que les cohéritiers du renonçant tiennent leur droit de la loi. Le prétendu accroissement de l'art. 786 n'est qu'une conséquence de la solidarité de vocation, existant entre tous les héritiers appelés à une même succession : s'ils viennent tous, comme il est impossible de donner la succession tout entière à chacun, il faudra bien opérer entre eux un partage, *concurso partes fiunt* ; mais si tous moins un se

retirent, ce dernier prendra le tout parce que l'obstacle, qui s'opposait à l'exercice intégral de son droit, a désormais disparu. Il y a donc, à vrai dire, non-décroissement.

* Le mot dévolution, que notre article emploie pour désigner le droit en vertu duquel la part du renonçant, quand il est seul de son degré, passe aux héritiers appelés à son défaut, ne prête pas à la même critique ; il est même très bien choisi pour exprimer cette idée que c'est la loi qui dispose du droit du renonçant, et non le renonçant lui-même.

618. La part du renonçant accroît à ses cohéritiers avec les charges dont elle est grevée ; par conséquent l'accroissement n'est pas un bienfait lorsque la succession est obérée. Les cohéritiers du renonçant peuvent-ils dans ce cas échapper à l'accroissement, peuvent-ils refuser la part du renonçant pour s'en tenir à la leur ? Non. L'accroissement est forcé (arg. art. 786), comme en droit romain. *Partes renuntiantium accrescunt invitis*. C'est une conséquence de la règle *Nemo pro parte heres*. Que les cohéritiers du renonçant ne se plaignent pas. De deux choses l'une : ou leur acceptation est postérieure à la renonciation de leur cohéritier, et alors c'est bien volontairement qu'ils ont accepté sa part ; ou bien elle est antérieure, et alors ils ont dû prévoir la possibilité d'une renonciation de leur cohéritier et l'accroissement qui en serait la conséquence.

619. Observation. — La règle que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, n'est pas absolue ; elle n'empêche pas l'héritier renonçant d'avoir valablement représenté l'hérédité jusqu'à sa renonciation, et laisse subsister par conséquent l'effet des actes qu'il a accomplis pendant cette période comme administrateur des biens de la succession et l'effet des poursuites qui ont été exercées contre lui, notamment au point de vue de l'interruption de la prescription et du cours des intérêts. D'un autre côté,

notre règle reçoit exception au cas de représentation. Nous connaissons la disposition de l'art. 787, aux termes duquel :
« On ne vient jamais par représentation d'un héritier qui
» a renoncé ; si le renonçant est seul héritier de son degré, ou si tous ses cohéritiers
» renoncent, les enfants viennent de leur chef et succèdent par tête ».

III. De l'irrévocabilité de la renonciation.

820. En principe, la renonciation est irrévocable, de même que l'acceptation. Cette règle comporte cependant une exception remarquable, que l'art. 790 formule en ces termes : « Tant que la prescription
» du droit d'accepter n'est pas acquise contre les héritiers
» qui ont renoncé, ils ont la faculté d'accepter encore la succession,
» si elle n'a pas déjà été acceptée par d'autres héritiers ; sans préjudice
» néanmoins des droits qui peuvent être acquis à des tiers
» sur les biens de la succession, soit par prescription, soit par actes
» valablement faits avec le curateur à la succession vacante ».

Ainsi l'héritier qui a renoncé peut, tant que les choses sont encore entières, c'est-à-dire tant que le droit héréditaire dont il s'est dépouillé n'est pas prescrit et qu'il n'a pas encore été acquis par un autre, revenir sur ses pas et accepter la succession soit expressément, soit même tacitement. Cpr. Cass., 18 oct. 1909, D, 10. 1. 497, S., 10. 1. 229. Cette faveur, qui avait d'abord été accordée à titre de privilège au mineur seulement par l'art. 462, a été généralisée par l'art. 790. Conçus absolument dans le même ordre d'idées, ces deux textes ne doivent pas être

isolés l'un de l'autre ; ils s'éclairent et se complètent réciproquement.

Dans notre ancien droit, on n'autorisait pas l'héritier renonçant à revenir sur sa renonciation, et il est certain qu'il y a dans cette faculté quelque chose d'exorbitant. L'innovation que consacre l'art. 790 a eu, paraît-il, pour but principal dans la pensée du législateur de diminuer les chances de vacance des successions. Quoi qu'il en soit, la disposition qui nous occupe, on l'a remarqué fort justement, présente cette singularité qu'entre le renonçant et celui qui est appelé à son défaut, la succession appartient au premier occupant.

621. Deux conditions sont requises pour que le renonçant puisse revenir sur sa renonciation. Cass., 18 juin 1895, D., 95. 1.471.

1° Qu'il n'y ait pas contre lui prescription du droit d'accepter. Cette prescription, comme nous le verrons plus loin, s'accomplirait par trente ans (art. 789) ;

2° Que la succession n'ait pas déjà été acceptée par d'autres héritiers (expression qui est prise ici lato sensu et comprend même les successeurs irréguliers) ; car alors il y aurait au profit des acceptants un droit acquis dont ils ne pourraient pas être dépouillés ⁷².

De là il résulte : 1° que le renonçant ne pourra pas revenir sur sa renonciation, si ses cohéritiers ou l'un d'eux avaient déjà accepté à l'époque où il a renoncé ; leur acceptation comprenait en effet toute l'hérédité (arg. art. 786) ; 2° que si deux héritiers appelés à une même succession y ont renoncé l'un et l'autre, ils pourront revenir simultanément sur leur renonciation ; mais l'acceptation de l'un rendrait celle de l'autre impossible (arg. art. 786). V. aussi Paris, 30 déc. 1912, D., 13. 2. 89.

622. La loi oblige l'héritier, qui accepte la succession après l'avoir d'abord répudiée, à respecter les droits lors acquis à des tiers sur les biens de la succession soit par la

prescription, soit en vertu d'actes valablement faits avec le curateur à la succession vacante, représentant légal de la succession.

Si on compare l'art. 462, relatif à l'héritier mineur qui revient sur sa renonciation, avec l'art. 790, écrit en vue des héritiers majeurs, il est impossible de ne pas être frappé de la différence de rédaction que présentent ces deux textes au point de vue du respect des droits acquis. L'un et l'autre appliquent ce principe aux droits résultant d'actes passés avec le curateur à la succession vacante, mais seul l'art. 790 formule l'application relative aux droits acquis par la prescription. Il est difficile de ne pas considérer cette différence de rédaction comme intentionnelle, et de n'en pas tirer cette conclusion que l'héritier mineur qui revient sur sa renonciation n'est pas obligé, comme le serait un majeur, de respecter les droits acquis à des tiers par prescription depuis l'ouverture de la succession. Solution qui d'ailleurs est conforme aux principes ; car en vertu de l'art. 777, l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession. La situation est donc la même pour l'héritier mineur, qui accepte la succession après l'avoir d'abord répudiée, que s'il l'eût acceptée dès le début ; or, dans cette hypothèse, la prescription n'aurait certainement pas couru contre lui (arg. art. 2252). On n'a guère affaibli cette argumentation, en objectant qu'aux termes de l'art. 462, le mineur qui revient sur sa renonciation reprend la succession « dans l'état où elle se trouvera lors de la reprise » : il n'est en effet rien moins que démontré que ces mots fassent allusion aux droits dont la succession se trouverait privée par la prescription.

* Tous les droits acquis méritant le même respect, nous en concluons que le principe ne doit pas être restreint aux deux applications contenues dans l'art. 790 in fine ; le législateur paraît n'avoir indiqué ces applications qu'à titre d'exemples. De là il suit que l'héritier réservataire, qui accepte la succession de son auteur après l'avoir répudiée,

ne peut plus faire réduire les dons ou les legs qui entament sa réserve. Sa renonciation, en lui faisant perdre son titre d'héritier et par suite de réservataire, a fait naître au profit des donataires ou des légataires un droit acquis à conserver le montant de leur don ou de leur legs. Cass., 5 juin 1878, S., 78. 1. 457, D., 78. 1. 344. Il y a toutefois controverse sur ce point.

* 623. La faculté que consacre l'art. 790 étant exorbitante du droit commun, ce texte doit recevoir l'interprétation restrictive. Nous en concluons que le bénéfice de sa disposition ne pourrait pas être invoqué par un légataire même universel. En sens contraire, Besançon, 25 mars 1891, S., 91. 2. 99, D., 92. 2. 115, et Cass., 17 déc. 1894, D., 95.1. 228, S., 95. 1. 220. Cpr. infra, n. 1046. Encore moins l'art. 790 pourrait-il être étendu à une renonciation à communauté. Cass., 17 déc. 1888, D., 89. 1. 465. Il est même douteux qu'il puisse être appliqué à un successeur irrégulier. Dijon, 15 avril 1907, D., 09. 2. 210, S., 08. 2. 129, et la note.

IV. Des causes pour lesquelles la renonciation peut être attaquée.

624. Nous n'avons pas à nous occuper ici des cas où la renonciation est inexistante, ce qui arrive : 1° si elle a été faite avant l'ouverture de la succession ; 2° si le successible a renoncé à telle succession, croyant renoncer à telle autre, mais seulement des cas où une renonciation, étant atteinte de certains vices qui ne l'empêchent pas d'exister provisoirement, peut être déférée à la justice et annulée par celle-ci. Cela peut arriver dans les trois cas suivants.

PREMIER CAS. — De même que l'acceptation, la renonciation peut être annulée, lorsqu'elle a été faite par une personne incapable ou pour son compte sans

l'accomplissement des formalités prescrites, par exemple par une femme mariée non autorisée.

DEUXIÈME CAS. — De même que l'acceptation également, la renonciation peut être annulée pour cause de dol ou de violence ; car ce sont là des causes de rescision des contrats et actes en général.

Mais, en aucun cas, la renonciation n'est rescindable pour cause de lésion. En effet, la lésion, en principe, n'est pas dans notre droit une cause de rescision des actes ou engagements (arg. art. 1118). La rescision pour cause de lésion ne peut être admise exceptionnellement que dans les cas déterminés par la loi. Or, nous avons bien un texte qui autorise la rescision pour cause de lésion de l'acceptation, c'est l'art. 783 ; mais ni lui ni aucun autre n'autorise la rescision de la renonciation.

TROISIÈME CAS, prévu par l'art. 788 ainsi conçu : « Les créanciers

» de celui qui renonce ou préjudice de leurs droits, peuvent se faire

» autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur,

» en son lieu et place. — Dans ce cas, la renonciation n'est

» annulée qu'en faveur des créanciers, et jusqu'à concurrence seulement

» de leurs créances : elle ne l'est pas au profit de l'héritier

» qui a renoncé ».

Voici l'espèce prévue et réglée par cet article : Un débiteur, qui a plus de dettes que de biens, est appelé à recueillir une succession avantageuse ; mais, comme il sait que le profit en sera absorbé par ses créanciers, qu'il tient à ne point payer, il répudie cette succession. Les créanciers, auxquels cette renonciation préjudicie, ont le droit de la faire annuler par la justice. L'action qui leur est accordée à cet effet, doit être intentée contre les héritiers qui ont accepté au lieu et place du débiteur renonçant. Une fois annulée, la renonciation sera considérée comme non

avenue, et les créanciers pourront se faire autoriser par la justice et par le jugement même qui prononce la révocation, à accepter ladite succession du chef de leur débiteur, comme ils en auraient le droit si celui-ci n'avait pas renoncé (arg. art. 1166).

C'est une application particulière de l'action dite paulienne ou révocatoire, organisée par l'art. 1167. Deux conditions sont exigées d'une manière générale pour l'exercice de cette action : 1° que l'acte attaqué ait causé préjudice aux créanciers (*eventus damni*) ; 2° qu'il ait été accompli frauduleusement par le débiteur (*consilium fraudis ex parte debitoris*). Notre article n'exige expressément que la première condition ; nous avons vu sous l'art. 1167 (t. II, n. 142), qu'il y a lieu de suppléer la seconde. Les créanciers que protège l'art. 788 sont ceux de l'héritier et non pas ceux du défunt ; ces derniers ne peuvent pas attaquer la renonciation faite par l'héritier de leur débiteur. Cass., 29 mars 1909, D., 10. 1. 421.

625. Les créanciers, qui acceptent ainsi du chef de leur débiteur la succession répudiée par celui-ci ne deviennent point héritiers ; ils exercent seulement dans la succession, jusqu'à concurrence du montant de leurs créances, les droits de leur débiteur, ou mieux ceux qu'il aurait eus s'il n'eût pas renoncé.

De là résultent quatre conséquences :

1° Les créanciers n'ont pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour échapper à l'obligation de payer sur leurs biens personnels les dettes de la succession.

2° Ils n'ont pas le droit de s'attribuer en nature les biens de la succession, mais seulement de saisir ces biens et de les faire vendre pour se payer sur le prix. Au cas où le débiteur n'était appelé à la succession que pour partie, les créanciers feront déterminer sa part par un partage qu'ils provoqueront et auquel ils auront le droit d'assister pour en surveiller les opérations, puis ils se feront payer comme

il vient d'être dit sur les biens mis dans le lot de leur débiteur ;

3° Les héritiers, appelés par la loi au lieu et place du débiteur renonçant, pourraient écarter les créanciers en leur payant le montant intégral de leurs créances ;

4° Si les biens, formant la part de l'héritier dont la renonciation a été annulée, sont plus que suffisants pour payer les créanciers, l'excédent ne leur appartiendra pas. A qui reviendra t-il donc ? Ce ne peut être à l'héritier qui a renoncé, car la renonciation n'est pas annulée en sa faveur, mais bien à ceux que la loi appelait en son lieu et place.

* Nous inclinierions même à penser que les héritiers, qui étaient appelés à profiter de la renonciation du débiteur, pourraient exercer contre celui-ci, en supposant qu'il revînt à meilleure fortune, une action récursoire jusqu'à concurrence de la valeur des biens qui ont servi à désintéresser ses créanciers. Ils pourraient lui dire : « Par rapport à nous, votre renonciation était irrévocable, et nous avons le droit d'en recueillir le bénéfice. Elle a été annulée ; mais, aux termes de l'art. 788, vous ne pouvez pas profiter de cette annulation. Or, vous en profiteriez, si vous pouviez être libéré purement et simplement à l'égard de vos créanciers. Indemnisez-nous donc du préjudice que nous souffrons par votre fait ou, ce qui est équivalent, par celui de vos créanciers ».

626. Observation. — Les créanciers, qui veulent accepter du chef de leur débiteur la succession que celui-ci a répudiée à leur préjudice, n'auraient pas besoin de passer par le préliminaire de l'annulation de la renonciation, si la succession n'avait pas encore été acceptée par d'autres ; ils pourraient, dans ce cas, agissant en vertu de l'art. 1166, exercer le droit, que l'art. 790 accorde à leur débiteur, d'accepter la succession d'abord répudiée.

V. Disposition particulière à l'héritier qui a diverti ou recélé des effets de la succession.

627. « Les héritiers qui auraient diverti ou recélé des effets d'une

» succession, sont déchus de la faculté d'y renoncer ; ils demeurent

» héritiers purs et simples, nonobstant leur renonciation, sans pouvoir

» prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés » (art. 792). L'art. 801 ajoute : « L'héritier qui s'est rendu, coupable

» de recélé, ou qui a omis, sciemment et de mauvaise foi, de comprendre

» dans l'inventaire, des effets de la succession, est déchu

» du bénéfice d'inventaire ».

Le divertissement est un détournement frauduleux, le recel ou recélé, une dissimulation frauduleuse d'objets héréditaires. Celui qui diverte les objets héréditaires s'en empare frauduleusement. Celui qui recèle a reçu régulièrement des objets héréditaires, mais il en dissimule ultérieurement la possession dans des circonstances où il est tenu de la déclarer. L'héritier qui accomplit l'un de ces actes veut réaliser un profit illicite, en s'appropriant pour la totalité des objets auxquels il n'a droit que pour partie ou même auxquels il n'a aucun droit. Le divertissement ou le recel constituent toujours au moins un délit civil, c'est-à-dire un fait illicite et dommageable accompli avec intention de nuire ; ils peuvent même, suivant les circonstances, constituer un vol, si les conditions dans lesquelles ils ont été accomplis permettent de les faire rentrer dans la définition que le code pénal donne de ce délit.

628. La loi attache une double sanction au divertissement ou au recélé.

1° Elle inflige à l'héritier, qui s'est rendu coupable de l'un de ces faits, la qualité d'héritier pur et simple.

Il en est ainsi du moins : 1° si, à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier n'a pas encore pris parti ; 2° s'il a déjà accepté sous bénéfice d'inventaire : il est alors déchu de ce bénéfice (art. 801) ; 3° s'il a renoncé et que la succession n'ait pas encore été acceptée par d'autres ; la loi lui donne alors de sa propre autorité la qualité d'héritier pur et simple, qu'il pourrait lui-même prendre en revenant sur sa renonciation (art. 790). La même solution ne devrait plus être admise, si, à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier avait déjà renoncé à la succession et qu'un autre l'eût acceptée à sa place. On se trouve ici en face d'un droit acquis, que la loi doit respecter. Le renonçant ne peut donc plus être déclaré héritier pur et simple ; il peut être poursuivi, s'il y a lieu, comme ayant soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas : ce qui constitue le délit de vol (C. pén., art. 379).

Dans tous les cas donc, sauf celui d'une renonciation devenue irrévocable à l'époque du divertissement ou du recélé, l'héritier qui s'est rendu coupable de l'un de ces faits est déclaré héritier pur et simple. Ce n'est pas que la loi considère le divertissement ou le recélé comme entraînant acceptation tacite. « Les faits dont il s'agit, dit Demante, bien que commis dans l'intention de s'approprier la chose ainsi divertie ou recélée, ne constituent pas un acte d'héritier. Car loin de supposer nécessairement l'intention d'accepter, ils supposent bien plutôt l'intention toute contraire, c'est-à-dire celle de s'emparer sans droit des biens de la succession ». C'est donc à titre de peine du délit ou du quasi-délit qu'il a commis que le successible est ici déclaré héritier pur et simple. Aussi importerait-il peu que le recélé eût été commis à une époque où le successible ne se proposait pas encore d'accepter la succession. Cpr. Cass., 4 mai 1898, D., 98. 1. 389, S., 02. 1. 44G.

De là il résulte que notre disposition s'appliquerait à une femme mariée, qui aurait diverti ou recélé des effets d'une succession sans l'autorisation ou le concours de son mari ; car si cette autorisation lui est nécessaire pour accepter une succession, elle ne lui est pas nécessaire pour s'obliger par son délit (Cass., 10 avril 1877, D, 77. 1. 347, S., 77. 1. 248). Elle s'appliquerait aussi à un héritier mineur ; car, aux termes de l'art. 1310, le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. La loi ne dit nulle part, comme le lui font dire ceux qui soutiennent l'opinion contraire, qu'un mineur ne peut pas être héritier pur et simple ; elle dit seulement, ce qui est tout à fait différent, que la succession qui lui est déférée ne peut pas être acceptée purement et simplement (art. 462) ; or il ne s'agit pas ici d'une acceptation, mais bien d'une peine infligée par la loi, et le mineur doit la subir comme le majeur, sauf à examiner s'il n'a pas agi par faiblesse ou inexpérience plutôt que par dol ; car il ne faut pas oublier que c'est seulement la mauvaise foi que la loi entend punir (arg. art. 801). Lyon, 20 déc. 1907, D., 08. 2. 143.

2° L'héritier coupable de divertissement ou de recélé ne peut prétendre aucune part dans les objets divertis ou recelés.

* Il sera donc tenu de remettre intégralement à ses cohéritiers les objets divertis ou recelés avec les fruits ou intérêts qu'il a perçus ou qu'il aurait pu percevoir à dater de l'indue appropriation, car ces fruits ou intérêts font partie de la succession comme accessoires de la chose. L'art. 1153, aux termes duquel les intérêts moratoires des sommes d'argent ne courent qu'à compter de la sommation, ne reçoit pas son application aux intérêts alloués à titre de réparation d'un délit ou d'un quasi-délit. Cass., 14 avril 1897, D., 97. 1. 287, et, sur renvoi, Amiens, 3 mars 1898, D., 98. 2. 294.

On voit que, pour avoir voulu s'emparer de la part des autres, l'héritier coupable perdra la sienne. Disposition sévère, mais juste, qui a paru nécessaire pour prévenir les divertissements et les recelés, si fréquents dans la pratique et si faciles pour l'héritier saisi, puisqu'il peut, de sa propre autorité et sans aucun contrôle, se mettre en possession des biens héréditaires.

Pour que cette deuxième sanction soit applicable, il faut que l'héritier coupable du divertissement ou du recélé ait des cohéritiers. C'est de sa part en effet que la loi le prive : ce qui suppose qu'il n'est pas le seul intéressé dans les objets divertis ou recelés. Il faut en outre, bien évidemment, que l'héritier coupable ait droit à une part dans ces objets ; car il ne peut être question de priver de sa part celui qui n'a droit à rien. Cette seconde sanction, comme d'ailleurs la première, n'atteindrait donc pas l'héritier, dont la renonciation serait devenue irrévocable, au moment du divertissement ou du recélé, par l'acceptation d'autres héritiers, sauf à le poursuivre et à le faire condamner comme voleur. Il est d'ailleurs sans difficulté que la sanction dont il s'agit est applicable même à l'héritier mineur (arg. art. 1310).

Le mot héritier, dans les art. 792 et 801, comprend tous les successeurs universels : héritiers légitimes ou naturels, donataires ou légataires universels ou à titre universel, successeurs irréguliers, et notamment, parmi ces derniers, le conjoint survivant (Cass., 5 déc. 1906, D., 08. 1. 409 ; Orléans, 7 juil. 1906, D., 08. 2. 345 et la note ; Cass., 22 nov. 1910, D., 11. 1. 176 ; Toulouse, 29 déc. 1910, S., 11. 2. 173 et les références). Et toutefois, en ce qui concerne le conjoint survivant, la règle ne peut recevoir application lorsqu'il est appelé à la succession en pleine propriété — car alors il n'a pas de cohéritiers — , mais seulement lorsqu'il est appelé à recueillir en qualité d'héritier l'usufruit d'une quote-part des biens du prédécédé. Le conjoint sera dans ce cas privé de tout droit sur les biens

par lui divertis ou recélés : ce qui doit être entendu en ce sens que non seulement il ne pourra pas exercer son droit d'usufruit sur ces biens, mais qu'ils ne seront pas compris dans la masse sur laquelle ce droit d'usufruit sera calculé. Riom, 26 nov. 1894, D., 95. 2. 206, S., 95. 2. 40. Autrement la peine prononcée contre l'époux pourrait être illusoire.

Mais il ne faut pas appliquer aux successeurs à titre particulier, par exemple aux légataires à titre particulier, ce que nous venons de dire des successeurs universels qui sont *heredum loco*, sous peine de violer cette règle que l'interprétation restrictive est seule applicable aux dispositions ayant un caractère pénal. Cass., 19 juin 1895, S., 95. 1. 336.

* 629. En l'absence d'une définition légale, les tribunaux ont un pouvoir souverain pour décider, dans chaque espèce qui leur est soumise, s'il y a divertissement ou recélé. Cass., 5 fév. 1895, S., 97. 1. 125, D., 95. 1. 200. Ils pourront donc reconnaître ce caractère à des faits qui ne présenteraient pas les éléments constitutifs d'un délit. C'est ce que juge aujourd'hui, après variations, la cour de cassation, qui admet en principe que « toute fraude commise sciemment, qui a pour but de rompre l'égalité du partage, constitue un divertissement ou un recélé dans le sens de l'art. 792, quels que soient les moyens employés pour y parvenir ». Cass., 5 fév. 1895, *supra*, et Paris, 17 déc. 1895, D., 96. 2. 229. Cpr. Cass., 28 ocl. 1907, D., 10. 1. 292, et 15 nov. 1911, D., 12. 1. 485, S., 12. 1. 111. Il en est ainsi notamment : 1° Lorsqu'un héritier a fait sciemment usage d'une pièce fausse (un faux testament) pour s'approprier tout ou partie de la succession au préjudice de ses cohéritiers (Cass., 5 fév. 1895, précité) ; 2° lorsque l'héritier a employé dans son propre intérêt des valeurs que le défunt lui avait confiées à titre de mandat (Cass., 4 juin 1890, D., 91. 1. 391, S., 93. 1. 500) ; 3° lorsque l'héritier du défunt, ayant reçu de celui-ci une libéralité déguisée sous la forme d'une remise de dette, affirme faussement avoir

payé sa dette pour se soustraire à l'obligation du rapport (Cass., 11 juil. 1893, D., 93. 1. 561, S., 94. 1. 219) ; 4° lorsque l'héritier, tenu envers la succession du rapport d'un don, nie l'existence de ce don (Cass., 21 mars 1894, S., 96. 1. 238) ; 5° lorsque l'héritier dissimule une libéralité sujette à réduction qui lui a été faite par le défunt (Cass., 22 mai 1901, D., 01. 1. 351, et Limoges, 17 juin 1910, S., 11. 2. 46). Dans ces trois derniers cas, l'héritier dissimule bien en vue de se l'approprier un effet de la succession, en ce sens qu'il soustrait à la masse partageable une valeur qui devait y entrer par suite du rapport ou de la réduction. Cass., 14 avril 1897, D., 97.1. 287. Le divertissement ou le recélé peut même résulter du simple silence que l'héritier garde de mauvaise foi sur l'existence d'un effet de la succession qui se trouve entre ses mains. Cass., 15 nov. 1911, supra. Mais la fraude ou la mauvaise foi est un élément essentiel du divertissement ou du recélé. Cass., 15 juin 1895, D., 95.1. 479, et 14 avril 1897, précité, et Limoges, 7 déc. 1900, D., 02. 2. 369. Elle peut d'ailleurs être établie par tous les moyens de preuve, même par présomptions. Cass., 9 juil. 1901, S., 05. 1. 183, D., 02. 1. 35, et Toulouse, 29 déc. 1910, S., 11. 2. 173. C'est le droit commun. La preuve incombe, toujours par application du droit commun, à celui qui demande l'application de l'art. 792. Cass., 8 mai 1899, S., 00. 1. 76. En l'absence de fraude, il y aurait tout au plus quasi-délit, et l'héritier en serait quitte pour rapporter à la succession les objets involontairement détournés ou omis, sans encourir les déchéances prononcées par l'art. 792. Mais l'art. 792 ne serait pas applicable, en règle générale du moins, au cas où l'auteur du détournement aurait été chargé par ses cohéritiers de gérer la succession indivise. On appliquerait simplement les principes du mandat. Cass., 5 juil. 1893, D., 94. 1. 145, et note sous Cass., 5 déc. 1906, D., 08. 1. 409.

Il est de jurisprudence que le coupable peut échapper à la sanction pénale de l'art. 792 en rapportant

spontanément et avant toute poursuite les objets divertis ou recélés. Comment en effet suspecter en pareil cas la bonne foi de l'héritier ?

VI. De la prescription de la faculté d'accepter ou de renoncer.

630. « La faculté d'accepter ou de répudier une succession se
» prescrit par le laps de temps requis pour la prescription la plus
» longue des droits immobiliers ». Ainsi s'exprime l'art. 789.

Les mots : « par le laps de temps requis pour la prescription la plus longue des droits immobiliers » veulent dire par trente ans (arg. art. 2262). C'est le seul point sur lequel on ait pu se mettre d'accord au sujet de ce mystérieux article, que plusieurs nous présentent comme une énigme proposée par le législateur aux jurisconsultes, et dont il est impossible de trouver le mot.

Essayons de le découvrir cependant.

Et d'abord précisons la difficulté. On suppose un successible qui est resté pendant trente ans sans prendre parti. Il s'agit de savoir quelle est sa situation. Doit-il être considéré comme définitivement héritier ? ou au contraire comme définitivement étranger à la succession ? Voilà ce que notre article ne dit pas clairement et ce qu'il importe de rechercher.

L'intérêt de la question apparaîtra dans tout son jour par les deux espèces qui suivent.

Première espèce. Une succession est ouverte depuis plus de trente ans. Pendant toute la durée de ce long délai, l'héritier appelé en première ligne a négligé de prendre parti ; il n'a ni accepté ni répudié. Les biens de la succession sont entre les mains d'une personne, l'héritier

du degré subséquent ou toute autre, qui n'en a pas encore acquis la propriété par la prescription, parce qu'elle ne les possède pas depuis un temps suffisant. Dans ces conditions, l'héritier du premier degré intente contre le possesseur une action en restitution des biens héréditaires. Qui triomphera dans ce débat ? Ce sera le demandeur, si la prescription de trente ans de l'art. 789 a eu pour résultat de l'investir d'une manière irrévocable de la qualité d'héritier ; car alors il a un titre pour réclamer les biens héréditaires, dont le défendeur n'a pas encore acquis la propriété par la prescription. Ce sera le défendeur, au contraire, si la prescription a eu pour résultat de rendre le demandeur complètement étranger à l'hérédité ; car alors il est sans titre pour réclamer les biens dont elle se compose.

Deuxième espèce. Trente ans après l'ouverture d'une succession, un créancier de celle succession, dont la créance, on le suppose, n'est pas prescrite, parce que la prescription a été suspendue ou interrompue, se présente et demande son paiement à l'héritier désigné par la loi, qui n'a pas encore pris parti. Celui-ci devra-t-il être condamné à payer ? Tout dépend du point de savoir quelle est la qualité qui lui appartient. Il devra être condamné, si la prescription de l'art. 789, que nous supposons acquise, lui a infligé définitivement la qualité d'héritier ; tandis qu'il devra échapper à toute condamnation, si cette prescription a eu pour résultat de le rendre définitivement étranger à la succession.

On voit que la question qui nous préoccupe, celle de savoir quelle est après trente ans d'inaction la situation de l'héritier, peut se présenter indépendamment de toute question de pétition d'hérédité. Il ne faut donc pas confondre la prescription de l'art. 789 avec celle de l'action en pétition d'hérédité. Cette confusion, qui a été commise par quelques auteurs et que l'on rencontre aussi dans un grand nombre de décisions judiciaires, est peut-être la

principale source des obscurités que l'on a accumulées dans cette difficile matière.

A présent que nous connaissons l'intérêt de la question, voyons comment elle doit être résolue. Quelle est donc la situation que la loi fait à l'héritier, après trente ans d'inaction ?

Observons tout d'abord que l'effet ordinaire de la prescription est de consolider un état de choses préexistant, de transformer le fait en droit. Si nous appliquons cette notion élémentaire, nous arrivons à dire que l'héritier, qui est resté pendant trente ans sans prendre parti, doit conserver définitivement la situation qui lui appartenait au moment où la prescription s'est accomplie. Tout se réduit donc à savoir quelle était sa situation ; or la question doit être résolue par une distinction.

a. S'agit-il d'un héritier légitime ou naturel, saisi aux termes de l'art. 724 ? Il était héritier indépendamment de toute acceptation ; il conservera donc définitivement ce titre, la prescription une fois accomplie. Jusqu'alors il pouvait renoncer, car il était héritier sous la condition résolutoire de sa renonciation ; désormais il ne le pourra plus, la condition résolutoire étant définitivement défaillie. Il ne pourra pas non plus accepter sous bénéfice d'inventaire ; car la qualité que la loi lui attribuait était celle d'héritier pur et simple continuateur de la personne du défunt et tenu ultra vires (art 724), et la prescription confirme définitivement cet état de choses. En ce qui concerne l'héritier légitime ou naturel, l'art. 789 signifie donc qu'après trente ans il a perdu la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer, et qu'il reste par suite ce que la loi l'a fait, c'est-à-dire héritier pur et simple. On objecte qu'aux termes de l'art. 775 : « Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue », qu'on ne peut donc pas infliger à un successible la qualité d'héritier pur et simple contrairement à sa volonté. Nous répondrons qu'après avoir formulé le principe établi dans l'art. 775, la

loi avait bien le droit d'y déroger dans un cas particulier ; elle l'a fait dans une autre hypothèse (supra, n. 628). D'ailleurs, à vrai dire, il n'y a pas de dérogation à la règle ; la loi admet en effet l'acceptation tacite, et on peut dire qu'elle interprète dans ce sens le silence gardé pendant trente ans par l'héritier saisi.

b. S'agit-il d'un successeur irrégulier, non saisi aux termes de l'art. 724 ? Son droit n'existait en quelque sorte qu'à l'état latent jusqu'à l'envoi en possession, nécessaire pour qu'il pût exercer son droit héréditaire, c'est-à-dire se mettre en possession des biens, intenter les actions héréditaires ou y défendre. Eh bien ! au bout de trente ans, il ne pourra plus demander l'envoi en possession, qui est sa manière à lui d'accepter la succession ; il sera donc définitivement étranger à l'hérédité, puisqu'il ne pourra plus remplir utilement la formalité nécessaire pour lui permettre d'exercer son droit. Il était héritier sous la condition suspensive de son acceptation ; cette condition est aujourd'hui définitivement défaillie et le titre d'héritier perdu.

La situation sera la même pour l'héritier renonçant qui aura laissé prescrire la faculté, que lui accorde l'art. 790, de revenir sur sa renonciation : il sera définitivement ce qu'il était provisoirement au moment où la prescription s'est accomplie, c'est-à-dire étranger à l'hérédité.

En résumé, nous interprétons l'art. 789 de la manière suivante : La faculté d'accepter ou CELLE de répudier se prescrit par trente ans. Celui auquel une acceptation était nécessaire pour être héritier ou exercer les droits attachés à ce titre, aura perdu au bout de trente années la faculté d'accepter, et sera par suite définitivement étranger à la succession : telle est la situation des successeurs irréguliers et des héritiers légitimes ou naturels qui, ayant renoncé, pouvaient revenir sur leur renonciation. Celui, au contraire, qui avait besoin d'une renonciation ou d'une acceptation sous bénéfice d'inventaire pour se soustraire

en tout ou en partie aux conséquences de la qualité d'héritier pur et simple, conservera définitivement cette dernière qualité après la prescription ; il aura perdu la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de répudier : telle est la situation de l'héritier légitime, et depuis la loi du 25 mars 1890, de l'héritier naturel.

* 631. Beaucoup d'autres interprétations de l'art. 789 ont été proposées. Voici les principales.

A. Un grand nombre d'auteurs acceptent le point de départ du système qui vient d'être exposé, à savoir : que, pour donner de l'art. 789 une explication satisfaisante, il faut considérer la prescription qu'il édicte comme s'appliquant alternativement, et suivant les cas, tantôt à la faculté d'accepter, tantôt à celle de répudier. Mais, d'accord sur cette prémisse, ils se divisent à l'infini sur le point de savoir dans quels cas la prescription atteint la faculté d'accepter, dans quels cas celle de renoncer. D'après ceux-ci, ce serait la faculté de renoncer qui se prescrirait, lorsque la succession a été appréhendée par des successibles d'un degré plus éloigné. D'après ceux-là, l'héritier saisi serait, après trente ans, déchu de la faculté d'accepter, et par suite définitivement étranger à l'hérédité, lorsqu'elle a été appréhendée par des successibles du même degré ou d'un degré ultérieur ou par des légataires universels ou à titre universel ; dans l'hypothèse contraire, il serait déchu de la faculté de renoncer, et par suite définitivement héritier. — Il y a d'autres variantes.

B. Dans un autre système, l'art. 789 ne viserait que les héritiers saisis, et ce qu'il déclarerait prescriptible par trente ans, ce serait le droit d'option de l'héritier. Après trente ans il resterait ce que l'a fait l'art. 724, c'est-à-dire héritier pur et simple. — Cela revient à dire qu'au bout de trente ans la faculté de renoncer est prescrite, et on laisse sans explication la partie du texte relative à la prescription de la faculté d'accepter.

C. D'autres disent que la prescription de l'art. 789 s'applique au droit héréditaire. Après trente ans, l'héritier devrait être considéré comme définitivement étranger à la succession. — Mais alors l'art. 789 signifie que la faculté d'accepter se prescrit par trente ans, et on laisse sans explication les mots ou de répudier.

C'est en ce sens que paraît se fixer la jurisprudence de la cour de cassation : elle décide que la faculté d'accepter la succession est prescrite au bout de trente ans. Dans un arrêt du 28 fév. 1881, elle avait jugé que, après ce délai, l'héritier est absolument dans la même position qu'un héritier renonçant, d'où la conséquence que sa part accroît à ses cohéritiers (art. 786). Dans son dernier arrêt (ch. civ., 13 fév. 1911, D., 11. 1. 391, S., 11. 1. 248), la cour suprême se sert d'une formule un peu différente : l'héritier, dit-elle, doit, après trente ans d'inaction, être considéré comme étranger à la succession, et la prescription, qui lui a fait perdre son droit, peut lui être opposée par toute personne y ayant intérêt (art. 2225), notamment par un donataire du défunt contre lequel l'héritier prétendu a formé une demande en révocation de la donation. Dans le même sens, Douai, 5 avril 1912, S., 12. 2. 301, et les décisions citées en note. Cette doctrine est beaucoup plus nette que celle d'un assez grand nombre d'arrêts, soit de la cour de cassation, soit de cours d'appel, qui, tout en décidant que la faculté d'accepter est prescrite au bout de trente ans, déclaraient non recevable l'action en pétition d'hérédité intentée par l'héritier dont le droit est prescrit contre un héritier, saisi ou non, qui possède les biens héréditaires, en invoquant au profit de ce dernier une possession trentenaire fictive basée sur la rétroactivité de son acceptation ou de l'envoi en possession. Une pareille fiction était absolument inutile, car la prescription organisée par l'art. 789 n'est pas une prescription acquisitive.

632. Il reste à dire quel est le point de départ de la prescription de l'art. 789. En principe, elle court à compter

de l'ouverture de la succession. Toutefois, la prescription étant ici fondée sur cette idée que le successible, qui a gardé un silence prolongé, a renoncé à la faculté soit d'accepter, soit de répudier, il en résulte que, s'il parvenait à démontrer qu'il n'a pas eu connaissance de l'événement qui l'appelait à l'hérédité, la prescription n'aurait pas pu courir contre lui. Concevrait-on que l'exercice d'une faculté pût commencer à se prescrire avant que celui à qui elle appartient eût connaissance de son droit, et fût, par suite, à même de l'exercer ? Et toutefois, sur ce point encore, il y a controverse. En sens contraire, trib. civ. de Dijon, 10 mars 1909, D., 12. 2. 300.

SECTION III

DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE, DE SES EFFETS, ET DES OBLIGATIONS DE L'HÉRITIER BÉNÉFICIAIRE

633. Nous avons déjà dit que le choix entre les deux partis qui s'offrent au successible peut être délicat. La loi devait lui fournir les moyens d'exercer ce choix en connaissance de cause et avec toute la maturité qu'exige une décision de cette importance. Tel est le but des art. 795 à 800, qui auraient été mieux placés dans une introduction au chapitre V que dans la section consacrée au bénéfice d'inventaire.

La première condition pour prendre sagement parti est de connaître exactement les forces de la succession. A cet effet le successible fera dresser un inventaire.

Une fois renseigné sur ce point, le successible aura quelquefois besoin de se livrer à de longues méditations pour peser les avantages et les inconvénients des divers partis qui s'offrent à lui.

L'art. 795 fixe la durée du délai accordé au successible pour faire inventaire et pour délibérer : « L'héritier a trois

mois pour

- » faire inventaire, à compter du jour de l'ouverture de la succession.

- » — Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa

- » renonciation, un délai de quarante jours, qui commencent à courir

- » du jour de l'expiration des trois mois donnés pour l'inventaire,

- » ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant

- » les trois mois ».

Tels sont les délais légaux accordés au successible pour exercer paisiblement son droit d'option : trois mois pour faire inventaire, quarante jours pour délibérer. Rien ne l'empêche d'ailleurs d'employer à la confection de l'inventaire une partie du délai de quarante jours que la loi lui accorde pour délibérer.

Si le successible meurt dans les délais pour faire inventaire et délibérer, sans avoir pris parti, transmettant ainsi son droit d'option à son héritier, celui-ci aura, pour l'exercer, un nouveau délai de trois mois et quarante jours. En effet il ne saurait opter dans un sens quelconque relativement à la succession transmise, sans accepter tacitement la succession du transmettant (supra, n. 607) ; on ne peut donc pas le forcer à accomplir un acte qui entraîne une semblable conséquence, tant que dure le délai qui lui est accordé pour opter relativement à cette dernière succession.

Notre article indique suffisamment le point de départ des délais. Remarquons toutefois que, pour l'héritier appelé à la succession par suite de la renonciation de celui qui le précédait, les délais ne courent qu'à compter de cet événement ; car le bon sens dit assez qu'ils ne peuvent pas courir avant que le successible soit appelé à les mettre à profit. Au cas où l'héritier du degré subséquent n'aurait pas

eu immédiatement connaissance de la renonciation par suite de laquelle il est appelé à la succession, le délai n'en commencerait pas moins à courir, sauf la prorogation que le juge pourrait accorder, sur la demande du successible.

Cela posé, il nous faut étudier successivement la situation du successible, suivant qu'il est encore dans les délais ou que les délais sont expirés.

A. Situation du successible pendant la durée des délais.

634. « Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour

» délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et

» il ne peut être obtenu contre lui de condamnation » (art. 797, 1^{re} partie).

La loi veille à ce que le repos du successible ne soit pas troublé pendant la durée des délais qu'elle lui accorde pour exercer son droit d'option ; c'est surtout le calme qui lui est nécessaire. A tous ceux qui exerceront quelque action contre lui en sa qualité d'héritier : créanciers, légataires, cohéritiers demandant le partage de la succession, il pourra opposer l'exception DILATOIRE de l'art. 174 C. pr. Le nom même de cette exception indique son objet : temporis DILATIONEM tribuit. Elle permet à l'héritier de jouir en paix du délai qui lui est accordé, en obligeant les intéressés à suspendre leurs poursuites jusqu'à son expiration. L'utilité de l'exception dilatoire, disons mieux, sa nécessité, nous apparaît encore à un autre point de vue. Le juge ne peut statuer sur la demande qui lui est soumise, sans savoir quelle sera en définitive la qualité du successible, la décision à rendre devant nécessairement varier, suivant qu'il sera héritier pur et simple, héritier sous bénéfice d'inventaire ou renonçant. Or, tant que les délais durent, l'héritier ne peut pas être forcé de prendre qualité,

et il est impossible au juge de prévoir dans quel sens se fixera son choix. A quoi l'on peut ajouter que les délais sont accordés à l'héritier, en grande partie au moins, pour lui permettre de prendre connaissance des affaires de la succession, et que, jusqu'à leur expiration, il est présumé ne pas bien connaître les titres, les moyens et tous les éléments de la défense. En voilà plus qu'il ne faut pour justifier l'exception dilatoire, cette arme défensive que la loi met aux mains de l'héritier pendant toute la durée des délais pour faire inventaire et délibérer.

On dira peut-être : « Pourquoi toutes ces complications ? Au lieu d'autoriser les créanciers et autres intéressés à agir contre le successible pendant la durée des délais, sauf le droit pour celui-ci de paralyser leur action par l'exception dilatoire, n'était-il pas beaucoup plus simple de retirer momentanément aux intéressés le droit d'agir » ? — Ç'eût été plus simple peut-être, mais en même temps fort injuste, et en tous cas contraire aux principes. Il est souvent d'une importance capitale pour celui auquel appartient une action de pouvoir l'exercer immédiatement. En suspendant son cours, on aurait pu lui causer un préjudice considérable, irréparable quelquefois. Voilà par exemple un créancier de la succession qui est menacé par la prescription ; pour l'interrompre, il lui faut agir eu justice sans retard. Si vous le forcez d'attendre après l'expiration des délais, il sera peut-être trop tard : l'heure de la prescription aura sonné ! De même, une demande en justice peut être indispensable pour faire courir les intérêts d'une créance (arg. art. 1153) ⁷³. Retirer au créancier le droit d'agir tant que durent les délais pour faire inventaire et délibérer, c'eût été le priver pendant tout ce temps des intérêts de sa créance. Il fallait donc autoriser l'exercice des actions héréditaires, même pendant les délais légaux, contre l'héritier saisi, le seul auquel les intéressés puissent s'attaquer, puisqu'il représente la succession, sauf à

suspendre momentanément le cours régulier de l'action par le moyen de l'exception dilatoire, mais en maintenant d'ailleurs tous les effets de droit attachés à l'action intentée. C'est ce qu'a fait notre législateur.

635. Pour arriver à profiter de la faveur que la loi lui accorde, l'héritier, assigné pendant les délais pour faire inventaire et délibérer, devra nécessairement exposer certains frais : il faudra d'abord qu'il constitue avoué, puis qu'il oppose l'exception dilatoire. Qui supportera ces frais ? Il va sans dire que ce sera le demandeur, s'il succombe dans sa prétention (arg. art. 130 C. pr.). Mais, s'il gagne son procès, lesdits frais pourront-ils être mis au compte de l'héritier ? L'art. 797 in fine répond : « s'il renonce [ajoutez : ou s'il accepte

» sous bénéfice d'inventaire] lorsque les délais sont expirés c'est-à-dire au moment de

» leur expiration] ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont

» à la charge de la succession ». Et s'il renonce, ou s'il accepte sous bénéfice d'inventaire, après l'expiration des délais ? Il y aura lieu encore de mettre à la charge de la succession les frais légitimement faits par l'héritier pendant les délais. Ceux qu'il a faits après leur expiration pourront être considérés, suivant les circonstances, comme frais frustratoires et laissés à sa charge.

636. Délais judiciaires. — Les délais légaux pour faire inventaire et délibérer sont expirés ; l'héritier est attaqué par un créancier ou tout autre intéressé. Peut-il encore opposer l'exception dilatoire ? Non, en principe, à moins qu'il n'obtienne un nouveau délai du tribunal devant lequel il est traduit. L'art. 798 dit à ce sujet : « Après l'expiration des délais ci-dessus, l'héritier, en cas de

» poursuite dirigée contre lui, peut demander un nouveau délai,

» que le tribunal saisi de la contestation accorde on refuse

suivant

» les circonstances ».

Le successeur peut obtenir un nouveau délai alors même qu'il ne justifierait pas rigoureusement de l'insuffisance du délai légal. Le tribunal est autorisé à user ici d'une certaine indulgence, car la loi l'investit d'un pouvoir d'appréciation aussi large que possible (arg. des mots : « suivant les circonstances »). Notre disposition n'est pas contredite sur ce point, comme on l'a prétendu, par l'art. 174 C. pr. Tout ce qui résulte de ce texte, c'est que le juge doit accorder un nouveau délai au successeur qui justifie de l'insuffisance du délai légal ; mais il ne s'ensuit pas que le juge ne puisse pas accorder un délai à celui qui ne fait pas cette justification. — D'ailleurs la concession d'un premier délai de faveur ne fait pas obstacle à la concession d'un second.

A la charge de qui seront les frais faits par l'héritier pendant les délais judiciaires ? La loi distingue : « Les frais de poursuite, dans le cas de l'article précédent, sont à la

» charge de la succession, si l'héritier justifie, ou qu'il n'avait pas eu connaissance du

» décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens,

» soit à raison des contestations survenues ; s'il n'en justifie pas, les frais restent à sa

» charge personnelle » (art. 799).

637. Pendant toute la durée des délais pour faire inventaire et délibérer, l'héritier, qui veut conserver intact son droit d'option, doit bien se garder d'accomplir aucun acte de disposition. Il ne peut taire, sans se compromettre, que les actes purement conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire. Et toutefois nous trouvons une exception à ce principe dans l'art. 796 ainsi conçu : « Si

» cependant, il existe dans la succession des objets susceptibles de

» dé périr ou dispendieux à conserver, l'héritier peut, en sa qualité

» d'habile à succéder, et sans qu'on puisse en induire de sa part une

» acceptation, se faire autoriser par justice à procéder à la vente

» de ces effets. Cette vente doit être faite par officier public, après

» les affiches et publications réglées par les lois sur la procédure ».

Les ventes auxquelles s'applique cet article sont seulement celles qui constituent des actes de disposition, comme les ventes de chevaux, d'équipages, etc. ; quant aux ventes qui, par leur nature même, rentrent dans la catégorie des actes d'administration provisoire, comme les ventes, faites au marché, de menus produits : œufs, lait, beurre, légumes, fruits, etc., l'héritier n'a besoin d'aucune autorisation pour y procéder. Cpr. Cass., 7 août 1900, S., 01. 1. 96.

B. Situation de l'héritier après l'expiration des délais.

638. L'expiration des délais (légaux et judiciaires) n'a pas d'autre résultat que de priver le successible du bénéfice de l'exception dilatoire. Il pourra donc prolonger indéfiniment ses délibérations, si personne ne l'attaque : tant que la prescription n'aura pas définitivement fixé sa situation, il sera encore à temps pour exercer son droit d'option dans tel sens qu'il lui plaira ; il pourra par conséquent même accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer. Mais si l'héritier est poursuivi, il sera légalement tenu de s'expliquer, de dire quelle qualité il entend prendre. Désormais il ne peut plus légalement garder le silence, à l'abri de l'exception dilatoire. Supposons que le successible refuse de faire connaître sa détermination, comment triomphera-t-on de sa résistance ? Le juge parlera pour lui : si la prétention de ceux qui l'attaquent lui paraît fondée, il le condamnera comme s'il avait accepté purement et

simplement, consacrant ainsi dans son silence la solution la plus favorable à ses adversaires. C'est ce qui résulte de l'art. 800, ainsi conçu : « L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration des

- » délais accordés par l'article 795, même de ceux donnés par le

- » juge, conformément à l'article 798, la faculté de faire encore

- » inventaire et de se porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait

- » d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il n'existe pas contre lui de jugement

- » passé en force de chose jugée, qui le condamne en qualité

- » d'héritier pur et simple ». Cpr. C. pr., art. 174.

La décision judiciaire, qui condamne le successible comme héritier pur et simple, ne lui imprime irrévocablement cette qualité à l'égard de son adversaire que lorsqu'elle a acquis l'autorité définitive de la chose jugée. Jusque-là le successible peut remettre tout en question en attaquant la décision judiciaire, et accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer tant que le débat n'est pas définitivement clos.

Supposons que la décision judiciaire, condamnant le successible comme héritier pur et simple, soit passée en force de chose jugée. Aura-t-il cette qualité erga omnes, ou seulement à l'égard de l'adversaire qui a obtenu la sentence, de sorte qu'à l'égard de tous autres il pourrait encore accepter sous bénéfice d'inventaire ou renoncer ? Il y a sur ce point une grave controverse. Si l'art. 800 n'existait pas, la question ne ferait guère de doute ; on appliquerait le principe de l'art. 1351, qui, reproduisant l'ancienne maxime *Res inter alios judicata aliis neque nocere neque prodesse potest*, donne aux décisions judiciaires une autorité toute relative. Le successible n'aurait donc la qualité d'héritier pur et simple qu'à l'égard

du créancier qui a obtenu la condamnation ; par rapport à tous autres, cette décision serait non avenue, et par suite le successible pourrait soit accepter sous bénéfice d'inventaire, soit renoncer. Il est vrai que la qualité d'héritier est indivisible ; mais s'il résulte de cette indivisibilité qu'on ne peut pas être héritier pour partie, il n'en résulte nullement qu'on ne puisse pas être considéré comme ayant la qualité d'héritier à l'égard de celui-ci sans l'avoir à l'égard de celui-là. L'état des personnes est tout au moins aussi indivisible que la qualité d'héritier, et nous avons vu cependant (t. I, n. 110) que, par suite du principe de l'autorité relative de la chose jugée, on peut avoir tel état par rapport à une personne et un état différent à l'égard d'une autre.

Telle est, nous le répétons, la solution à laquelle conduisent tout naturellement les principes relatifs à l'autorité de la chose jugée, et, somme toute, au point de vue pratique, cette solution est encore la meilleure. Trouve-t-elle sa condamnation dans l'art. 800 ? On l'a prétendu ; mais, à notre avis, on est loin de l'avoir démontré. La disposition finale de ce texte, qui sert de thème au débat, peut parfaitement s'expliquer dans le sens d'une application pure et simple des principes qui régissent la chose jugée. L'article précité, il est vrai, donne à entendre que le successible ne peut plus accepter sous bénéfice d'inventaire [ou renoncer], s'il existe un jugement passé en force de chose jugée qui le condamne en qualité d'héritier pur et simple. Mais comme, en vertu du principe établi par l'art. 1351, ce jugement n'existe qu'à l'égard du créancier qui l'a obtenu, notre article peut très bien signifier que c'est seulement par rapport à ce créancier que l'héritier est déchu de la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire ou de renoncer ; il la conserverait donc à l'égard de tous autres. C'est bien ainsi que l'entendait Pothier, dont le suffrage est ici d'un grand poids, parce que l'art. 800, ainsi

que ceux qui précèdent, a été presque littéralement reproduit de ses œuvres.

* Ceux qui admettent que l'art. 800 a voulu déroger à l'art. 1351 sont loin d'être d'accord sur la portée de la dérogation. Suivant les uns, le jugement passé en force de chose jugée, qui condamne le successible comme héritier pur et simple, lui imprimerait cette qualité erga omnes dans tous les cas. Le successible qui a subi une semblable condamnation devrait être assimilé à celui qui a fait acte d'héritier, d'après la règle *Judiciisquasi contrahimus* ; le rapprochement que la loi établit entre les deux hypothèses semble bien impliquer leur assimilation. D'autres distinguent. Ils déclarent héritier erga omnes le successible condamné comme tel par un jugement passé en force de chose jugée, tandis qu'ils considèrent celui qui a été condamné par un jugement en dernier ressort comme n'étant héritier qu'à l'égard du créancier qui a obtenu ce jugement. Au point de vue rationnel, on justifie cette distinction de la manière suivante : Le jugement passé en force de chose jugée doit son autorité irrévocable à la volonté du successible qui ne l'a pas attaqué dans les délais ; il y a donc ici de la part du successible une adhésion, qui équivaut à une acceptation tacite et lui imprime la qualité d'héritier erga omnes. Cette adhésion n'existe plus au cas d'un jugement en dernier ressort, rendu contre un héritier qui a lutté jusqu'au bout ; ce jugement ne doit donc produire son effet qu'à l'égard de celui qui l'a obtenu, conformément au droit commun. Au point de vue des textes, l'opinion que nous reproduisons se base surtout sur ces mots de l'art. 800 : « jugement passé en force de chose jugée ». Mais cette expression paraît bien désigner ici, comme dans beaucoup d'autres dispositions (art. 1262, 1263, 2056 et 2061), toute décision judiciaire ayant acquis d'une manière quelconque l'autorité définitive de la chose jugée ; elle n'a guère le sens spécial qu'on veut lui donner, que dans les textes où la loi l'emploie

par opposition aux mots jugements en dernier ressort, comme il arrive dans l'art. 2215. — Il y a encore plusieurs variantes.

La jurisprudence applique la solution que nous avons adoptée. Cass., 30 avril 1884, D., 85. 1. 283, S., 86. 1. 173. C'est celle aussi qui paraît prévaloir en doctrine.

Il est d'ailleurs constant en jurisprudence qu'une condamnation prononcée contre un successible comme héritier se réfère à la qualité que le successible a prise et ne lui imprime pas par suite la qualité d'héritier pur et simple s'il a accepté sous bénéfice d'inventaire. Alger, 16 déc. 1889, S., 92. 2. 13, D., 90. 2. 106. Cpr. Cass., 18 mars 1896 D., 97. 1. 494.

§ I. De l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

* 639. Historique. — Le bénéfice d'inventaire, introduit par Justinien dans la législation romaine (L. 22, C., De jure delib., VI, 30), fut admis sans restriction dans nos anciens pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, il ne pouvait en général être obtenu que comme faveur exceptionnelle, par lettres délivrées en grande chancellerie. De plus, l'acceptation bénéficiaire y était vue avec grande défaveur, témoin le droit que l'on reconnaissait au parent plus éloigné, du moins dans les successions collatérales, d'écarter, en acceptant purement et simplement, le parent plus proche qui n'avait accepté lui-même que sous bénéfice d'inventaire, à moins cependant que celui-ci ne consentit à devenir héritier pur et simple. Ce qui avait été admis favore defuncti, creditorum et legatariorum.

640. Conditions à remplir pour accepter une succession sous bénéfice d'inventaire. — Elles sont indiquées par les art. 793 et 794 ainsi conçus : « La déclaration d'un héritier, qu'il entend ne

» prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit

être

- » faite au greffe du tribunal de première instance dans l'arrondissement

- » duquel la succession s'est ouverte ; elle doit être inscrite

- » sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation » (art. 793). « Cette déclaration n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou

- » suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession,

- » dans les formes réglées par les lois sur la procédure, et dans les

- » délais qui seront ci-après déterminés » (art. 794).

Donc deux conditions : confection d'un inventaire ; déclaration du successible qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire.

a. Inventaire. — L'héritier bénéficiaire est tenu des charges de la succession jusqu'à concurrence de la valeur des biens héréditaires, *intra vires hereditatis*. Il doit rendre compte aux créanciers et aux légataires de tout l'actif héréditaire. L'inventaire, en constatant d'une manière régulière l'importance de l'actif mobilier, formera le principal élément de la reddition de ce compte.

L'inventaire doit être fidèle, exact et régulier. L'art. 794 ajoute : et fait « dans les délais qui seront ci après déterminés » ; mais cette condition est de trop, ainsi qu'il résulte de l'art. 800.

Fidèle, c'est-à-dire de bonne foi. Il ne satisferait pas à celle condition, si l'héritier avait omis sciemment d'y comprendre un ou plusieurs objets de la succession ; ce fait entraînerait contre lui déchéance du bénéfice d'inventaire (art. 801).

Exact, c'est-à-dire comprenant tous les biens héréditaires. L'inventaire peut être fidèle sans être exact : ce qui arrive lorsque certains objets y ont été omis sans mauvaise foi de l'héritier qui ignorait par exemple l'existence de ces objets.

L'inexactitude n'entraîne pas, comme l'infidélité, déchéance du bénéfice d'inventaire. Cass., 5 juil. 1909, S., 10. 1. 255. Seulement l'obtention de ce bénéfice étant subordonnée à la condition d'un inventaire exact, l'héritier qui veut en jouir devra faire réparer l'inexactitude au moyen d'un récolement (supplément d'inventaire).

Régulier, c'est-à-dire fait « dans les formes réglées par les lois sur la procédure » : ce qui nous renvoie aux art. 941 et s. C. pr. L'irrégularité n'est pas une cause de déchéance du bénéfice d'inventaire ; mais si elle était assez grave pour que l'inventaire fût annulé, il y aurait lieu d'en faire dresser un nouveau.

Au cas où il n'existerait aucun objet mobilier dans la succession, ce qui sera rare. l'inventaire devra être remplacé par un procès-verbal de carence, de carere, manquer (C. pr., art. 924).

Parmi les conditions imposées à l'héritier pour acquérir le bénéfice d'inventaire, nous ne voyons pas figurer l'obligation de faire apposer les scellés (arg. art. 810). Cette formalité n'est prescrite que lorsqu'il y a des héritiers mineurs. Et toutefois le successible, qui veut accepter sous bénéfice d'inventaire, fera bien de ne pas négliger de la remplir. Il affirmera ainsi son entière bonne foi, et éloignera tout soupçon de détournement.

b. Déclaration du successible qu'il n'accepte que sous bénéfice d'inventaire. — Cette déclaration, dont l'art. 793 indique suffisamment les formes, peut précéder ou suivre la confection de l'inventaire. Mais il est préférable, à tous les points de vue, de commencer par l'inventaire.

Les deux conditions prescrites par l'art. 794 (inventaire et déclaration) doivent être remplies même quand la succession est déferée à un héritier mineur ou interdit. Nous ne voulons pas dire qu'en leur absence, le mineur ou l'interdit pourrait être condamné comme héritier pur et simple : une négligence de son tuteur ne peut pas avoir pour conséquence de lui imprimer cette qualité que la loi

ne permet pas de lui donner. Il pourrait seulement y avoir lieu, de la part des intéressés auxquels préjudicierait le défaut d'inventaire ou de déclaration, à une action en dommages et intérêts contre le tuteur. D'ailleurs, la protection que la loi accorde au mineur et à l'interdit ne devant pas survivre à la cessation de leur incapacité, il en résulte que le mineur devenu majeur ou l'interdit relevé de l'interdiction pourrait être condamné comme héritier pur et simple s'il négligeait de remplir personnellement, les conditions prescrites pour l'acquisition du bénéfice d'inventaire, et à cet effet il pourrait obtenir un délai du tribunal. Cass., 27 mars 1888, D., 88. 1. 345, et Pau, 22 mai 1912, S., 12. 2. 179.

641. Ainsi que nous l'avons dit au n° 464, les successeurs irréguliers ne sont pas considérés par la loi comme des continueurs de la personne du défunt. Dès lors ils ne sont pas tenus des dettes héréditaires ultra vires hereditalis, et ils n'ont pas besoin de faire la déclaration prescrite par l'art. 793 pour restreindre leur obligation dans la limite de la valeur des biens qu'ils recueillent dans la succession. Ils seront quittes envers les créanciers et autres intéressés en leur rendant compte de la valeur de ces biens. Cela suppose qu'ils sont à même d'en établir la consistance par un litre régulier (inventaire). En l'absence de ce titre, qu'ils sont en faute de ne pas s'être procuré, ils pourraient être poursuivis sur tous leurs biens pour la totalité des charges. En résumé, un inventaire suffit, indépendamment de la déclaration prescrite par l'art. 793, pour permettre à un successeur irrégulier d'échapper à l'obligation de supporter les charges héréditaires au delà de la valeur des biens de la succession. Telle est du moins la solution généralement enseignée. Mais il s'en faut qu'elle soit unanimement admise. Nous reviendrons sur ce point lorsque nous étudierons la question identique qui se pose au sujet des légataires à titre universel et des légataires universels non saisis (infra, n. 1057).

§ II. Des effets du bénéfice d'inventaire.

642. « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier

» l'avantage, — 1° De n'être tenu du paiement des dettes de la succession

» que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a

» recueillis, même de pouvoir se décharger du paiement des dettes

» en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et

» aux légataires ; — 2° De ne pas confondre ses biens personnels

» avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de

» réclamer le paiement de ses créances ». Ainsi s'exprime l'art. 802.

Un de nos anciens jurisconsultes a dit : *Heres sub beneficio inventarii est verus heres, quamvis sub certis modificationibus, et dominus rerum hereditariarum*. Ce mauvais latin, qui dissimule assez mal un mauvais français, n'en exprime pas moins une pensée très exacte. L'héritier bénéficiaire est un véritable héritier ; à ce titre il est propriétaire des biens héréditaires. Mais il est héritier *sub certis modificationibus*. Quelles sont ces modifications ? Notre article en indique quelques-unes. Elles peuvent toutes être rattachées à un même principe, qui est contenu dans l'alinéa final de notre article : L'héritier bénéficiaire ne confond pas ses biens personnels avec ceux de la succession, à la différence de l'héritier pur et simple. Par suite d'une fiction, l'héritier bénéficiaire doit être considéré comme ayant deux patrimoines distincts : son patrimoine propre et celui du défunt. En d'autres termes, le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des patrimoines, que produit l'acceptation pure et simple ; il isole le patrimoine du défunt de celui de l'héritier, bien qu'ils appartiennent

tous les deux désormais à un même propriétaire ; il opère la séparation des patrimoines. A cela près, l'héritier bénéficiaire est un véritable héritier. — Tel est le principal, on peut dire l'unique effet du bénéfice d'inventaire ; tous les autres n'en sont que des applications plus ou moins directes. Nous allons les indiquer successivement.

643. 1° L'héritier bénéficiaire n'est tenu du paiement des dettes et charges de la succession que dans la mesure de son émolument, *intra vires hereditatis*, « jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis », dit l'art. 802.

L'héritier bénéficiaire peut-il dans cette mesure être poursuivi par les créanciers héréditaires, même sur ses biens personnels ? Ainsi les biens de la succession valent 20.000 fr. ; il y a 30.000 fr. de dettes. Les créanciers de la succession ne peuvent demander que 20.000 fr. à l'héritier, c'est incontestable ; pour en obtenir le paiement ils peuvent saisir les biens de la succession, c'est incontestable encore ; mais peuvent-ils, s'ils le préfèrent, s'attaquer aux biens personnels de l'héritier ? On leur reconnaissait généralement cette faculté dans nos anciens pays de droit écrit ; dans les pays de coutume au contraire on la leur refusait. Sur ce point, comme sur bien d'autres, c'est la règle admise par les coutumes que notre législateur paraît avoir consacrée. Cela résulte de l'art. 803, al. 2, aux termes duquel : « Il [l'héritier bénéficiaire] ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après » avoir été mis en demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette » obligation ». Les créanciers héréditaires ne peuvent donc s'attaquer qu'aux biens composant le patrimoine du défunt. Mais ces biens forment du moins leur gage exclusif, en ce sens que les créanciers de l'héritier ne peuvent pas venir les leur disputer. C'est une conséquence nécessaire de la séparation des patrimoines. Qui dit séparation des patrimoines, dit séparation des biens et des dettes ; car le patrimoine comprend les uns et les autres.

Les biens et les dettes du défunt sont donc séparés des biens et des dettes de l'héritier, c'est-à-dire que les biens du défunt demeurent le gage exclusif des créanciers héréditaires, de même qu'en sens inverse les biens de l'héritier demeurent le gage exclusif de ses créanciers personnels. Ceux-ci ne peuvent donc demander leur paiement que sur ce qui reste des biens héréditaires, une fois toutes les charges de la succession payées : cet excédent tombe en effet dans le patrimoine libre de l'héritier bénéficiaire, et devient par suite le gage de ses créanciers, la fiction de la séparation des patrimoines ne survivant pas à la liquidation définitive de la succession.

La règle que l'héritier bénéficiaire n'est tenu des charges de la succession que dans la mesure de son émolument ne s'applique pas aux droits de mutation. La raison en est que ces droits constituent non seulement une charge de l'hérédité mais aussi une dette personnelle de l'héritier, et par conséquent celui-ci en est tenu sur tous ses biens, sauf son recours contre la succession. Amiens, 9 mai 1888, S., 91. 2. 15, D., 89. 2. 176. Cpr. supra, n. 585.

644. 2° L'héritier bénéficiaire peut se libérer envers les créanciers et les légataires en leur faisant l'abandon de tous les biens de la succession. Cet abandon procure à l'héritier l'avantage de se décharger de l'administration des biens héréditaires et de la responsabilité qu'elle entraîne : quel intérêt a-t-il à conserver cette administration le jour où il acquiert la certitude que les biens ne suffiront pas à payer les dettes ?

Sauf quelques rares dissidences, on s'accorde en doctrine et en jurisprudence pour reconnaître que l'abandon fait par l'héritier bénéficiaire n'est pas une renonciation. L'acceptation sous bénéfice d'inventaire est irrévocable, de même que l'acceptation pure et simple, en ce sens tout au moins qu'elle ferme la voie à la renonciation. Semel heres, semper heres. Aussi Pothier disait-il déjà : « Cet abandon que fait l'héritier bénéficiaire est improprement appelé

renonciation à succession ; car il n'a d'autre effet que de le décharger envers les créanciers ». Ajoutez : et envers les légataires. C'est ce que dit encore aujourd'hui l'art. 802.

De là résultent toute une série de conséquences, et particulièrement les suivantes :

a. L'héritier bénéficiaire conserve la propriété des biens abandonnés ; il se dessaisit seulement de la possession de ces biens au profit des créanciers et des légataires, et se décharge sur eux du soin de les administrer et de liquider la succession. D'où il faut conclure : d'une part que l'héritier bénéficiaire peut jusqu'à la vente reprendre les biens abandonnés en payant toutes les charges de la succession ; et d'autre part, que les créanciers et les légataires ne peuvent pas s'attribuer en nature les biens abandonnés, mais seulement les faire vendre et se payer sur le prix ; après quoi l'excédent, s'il y en a un, revient à l'héritier bénéficiaire. La vente doit être faite dans les formes prescrites à l'héritier bénéficiaire. Arg. art. 1269 C. civ. et 904 C. pr. Il n'est pas nécessaire que les créanciers mettent l'héritier en cause. Bourges, 10 nov. 1891, D., 92. 2. 416. Si la vente ne peut avoir lieu immédiatement, les créanciers et les légataires ont à s'entendre pour l'administration des biens de la succession, et au besoin celle administration sera confiée à un curateur nommé par le tribunal et dont celui-ci déterminera les pouvoirs.

b. L'abandon fait par l'héritier bénéficiaire ne donne pas lieu à l'accroissement au profit de ses cohéritiers, ni à la dévolution au degré subséquent (arg. art. 785).

c. Cet abandon ne le libère pas à l'égard de ses cohéritiers de l'obligation du rapport qu'a fait naître son acceptation (arg. art. 843 et 845).

d. Malgré l'abandon, l'héritier bénéficiaire peut demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve.

e. L'abandon ne donne pas lieu à la nomination d'un curateur à succession vacante ; car la succession n'est pas

vacante, tant qu'il existe un héritier qui n'a pas renoncé (arg. art. 811).

Deux conditions sont requises pour que l'abandon produise les effets qui viennent d'être indiqués : 1° il doit être fait à tous les créanciers et à tous les légataires ; celui qui serait fait à quelques-uns seulement pourrait, suivant les circonstances, entraîner acceptation pure et simple, comme constituant un acte de disposition des biens héréditaires (arg. art 780) ; 2° il doit comprendre tous les biens de la succession sans exception.

* Mais l'abandon ne doit comprendre que les biens de la succession, c'est-à-dire ceux qui figuraient dans le patrimoine du défunt au moment de son décès, et non ceux qui en étaient sortis définitivement quant à lui et quant à ses créanciers par suite de donations entre vifs et qui rentrent dans la masse par l'effet du rapport (arg. art. 857) ou de la réduction (arg. art. 921). Il n'y a pas plus lieu de comprendre ces biens dans l'abandon fait par l'héritier qu'il n'y aurait lieu de les faire entrer dans le calcul de son émolument pour le paiement des dettes intra vires.

D'ailleurs la loi ne détermine pas les formes de l'abandon, et par suite aucune n'est prescrite à peine de nullité ; il suffit que l'héritier nolifie par une voie quelconque sa volonté aux divers intéressés. L'abandon peut encore être fait par déclaration au greffe.

S'il y a plusieurs héritiers bénéficiaires, chacun peut user individuellement de la faculté d'abandon.

645. 3° L'héritier bénéficiaire conserve, dit l'art. 802 in fine, le droit de réclamer contre la succession le paiement de ses créances. La situation de l'héritier bénéficiaire, créancier de la succession, est donc la même que celle de tout autre créancier. Le patrimoine de la succession demeurant distinct de celui de l'héritier, il n'y a pas ici, comme au cas d'acceptation pure et simple, d'impossibilité à ce que l'héritier obtienne le paiement de sa créance :

l'extinction par confusion, qui n'est que le résultat de cette impossibilité, ne se produit donc pas.

Ce que la loi dit des droits personnels, il faut le dire aussi des droits réels. Ainsi un immeuble héréditaire est grevé de servitude au profit d'un autre immeuble appartenant à l'héritier : la confusion n'éteindra pas cette servitude, comme il arriverait au cas d'acceptation pure et simple. Pothier avait donc raison de donner au principe une formule plus générale que celle de l'art. 802, en disant : « Les droits et actions que l'héritier avait contre le défunt ne se confondent pas » ; et on pourrait encore généraliser cette proposition, en ajoutant qu'il en est de même, en sens inverse, des droits soit personnels, soit réels qui appartiennent à la succession contre l'héritier.

Contre qui l'héritier bénéficiaire exercera-t-il les actions qu'il peut avoir contre la succession ? L'art. 996 C. pr. répond qu'il les exercera contre ses cohéritiers. S'il n'y a qu'un seul héritier, ou s'il y en a plusieurs et que l'action soit intentée par tous, elle sera dirigée contre un curateur dont ils provoqueront la nomination et qu'on appelle curateur au bénéfice d'inventaire. On procéderait d'une manière analogue au cas où il s'agirait d'actions à intenter par la succession contre les héritiers ou l'un d'eux.

* 646. 4° L'action que l'héritier bénéficiaire intente de son chef contre un tiers ne peut pas être paralysée par une exception née du chef du défunt, ni réciproquement. Ainsi l'héritier bénéficiaire, qui revendique son bien vendu par le défunt, ne peut pas être repoussé par l'exception de garantie. Son action en revendication réussira donc ; mais il sera tenu comme héritier bénéficiaire, et par conséquent, dans la mesure de son émolument, des diverses condamnations qui pourront être prononcées au profit de l'acquéreur évincé, par application de l'art. 1630.

5° Si l'héritier bénéficiaire se porte adjudicataire d'un immeuble héréditaire, il peut procéder à la purge des hypothèques dont cet immeuble est grevé : car il n'est pas

tenu personnellement des dettes de la succession (t. II, n. 1814). Et de ce que, pouvant purger, il a intérêt à le faire, la jurisprudence conclut qu'il est tenu de payer le droit de transcription (t. I, n. 1094. Adde trib. de la Seine, 12 mars 1904. S., 06. 2. 255 et la note, et sur pourvoi, Cass., 17 mai 1909, D., 09. 1. 521).

§ III. Droits et obligations de l'héritier bénéficiaire.

647. La loi confie à l'héritier bénéficiaire le soin de liquider la succession, et, en attendant, d'administrer les biens dont elle se compose. Cette double mission lui revenait de droit ; car il est plus intéressé que tout autre à ce qu'elle soit menée à bonne fin. L'héritier bénéficiaire en effet est propriétaire des biens héréditaires, sous l'obligation d'acquitter, jusqu'à concurrence de la valeur de ces biens, les charges de la succession ; il se trouve donc appelé à profiter de l'excédent de l'actif sur le passif, excédent qui sera d'autant plus considérable que les opérations de la liquidation auront été conduites avec plus d'habileté. Même au point de vue des créanciers et des légataires, la loi ne pouvait pas faire un choix préférable ; car la meilleure garantie d'une bonne gestion est encore l'intérêt personnel du gérant. Sans compter que la gestion de l'héritier bénéficiaire est gratuite.

Et toutefois, comme l'héritier bénéficiaire, qui doit son titre au hasard de sa vocation héréditaire, peut n'avoir pas les qualités requises pour bien gérer, comme d'autre part on peut craindre qu'il n'agisse de mauvaise foi, et qu'enfin son ministère est imposé par la loi, il convenait de donner des garanties aux créanciers et autres intéressés. Le législateur les leur a accordées avec usure, en obligeant l'héritier bénéficiaire à fournir caution (art. 807), en prescrivant l'observation de certaines formalités pour la vente des biens (art. 805 et 806, et en prononçant la

déchéance du bénéfice d'inventaire contre l'héritier qui dépasse la limite de ses pouvoirs (C. pr., art. 988 in fine et 989). Nous allons rencontrer bientôt ces diverses dispositions, en envisageant successivement l'héritier bénéficiaire comme administrateur et comme liquidateur de la succession.

A. Administration.

648. « L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens

» de la succession, et doit rendre compte de son administration aux

» créanciers et aux légataires » (art. 803 al. 1).

= Est chargé. Donc ce n'est pas pour lui une simple faculté, mais une obligation, à laquelle il peut toutefois se soustraire en faisant aux créanciers et aux légataires l'abandon autorisé par l'art. 802.

L'héritier bénéficiaire étant propriétaire des biens héréditaires et tenant en outre de la loi le droit de les administrer, il semble que les tribunaux ne puissent pas, dans l'intérêt des créanciers et en l'absence de malversations constatées, retirer à l'héritier bénéficiaire l'administration des biens pour la confier à un tiers. La jurisprudence est en sens contraire. Mais elle ne motive pas ses décisions. Paris, 9 fév. 1892, D., 92. 2. 229, S., 93. 2. 113. Cpr. Lyon, 30 avril 1910, D., 11. 2. 157.

S'il y a plusieurs héritiers, ils devront s'entendre au sujet de l'administration ; autrement le tribunal règlera le différend.

A raison de son titre de propriétaire des biens héréditaires, l'héritier bénéficiaire est traité relativement à l'administration de ces biens, moins rigoureusement que l'administrateur du bien d'autrui. Aux termes de l'art. 804 : « Il n'est tenu que des fautes GRAVES dans l'administration dont il est chargé ».

Un administrateur ordinaire est responsable de la faute que ne commettrait pas un bonus paterfamilias, de la culpa levis in abstracto (arg. art. 450, 1137, 1992). Notre article déroge à cette règle, en déclarant l'héritier bénéficiaire tenu de sa faute grave seulement. Et toutefois il est très probable que le législateur entend désigner ici par cette expression, non pas la culpa lata, qui suppose une absence totale de prévoyance, crassa et supina negligentia, mais bien la culpa levis in concreto, c'est-à-dire la faute que ne commettrait pas l'héritier bénéficiaire dans la gestion de ses propres intérêts. On en acquiert à peu près la certitude, quand on rapproche l'art. 804 de ce passage de Pothier, auquel il a été manifestement emprunté : « On exige de l'héritier bénéficiaire de la bonne foi dans son administration, mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable et qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires. C'est pourquoi il n'est tenu envers les créanciers que de la faute grave, LATA CULPA ». Cpr. Cass., 29 nov. 1887 ; S., 88. 1. 249.

B. Liquidation.

649. Liquider la succession, c'est réaliser les biens dont elle se compose, en vue d'acquitter les charges qui la grèvent. A la différence de l'administration, la liquidation est facultative pour l'héritier bénéficiaire : l'art. 803 le charge d'administrer, mais aucun texte ne le charge de liquider.

Le droit de liquider la succession, qui est attribué à l'héritier bénéficiaire, ne fait pas obstacle à ce que les créanciers de la succession et les légataires exercent des poursuites individuelles pour obtenir leur paiement ; car la loi ne leur enlève pas cet exercice comme au cas de faillite. Ils pourront donc saisir les biens de la succession et les faire vendre pour se payer sur le prix (Orléans, 19 mai 1888, S., 89. 2. 123, D., 89. 2. 205. V. toutefois en ce qui

concerne les rentes sur l'État, *infra*, n. 760, note), pratiquer des saisies-arrêts entre les mains des débiteurs de la succession et exercer en cas de besoin les actions du défunt (Dijon, 29 mars 1897, D., 98. 2. 353, S., 00. 1. 305), sauf aux tribunaux à ordonner un sursis aux poursuites individuelles des créanciers, si l'héritier bénéficiaire agit activement de son côté en vue de liquider la succession, et que l'intérêt de la masse des créanciers paraisse exiger ce sursis. Cpr. *infra*, n. 655-3°.

Investi du pouvoir de liquider la succession, l'héritier bénéficiaire a nécessairement le droit de procéder au recouvrement des créances héréditaires, et aussi de vendre les biens et d'en toucher le prix, sauf une exception dont il sera parlé tout à l'heure.

Mais il y avait à craindre que l'héritier bénéficiaire ne compromît les droits des créanciers et des légataires par des ventes faites à vil prix ; d'un autre côté, il fallait se préoccuper aussi de son insolvabilité possible. La loi a paré au premier danger en prescrivant certaines formes particulières pour la vente des biens, et au deuxième en obligeant l'héritier bénéficiaire à fournir caution.

650. Formalités prescrites pour la vente des biens. — Elles varient suivant qu'il s'agit des meubles ou des immeubles.

Avant d'entrer dans les détails, observons tout de suite que l'inaccomplissement des formalités légales n'aurait pas pour résultat de rendre nulles les aliénations consenties par l'héritier bénéficiaire, mais seulement d'entraîner contre lui la déchéance de son bénéfice d'inventaire (C. pr., art. 988 in fine et 989). La loi considère l'héritier qui aliène sans les formalités prescrites comme renonçant à son bénéfice d'inventaire. C'est un cas d'acceptation lacite. Et comme l'acceptation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession (art. 776), il en résulte que l'héritier déchu de son bénéfice d'inventaire doit être considéré comme ayant toujours été héritier pur et simple.

* Cette déchéance serait encourue par l'héritier, alors même que l'aliénation ne causerait en fait aucun préjudice aux créanciers, bien plus, alors même qu'elle ne serait pas susceptible de leur en causer un ; car elle n'est, comme nous venons de le dire, que la conséquence d'une acceptation tacite que la loi fait résulter de l'aliénation faite sans l'accomplissement des formalités prescrites. Cass., 22 juil. 1884, D., 85. 1. 145, S., 86.1.271.

* La déchéance édictée par les art. 988 et 989 C. pr. serait aussi attachée à l'accomplissement par l'héritier bénéficiaire d'actes de disposition autres que des aliénations, comme la transaction par exemple ⁷⁴. Et il ne pourrait pas se soustraire à cette déchéance en se faisant autoriser d'avance par la justice à accomplir ces actes ; car les tribunaux ne peuvent efficacement donner d'autorisation que dans les cas exprimés par la loi. La jurisprudence est constante en ce sens ; la doctrine est divisée.

Voyons maintenant quelles formalités sont prescrites soit pour la vente des meubles, soit pour celle des immeubles.

a. Vente des meubles. — « Il [l'héritier bénéficiaire] ne peut vendre

» les meubles de la succession que par le ministère d'un officier

« public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées » (art. 805 al. 1). Cpr. C. pr., art. 986 et 989.

Malgré son apparente généralité, ce texte paraît ne devoir être appliqué qu'aux meubles dont le code de procédure règle la vente sur saisie, c'est à-dire aux meubles corporels et aux rentes sur particuliers (arg. art. 989 C. pr.). Les formalités qu'il prescrit ne s'imposent donc pas à l'héritier bénéficiaire pour l'aliénation des autres immeubles incorporels, notamment des valeurs de bourse. L'héritier peut les transférer sans publications préalables et d'après le mode accoutumé, c'est-à-dire par l'entremise

d'un agent de change, sans compromettre son bénéfice d'inventaire. — Mais l'autorisation de justice ne lui sera-t-elle pas au moins nécessaire pour opérer ce transfert ? Un avis du conseil d'Etat du 17 novembre 1807, approuvé le 11 janvier 1808, appliquant par analogie à l'héritier bénéficiaire la disposition de la loi du 24 mars 1806, relative aux aliénations de rentes sur l'Etat appartenant à des mineurs, impose à l'héritier bénéficiaire l'obligation d'obtenir l'autorisation de justice pour transférer les rentes sur l'Etat dépendant de la succession, lorsque dans leur ensemble elles dépassent le chiffre de 50 fr. de rente. Par un arrêt endale du 4 avril 1881 (D., 81. 1. 241, S., 81. 1. 206), rendu dans l'intérêt de la loi, la cour de cassation a jugé que l'avis du conseil d'Etat précité, n'ayant fait qu'interpréter la loi du 24 mars 1806 et la déclarer applicable à un cas particulier, se trouve implicitement abrogé, avec ladite loi, par l'art. 12 de la loi du 27 février 1880, et qu'en conséquence l'héritier bénéficiaire doit, sous peine d'être réputé héritier pur et simple, obtenir l'autorisation de la justice, même pour le transfert des rentes sur l'Etat inférieures à 50 fr. Cpr. Cass., 13 août 1883, D., 84. 1. 103. S., 84. 1. 177, et la note de M. Lyon-Caen. — En admettant que l'avis du conseil d'Etat du 11 janvier 1808 soit abrogé, ce qui peut paraître contestable, il nous semble qu'il faudrait tirer de cette abrogation une conclusion toute contraire à celle qu'en lire la cour de cassation, savoir que l'héritier bénéficiaire n'a plus besoin d'aucune autorisation de justice pour transférer les rentes sur l'Etat, quelle que soit leur importance, de même que les autres valeurs de bourse. En effet, l'héritier bénéficiaire est propriétaire, et à ce titre il a le droit de disposer des biens de la succession. Il n'y a pas d'autres restrictions à ses pouvoirs que celles qui résultent d'un texte formel. Or il n'y a plus de texte restrictif, la loi de 1805 étant abrogée et avec elle l'avis du conseil d'Etat de 1808. — Quoi qu'il en soit, en présence de cette jurisprudence de la cour

suprême, la prudence commande aux héritiers bénéficiaires de n'aliéner aucune rente sur l'Etat ni même aucune valeur de bourse dépendant de la succession, quelque minime que soit son importance, sans s'être fait préalablement autoriser de justice.

L'art. 805 ajoute dans son alinéa 2 : « S'il les représente en

» nature, il n'est tenu que de la dépréciation ou de la détérioration

» causée par sa négligence ».

b. Vente des immeubles. — « Il [l'héritier bénéficiaire] ne peut vendre

» les immeubles que dans les formes prescrites par les lois sur

» la procédure ; il est tenu d'en déléguer le prix aux créanciers

» hypothécaires qui se sont fait connaître » (art. 806). Cpr. C. pr., art. 987 et 988, et Cass., 20 juin 1887, S., 90. 1. 463, D., 88. 1. 134.

* La disposition finale de ce texte, au sujet de laquelle il s'est élevé quelques difficultés, signifie que l'héritier bénéficiaire, qui a vendu un immeuble dans les formes prescrites par la loi, doit faire tous ses efforts pour parvenir à une distribution amiable du prix entre les divers créanciers avant privilège ou hypothèque sur cet immeuble. Pour parvenir à ce résultat, il devra offrir de leur déléguer le prix de l'immeuble, suivant le rang hypothécaire de chacun d'eux. S'ils tombent tous d'accord pour accepter cette délégation et qu'ils consentent à donner en échange main-levée de leurs inscriptions, si d'un autre côté il n'y a pas d'opposition de la part des créanciers chirographaires, ils pourront, en vertu de la délégation qui leur a été consentie, se faire payer directement par l'adjudicataire de l'immeuble, sans que les deniers passent par les mains de l'héritier bénéficiaire ; celui-ci n'aura le droit de toucher que la partie du prix, qui, excédant le

montant des créances inscrites sur l'immeuble, n'aurait pas été déléguée aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Si l'héritier bénéficiaire ne peut parvenir au règlement amiable dont il vient d'être parlé, il devra faire procéder à la distribution du prix par voie d'ordre judiciaire, conformément à l'art. 991 C. pr. Cpr. Cass., 8 fév. 1888, S., 90. 1. 85, D., 88. 1. 372.

* Les mots « qui se sont fait connaître », par lesquels se termine l'art 806, doivent être supprimés. Ils avaient été écrits en vue d'un système hypothécaire qui n'a pas été admis par le code civil, et d'après lequel, les charges hypothécaires des immeubles étant occultes, les créanciers privilégiés ou hypothécaires étaient tenus de se faire connaître. Aujourd'hui l'héritier les connaîtra en consultant le registre des inscriptions.

651. Caution. — L'héritier bénéficiaire ayant le droit de prendre possession de tout le mobilier de la succession, y compris le numéraire, de toucher les sommes provenant des créances recouvrées et le prix des biens vendus, à l'exception de la portion du prix des immeubles qui doit être déléguée aux créanciers hypothécaires, peut se trouver comptable de valeurs importantes envers les créanciers et autres intéressés. Aussi, pour mettre ceux-ci à l'abri des dangers que pourrait leur faire courir l'insolvabilité de l'héritier, la loi leur permet-elle d'exiger de lui une caution. On lit à ce sujet dans l'art. 807, al. 1 :

« Il est tenu, si les créanciers

» ou autres personnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne

» et solvable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et

» de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers

» hypothécaires ».

Cette caution est une caution légale ; elle devrait donc satisfaire aux conditions prescrites par les art. 2018 et

2019 (arg. art. 2040). Elle n'est pas due de plein droit ; mais tout intéressé peut l'exiger. Elle ne répond que du compte du mobilier compris dans l'inventaire et des deniers touchés par l'héritier (prix de ventes ou remboursement de créances) mais non des dommages et intérêts dont l'héritier serait débiteur à raison de fautes graves commises dans sa gestion, ni de la restitution des fruits ; car son obligation ne saurait être étendue au delà des termes de la loi.

Qu'arrivera-t-il, si l'héritier bénéficiaire ne peut ou ne veut fournir la caution qu'on lui demande ? L'art. 807 al. 2 répond : « Faute

» par lui de fournir cette caution, les meubles sont vendus, et leur

» prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des

» immeubles, pour être employée à l'acquit des charges de la succession ».

652. Paiement des créanciers chirographaires et des légataires. — Pour déterminer les règles à suivre en ce qui concerne ce paiement, la loi distingue s'il existe ou non des créanciers (ou des légataires) opposants. On désigne sous ce nom ceux qui ont manifesté à l'héritier la volonté de s'opposer à ce qu'une distribution des deniers héréditaires fût faite sans qu'ils fussent appelés à y concourir.

Et comme, dans le silence de la loi, une manifestation tacite de volonté doit être tenue pour aussi efficace qu'une manifestation expresse, comme d'autre part la loi n'a pas réglé les formes de l'opposition, on admet en jurisprudence et en doctrine, sauf quelques dissentiments, qu'il y a lieu de considérer comme opposants *hoc sensu*, non seulement ceux qui ont formé entre les mains de l'héritier une opposition proprement dite (saisie-arrêt), mais aussi ceux qui, par un acte légal, tel que signification de titre, opposition à la levée des scellés, assignation en paiement..., ont fait connaître à l'héritier qu'ils sont ou se prétendent

créanciers de la succession ; car ils s'opposent ainsi implicitement à ce qu'on paye les autres avant eux. L'opposition, dit la cour de cassation, résulte « de tous actes [gesta] établissant que l'héritier bénéficiaire n'a pu ignorer l'existence de la créance et la volonté du créancier d'en être remboursé ». Cass., 4 juil. 1892, D., 92. 1 481, S., 96. 1. 502. Cpr. Limoges, 20 nov. 1903, D., 09. 2. 372. Ce qui toutefois ne va pas sans difficulté, vu que Pothier, auquel a été empruntée la disposition de l'art. 808, parle de saisie-arrêt.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Il y a des opposants. « S'il y a des créanciers

» [ajoutez ; ou des légataires] opposants, l'héritier bénéficiaire ne

» peut payer que dans l'ordre et de la manière réglés par le juge » (art. 808 al. 1).

A moins, bien entendu, que tous les intéressés, en vue d'éviter des frais, ne se mettent d'accord pour accepter un règlement amiable.

Si l'héritier bénéficiaire ne respectait pas une opposition régulière, il ne serait pas déchu pour cela du bénéfice d'inventaire, mais tenu seulement de réparer le préjudice causé par sa faute à l'opposant. Le juge aurait à déterminer le montant de ce préjudice au cas de contestation. Cass., 26 nov. 1890, S., 91. 1. 204.

* En outre, le créancier opposant pourrait exercer un recours contre les légataires payés à son préjudice, et même contre les créanciers qui ont obtenu plus qu'il n'aurait dû leur revenir dans un ordre régulier (arg. a contrario art. 809 al. 1). Quant au légataire opposant, il aurait recours contre les légataires payés à son préjudice, mais non contre les créanciers, car normalement ceux-ci doivent être payés avant les légataires.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. Il n'y a pas d'opposants. « S'il n'y a pas de

» créanciers [ajoutez : ou de légataires] opposants, il paie

les créanciers

» et les légataires à mesure qu'ils se présentent » (art. 808 al. 2). Ce n'est pas une faculté, mais une obligation pour l'héritier bénéficiaire ; la loi se sert de termes impératifs : il paie. Disposition regrettable ; car il arrivera souvent de cette façon que la préférence entre les créanciers sera réglée par le hasard, qui aura permis à tel créancier de se présenter avant les autres parce qu'il se trouvait sur les lieux ou parce qu'il a été informé immédiatement de l'événement qui donne lieu à la distribution des deniers. Sans parler des complaisances coupables de l'héritier bénéficiaire, que ce système pourra favoriser.

En principe, les paiements que fait l'héritier bénéficiaire en l'absence d'oppositions ne peuvent donner lieu à aucun recours de la part des intéressés qui n'ont pas été payés contre ceux qui ont reçu leur paiement. Cependant, les légataires ne devant être payés qu'après les créanciers d'après la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*, il en résulte qu'un créancier non payé pourrait recourir contre le légataire payé à son préjudice. Ce recours pourrait être exercé même par le créancier qui ne se présenterait qu'après l'apurement du compte et le paiement du reliquat (art. 809 al. 1), mais il se prescrirait par trois ans à dater de cette époque. C'est ce que dit l'art. 809 al. 2 : « [Dans l'un el l'autre cas] le recours se

» prescrit par le laps de trois ans, à compter du jour de l'apurement du compte et du

» paiement du reliquat ».

* Dans sa rédaction primitive, l'art. 809 al. 1 prévoyait deux cas : celui où les créanciers non opposants se présentaient avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, et celui où ils ne se présentaient qu'après. Dans le premier cas, ils avaient le droit de recourir contre les créanciers et contre les légataires ; dans le second, contre les légataires seulement. La deuxième hypothèse ayant seule été conservée dans la rédaction définitive, on

doit en conclure que les créanciers, qui se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, ne peuvent pas exercer contre les créanciers le recours que leur accordait le projet ; d'autant plus que ceux-ci n'ont reçu en définitive que ce qui leur était dû, *suum receperunt*, et les principes ne permettent pas d'autoriser contre eux la *condictio indebiti*. En vain on se prévaut, en faveur de la solution contraire, d'un argument *a contrario* tiré de l'art. 809 al. 1, que l'on formule de la manière suivante : En disant que « Les créanciers non opposants qui ne se présentent qu'APRÈS l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont de recours à exercer que contre les légataires », la loi donne très clairement à entendre que ceux qui se présentent avant peuvent exercer un recours contre les autres créanciers payés à leur préjudice. — Cet argument prouve bien que les créanciers, qui se présentent avant l'apurement du compte et le paiement du reliquat, n'ont pas exclusivement un recours contre les légataires, mais il ne prouve nullement que ce recours existe contre les créanciers, et il suffit, pour enlever toute valeur à l'argument, de trouver une autre personne contre laquelle ce recours puisse se produire ; or cette personne est l'héritier, contre lequel les créanciers retardataires pourront agir jusqu'à concurrence du montant du reliquat qu'on suppose n'avoir pas encore été soldé. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la majorité des auteurs.

* Quoi qu'il en soit, la suppression de l'une des deux hypothèses primitivement prévues par l'art. 809 a rendu intelligibles les mots « Dans l'un et l'autre cas », qu'emploie la partie finale de l'article. Ils auraient dû être supprimés.

653. Si l'héritier bénéficiaire est créancier de la succession, rien ne s'oppose à ce qu'il se paye lui-même, et avant tous les autres : ce que régulièrement il ne manquera pas de faire. Il faut bien lui reconnaître ce droit, sous peine

de le forcer à être payé le dernier. Mais il n'est autorisé à porter en compte le montant de sa créance qu'autant qu'il a réellement retiré de la masse ce qui lui est dû. Cela nous conduit à parler du compte de l'héritier bénéficiaire.

654. Compte de l'héritier bénéficiaire. — Comme tout administrateur, l'héritier bénéficiaire doit rendre compte de sa gestion à ceux qu'elle intéresse, c'est-à dire aux créanciers et aux légataires ; chacun d'entre eux a le droit de l'exiger. Ce compte peut être rendu à l'amiable, si les parties sont d'accord ; il doit être rendu en justice dans le cas contraire : on procédera alors conformément aux art. 527 et s. du code de procédure civile.

Le compte de l'héritier bénéficiaire, comme tout autre, contient deux chapitres : celui des recettes et celui des dépenses. — Le chapitre des recettes doit comprendre tout l'actif de la succession, notamment le mobilier porté à l'inventaire, les fruits perçus depuis l'ouverture de la succession, les sommes que l'héritier bénéficiaire a touchées *jure hereditario* : prix de ventes des biens héréditaires, sommes provenant du remboursement des créances héréditaires..., en un mot tout ce qui devrait être compris dans l'abandon autorisé par l'art. 802. — Le chapitre des dépenses comprendra tout ce que l'héritier a payé à l'acquit de la succession, notamment les frais funéraires, les sommes payées aux créanciers du défunt et aux légataires, les droits de mutation payés au fisc, bien qu'ils constituent une dette personnelle de l'héritier (Trib. civ. de la Seine, 21 fév. 1899, D., 99. 2. 284), les frais d'administration, etc. — Si le chiffre total des recettes égale celui des dépenses, il y a balance. L'héritier, dont le compte est en balance, prouvant ainsi qu'il a employé tous les biens héréditaires au paiement des charges de la succession, ne peut pas être contraint sur ses biens personnels par les créanciers ou les légataires non payés, sauf ce qui a été dit au n. 652. S'il y a un excédent des recettes sur les dépenses, cet excédent constitue un

reliquat (de reliquum) dont l'héritier demeure comptable envers les créanciers et les légataires. « Après l'apurement du compte », dit l'art. 803 in fine, « il ne peut

» être contraint sur ses biens personnels que jusqu'à concurrence seulement des sommes

» dont il se trouve reliquataire ».

Il peut arriver que l'héritier bénéficiaire refuse de rendre son compte aux créanciers ou aux légataires qui le réclament. Ceux-ci pourront alors, après l'avoir régulièrement mis en demeure, et faute par lui d'obtempérer à cette injonction, le poursuivre sur ses biens personnels pour le montant intégral de leurs créances ou de leurs legs. C'est ce que dit en substance l'art. 803 al. 2, ainsi conçu : « Il [l'héritier] ne peut être contraint sur ses

» biens personnels qu'après avoir été mis en demeure de présenter son compte, et faute

» d'avoir satisfait à cette obligation ». L'héritier bénéficiaire n'est légalement en demeure que lorsqu'ayant été condamné à rendre son compte, il a laissé passer, sans satisfaire à cette obligation, le délai que le tribunal lui avait imparti à cet effet sur la demande d'un créancier ou d'un légataire (arg. art. 995 et 530 C. pr.). Alors il peut être contraint sur ses biens personnels pour la totalité de ce qui est dû au réclamant.

Enfin, aux termes de l'art. 810 : « Les frais de scellés, s'il en a été apposé, d'inventaire

» et de compte sont à la charge de la succession ». Il en est de même de tous les frais de gestion faits par l'héritier. Parmi eux figurent, d'après une jurisprudence constante, les droits de mutation. Tous les frais sont prélevés sur l'actif de la succession, donc payés par privilège. Cass., 14 fév. 1894, S., 96. 1. 145.

« 655. Différences entre le bénéfice d'inventaire et la faillite.

1° Le failli est dessaisi de l'administration de ses biens qui est confiée aux syndics. Au contraire l'administration

des biens de la succession reste à l'héritier bénéficiaire. Cpr. Lyon, 6 juil. 1889. S., 92. 2. 37.

2° Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles à l'égard du failli les dettes passives non échues (C. co., art. 444). Le bénéfice d'inventaire n'entraîne pas déchéance du terme pour les dettes non échues du défunt.

3° L'héritier bénéficiaire ne représente pas les créanciers de la succession comme le syndic représente les créanciers de la faillite. Cpr. trib. civ. de la Seine, 31 mars 1911, D., 13. 2. 12. Il en résulte qu'il n'y a pas, au cas de bénéfice d'inventaire comme au cas de faillite, suspension des poursuites individuelles des créanciers. Notamment un créancier héréditaire peut saisir-arrêter une créance de la succession et obtenir un jugement de validité, et, pour empêcher l'attribution exclusive au saisissant des deniers de la créance saisie-arrêtée, les autres créanciers doivent former eux-mêmes en temps utile opposition entre les mains du saisi ; l'opposition qu'ils auraient faite entre les mains de l'héritier dans les termes de l'art. 808 ne suffirait pas. Orléans, 28 juil. 1891, D., 93. 2. 36, et Riom, 4 juil. 1890, S., 91. 2. 62. Cpr. supra, n 649, et art. 567 C. pr., mod. par la loi du 17 juil. 1907 (t. II, n. 263).

SECTION IV

DES SUCCESSIONS VACANTES

656. Définition de la vacance. — Aux termes de l'art. 811 :

« Lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour

» délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession,

» qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont

» renoncé, cette succession est réputée vacante ». — Trois conditions sont donc requises pour qu'une succession soit réputée vacante :

1° Que les délais pour faire inventaire et délibérer soient expirés. Jusque-là, on peut raisonnablement espérer qu'un héritier se présentera.

2° Que personne ne se présente pour réclamer la succession. Donc, si quelqu'un se présente, même un donataire ou un légataire universel, ou un successeur irrégulier, fût-ce l'Etat, la succession n'est pas vacante. C'est bien ainsi que l'entendait l'orateur du gouvernement au corps législatif : « Il peut arriver, disait-il, qu'il ne se présente pour recueillir la succession ni parents, ni enfants naturels, ni même la République ; la succession est alors vacante ».

Cela posé, il semble qu'une succession ne puisse jamais être vacante ; car, aux termes d'une circulaire du 8 juillet 1806, les agents de la régie des domaines doivent accepter toutes les successions présumées sans maître, lors même qu'elles seraient notoirement mauvaises. Il faut répondre : 1° que les agents du fisc peuvent ignorer l'ouverture de la succession ; 2° que la demande d'envoi en possession par eux formée au nom de l'Etat peut avoir été rejetée par le tribunal.

3° Qu'il n'y ait pas d'HÉRITIER connu ou que les HÉRITIERS connus aient renoncé. Par le mot héritier, la loi désigne ici seulement les successeurs-investis de la saisine. Si elle entendait désigner même les successeurs irréguliers, aucune succession ne pourrait être vacante, car il y a toujours un successeur irrégulier connu, c'est l'Etat.

D'ailleurs, celle différence entre l'héritier, dont la seule présence suffit pour empêcher la vacance de la succession tant qu'il n'a pas renoncé, et le successeur irrégulier, dont la présence n'empêche la vacance que lorsqu'il a obtenu ou tout au moins demandé l'envoi en possession, reçoit une explication rationnelle. La vacance d'une succession

implique l'idée qu'elle n'est occupée par personne et que personne ne demande à l'occuper ; or, quand il y a un héritier connu, qui n'a pas renoncé, la succession est occupée ; car cet héritier, étant saisi, aux termes de l'art. 724, est de droit propriétaire et possesseur de l'hérédité.

Au contraire la succession n'est pas occupée, et on n'entrevoit même pas son occupation prochaine, quand il y a un successeur irrégulier connu qui ne demande pas l'envoi en possession ; il ne représente pas en effet l'hérédité : n'ayant pas la saisine, il ne possède pas les biens héréditaires, et ne peut même pas de sa propre autorité les appréhender ni exercer les actions héréditaires activement ou passivement.

Pour que la succession soit réputée vacante, il faut que tous les héritiers connus aient successivement renoncé. Par sa renonciation, l'héritier du premier degré est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), et par suite l'héritier du degré subséquent est censé avoir toujours été saisi (art. 724, *supra*, n. 467), ainsi de suite jusqu'au degré successible le plus éloigné. Donc, tant qu'il existe un héritier connu qui n'a pas renoncé, la succession est occupée, puisqu'il y a quelqu'un qui la représente, et par suite elle n'est pas vacante. Cette solution, conforme aux principes, est conforme aussi au texte de l'art. 811, qui exige, pour que la succession soit réputée vacante, « qu'il n'y ait pas d'héritier connu ou que les héritiers connus aient renoncé ». Dès lors les inconvénients pratiques qu'elle peut offrir en obligeant les créanciers à poursuivre successivement tous les héritiers connus jusqu'au douzième degré, ne suffisent pas pour la faire rejeter. C'est pourtant ce que font un grand nombre d'auteurs, qui enseignent que la succession est vacante, et que par suite les intéressés peuvent la faire pourvoir d'un curateur, par cela seul que les héritiers les plus proches ont renoncé et qu'aucun autre ne réclame la succession : les praticiens ne

connaissent pas d'autre solution. Cass., 6 avril 1897, D., 97. 1. 223, S., 98. 1. 33.

657. Définition de la déshérence. — Une succession est en déshérence, lorsqu'elle est réclamée par l'Etat, à défaut de tout autre héritier. Déshérence vient de *deest heres*.

Ainsi, la succession vacante est celle qui est sans représentant connu ou espéré. — Sans représentant connu : ce qui suppose qu'il n'y a aucun parent légitime connu, ou que tous ceux qui sont connus ont successivement renoncé. — Sans représentant espéré : ce qui suppose qu'aucun successeur irrégulier ne la réclame, pas même l'Etat. Si l'Etat se présente, la succession est en déshérence.

Au surplus, on ferait mieux de dire que, dans le premier cas, la succession est RÉPUTÉE vacante, comme le fait l'art. 811, et que, dans le deuxième, elle est RÉPUTÉE en déshérence. En effet, pour qu'une succession soit définitivement vacante ou définitivement en déshérence, il faut supposer que personne ne puisse plus venir utilement la réclamer ; or cette certitude sera difficilement acquise, même après la prescription de l'art. 789 ; car, par suite de suspensions successives, le droit de réclamer une succession peut durer beaucoup plus de trente ans.

658. Nomination d'un curateur à la succession vacante.

—
« Le tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel

» elle est ouverte, nomme un curateur sur la demande des personnes

» intéressées, ou sur la réquisition du procureur du Roi » (art. 812). Cpr. art. 998 et 999 C. pr.

= Sur la demande des personnes intéressées. C'est-à-dire de tous ceux qui, ayant des droits à exercer contre la succession, ont besoin d'avoir un contradicteur.

659. Fonctions du curateur à succession vacante. — « Le
» curateur à une succession vacante est tenu, avant tout,
d'en faire

» constater l'état par un inventaire : il en exerce et
poursuit les

» droits ; il répond aux demandes formées contre elle ; il
administre,

» sous la charge de faire verser le numéraire qui se trouve
dans la

» succession, ainsi que les deniers provenant du prix des
meubles ou

» immeubles vendus, dans la caisse du receveur de la régie
royale,

» pour la conservation des droits, et à la charge de rendre
compte

» à qui il appartiendra » (art. 813). — « Les dispositions de
la

» section III du présent chapitre, sur les formes de
l'inventaire, sur

» le mode d'administration et sur les comptes à rendre de
la part de

» l'héritier bénéficiaire, sont, au surplus, communes aux
curateurs à

» successions vacantes » (art. 814). Cpr. art. 1000 à 1002
C. pr.

Le curateur est le représentant légal de la succession vacante ; à ce titre, il est chargé de l'administrer et de la liquider. Son rôle présente beaucoup d'analogie avec celui de l'héritier bénéficiaire. Il existe cependant entre le curateur à succession vacante et l'héritier bénéficiaire des différences importantes, dont plusieurs nous sont révélées par les deux articles qui viennent d'être transcrits.

En voici l'énumération :

1° L'héritier bénéficiaire a le maniement des deniers de la succession ; il les louche, et il paie les créanciers. Au contraire, le curateur à succession vacante doit faire verser

« le numéraire qui se trouve dans la succession, ainsi que les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus » (art. 813), ajoutez : et les sommes provenant du remboursement des créances de la succession, tous les deniers héréditaires en un mot, à la caisse des dépôts et consignations, qui a remplacé la caisse du receveur de la régie royale. C'est le préposé à cette caisse qui paiera les créanciers, sur un ordonnancement fait par le tribunal. Un arrêt de la cour de cassation du 4 mai 1892 (S., 92. 1. 575) dit que « le curateur est tenu, aux termes des art. 1002 C. pr. et 814 C. civ., de se conformer pour l'exécution de son mandat aux règles prescrites à l'héritier bénéficiaire, et que, suivant l'art. 808, s'il n'y a pas de créanciers opposants, il peut payer lesdits créanciers dans l'ordre où ils se présentent ». Mais avec quoi le curateur paiera-t-il, s'il n'a pas le droit de conserver d'argent ni même d'en retirer de la caisse des dépôts et consignations pour effectuer les paiements ?

2° Cette première différence en entraîne une autre : le curateur à succession vacante n'est pas astreint à fournir la caution qui peut être exigée de l'héritier bénéficiaire aux termes de l'art. 807 ;

3° L'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé (art. 804). Au contraire, le droit commun est applicable au curateur à succession vacante ; il répondra donc de la faute que ne commettrait pas un bon père de famille, de la culpa levis in abstracto (arg. art. 450, 1137 et 1992) ;

4° La vente du mobilier de la succession est facultative pour l'héritier bénéficiaire (art. 805) ; elle est obligatoire au contraire pour le curateur à succession vacante (C. pr., art. 1000) ;

5° Les actes de disposition, accomplis par l'héritier bénéficiaire en dehors des pouvoirs que la loi lui assigne et des formes qu'elle prescrit, n'en sont pas moins valables ; ils peuvent seulement entraîner la déchéance de son

bénéfice d'inventaire. Au contraire, de semblables actes accomplis par le curateur sont nuls et de nul effet (arg. art. 1001 C. pr.) ;

6° Le curateur à une succession vacante ne peut faire aux créanciers et aux légataires l'abandon que l'art. 802 autorise au profit de l'héritier bénéficiaire ; il ne peut que se démettre de ses fonctions ;

7° L'administration de l'héritier bénéficiaire est gratuite ; le curateur à une succession vacante a droit à un salaire ;

8° La liquidation une fois terminée, le curateur n'a pas droit, comme l'héritier bénéficiaire, à l'excédent de l'actif sur le passif.

660. Il existe une législation spéciale pour les successions vacantes ouvertes dans les colonies françaises. V. notamment décr. 14 mars 1890, et, pour l'Algérie, ord. 26 déc. 1842.

CHAPITRE VI

DU PARTAGE ET DES RAPPORTS

661. Notre chapitre, qui est le dernier du titre Des successions, est divisé en cinq sections. Sa rubrique n'indique qu'incomplètement son contenu.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACTION EN PARTAGE ET DE SA FORME

§ I. Généralités.

662. Définitions de l'indivision et du partage. — L'indivision est l'état de plusieurs copropriétaires, ici de plusieurs cohéritiers, dont les droits ne sont pas encore liquidés. Lorsque plusieurs héritiers sont appelés à la même succession, ils ont tous un droit de la même nature sur chacun des biens qui y sont compris. On dit alors qu'il y a indivision entre les cohéritiers, qu'ils sont copropriétaires des biens héréditaires, et qu'ils ont des droits indivis dans le patrimoine du défunt. Chacun d'eux a droit à une quote-part de tous les biens du de cujus, et aussi loin que par la pensée on pousse la division du patrimoine héréditaire on retrouve toujours sur chacun des éléments qui le composent les droits identiques des cohéritiers. Le partage est l'opération qui met fin à l'indivision, et qui liquide les droits des cohéritiers. Il a pour but de conférer à chacun d'eux un droit exclusif sur tel ou tel bien héréditaire : le droit de chacun qui, pendant l'indivision, avait pour objet

une quote-part du patrimoine tout entier, sera désormais cantonné sur des choses distinctes, dont il sera propriétaire à l'exclusion des autres. Le partage est un acte de liquidation. A quelque époque qu'il soit fait, il produit un effet rétroactif au jour où l'indivision a pris naissance, c'est-à dire ici au jour de l'ouverture de la succession, de sorte que chaque cohéritier sera censé avoir succédé seul au défunt pour tout ce que le partage met dans son lot (art. 883).

L'indivision peut prendre naissance en vertu de causes autres que l'ouverture d'une succession. Ainsi une chose appartient par indivis à plusieurs personnes, lorsque celles ci l'ont achetée en commun, ou qu'elle leur a été donnée ou léguée conjointement.

L'état d'indivision suppose que plusieurs personnes ont en même temps, sur une même chose ou sur une même masse de biens, des droits, d'étendue égale ou inégale, mais identiques par leur nature. Si un même bien ou un même patrimoine est grevé en même temps au profit de plusieurs personnes de droits de nature différente, ces personnes ne sont pas dans l'indivision entre elles.

Ainsi une même chose ou une même masse de biens appartient à plusieurs personnes en même temps, soit en pleine propriété, soit pour la nue propriété ou l'usufruit seulement. Il y a indivision entre les propriétaires, ou les nu-propriétaires, ou les usufruitiers, car leurs droits respectifs ont la même nature, et ils portent sur le même objet. De même, si nous supposons que de trois personnes appelées à un même bien ou à une même universalité, l'une ait la pleine propriété, l'autre la nue propriété, et la troisième l'usufruit, chacune pour une part, le plein propriétaire sera pour la jouissance seulement dans l'indivision avec l'usufruitier (Cpr. Caen, 17 janv. 1901, D., 05. 2. 285 et Cass., 28 déc. 1908, D., 10. 1. 284, S., 09. 1. 294), et pour la nue propriété seulement dans l'indivision avec le nu propriétaire. Mais il n'y aura pas indivision entre

le nu propriétaire et l'usufruitier, car leurs droits respectifs sont d'essence différente. T. I, n. 1517.

La communauté ou indivision présente, au point de vue social et économique, des inconvénients qu'une longue expérience a révélés. Elle est tout d'abord une source de querelles. *Discordias solet parere communio*, dit un vieil adage. Ces discordes sont d'autant plus fâcheuses qu'elles éclateront ici entre les membres d'une même famille. D'autre part, la communauté apporte un obstacle à la bonne administration des biens. Les copropriétaires ont en effet des droits de nature identique sur la totalité de la chose commune, et sur chacune des parties de cette chose. Chacun peut exiger des autres le respect du droit qui lui appartient, et il doit réciproquement respecter celui des autres communistes. Le consentement de tous les copropriétaires sera donc nécessaire pour les actes qui doivent produire leur effet sur la chose tout entière ou sur une partie divise de cette chose. La communauté anéantit par suite l'initiative privée de chacun des communistes et rend presque impossibles les améliorations. En effet, pour améliorer il faut innover ; or, quand l'un voudra réaliser quelque innovation, il viendra se heurter à l'opposition de l'autre, qui sera toute puissante en vertu de la règle *In pari causa potior est causa prohibentis* ⁷⁵. Le vieux Loysel avait bien raison de dire : Qui a compagnon a maître. Enfin, la communauté est une entrave à la libre circulation des biens ; car le consentement de tous les communistes est nécessaire pour l'aliénation, du moins chaque communiste ne peut, sans le consentement des autres, aliéner que sa part indivise, et une semblable aliénation se fait difficilement et à de mauvaises conditions. A ces divers points de vue, et surtout au dernier, la communauté a pu paraître contraire à l'ordre public, c'est à-dire à l'intérêt général. Aussi notre législateur la voit-il avec défaveur, et permet-il à chacun des cohéritiers d'exiger la cessation de

l'indivision qui en est la cause, en demandant le partage de la succession. Il donne à cet effet à chacun des cohéritiers contre les autres l'action en partage. « Nul ne peut être contraint à demeurer dans » l'indivision ; et le partage peut être toujours provoqué nonobstant » prohibitions et conventions contraires », dit l'art. 815 al. 1. Ainsi donc, l'action en partage peut être intentée par chacun des cohéritiers contre les autres. Elle appartient aussi aux successeurs universels des cohéritiers, ou à ceux auxquels ils ont cédé leurs droits successifs, sauf l'exercice du retrait successoral dont il sera parlé plus loin.

Bien qu'écrit principalement en vue des cohéritiers, le principe établi par l'art. 815 al. 1 est formulé dans des termes assez généraux pour qu'on doive le déclarer applicable à tous ceux qui sont dans l'indivision par suite d'une cause étrangère à leur volonté, notamment aux colégataires d'une même chose. Mais ce serait certainement dépasser les intentions du législateur que d'étendre ce principe au cas où l'indivision est le résultat de la volonté, même présumée, des parties. Il ne s'appliquerait donc pas à la communauté entre époux, qui est une association (Cass, 30 nov. 1886, D., 87. 1. 49, S., 87. 1. 401), ni à la société ordinaire, jusqu'à l'époque de leur dissolution. L'indivision est nécessaire ici pour la réalisation du but que se sont proposé les parties ; elle doit donc subsister tant que ce but n'a pas été atteint. D'ailleurs, les parties supporteront facilement une indivision que leur volonté a créée. La question ne se pose que pour les sociétés qui ne constituent pas des personnes morales : car, dans celles qui ont ce caractère, il n'y a pas indivision entre les associés, puisque, par une fiction de droit, c'est la société, considérée comme personne juridique distincte de la personne des associés, qui est propriétaire des biens dépendant de la société. Cpr. Cass., 15 mai 1899, D, 99. 1. 353, S., 00. 1. 94, et 24 avril 1907, D., 09. 1. 316.

Ainsi donc, le principe formulé par l'art. 815 al. 1 ne s'applique pas, en règle générale tout au moins, aux associés, qui sont volontairement en état d'indivision. Il s'applique au contraire à tous les communistes, qui sont dans l'indivision par suite d'une circonstance étrangère à leur volonté. Mentionnons cependant une exception relative à la mitoyenneté : l'un des copropriétaires d'une chose mitoyenne n'en peut pas demander le partage ; et cependant l'indivision, qui existe entre les copropriétaires d'une chose mitoyenne, n'est pas toujours le résultat de leur volonté. V. art. 661 et 663, et t. I, n. 1635 al. final.

663. L'état de communauté ayant paru à certains égards contraire à l'ordre public, le législateur n'a pas voulu que l'indivision d'où il résulte pût être perpétuée par la volonté des parties ou d'un tiers. Serait donc nulle et de nul effet la disposition par laquelle un testateur, en léguant ses biens à plusieurs personnes, leur aurait imposé la défense de procéder au partage : c'est à cette hypothèse que l'art. 815 fait allusion par les mots nonobstant PROHIBITIONS, Serait nulle aussi la convention, appelée quelquefois pacte d'indivision, aux termes de laquelle les communistes se seraient réciproquement interdit le droit de demander le partage : telle est la portée des mots nonobstant conventions contraires.

La convention d'indivision perpétuelle est nulle même quand elle s'applique à des papiers de famille. Lex non distinguit. Cass., 23 déc. 1901, D, 02. 1. 183.

Il peut cependant être de l'intérêt bien entendu des communistes d'ajourner momentanément le partage. Ainsi, parmi les cohéritiers, il y en a un qui est mineur, mais sur le point d'arriver à sa majorité. Si l'on veut partager immédiatement, il faut de toute nécessité procéder à un partage judiciaire (art. 840) ; tandis qu'en attendant pendant quelques années, quelques mois peut-être, il sera possible, le mineur étant devenu majeur, de procéder à un partage amiable, qui entraînera moins de frais et où les

convenances réciproques des cohéritiers pourront être mieux observées. Ou bien encore le partage n'est possible qu'à la condition de vendre certains biens héréditaires non susceptibles d'un partage en nature, et, par suite d'événements transitoires, tels qu'une guerre, une crise industrielle, commerciale ou agricole, ils subissent pour le moment une dépréciation, de sorte qu'il y aurait avantage à retarder la vente et par suite le partage qui y donnera nécessairement lieu. Dans ces circonstances, et dans d'autres encore dont elle leur laisse l'appréciation, la loi permet aux parties de convenir qu'il sera sursis au partage pendant un certain temps. « On peut cependant », dit l'art. 815 al. 2, « convenir de suspendre le partage pendant un » temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au delà » de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée » ⁷⁶.

= Cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans. C'est dire qu'elle sera obligatoire dans cette limite, si elle a été faite pour un délai plus long, pour huit ans par exemple, et même pour une période indéterminée (Trib. civ. de la Seine, D., 10. 2. 143, S., 09. 2. 293). Et cette solution, qui d'ailleurs est conforme à l'intention probable des parties, peut être fortifiée par un argument d'analogie tiré de l'art. 1660. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

= Mais elle peut être renouvelée. Il n'est pas nécessaire que les intéressés attendent, pour opérer ce renouvellement, l'expiration du délai fixé par leur première convention, Mais ils chercheraient en vain dans un renouvellement anticipé le moyen de s'obliger valablement à rester dans l'indivision pendant plus de cinq ans à dater du moment où ils traitent ; car la volonté bien évidente du législateur est qu'ils ne puissent dépasser cette limite, et ils ne sauraient arriver à ce résultat par une voie détournée. Ainsi des cohéritiers ont fait une première convention, aux termes de laquelle ils se sont engagés à demeurer dans

l'indivision pendant cinq ans ; un an après, et alors par conséquent qu'il reste encore quatre ans à courir du délai fixé par la première convention, ils en font une nouvelle d'après laquelle ils s'engagent à rester dans l'indivision pendant cinq ans encore. Faudra-t-il dire que les cohéritiers sont liés pour neuf ans, la seconde convention étant valable, puisqu'elle n'est faite que pour cinq ans, et son exécution ne devant commencer qu'après l'expiration du délai fixé par la première convention ? Non ; car les cohéritiers arriveraient ainsi à se lier pour plus de cinq ans : ce que la loi ne leur permet pas. D'ailleurs la seconde convention n'est pas pour cela destituée de tout effet, seulement ses effets sont ramenés aux limites légales, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure, c'est-à-dire qu'ils ne se produiront que pour un an à partir de l'expiration du délai fixé par la première convention. Ou, ce qui est équivalent, le délai fixé par la seconde convention commencera à courir immédiatement.

664. Un testateur pourrait-il imposer à ceux auxquels il transmet ses biens l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq ans ? La doctrine est divisée en deux camps à peu près égaux sur cette question. N'est-elle pas résolue cependant par le texte de notre article ? Il établit cette double règle : 1° que l'état d'indivision ne peut pas être imposé par une prohibition du défunt à ses successeurs universels ; 2° que ceux-ci ne peuvent pas se l'imposer à eux-mêmes par une convention. Or la partie finale de notre article fait une exception à la seconde règle, mais il n'en apporte aucune à la première ; donc celle-ci demeure absolue. Etendre aux prohibitions l'exception que la loi formule en vue des conventions seulement, c'est violer la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Au point de vue rationnel d'ailleurs, de puissants motifs militent contre cette extension. Les cohéritiers supporteront facilement, on doit le supposer, les conséquences d'un état de choses qu'ils ont eux-mêmes créé, d'une indivision qu'ils se sont

imposée par une convention librement discutée. Supporteraient-ils aussi bien une indivision qui leur serait imposée par une volonté étrangère ?

Le doute sur cette question naît principalement de ce que l'exception établie par l'art. 815 in fine est la reproduction presque littérale d'un passage de Pothier, qui, dans la pensée de ce jurisconsulte, comprenait les prohibitions comme les conventions, ainsi qu'il l'explique lui-même un peu plus loin. Cette raison a entraîné un grand nombre d'auteurs et la jurisprudence à leur suite ; nous la croyons insuffisante pour prévaloir contre le texte si formel de l'art. 815.

* 665. L'art. 2205 ne permet pas aux créanciers personnels d'un cohéritier de mettre en vente la part indivise, qui appartient à ce cohéritier dans les immeubles de la succession ; mais il les autorise à demander le partage pour faire déterminer la part de leur débiteur, et à mettre en vente les immeubles tombés dans son lot. C'est là, croyons-nous, un droit que les créanciers sont appelés à exercer de leur propre chef et non du chef de leur débiteur, de même que le droit d'intervenir au partage pour en surveiller les opérations (art. 882), dont l'art. 2205 parle immédiatement après ; et nous en concluons que l'exercice de ce droit ne serait pas paralysé par une convention aux termes de laquelle les héritiers se seraient interdit de demander le partage pendant un certain temps. Autrement les créanciers pourraient se trouver indéfiniment (car la convention peut être renouvelée) dans l'impossibilité de saisir cette partie du patrimoine de leur débiteur. V. cep. Toulouse, 26 juin 1889, D., 91. 2. 65.

666. Nature de l'action en partage. — L'action en partage est imprescriptible. Notre article dit en effet que « le partage peut être toujours provoqué ». La raison en est que le droit de demander le partage a sa source dans l'indivision elle-même, et que, la loi l'accordant aux communistes à raison des inconvénients que l'indivision

présente, il renaît à tous moments et ne peut dès lors être atteint par la prescription extinctive. Cpr. t. I, n. 1690.

Mais, par définition même, l'action en partage ne subsiste que pendant la durée de l'indivision, puisqu'elle a pour but d'y mettre fin. Or l'indivision peut cesser : 1° par un partage ; 2° par la prescription. L'un ou l'autre de ces événements éteindra donc l'action en partage. C'est ce que dit. l'art. 816, ainsi conçu : « Le partage

» peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui

» séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un

» acte de partage ou possession suffisante pour acquérir la prescription ».

667. 1° Nous disons d'abord que l'action en partage ne peut plus être exercée, s'il y a eu un partage. C'est cette idée que la loi veut exprimer en disant : « s'il y a eu un ACTE de partage » ; entendez une convention de partage.

Le mot acte a deux sens dans la langue du droit. Il désigne, tantôt un fait juridique, *negotium*, tantôt un écrit destiné à constater un fait juridique, *instrumentum*. Nous croyons fermement qu'ici, comme dans d'autres textes, notamment dans les art. 778, 888 et 1167, la loi l'emploie dans le premier sens : elle veut dire que l'action en partage peut être intentée tant qu'il n'est pas intervenu un acte ou fait juridique de partage, tel qu'une convention de partage. L'existence d'un partage régulier suffit donc pour écarter l'action en partage, sauf à ceux qui l'opposent à en fournir la preuve. Mais la loi ne s'occupe nullement ici de ce dernier point, et par conséquent il demeure régi par les règles du droit commun. Donc s'il s'agit d'un partage fait par convention, son existence pourra être prouvée non seulement par écrit, mais aussi par témoins, si l'intérêt n'excède pas 150 fr. ou s'il y a commencement de preuve par écrit, et dans tous les cas par l'aveu ou le serment. La jurisprudence paraît se fixer en ce sens. Paris, 23 mars

1878, S., 78. 2. 25G, D., 79. 5. 300, et Poitiers, 9 mars 1893, S., 94. 2. 153, D., 95. 2. 121.

D'ailleurs la preuve d'un acte juridique de partage serait nécessaire pour écarter l'action en partage, « même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession ». La loi proscriit ainsi les partages de fait ou partages présumés, qui, d'après quelques coutumes, résultaient d'une possession prolongée pendant un certain temps, ordinairement dix ans ; on présumait que le cohéritier, qui avait possédé pendant un aussi long délai certains biens héréditaires, sans opposition de la part de ses cohéritiers, les détenait en vertu d'un partage régulier, dont il n'avait jamais été dressé acte ou dont l'acte avait été perdu. Cpr. Cass., 27 juil. 1887, S., 87. 1. 416, D., 87. 1. 423.

En résumé, notre disposition, écrite en vue de proscrire les partages de fait ou partages présumés, admis par quelques coutumes, est complètement étrangère à la question de savoir comment se fait la preuve du partage ; ce point demeure donc, dans le silence de la loi, régi par les règles du droit commun. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation.

Dans une autre opinion, le mot acte désignerait ici un acte écrit, instrumentum, et la disposition de la loi signifierait que la convention de partage, de même que la transaction (art. 2044) et l'antichrèse (art. 2085), ne peut être prouvée que par écrit, même au-dessous de 150 fr., contrairement aux règles du droit commun : ce qui n'exclurait pas d'ailleurs, suivant quelques-uns, la preuve par l'aveu et par le serment, la loi n'ayant pas entendu dire que le partage est un contrat solennel. Mais il faut avouer qu'on ne voit guère pour quel motif le législateur aurait subordonné la validité du partage à la rédaction d'un acte écrit : ce qui obligerait les parties qui ne savent pas écrire à faire les frais d'un acte notarié pour constater le partage d'une succession même de la plus minime importance.

668. 2° L'indivision peut prendre fin par la prescription. La prescription peut faire acquérir à l'un des cohéritiers la propriété exclusive de partie, ajoutons ou même de la totalité des biens héréditaires, et alors, l'indivision ayant cessé quant aux biens ainsi acquis, il ne peut plus être question d'en demander le partage ; car le partage suppose des biens indivis. La prescription est ici fondée sur la présomption que les biens possédés par l'un des cohéritiers, à titre de propriétaire exclusif et sans contradiction de la part de ses cohéritiers, pendant le temps requis par la loi, lui ont été attribués en vertu d'un partage régulier dont il n'a pas été dressé d'acte ou dont l'acte a été perdu. Cette supposition est admissible même dans le cas où un cohéritier a possédé seul tous les biens de la succession ; car il a pu être autorisé à les prendre moyennant une soulte à payer à ses cohéritiers. L'art. 816 fait allusion à la cause de cessation de l'indivision qui nous occupe, par ces mots : « s'il n'y a eu..., possession suffisante pour acquérir la prescription ». Il faut pour cela : que la possession réunisse les caractères exigés par l'art. 2229, et qu'elle ait duré pendant trente ans.

a. — Il faut d'abord que la possession réunisse les conditions exigées par l'art. 2229, c'est-à-dire qu'elle soit « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire ».

Pour que cette dernière condition soit remplie, il faut que l'un des cohéritiers ou chacun d'eux ait possédé tout ou partie des biens héréditaires à titre privatif, pro suo, c'est-à-dire comme propriétaire exclusif. Cpr. Cass., 13 déc. 1886, D., 87. 1. 386, S., 87. 1. 176, Pau, 5 mai 1890, D., 91. 2. 213, et Cass, 3 avril 1895, D., 95. 1. 242. Il n'y aurait donc pas lieu à la prescription, si les cohéritiers avaient possédé en commun, promiscue, ou séparément mais en vertu d'un partage provisionnel, ou encore si les biens héréditaires ont été possédés en tout ou en partie par un seul ou quelques-uns des héritiers, mais à titre précaire,

c'est-à-dire tant pour le compte des autres cohéritiers que pour le leur : ce qui arriverait par exemple si le cohéritier, qui a seul détenu les biens de la succession, a donné chaque année à ses cohéritiers leur part dans les fruits. Le point de savoir dans quels cas un cohéritier pourra être considéré comme ayant possédé les biens à titre de propriétaire exclusif donne lieu à des difficultés particulières, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas. b. — Il faut ensuite que la possession ait duré pendant trente années.

Jamais la prescription qui nous occupe ne pourrait s'accomplir par dix ou vingt ans conformément à l'art. 2265 ; car cette prescription particulière exige un juste titre, et l'héritier n'en a pas. Elle ne pourrait pas non plus s'accomplir instantanément en ce qui concerne les meubles, la règle En fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279) ne recevant pas son application aux universalités mobilières (t. I, n. 1489).

La prescription une fois accomplie, les biens auxquels elle s'applique sont devenus la propriété exclusive du cohéritier qui les a possédés, et ils se trouvent par suite soustraits à l'action en partage qui ne peut être exercée que relativement à des biens indivis. Si quelques biens héréditaires seulement ont été prescrits, l'action en partage subsiste pour les autres ; elle est complètement éteinte, au contraire, si aucun bien héréditaire n'a échappé à la prescription. Ce qu'il importe de bien comprendre, c'est que la prescription n'atteint jamais l'action en partage, directement au moins. L'action en partage dure aussi longtemps que l'indivision, dont elle est la compagne obligée ; mais elle ne saurait lui survivre. S'il n'y a pas d'indivision sans action en partage, il n'y a pas non plus d'action en partage sans indivision ; or la prescription peut mettre fin à l'indivision et éteindre ainsi par contre-coup l'action en partage. La prescription ne peut pas fonder un état permanent d'indivision, mais elle peut faire cesser

l'indivision elle-même. Cass., 14 nov. 1871, S., 71. 1. 217, D., 71. 1. 345.

* On voit que nous considérons la prescription dont parle l'art. 816 comme une prescription acquisitive, et non, ainsi que le font presque tous les auteurs, comme une prescription extinctive de l'action en partage. En effet cet article exige une possession ; or la prescription extinctive s'accomplit par le seul effet du laps de temps, sans aucune condition de possession. D'autre part, la loi met la prescription sur la même ligne que le partage, indiquant bien ainsi que la prescription produit le même effet que lui, et que par conséquent elle fait acquérir la propriété exclusive des biens auxquels elle s'applique.

§ II. De la capacité requise pour intenter l'action en partage ou y défendre.

669. Pothier dit que le partage est une espèce d'aliénation, parce qu'il restreint aux seuls objets qui étoient à chacun des cohéritiers le droit qu'il avait auparavant sur tous les effets de la succession. Le partage en effet n'est pas dans notre droit une aliénation proprement dite, ainsi qu'on le verra sous l'art. 833 ; mais il y ressemble beaucoup ; car, en déterminant plus ou moins exactement la part de chaque cohéritier, il peut faire subir à quelques-uns d'entre eux un préjudice semblable à celui que leur causerait une aliénation, et on s'explique ainsi que la loi exige pour procéder au partage une capacité très voisine de celle qu'elle requiert pour aliéner. C'est ce que nous allons voir en examinant successivement la situation qu'elle fait sur ce point aux divers incapables.

a. Mineurs et interdits. — « L'action en partage, à l'égard des

» cohéritiers mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs,

» spécialement autorisés par un conseil de famille » (art. 817 al. 1). L'homologation du tribunal n'est pas nécessaire. On se souvient que le tuteur peut, sans aucune autorisation, défendre à une action en partage dirigée contre son pupille (cpr. art. 465, et t. I, n. 1101). Si plusieurs mineurs placés sous une même tutelle ont dans le partage des intérêts opposés, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial (art. 838 in fine).

Quant au mineur émancipé, nous avons vu (t. I, n. 1157-4°) qu'il peut intenter l'action en partage ou y défendre avec la seule assistance de son curateur, conformément à l'art. 840.

b. Personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire. — L'assistance du conseil leur est incontestablement nécessaire pour procéder à un partage judiciaire, soit en demandant, soit en défendant (art. 499 et 513, argument tiré du mot plaider). Il y a quelque doute sur le point de savoir si elles peuvent procéder valablement à un partage amiable, et dans le cas de l'affirmative, si elles le peuvent sans l'assistance de leur conseil. Cpr. t. I, n. 1216.

c. Absents. — « A l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient

» aux parents envoyés en possession » (art. 817 al. 2).

Ajoutez : ou à l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté (arg. art. 124).

Il s'agit d'une succession qui s'est ouverte avant la disparition ou les dernières nouvelles du cohéritier absent ; car si elle s'était ouverte à une époque où son existence était déjà devenue incertaine, elle serait attribuée tout entière à ses cohéritiers (art. 136), et il ne pourrait pas être question par conséquent d'intenter l'action en partage de son chef.

La loi ne prévoit d'ailleurs ici que le cas où l'un des cohéritiers est en état d'absence déclarée ; s'il était en état d'absence présumée, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 113.

d. Femme mariées. — « Le mari peut, sans le concours de sa

» femme, provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à

» elle échus, qui tombent dans la communauté : à l'égard des objets

» qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer

» le partage sans le concours de sa femme ; il peut seulement, s'il a

» le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. —

» Les cohéritiers de la femme ne peuvent provoquer le partage définitif

» qu'en mettant en cause le mari et la femme » (art. 818).

— Ce texte suppose, sans le dire, qu'une succession échue à une femme mariée a été régulièrement acceptée ; il s'agit de savoir par qui le partage en peut être provoqué, en supposant que la femme ait des cohéritiers. Ce droit n'appartient jamais au mari en cette qualité ; mais il peut lui appartenir en vertu de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire des conventions expresses ou tacites dont l'ensemble constitue son régime matrimonial.

La loi distingue à ce sujet s'il y a ou s'il n'y a pas communauté entre les époux.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Il y a communauté entre les époux.

a. Si, d'après l'économie du régime adopté par les époux, la part revenant à la femme dans la succession qui lui est échue doit tomber dans la communauté, le mari, en qualité de chef de la communauté, peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage de la succession, et à plus forte raison défendre à une action en partage intentée par les cohéritiers de sa femme. Il pourrait aussi procéder à un partage amiable avec les cohéritiers de sa femme. En un mot le mari est maître du partage en tant qu'il concerne sa

femme. C'est tout simple, puisque, la. part de la femme dans la succession devant profiter à la communauté, c'est en quelque sorte la communauté qui est héritière, et que cette communauté est personnifiée dans le mari. Ainsi par exemple, sous le régime de la communauté légale, le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des successions purement mobilières qui sont échues à celle-ci, car ces successions tombent dans la communauté (art. 1401-1°).

β. Si, au contraire, le régime que les époux ont adopté n'attribue pas à la communauté la part de succession revenant à la femme, si cette part doit demeurer propre à la femme, comme il arriverait par exemple si les époux sont mariés sous le régime de la communauté réduite aux acquêts (art. 1498), le mari n'a pas le droit de provoquer le partage de la succession, au moins le partage définitif, car on verra bientôt qu'il pourrait le plus souvent en pareil cas provoquer un partage de jouissance ou partage provisionnel. La raison en est que le mari n'a pas le droit de disposer de la fortune personnelle de sa femme ; or le partage est à certains égards. un acte de disposition. Par qui donc le partage définitif de la succession pourra t-il être provoqué ? Par la femme elle-même autorisée comme de droit. Ce langage est plus exact que celui de l'art. 818, qui dispose que le mari peut provoquer le partage avec le concours de sa femme ; c'est bien plutôt la femme qui agit avec le concours du mari, puisque c'est elle qui est héritière. Le partage pourra aussi être provoqué par les cohéritiers de la femme ; mais ils devront mettre en cause la femme et le mari, celui-ci aux fins d'autoriser sa femme (art. 818 in fine).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. Il n'y a pas communauté entre les époux. Les biens revenant à la femme dans la succession qui lui est échue devant toujours, en pareil cas, faire partie de son patrimoine personnel, le mari, qui n'a pas le droit de disposer de ce patrimoine, ne pourra en

aucun cas provoquer le partage définitif de la succession. Seule la femme aura ce droit, et elle devra, pour l'exercer, être munie de l'autorisation requise par la loi.

Observation. — Dans tous les cas où le mari n'a pas qualité, d'après les règles qui viennent d'être exposées, pour provoquer le partage définitif de la succession échue à sa femme, il peut en provoquer le partage provisionnel, si ses conventions matrimoniales lui donnent un droit de jouissance sur les biens de sa femme, du moins sur cette partie de son patrimoine. Ainsi donc, dans l'hypothèse dont il s'agit, la femme, qui est propriétaire, pourra seule, autorisée comme de droit, provoquer un partage de propriété, un partage définitif ; le mari, qui a un droit de jouissance, ne pourra provoquer qu'un partage de jouissance, un partage provisionnel. Cela nous conduit à parler des diverses espèces de partage.

§ III. Des diverses espèces de partage.

670. Le partage peut être fait à l'amiable ou en justice.

Le partage amiable (inter amicos) est le résultat d'une convention librement discutée entre les cohéritiers ; aussi l'appelle-t-on souvent : partage conventionnel. Il demeure soumis aux règles générales qui gouvernent tous les contrats. Le partage judiciaire est celui qui se fait par l'entremise de la justice. Le premier offre sur le second l'avantage d'être plus expéditif et moins coûteux ; il est aussi plus intelligent, car il permet de tenir compte des convenances réciproques des copartageants, en attribuant à chacun le lot qui lui convient le mieux (partage attribution), tandis que le tirage au sort, qui s'impose pour le partage judiciaire, le rend nécessairement aveugle. Il est vrai que ce tirage au sort prévient toute fraude dans l'attribution des lots. En outre le partage judiciaire offre des garanties particulières aux copartageants au point de

vue de l'égalité des lots, dont la composition est confiée à des hommes ayant une compétence spéciale, à des experts. Mais il est douteux que ces avantages compensent l'infériorité qu'il présente sous les autres points de vue.

Il y a trois cas dans lesquels le partage doit nécessairement être fait en justice :

1° Lorsque « tous les héritiers ne sont pas présents » (art. 838). Cette hypothèse se réalise non seulement lorsqu'il y a un ou plusieurs cohéritiers déclarés ou présumés absents, mais aussi lorsqu'il y en a de non-présents (arg. de ces mots de l'art. 840 : soit au nom des absents ou non-présents). Et toutefois un partage amiable serait possible, si le cohéritier ou les cohéritiers absents ou non-présents étaient dûment représentés (C. pr., art. 985) ; ce qui signifie : représentés par un mandataire conventionnel muni de pouvoirs suffisants, ou par un mandataire judiciaire (notaire nommé aux termes de l'art. 113 C. civ. ou de l'art. 36 de la loi du 30 juin 1838).

2° Lorsqu'il se trouve, parmi les cohéritiers, des mineurs, même émancipés, ou des interdits. « Si tous les cohéritiers ne sont pas

» présents, ou s'il y a parmi eux des interdits, ou des mineurs, même

» émancipés, le partage doit être fait en justice, conformément aux

» règles prescrites par les articles 819 et suivants, jusques et compris

» l'article précédent. S'il y a plusieurs mineurs qui aient des

» intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun

» un tuteur spécial et particulier » (art. 838).

La nécessité de procéder à un partage judiciaire, quand il y a parmi les cohéritiers des mineurs ou des interdits, est souvent un véritable fléau pour les intéressés, à cause des frais qu'entraîne ce mode de partage. Aussi la pratique a-t-

elle imaginé plusieurs moyens pour soustraire les incapables à cette protection ruineuse. Un des plus usités consiste à procéder au partage par voie de transaction, en remplissant les formalités prescrites par l'art. 467. Mais la jurisprudence la plus récente n'admet la légitimité de ce mode de procéder qu'autant qu'il existe des motifs sérieux de transaction ; il faut que les intéressés agissent en vue de mettre fin à une contestation déjà née ou de prévenir une contestation à naître. Arg. art. 2044. Cass., 5 déc. 1887, S., 88. 1. 425, D., 88. 1. 241. Souvent aussi on procède à un partage amiable, dans lequel une personne se porte fort pour le mineur et promet sa ratification.

3° Lorsque, tous les cohéritiers se trouvant dans les conditions requises pour procéder à un partage amiable, l'accord ne peut pas s'établir entre eux. On lit à ce sujet dans l'art. 823 : « Si l'un des

» cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il s'élève des contestations

» soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le

» terminer, le tribunal prononce comme en matière sommaire, ou

» commet, s'il y a lieu, pour les opérations du partage, un des

» juges, sur le rapport duquel il décide les contestations ».

Dans tous les autres cas, le partage peut avoir lieu à l'amiable. C'est ce qui résulte de l'art. 819 al. 1 C. civ., et de l'art. 985 C. pr., ce dernier ainsi conçu : « Au surplus, lorsque tous les copropriétaires ou cohéritiers seront majeurs, jouissant [il aurait fallu dire : ayant l'exercice] de leurs droits civils, présents ou dûment représentés, ils pourront s'abstenir des voies judiciaires, ou les abandonner en tout état de cause, et s'accorder pour procéder de telle manière qu'ils aviseront ».

671. Amiable ou judiciaire, le partage peut être définitif ou provisionnel. Le partage définitif fait cesser l'indivision d'une manière définitive : les droits des cohéritiers sont

réglés une fois pour toutes. Au contraire, le partage provisionnel fait cesser l'indivision d'une manière provisoire : les droits des cohéritiers ne sont réglés que quant à la jouissance ; la propriété des biens reste indivise, et ne cessera de l'être qu'après un partage définitif. Le partage définitif est donc un partage de propriété ; le partage provisionnel, un partage de jouissance.

Le partage peut être provisionnel par la volonté des parties ou en vertu de la loi. — Lorsque les parties font volontairement un partage simplement provisionnel, elles en règlent les effets comme elles l'entendent. — Le partage est provisionnel en vertu de la loi dans l'hypothèse prévue par l'art. 840, ainsi conçu : « Les partages

- » faits conformément, aux règles ci-dessus prescrites, soit par les

- » tuteurs, avec l'autorisation d'un conseil de famille, soit par les

- » mineurs émancipés, assistés de leurs curateurs, soit au nom des

- » absents ou non-présents, sont définitifs : ils ne sont que provisionnels,

- » si les règles prescrites n'ont pas été observées ». Cpr. art. 466.

Le partage provisionnel, étant un partage de jouissance, a principalement pour effet de permettre à chaque héritier de faire siens les fruits des biens mis dans son lot.

Lorsque le partage est provisionnel en vertu de la volonté des parties contractantes, chaque cohéritier peut demander un partage définitif, sans avoir besoin de faire annuler le partage provisionnel, et sauf à respecter la convention qui aurait été faite de ne pas demander le partage définitif pendant un délai ne dépassant pas cinq années (art. 815).

Quand un partage est provisionnel pour inobservation des formes prescrites dans l'intérêt d'un incapable (art. 840), celui-ci ne peut pas se faire restituer contre le

préjudice que ce partage lui aurait causé pendant le temps de sa durée au point de vue de la jouissance (Cass., 5 juil. 1892, D., 92. 1. 503) ; il a seulement le droit de demander un partage définitif. Ses cohéritiers, qui avaient la capacité requise pour procéder à un partage amiable, et qui ont entendu, nous le supposons, procéder à un partage définitif, le peuvent-ils aussi ? La jurisprudence admet la négative par argument de l'art. 1125 al. 2 ; elle les oblige par conséquent à respecter le partage, s'il plaît à l'incapable de s'y tenir. Cass., 5 déc. 1887, D., 88. 1. 241 ; Poitiers, 9 mars 1893, S., 94. 2. 153, D., 95. 2. 121, et Cass., 2 juin 1897, D., 97. 1. 384. Cette solution a soulevé de graves objections dans la doctrine. Elle laisse en effet les cohéritiers capables dans une situation incertaine et précaire dont il est difficile de sortir.

§ IV. De la forme du partage.

672. La loi ne règle la forme du partage que lorsqu'il a lieu en justice. Le partage amiable se fait « dans la forme et par tel acte que les parties intéressées jugent convenable » (art. 819 al. 1).

= Dans la forme... Les cohéritiers peuvent donc faire le partage par acte authentique, ou par acte sous seing privé, ou même par simple convention verbale, sauf en ce cas les difficultés de la preuve. Poitiers, 9 mars 1893, S., 94. 2. 153, D., 95. 2. 121, et supra, n. 667.

= Par tel ACTE que les parties intéressées pigent convenable. Le mot acte désigne ici un acte juridique. Ainsi les parties pourront procéder au partage par voie d'échange, de vente, de transaction ou de toute autre manière (arg. art. 888).

Nous n'avons donc à nous occuper, au point de vue de la forme, que du partage judiciaire.

1. Formalités préliminaires du partage. — Apposition des scellés, inventaire.

673. Aux termes de l'art. 819 : « Si tous les héritiers sont présents et majeurs, l'apposition

» de scellés sur les effets de la succession n'est pas nécessaire... — Si tous les héritiers

» ne sont pas présents, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, le scellé

» doit être apposé dans le plus bref délai, soit à la requête des héritiers, soit à la diligence

» du procureur du Roi près le tribunal de première instance, soit d'office par le

» juge de paix dans l'arrondissement duquel la succession est ouverte ». D'après l'art. 911 C. pr., qui a modifié sur ce point l'art. 819, la présence d'un mineur ou d'un interdit parmi les cohéritiers ne rend l'apposition des scellés obligatoire que lorsqu'il n'est pas pourvu d'un tuteur.

L'art. 820 ajoute : « Les créanciers peuvent aussi requérir l'apposition des scellés, en » vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge ». Cpr. trib. civ. de la Seine, 15 juil. 1907, D., 09. 2. 371. Le juge compétent pour accorder cette permission est le président du tribunal de première instance, ou le juge de paix du canton dans lequel le scellé doit être apposé (C. pr., art. 909-2°).

« Lorsque le scellé a été apposé, tous créanciers peuvent y former opposition, encore

» qu'ils n'aient ni titre exécutoire ni permission du juge. — Les formalités pour la levée

» des scellés et la confection de l'inventaire, sont réglées par les lois sur la procédure » (art. 821).

Former opposition au scellé, c'est s'opposer à ce qu'il soit levé hors la présence de l'opposant. Ce droit appartient, d'après notre article, à tout créancier.

2. Tribunal compétent pour statuer sur l'action en partage.

674. « L'action en partage et les contestations qui s'élèvent dans le cours des opérations,

» sont soumises au tribunal du lieu de l'ouverture de la succession » (art. 822 al. 1).

La loi a voulu centraliser devant un même tribunal toutes les opérations et toutes les difficultés auxquelles peut donner lieu le partage de la succession entre les divers intéressés. Elle a choisi le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire du dernier domicile du défunt (art. 110), parce que c'est là que se trouveront la plupart du temps les titres à consulter et les biens à partager : les juges auront ainsi sous la main les principaux éléments de décision.

« C'est devant ce tribunal », dit l'art. 822 al. 2, « qu'il est procédé aux licitations, et

» que doivent être portées les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants,

» et celles en rescision du partage ». Cpr. Cass., 10 juil. 1905, D., 09. 1. 89 ; 15 juil. 1908, S., 11. 1. 246, et 23 oct. 1911, D., 11. 1. 463, S., 12. 1. 16. — La demande en garantie est en quelque sorte un appendice du partage, et la demande en rescision donne lieu à un nouveau partage. Il n'y a donc pas antinomie entre notre disposition et celle de l'art. 59 al 6 C. pr., qui déclare le tribunal de l'ouverture de la succession compétent pour statuer « sur les demandes entre héritiers, jusqu'au partage inclusivement ».

3. Des opérations que peut entraîner le partage.

675. Cette matière est régie par les art. 824 à 840, auxquels il faut joindre les art. 966 à 985 C. pr., dont plusieurs ont été modifiés par la loi du 2 juin 1841.

1° Estimation des biens à partager. — La loi distingue s'il s'agit d'immeubles ou de meubles.

a. — Estimation des immeubles. Aux termes de l'art. 824 : « L'estimation des immeubles

» est faite par experts choisis par les parties intéressées, ou, à leur refus, nommés

» d'office. — Le procès-verbal des experts doit présenter les bases de l'estimation ; il doit

» indiquer si l'objet estimé peut être commodément partagé ; de quelle manière : fixer

» enfin, en cas de division, chacune des parts qu'on peut en former, et leur valeur ». Autrefois, l'expertise était obligatoire, quand il y avait un ou plusieurs cohéritiers mineurs ou interdits (C. civ., art. 466, et C. pr., ancien art. 969). Elle est devenue facultative même dans ce cas (Cpr. nouvel art. 910, al. 2). — D'autre part, les experts devaient être au nombre de trois, à moins que les parties toutes majeures et capables ne consentissent à la nomination d'un seul expert (C. civ., art. 466 et 824, et C. pr., anciens art. 969 et 971). Aujourd'hui, le tribunal peut, dans tous les cas, ne nommer qu'un seul expert (C. pr., nouvel art. 971 al. 1).

b. — Estimation des meubles. On lit à ce sujet dans l'art. 825 : « L'estimation des meubles,

» s'il n'y a pas eu de prisee faite dans un inventaire régulier, doit être faite par

» gens à ce connaissant, à juste prix et sans CRUE ». La crue, appelée aussi plus-value, était un complément que l'on ajoutait autrefois à l'estimation des huissiers-priseurs ou jurés-priseurs, pour avoir la véritable valeur des meubles. Elle était à Paris du quart de l'estimation même ; ainsi ce qui avait été estimé 4 était considéré comme valant 5. C'est que l'estimation des jurés-priseurs était régulièrement au-dessous de la réalité, depuis qu'un édit de Henri II, de février 1566, avait rendu ces officiers ministériels responsables de leur estimation, en décrétant qu'ils pourraient être tenus de prendre, « pour l'excessive prisee qu'ils en auroient faite, sous prétexte de plus grand salaire, ou voulans gratifier à l'une ou l'autre des parties », tous les meubles qui, après avoir été exposés publiquement en vente, n'auraient pas trouvé d'acquéreur pour « ladite

prise ». Cette sanction n'existant plus dans notre droit actuel, il n'y a plus de motif pour suspecter la sincérité des estimations faites par les officiers publics chargés de cette mission, estimation que la loi leur recommande de faire à juste prix. L'ancien usage de la crue se trouve ainsi supprimé.

2° Vente des biens héréditaires. — La vente des biens héréditaires n'est qu'une mesure exceptionnelle. Régulièrement, ils doivent être attribués en nature aux divers copartageants.

En ce qui concerne les meubles, la vente en doit avoir lieu dans deux cas, que l'art. 826 indique en ces termes :

« Chacun des cohéritiers peut demander sa part en nature
» des meubles et immeubles de la succession ⁷⁷ :
néanmoins, s'il y a des créanciers saisissants

» ou opposants, ou si la majorité des cohéritiers juge la vente nécessaire pour

» l'acquit des dettes et charges de la succession, les meubles sont vendus publiquement

» en la forme ordinaire ». Cpr. art. 945 à 952 C. pr.

Quant aux immeubles, leur vente n'est nécessaire que dans un seul cas, celui où ils ne peuvent pas se partager commodément (art. 827 al. 1). La vente d'une chose impartageable en nature, ainsi faite en vue de partager le prix, porte le nom de licitation (de liceri, liceor, vendre aux enchères). Lorsque toutes les parties sont présentes ou dûment représentées, majeures et maîtresses de leurs droits, la licitation peut être faite dans telle forme qu'il leur plaît de choisir. Dans le cas contraire elle doit se faire dans les formes prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. C'est ce qui résulte des art. 827 et 839, ainsi conçus : « Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément,

» il doit être procédé à la vente par licitation devant le tribunal. — Cependant les parties,

» si elles sont toutes majeures, peuvent consentir que la licitation soit faite

» devant un notaire, sur le choix duquel elles s'accordent » (art. 827). « S'il y a lieu à

» licitation, dans le cas du précédent article (l'art. 838), elle ne peut être faite qu'en

» justice avec les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs. Les

» étrangers y sont toujours admis » (art. 839). Cpr. art. 969 à 973 et 953 à 965 C. pr. Remarquez que, pour les immeubles, à la différence de ce qui a lieu pour les meubles, la volonté de la majorité des cohéritiers ne suffirait pas pour rendre leur vente nécessaire ; il faudrait l'unanimité. Cpr. Cass., 15 juin 1910, S., 11. 1. 271, et la note.

3° Liquidation et formation de la masse partageable. — C'est un notaire qui est chargé de cette opération. L'art. 828 al. 1 indique comment il est désigné : « Après

» que les meubles et immeubles ont été estimés et vendus, s'il y a lieu, le juge-commissaire

» renvoie les parties devant un notaire dont elles conviennent, ou nommé d'office,

» si les parties ne s'accordent pas sur le choix ». Cpr. art. 976 C. pr.

Avant de former la masse partageable, il est nécessaire de liquider les droits respectifs des cohéritiers. Pour cela, il faut régler les comptes des cohéritiers les uns à l'égard des autres. Ainsi, dans le cas où l'un des cohéritiers a administré seul les biens de la succession, il peut avoir à réclamer de ses cohéritiers le remboursement de leur part dans les frais d'administration ; en sens inverse, ses cohéritiers peuvent avoir à lui réclamer leur part dans les fruits par lui perçus. L'art. 828 al. 2 dit à ce sujet : « On procède, devant

» cet officier, aux comptes que les copartageants peuvent se devoir, à la formation de

» la masse générale, à la composition des lots, et aux fournissements à faire à chacun

» des copartageants ». Le mot fournissements désigne les sommes qui doivent être payées à un héritier pour remplir la différence résultant en sa faveur de la balance des comptes.

Les règles relatives à la formation de la masse partageable sont indiquées dans les art. 829 et 830 ainsi conçus : « Chaque cohéritier fait rapport à la masse, suivant les règles

» qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits, et des sommes dont il est

» débiteur » (art. 829). « Si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est

» dû, prélèvent une portion égale sur la masse de la succession. — Les prélèvements se

» font, autant que possible, en objets de même nature, qualité et bonté que les objets

» non rapportés en nature » (art. 830). Ces textes seront facilement compris, quand nous aurons traité du rapport.

L'art. 837 ajoute : « Si, dans les opérations renvoyées devant un notaire, il s'élève des

» contestations, le notaire dressera procès-verbal des difficultés et des dices respectifs

» des parties, les renverra devant le commissaire nommé pour le partage ; et, au surplus,

» il sera procédé suivant les formes prescrites par les lois sur la procédure ».

4° Composition des lots. — « Les lots sont faits par l'un des cohéritiers, s'ils peuvent

» convenir entre eux sur le choix, et si celui qu'ils avaient choisi accepte la commission ;

» dans le cas contraire, les lots sont faits par un expert que le juge-commissaire

» désigne. — Ils sont ensuite tirés au sort » (art. 834).
Junge C. pr., art. 978, 982 et s.

= Par un expert que le juge-commissaire désigne. Dans un cas particulier, les lots sont faits par les experts que le tribunal a désignés pour procéder à l'estimation des immeubles ; c'est celui où « la demande en partage n'a pour objet que la division d'un ou de plusieurs immeubles sur lesquels les droits des intéressés sont déjà liquidés ». (C. pr., nouvel art. 975). Ce texte a levé l'antinomie, qui existait entre l'art. 466, d'après lequel les experts chargés de procéder à l'estimation des immeubles sont chargés en même temps de procéder à la composition des lots, et les art. 824 et 834, d'après lesquels la composition des lots est confiée à un expert désigné par le juge-commissaire, les experts désignés par le tribunal pour procéder à l'estimation des immeubles étant seulement chargés de préparer la composition des lots.

Les règles à observer relativement au nombre et à la composition des lots sont contenues dans les art. 831 à 833 et 836.

Aux termes de l'art. 831 : « Après ces prélèvements ⁷⁸, il est procédé, sur ce qui reste

» dans la masse, à la composition d'autant de lots égaux qu'il y a d'héritiers copartageants,

» ou de souches copartageantes ». On fait autant de lots qu'il y a de copartageants, s'ils viennent tous de leur chef et s'ils ont droit à des parts égales. Si les cohéritiers ont droit à des parts inégales, il doit être fait un nombre de lots suffisant pour que le tirage au sort soit possible. Ainsi, la succession étant dévolue au père et à un frère du défunt, il faudra faire quatre lots ; on en tirera un au sort pour le père, et les trois autres reviendront au frère. Cpr. Nîmes, 25 nov. 1907, D., 08. 2. 367, S., 09. 2. 150. Dans le cas où il y a lieu à la représentation, on fait autant de lots qu'il y a de souches copartageantes, sauf subdivision du lot afférent à une ou plusieurs souches entre les diverses branches qu'elles ont produites.

Combien faut-il faire de lots, au cas où la succession doit se diviser entre des héritiers de la ligne paternelle et des héritiers de la ligne maternelle ? Une opinion accréditée décide qu'il y a lieu de faire d'abord deux lots égaux dont un sera attribué par voie de tirage au sort à la ligne paternelle, l'autre à la ligne maternelle. Puis les héritiers de chaque ligne partageront, s'il y a lieu, suivant les règles du droit commun, le lot qui leur est échu. La cour de cassation condamne ce mode de procéder. La règle, dit-elle (art. 831), c'est qu'il y a lieu de faire autant de lots qu'il y a d'héritiers. Cette règle reçoit une seule exception, au cas où, parmi les copartageants, il y en a qui viennent de leur chef et d'autres par représentation : on fait alors autant de lots qu'il y a de souches copartageantes, sauf subdivision du lot attribué à chaque souche entre les divers ayants droit. Ce procédé exceptionnel ne saurait être étendu par voie d'analogie au cas où la succession se divise entre les héritiers de la ligne paternelle et les héritiers de la ligne maternelle. Il faut alors procéder comme nous l'avons indiqué tout à l'heure pour le cas où les cohéritiers venant de leur chef ont droit à des parts inégales : on doit diviser les biens héréditaires en autant de lots égaux qu'il est nécessaire pour que le tirage au sort soit possible entre tous les héritiers, puis on attribuera par la voie du sort un ou plusieurs lots à chaque intéressé suivant ses droits. Cass., 28 nov. 1883, S., 85. 1. 65, D., 84. 1. 154. Ce procédé, qui a peut-être le mérite de respecter scrupuleusement la lettre de la loi, a l'inconvénient grave de conduire à un morcellement infini de la propriété foncière.

« Les règles établies pour la division des masses à partager, sont également observées

» dans la subdivision à faire entre les souches copartageantes » (art. 836).

« Dans la formation et composition des lots, on doit éviter, autant que possible, de

» morceler les héritages et de diviser les exploitations, et il convient de faire entrer

» dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou

» de créances de même nature ou valeur » (art. 832).

« L'inégalité des lots en nature se compense par un retour, soit en rente, soit en argent » (art. 833). Ce retour porte le nom de soulte (de solvere, solutum).

5° Homologation du partage. — Elle est poursuivie par la partie la plus diligente, et prononcée, s'il y a lieu, par le tribunal (C. pr., art. 980 et 981). Nous disons : s'il y a lieu ; car, aux termes de l'art 835 : « Avant de procéder au tirage des lots, chaque copartageant

» est admis à proposer ses réclamations contre leur formation ». Cpr. Orléans, 30 avril 1909, S., 10. 2. 8.

6° Tirage au sort des lots (art. 834 al. 2 ; junte C. pr., art. 982). — C'est le tirage au sort qui a fait donner le nom de lot à la portion attribuée à chaque cohéritier.

7° Remise des titres concernant les divers objets héréditaires. — « Après

» le partage, remise doit être faite à chacun des copartageants, des titres particuliers

» aux objets qui lui seront échus. — Les titres d'une propriété divisée restent à celui

» qui a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux de ses copartageants qui y

« auront intérêt, quand il en sera requis. — Les titres communs à toute l'hérédité sont

» remis à celui que tous les héritiers ont choisi pour en être le dépositaire, à la charge

» d'en aider les copartageants à toute réquisition. — S'il y a difficulté sur ce choix, il

» est réglé par le juge » (art. 842).

En ce qui concerne les titres de noblesse, il n'y a pas lieu d'en ordonner la licitation, même entre les cohéritiers seulement. A défaut d'entente entre les héritiers, le

tribunal déterminera quel est celui des cohéritiers qui en restera dépositaire, à la charge d'en aider les autres. Angers, 12 fév. 1885, S., 86. 2. 186.

Les portraits de famille et les souvenirs historiques doivent, à défaut de règles spéciales concernant cette nature de biens, être assimilés aux autres objets dépendant de l'hérédité soit pour le partage entre les héritiers, soit pour le droit de saisie des créanciers. Paris, 3 mars 1896, D., 97. 2. 54.

* Un tombeau de famille ne doit être ni vendu ni partagé. Il appartient aux héritiers du concessionnaire proportionnellement à leurs parts héréditaires, et chacun peut y faire inhumer les siens, à la condition de respecter le droit des autres. Paris, 24 fév. 1893, S., 93. 2. 189. Cpr. Poitiers, 30 déc. 1908, S., 09. 2. 220, et la note.

§ V. Du retrait successoral.

676. Définition. — Le retrait, en général, est, dit Pothier, « le droit de prendre le marché d'un autre et de se rendre acheteur à sa place ». Le retrait constitue donc une expropriation forcée.

Il existait dans notre ancien droit un très grand nombre de retraits ; Merlin en compte jusqu'à vingt-cinq. Le législateur du code civil a considérablement réduit ce nombre ; il n'admet plus que le retrait successoral, qui va nous occuper, le retrait litigieux (art. 1699 à 1701) et le retrait d'indivision (art. 1408 al. 2).

L'art. 841 est le seul texte relatif au retrait successoral ; il est ainsi conçu : « Toute personne, même parente du défunt, qui n'est

» pas son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son

» droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous

» les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la
» cession ».

Supposons trois héritiers, Primus, Secundus et Tertius, appelés conjointement à une même succession ; avant que le partage en soit effectué, Primus cède ses droits successifs à une personne étrangère à la succession, moyennant 10.000 fr. Secundus ou Tertius pourra dire au cessionnaire : « Je prends votre marché pour mon compte, en vous remboursant le prix qu'il vous a coûté ; je vous écarte ainsi des opérations du partage, auquel votre titre de cessionnaire vous donnait le droit de prendre part : c'est moi qui prends votre place ».

Tel est le retrait successoral. Le législateur paraît avoir évité à dessein d'employer cette expression, parce que le mot retrait sonnait mal à cette époque, mais elle est consacrée par une tradition séculaire, et la doctrine moderne n'hésite pas à s'en servir. — On appelle retrayant celui qui exerce le retrait, et retrayé celui contre lequel il est exercé.

677. Historique. — Le retrait successoral était inconnu en droit romain. Nos anciens parlements, et notamment celui de Paris, l'admirent par extension des lois *Per diversas et Ab Anastasio* (L. L. 22 et 23, C., *Mandali vel contra*, IV, 35), relatives aux cessions de droits litigieux. Notre droit intermédiaire paraît l'avoir laissé subsister : tout au moins il ne l'abrogea pas formellement.

678. But de cette institution. — D'après Lebrun, le retrait successoral a été introduit « par cette raison qu'il y a ordinairement de la vexation ou un étrange intéressement de la part d'un étranger curieux d'apprendre les affaires d'autrui » ; et il ajoute, citant Plaute : *curiosus quin sit malevolus*, Tels sont bien en effet les motifs qui paraissent avoir inspiré notre législateur. En établissant le retrait successoral, il a voulu donner aux familles une arme contre la malveillance de l'étranger curieux et indiscret, qui ne

s'est peut-être rendu cessionnaire que pour pénétrer, en assistant aux opérations du partage, des secrets de famille qu'on tient à ne pas lui dévoiler, ou contre l'avidité processive du spéculateur, qui sera rarement animé de l'esprit de conciliation si nécessaire au succès de l'opération délicate du partage.

* Et toutefois, si l'on considère : d'une part que le retrait successoral est souvent préjudiciable aux intérêts des cohéritiers qui, grâce à cette institution, ne trouvent guère à vendre leurs droits successifs qu'à vil prix : d'autre part que les parties peuvent aisément éluder l'application de l'art. 841 au moyen de mille fraudes, dont la pratique fournit de très nombreux exemples, et notamment en portant dans l'acte de cession un prix supérieur au prix réel, ou en déguisant une cession à titre onéreux sous les apparences d'une cession à titre gratuit, ou encore en tenant la cession secrète à l'aide d'un mandat, en vertu duquel le cédant se fera représenter au partage par le cessionnaire ; si l'on songe enfin aux nombreux procès que l'art. 841 fait naître dans la pratique, on regrettera peut-être que notre législateur ait cru devoir maintenir le retrait successoral, qui constitue une exception à un principe fondamental de notre droit, au principe de l'art. 545, puisqu'il n'est qu'une expropriation pour cause d'utilité privée, pour cause d'utilité familiale, comme le dit Demolombe. Le nouveau code civil italien l'a supprimé avec raison. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que le retrait successoral constitue un droit tout à fait exceptionnel, et par conséquent le texte de la loi qui l'organise doit recevoir l'interprétation restrictive.

1. Des cessions soumises au retrait successoral.

679. Quatre conditions sont requises pour qu'une cession puisse donner lieu à l'exercice du retrait successoral.

PREMIÈRE CONDITION. — Il faut qu'il s'agisse d'une cession de droits successifs. La loi parle en effet d'un cohéritier « qui a cédé son droit à la succession » (art. 841), c'est-à-dire son droit héréditaire. Toute autre cession échapperait donc au retrait.

Notamment la cession faite par le mari ou par la femme de son droit dans la communauté, et la cession consentie par un associé de son droit dans la société. Non obstant art. 1476 et 1872. Cass., 14 déc. 1908, D., 09. 1. 457, et Poitiers (motifs), 11 mai 1910, S., 10. 2. 272.

D'ailleurs, quand il s'agit d'une cession de droits successifs, il importe peu qu'elle ait pour objet la totalité ou une quote-part seulement du droit héréditaire.

* La cession qu'un cohéritier aurait faite de son droit indivis dans un ou plusieurs objets déterminés de la succession (*singulæ res*), de son droit dans un immeuble héréditaire par exemple, ne donnerait pas lieu à l'exercice du retrait. La loi parle du cohéritier qui a cédé « son droit à la succession », c'est-à-dire à l'universalité, et non aux objets particuliers qui la composent. Sauf à apprécier cependant, en fait, si la cession, qui paraît s'appliquer, d'après ses termes, à des objets particuliers, ne s'applique pas en réalité au droit héréditaire lui-même ; car il est clair que les parties ne peuvent pas, à l'aide d'un moyen détourné, soustraire à l'exercice du retrait une cession que sa nature même y soumet. La jurisprudence se prononce très nettement en ce sens, avec la majorité des auteurs. V. Paris, 1^{er} juil. 1909, D., 10. 2. 287, S., 10. 2. 172, et les renvois. On discute seulement sur le point de savoir si le cessionnaire peut demander le partage des objets dont il a acquis une part indivise, ou s'il doit demander le partage de la succession tout entière pour faire déterminer les droits appartenant à son cédant sur les choses dont il s'agit.

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut que la cession ait été faite à titre onéreux. Une cession à titre gratuit échapperait donc au retrait. Le mot cédé, qu'emploie l'art. 841, est synonyme de vendu. D'ailleurs le législateur parle du remboursement du prix de la cession : ce qui exclut la cession à titre gratuit, dans laquelle il n'y a pas de prix. Exclusion fort juste ; car ici le retrait aurait pour conséquence de priver le retrayé du bénéfice de la donation et d'en faire profiter le retrayant. Enfin l'esprit de la loi manque aussi bien que son texte pour permettre d'évincer par le retrait successoral un cessionnaire à titre gratuit ; car on n'a pas à redouter chez lui cet esprit de cupidité, qui sert de fondement principal à l'exclusion du cessionnaire à titre onéreux, spéculateur de profession le plus souvent, dur et avare par conséquent.

TROISIÈME CONDITION. — La cession doit avoir été faite par un cohéritier (art. 841).

D'ailleurs le mot cohéritier doit ici, d'après l'esprit bien évident de la loi, être entendu lato sensu, comme désignant tous ceux qui succèdent in universum jus, qu'ils soient ou ne soient pas saisis, non seulement par suite les héritiers légitimes ou naturels du défunt, mais aussi ses successeurs irréguliers, par exemple ses frères naturels, et aussi ses légataires à titre universel. Comprendrait-on que la cession, faite par un frère naturel par exemple, fût plus favorisée que celle émanant d'un enfant légitime, et que la première échappât au retrait, tandis que la seconde y serait soumise ?

QUATRIÈME CONDITION. — Il faut enfin que la cession ait été faite au profit d'une personne qui n'est pas successible du défunt (art. 841), qui par conséquent n'a pas d'autre titre que celui de cessionnaire pour figurer au partage. Le cessionnaire qui serait successible du défunt ne pourrait donc pas être retrayé. Le retrait manquerait son but, qui est d'écarter le cessionnaire du partage, puisque le cessionnaire a ici un autre titre pour y figurer, celui de

successible. Le cessionnaire non successible peut d'ailleurs être écarté, quand même il serait parent du défunt ; car, à supposer que cette qualité soit une garantie contre la divulgation des secrets de famille, elle n'en est pas une contre l'avarice et la dureté du spéculateur. En un mot, peut être écarté le cessionnaire non successible ; ne peut pas être écarté le cessionnaire successible. Cpr. Limoges, 23 avril 1909, D., 09. 2. 327, S., 10. 2. 75.

Le mot successible est pris ici par la loi lato sensu, de même que le mot cohéritier, et désigne par conséquent toute personne qui succède au défunt in universum jus, tout successeur universel en un mot. De là il suit que le retrait successoral ne pourrait pas être exercé contre un successeur irrégulier ou un légataire à titre universel cessionnaires de droits successifs. Il pourrait être exercé au contraire à raison d'une cession de droits successifs faite au conjoint d'un des cohéritiers, ou à un héritier qui a renoncé pour s'en tenir à son don (arg. art. 785), ou à un légataire particulier (Rennes. 15 janv. 1880, D, 81. 2. 114, S., 81. 2. 185), et notamment au donataire ou au légataire en usufruit de l'universalité des biens, si du moins on le considère comme un simple ayant-cause à titre particulier. Cpr. Cass., 23 juin 1909, D., 10. 1. 286, Poitiers, sur renvoi, 11 mai 1910, S., 10. 2. 272 et infra, n. 1065.

Quand une cession de droits successifs satisfait aux quatre conditions qui viennent d'être indiquées, le retrait successoral peut être exercé contre le cessionnaire soit avant le partage, soit au cours des opérations qu'il entraîne et jusqu'à sa conclusion définitive (cpr. trib. sup. de Colmar, 20 oct. 1908, S., 09. 4. 32), à moins cependant que ceux auxquels appartient le retrait n'aient renoncé expressément ou tacitement au droit de l'exercer : ce qui serait une question de fait, à résoudre en cas de difficulté par le juge. Cass., 20 juil. 1893, D., 93. 1. 592, et Chambéry, 11 déc. 1907, D., 12. 2. 367, S., 08. 2. 140.

2. Des personnes admises à exercer le retrait successoral.

680. La faculté d'exercer le retrait successoral compète à tout cohéritier du cédant (art. 841), à toute personne par conséquent qui ne pourrait pas être écartée par l'exercice du retrait, si elle était cessionnaire. Cpr. Chambéry, 19 avril 1894, S., 96. 2. 307.

Ici encore le mot cohéritier désigne toute personne qui succède au défunt à titre universel, donc non seulement les héritiers légitimes ou naturels, mais aussi les successeurs irréguliers et les donataires ou légataires à titre universel. Chambéry, 11 déc. 1907, supra. Mais, pour que le cohéritier puisse exercer le retrait successoral, il faut qu'il ne se soit pas enlevé le droit de figurer au partage, en cédant lui-même ses droits successifs. Cass., 5 juin 1905, D., 06. 1. 167, S., 07. 1. 225.

681. Le retrait successoral peut être exercé, « soit par tous les cohéritiers [du cédant], soit par un seul ».

Si les cohéritiers agissent de concert pour exercer le retrait successoral, ils s'en partageront les bénéfices et les charges. Dans quelles proportions ? Sera-ce proportionnellement aux parts héréditaires, ou par tête ? Nous préférons ce dernier sentiment. De quelle importance peut être le montant de la part héréditaire, puisque chaque cohéritier a le droit d'exercer le retrait pour le tout ?

Si un seul des cohéritiers a exercé le retrait, il n'est pas obligé d'en communiquer le profit aux autres. Il a le droit de leur dire : « J'ai exercé le retrait pour mon compte exclusif, ainsi que j'en avais le droit. Si l'opération avait été désavantageuse, je n'aurais pas pu vous forcer à supporter votre part dans la perte ; réciproquement, l'opération ayant été fructueuse, vous n'avez pas le droit d'exiger votre part du gain ». V. cep. Toulouse, 11 fév. 1888, S., 90. 2. 222. Mais on conçoit que l'un des cohéritiers ne peut tenir ce langage que lorsque le retrait constitue un fait accompli.

Jusque-là il n'y a pas encore de droit acquis en sa faveur, et les autres cohéritiers peuvent utilement demander à participer au retrait. On admet généralement, mais il y a de graves dissidences sur ce point, que le retrait n'est consommé que par le consentement du cessionnaire ou par un jugement définitif rendu contre lui, sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire que le prix de la cession ait été remboursé.

3. Des prestations à accomplir pour l'exercice du retrait.

682. Le retrait successoral constituant une expropriation pour cause d'utilité privée, c'est bien le moins que celui qui le subit soit rendu complètement indemne. Le retrayant devra donc rembourser au retrayé :

1° Le prix de la cession (art. 841 in fine).

Entendez le prix réel, comme le dit en matière de retrait litigieux l'art. 1699. Si donc le prix de la cession avait été frauduleusement exagéré dans l'acte de cession, en vue d'entraver l'exercice du retrait, il n'y aurait lieu qu'au remboursement du prix véritable. C'est ce qu'a décidé la cour de Paris dans une espèce où l'acte portait à 60.000 fr. le prix d'une cession faite en réalité moyennant 1.930 fr. L'exagération pourrait être prouvée par tous les moyens possibles, même par témoins et par simples présomptions. C'est le droit commun en matière de fraude. Cpr. Cass., 16 mars 1898, D., 98. 1. 359, S., 98. 1. 280.

Si le cessionnaire s'est engagé à donner au cédant comme prix de la cession une chose non fongible, par exemple un immeuble, le retrayant devra en rembourser la valeur.

Si le prix de la cession consiste en une rente, le retrayant, suivant l'opinion générale, devra rembourser au retrayé les arrérages déjà payés par lui, et se charger pour l'avenir du service de la rente. Au cas particulier où le prix de la cession consisterait en une rente viagère déjà éteinte

par la mort du crédi-rentier au moment où le retrait est exercé, le retrayant serait quitte en remboursant les arrérages courus jusqu'au décès du crédi-rentier (Chambéry, 12 fév. 1878, S., 79. 2. 332, D., 79. 2. 201).

* On décide aussi que, si le cessionnaire a stipulé un terme pour le paiement du prix de la cession, le retrayant jouira de ce terme pour le remboursement du prix promis ; et, pour que le retrayé n'ait pas à subir les conséquences de l'insolvabilité possible du retrayant, on lui donne le droit d'exiger une caution solvable. A quoi M. Laurent objecte avec raison qu'une caution ne peut être exigée qu'en vertu d'un texte. On éviterait cette difficulté, et bien d'autres encore, en admettant que l'indemnité à payer au cessionnaire doit être préalable. Il en est ainsi en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique (art. 545) ; la même solution ne doit-elle pas être admise a fortiori pour le retrait successoral, qui est une expropriation pour cause d'utilité privée ? D'ailleurs l'art. 841 dit que le cessionnaire peut être écarté... « en lui remboursant le prix de la cession » ; donc il conserve son droit tant que le prix n'est pas remboursé. On pourrait appliquer ce principe même au cas où la cession a été faite moyennant une rente viagère, en évaluant le capital de cette rente.

2° Les frais et loyaux coûts du contrat (arg. art. 1699), c'est-à-dire les honoraires du notaire qui a reçu la cession et les droits d'enregistrement payés par le cessionnaire.

* Toutefois, le cessionnaire n'ayant droit qu'au remboursement des LOYAUX coûts, on doit en conclure que, si le prix de la cession a été frauduleusement exagéré dans l'acte de cession, le cessionnaire ne pourra pas exiger le remboursement de tous les droits d'enregistrement qu'il a payés, mais seulement de ceux qu'il aurait payés si l'acte avait indiqué le prix véritable de la cession.

3° Les intérêts du prix de la cession, à dater du jour du paiement fait par le cessionnaire (arg. art. 1699).

4. Effet du retrait exercé.

683. Le retrait n'est pas une vente ni une rétrocession. Il ne faut donc pas considérer le retrayé comme cédant au retrayant le droit héréditaire dont il est lui-même devenu cessionnaire. Le retrayant, suivant la définition de Pothier, prend pour son compte le marché du retrayé et se substitue à lui. Il est subrogé aux droits du retrayé ; d'où le nom d'action en subrogation qu'on donnait souvent autrefois au retrait et sous lequel on le désigne encore quelquefois. La personne du retrayé disparaît par suite du retrait : *perinde habetur ac si non emisset a venditore*, dit Dumoulin ; son droit est résolu rétroactivement par suite de l'exercice du retrait. Il en résulte notamment :

1° Que le retrait successoral n'est pas soumis à la transcription et qu'il ne donne pas lieu au paiement de droits de mutation.

2° Que les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par le retrayé ou procédant de son chef sont non avenues.

* 3° Que le retrayé ne doit aucune garantie au retrayant. Le retrayant ne pourrait donc pas être autorisé, par application de l'art. 1653, à suspendre le remboursement du prix de la cession, à raison du danger d'éviction dont il serait menacé par une action en pétition d'hérédité. Cass., 27 janv. 1892, D., 92. 1. 113, S., 93. 1. 17. Encore moins pourrait-il, après avoir été évincé sur cette action de sa part et de celle acquise par l'exercice du retrait, agir contre le retrayé en restitution du prix qu'il lui aurait remboursé. Mais, comme il est subrogé aux droits du retrayé, nous pensons qu'il pourrait exiger celle restitution du cédant, en intentant contre celui-ci l'action en garantie qui appartenait au retrayé (art. 1696) : le cédant garantit en effet sa qualité d'héritier, et il est jugé contre lui que cette qualité ne lui appartenait pas.

* Le retrayant, qui est subrogé aux droits du retraits, est-il subrogé aussi à ses obligations ? Ainsi, au moment où le retrait est exercé, le cessionnaire n'a pas encore payé son prix au cédant ; l'obligation de payer ce prix passera-t-elle au retrayant ? Pas de difficulté, si les intéressés se sont mis d'accord à ce sujet. Dans le cas contraire, nous pensons que, dans les rapports du retrayant et du retraits, le retrayant pourrait bien être tenu du paiement du prix de la cession, mais que le cédant ne perdrait pas pour cela le droit d'agir s'il le préfère contre son cessionnaire. Il aurait donc deux débiteurs au lieu d'un. « Le vendeur, dit Pothier, n'est pas obligé, quelque caution qu'on lui offre, d'accepter le retrayant comme débiteur à la place de l'acheteur ». Ce n'est qu'une application de ce principe qu'un créancier ne peut pas être forcé de changer de débiteur malgré lui. La jurisprudence est en ce sens ; il y a des dissidences dans la doctrine.

SECTION II

DES RAPPORTS

* 684. Historique. — L'institution du rapport tire son origine du droit romain. A une certaine époque, le prêteur appela les enfants émancipés à succéder concurremment avec les enfants demeurés sous puissance ; mais il leur imposa l'obligation de verser dans la masse héréditaire les biens par eux acquis à la faveur de l'émancipation, biens dont l'acquisition aurait profité au père de famille si les enfants n'étaient pas sortis de sa puissance (collatio bonorum). C'était justice ; car autrement les enfants émancipés auraient été traités plus favorablement que les enfants restés sous puissance, puisque certaines acquisitions faites par ces derniers auraient enrichi la masse commune, tandis que des acquisitions de même

nature faites par les premiers en auraient été exclues. Aussi Ulpien dit-il, au début du livre consacré à cette matière : « Hic litulus manifestam habet æquitatem » (L. 1, D., De collat., XXXVII, 6).

Le versement, ainsi fait par les enfants émancipés, était un apport plutôt qu'un rapport. Nous ne retracerons pas l'historique des transformations successives, à la suite desquelles se dégagait l'idée du rapport tel que nous le concevons aujourd'hui, comme institution ayant pour but d'établir l'égalité entre plusieurs successibles dont un ou quelques-uns ont été avantagés par le défunt ; la première idée de ce rapport apparaît avec la collatio dotis, qui, elle-même, dérive de la collatio bonorum. Nous nous bornerons à dire que, d'après les constitutions impériales, le rapport n'avait lieu que dans les successions déférées aux descendants, inter fratres ; qu'il ne s'appliquait qu'aux dons entre vifs, jamais aux legs ; que le disposant pouvait en affranchir le donataire par une déclaration expresse, et qu'enfin le donataire pouvait s'y soustraire en renonçant à la succession.

Dans notre ancienne jurisprudence, les pays de droit écrit adoptèrent les principes de la législation romaine sur la collatio.

Quant à la législation des pays coutumiers, elle présentait sur cette matière une extrême diversité. La plupart des coutumes cependant s'accordaient sur les deux points suivants : 1° le rapport des dons entre vifs n'était imposé qu'aux descendants venant à la succession de leurs ascendants ; il n'avait pas lieu dans les successions déférées aux collatéraux, ni même, suivant l'opinion générale, dans celles déférées aux ascendants ; 2° le rapport des donations testamentaires ou legs avait lieu dans toutes les successions, même collatérales, ou pour mieux dire tout héritier, même collatéral, ne pouvait réclamer à la fois sa part héréditaire et le montant du legs qui lui avait été fait par le défunt ; il y avait incompatibilité

entre la qualité d'héritier et celle de légataire. « Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble », disait l'art. 300 de la coutume de Paris.

Sur le point de savoir si l'héritier obligé au rapport pouvait en être dispensé par la volonté du disposant ou s'y soustraire par le moyen d'une renonciation, les coutumes se divisaient en trois groupes principaux :

1° Coutumes d'égalité parfaite (il n'y en avait que cinq, la coutume de Touraine était du nombre), d'après lesquelles l'héritier obligé au rapport ne pouvait ni en être dispensé par la volonté du disposant, ni s'y soustraire en renonçant. Selon Pothier, ces coutumes étaient les plus conformes aux traditions du vieux droit coutumier.

2° Coutumes de simple égalité ou d'option. C'étaient les plus nombreuses ; celles de Paris et d'Orléans rentraient dans cette catégorie. Elles ne permettaient pas au disposant d'affranchir le donataire de l'obligation du rapport, de manière qu'il pût cumuler son don avec sa part héréditaire ; mais elles autorisaient le donataire à se soustraire au rapport en renonçant à la succession. Elles accordaient donc au successible donataire le choix entre la qualité d'héritier et celle de donataire, et c'est pourquoi on les appelait quelquefois coutumes d'option.

3° Coutumes de préciput (ex. cout. de Nivernais), d'après lesquelles l'obligation du rapport cessait, soit par la renonciation du successible, soit par une dispense émanée de l'auteur de la disposition. C'est le système de ces coutumes qui a passé en grande partie dans notre code civil.

La loi du 17 nivôse de l'an II (art. 9 et 16) maintint l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire. Inspirée par d'autres idées qui furent aussi celles des rédacteurs du code civil, la loi du 4 germinal an VIII (art. 5) assimile, au point de vue qui nous occupe, les dispositions testamentaires aux dispositions entre vifs et applique aux unes et aux autres le système des coutumes de préciput.

685. Définition. — Le rapport est la remise réelle ou fictive faite à la succession par un cohéritier, de ce qui lui a été donné ou légué par le défunt ou de ce qu'il devait au défunt. Le rapport a pour but d'établir l'égalité entre les cohéritiers dont un ou quelques-uns ont été avantagés par le défunt. L'héritier avantagé devra rapporter à la succession son avantage, c'est-à-dire le remettre dans la masse (rapport en nature), ou, s'il le conserve, l'imputer sur sa part (rapport en moins prenant), de sorte que finalement il n'aura pas plus que ses cohéritiers, ne pouvant pas cumuler son avantage avec sa part héréditaire.

On voit par notre définition que le rapport peut avoir lieu en ce qui concerne les dons entre vifs, les legs et les dettes.

L'expression rapport est très bien choisie en tant qu'elle s'applique aux dons entre vifs et aux dettes. L'héritier qui a reçu du défunt un don entre vifs rapporte ce don à la succession, c'est-à-dire qu'il remet la chose donnée, réellement ou fictivement, dans la masse à partager. De même l'héritier qui est débiteur du défunt rapporte sa dette à la succession : il verse (réellement ou fictivement) la somme due dans la succession. Mais l'expression rapport est moins heureuse en tant qu'elle s'applique aux legs. Comme on le verra plus tard, l'obligation du rapport consiste en définitive pour le légataire dans l'interdiction de réclamer son legs ; il est tenu de le laisser dans la succession. Le mot rapport exprime assez mal cette idée, car, à proprement parler, rapporter c'est remettre, ce qui suppose que l'on a reçu. Le législateur l'emploie néanmoins, et nous l'imiterons *brevitatis causa*. V. notamment les art. 847 et 849 qui parlent des legs faits avec dispense du rapport, ce qui implique qu'ils devraient être rapportés en l'absence de cette dispense.

Nous traiterons dans deux paragraphes : 1° du rapport des dons et des legs ; 2° du rapport des dettes.

§ I. Rapport des dons et des legs.

686. Une succession est dévolue à plusieurs héritiers. L'un d'eux a reçu du défunt un don entre vifs. Pourra t-il cumuler ce don avec sa part héréditaire, c'est-à-dire garder le don et prendre ensuite dans la succession une part égale à celle de ses cohéritiers, de sorte que, finalement, il se trouvera avoir de plus qu'eux le montant de son don ? Ou bien au contraire devra-t-il rapporter son don à la succession, c'est-à-dire le remettre réellement ou fictivement dans la masse, de sorte qu'en définitive il n'aura pas plus que ses cohéritiers ? Tout dépend de la volonté du défunt. S'il a exprimé cette volonté dans la forme légale, il faudra la respecter. Au cas contraire, on présumera qu'il a entendu imposer au successible avantagé l'obligation du rapport. En effet le de cujus avait vraisemblablement la même affection pour tous ses successibles, et il a dû vouloir qu'ils fussent tous traités également dans sa succession, ce qui implique l'obligation du rapport à la charge de ceux qui ont reçu des dons entre vifs. C'est un avancement d'hoirie, c'est-à-dire une simple avance sur sa succession future, que le défunt a entendu faire à celui ou à ceux de ses successibles qu'il a gratifiés par donation entre vifs, et non une donation par préciput et hors part, c'est-à-dire une donation dont le montant devrait s'ajouter à la part héréditaire du donataire. Cela est surtout très vraisemblable lorsque la donation est faite par un ascendant à son descendant, le plus souvent à l'occasion de l'établissement de celui-ci par mariage ou autrement. Le disposant se proposait probablement de traiter ses autres successibles de la même manière à première occasion. Rien n'autorise à dire qu'il a entendu avantager en définitive au préjudice des autres celui auquel il a fait la donation. Celui ci devra donc le rapport à ses cohéritiers, s'il vient à la succession concurremment avec eux. D'ailleurs l'obligation du rapport n'a pas pour résultat de destituer le don de

toute utilité, car sans lui le successible n'aurait peut-être pas trouvé à s'établir, et en tous cas il a joui des biens donnés depuis l'époque de la donation jusqu'à celle de l'ouverture de la succession. Il garde en effet pour lui tous les fruits et intérêts perçus ou échus jusqu'au jour de l'ouverture.

Tout cela résulte du nouvel art. 843 al. 1 (L. 24 mars 1898), ainsi conçu : « Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession,

- » doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par

- » donation entre vifs, directement ou indirectement ; il ne peut

- » retenir les dons à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui

- » aient été faits expressément par préciput et hors part ou avec

- » dispense du rapport ».

686 bis. En sera-t-il de même du successible légataire du défunt ? Devra t-il lui aussi, en l'absence d'une clause expresse de dispense du rapport, ou autrement dit en l'absence d'une clause de préciput et hors part, être privé du droit de cumuler son legs avec sa part héréditaire, de prendre le legs en sus de cette part ? Non. La loi nouvelle établit une différence, au point de vue du rapport, entre l'héritier donataire et l'héritier légataire. Le nouvel art. 843 al. 2 dispose à ce sujet : « Les legs faits à un héritier sont réputés faits

- » par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé

- » la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer son

- » legs qu'en moins prenant ».

Ainsi le legs ne sera rapportable qu'au cas où le testateur en aura exprimé la volonté. S'il ne s'est pas expliqué, on présumera qu'il a voulu autoriser l'héritier légataire à

cumuler son legs avec sa part héréditaire. Le legs, dit notre texte, sera « réputé fait par préciput et hors part », c'est-à-dire avec dispense du rapport. Cette présomption est très rationnelle. En effet, en faisant un legs à son successible, le défunt a dû vouloir lui procurer quelque avantage. Or où sera l'avantage si l'héritier légataire n'est pas autorisé à cumuler son legs avec sa part héréditaire, s'il ne peut pas le prendre en sus de cette part ? La plupart du temps on ne le verrai pas. En effet on ne peut pas dire de l'héritier légataire, comme de l'héritier donataire, que, le rapport effectué, il lui restera toujours le profit retiré de la jouissance de la chose léguée, car le légataire n'a rien reçu du vivant du testateur et par conséquent n'a pas pu jouir.

687. Au résumé, en l'absence de toute manifestation expresse de volonté à cet égard, les dons entre vifs faits par le défunt à l'un de ses successibles sont réputés faits en avancement d'hoirie, tandis que les legs sont réputés faits par préciput et hors part.

Le législateur de 1803 n'avait pas établi cette distinction. L'art. 843 tel qu'il le décréta assimilait l'héritier légataire à l'héritier donataire. L'un comme l'autre était soumis à l'obligation du rapport, à moins qu'il n'en eût été expressément dispensé par le de cujus, Dans l'un comme dans l'autre cas, il y avait présomption que le défunt avait entendu soumettre le successible au rapport, quand il n'avait pas exprimé sa volonté à cet égard. Cette présomption, qui avait la plupart du temps pour résultat de rendre le legs inutile, était difficile à justifier.

On pouvait dire, il est vrai, que l'héritier légataire n'était tenu au rapport de son legs que s'il acceptait la succession, qu'il pouvait donc conserver le bénéfice de ce legs (dans les limites de la quotité disponible) en renonçant à la succession (ancien art. 844), que l'intention du défunt, en lui faisant le legs, avait été précisément de lui donner l'option entre sa part héréditaire, qu'il avait le droit de prendre en acceptant la succession, et le legs qu'il

acquerrait le droit de réclamer en renonçant à la succession. Mais ce droit d'option ne pouvait présenter quelque avantage pour le légataire qu'autant que le legs était de la même importance ou à peu près que la part héréditaire ; ce qui n'arrivait pas le plus ordinairement. Il faut bien supposer que le testateur a quelque bon sens. Quand il lègue 5.000 fr. à un de ses héritiers présomptifs, dont la part héréditaire doit être de 25,000 fr. s'il accepte, son intention ne peut pas être de dire à ce successible : « Choisissez entre un legs de 5.000 fr. auquel vous aurez droit si vous renoncez à ma succession, et une part héréditaire de 25.000 fr., qui vous reviendra si vous acceptez ».

On disait encore que, le rapport des legs, étant soumis, d'après l'opinion générale, aux mêmes règles que le rapport des dons entre vifs, pouvait dans certains cas être effectué en moins prenant : ce qui permettrait à l'héritier légataire d'obtenir la chose léguée en nature, sauf à la précompter sur sa part. Mais, outre que ce droit n'appartenait pas toujours au légataire, c'était là un mince avantage, et il était difficile de croire que le legs eût été fait en vue de le procurer au légataire.

En somme, dans la grande majorité des cas, on ne peut guère donner à la disposition testamentaire, faite au profit de l'un des héritiers par le défunt, un sens raisonnable, si on ne la considère pas, ainsi que le fait le nouvel art. 843, comme faite par préciput et hors part ; et il faut reconnaître que le code civil méritait d'être réformé sur ce point.

687 bis. L'égalité entre cohéritiers et l'obligation du rapport qui en est la sanction n'ont pas d'autre fondement rationnel que la volonté du défunt. La loi veut l'égalité entre les héritiers, et les soumet en conséquence au rapport, parce que le défunt l'a ainsi voulu. L'obligation du rapport devait donc cesser, lorsqu'il apparaît que le de cujus a entendu en dispenser son successible. La dispense

du rapport doit être expresse pour les dons entre vifs. Il faut, dit la loi (art. 843), que le don ait été fait **EXPRESSÉMENT** par préciput et hors part ou avec dispense de rapport. Ce sont les formules les plus usitées, mais le disposant pourrait employer toute autre formule équivalente propre à manifester sa volonté. — Pour les legs., nous savons que, dans le silence du testateur, ils sont réputés faits par préciput et hors part. D'ailleurs, quelque formelle qu'elle soit, la dispense du rapport ne peut produire effet que dans les limites de la quotité disponible, c'est-à-dire de la portion de ses biens dont le défunt avait la libre disposition. En d'autres termes, l'héritier dispensé du rapport est autorisé à cumuler le montant de son don ou de son legs avec sa part héréditaire ; mais ce cumul ne peut en aucun cas porter atteinte au droit de réserve des autres héritiers.

D'un autre côté, l'égalité n'ayant sa raison d'être qu'entre les héritiers qui viennent à la succession, il ne peut plus être question de soumettre au rapport ceux qui y ont renoncé. L'héritier qui renonce pourra donc conserver son don ou réclamer son legs, mais toujours dans les limites seulement de la quotité disponible.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans les art. 844 et 845 ainsi conçus :

ART. 844 (L. 24 mars 1898). Les dons faits par préciput ou avec dispense de rapport ne peuvent être retenus ni les legs réclamés par l'héritier venant à partage que jusqu'à concurrence de la quotité disponible : l'excédent est sujet à rapport.

ART. 845. L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible.

688. Nous aurons à étudier successivement : 1° qui doit le rapport ; 2° à qui le rapport est dû ; 3° à quelle succession le rapport doit être fait ; 4° quels dons et quels

legs sont rapportables ; 5° la dispense du rapport ; 6° comment s'effectue le rapport et quels en sont les effets.

N° 1. Qui doit le rapport.

689. Principe. — Quatre conditions sont requises pour qu'on soit tenu du rapport : 1° être héritier du défunt ; 2° être son donataire ou son légataire (art. 843) ; 3° avoir des cohéritiers ; 4° n'être pas dispensé du rapport. Les deux premières conditions demandent seules un examen spécial.

PREMIÈRE CONDITION. Il faut être héritier. — La loi dit : « Tout héritier... venant à une succession » (art. 843). Il ne suffit donc pas d'être appelé à la succession pour être tenu du rapport ; il faut encore y venir, c'est-à-dire l'accepter ; il faut être héritier.

Peu importe d'ailleurs que l'héritier accepte la succession purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire ; la loi dit : « Tout héritier, même bénéficiaire ». Et en effet l'héritier bénéficiaire est un héritier véritable. D'autre part, le rapport est affaire entre cohéritiers (art. 857) ; or le bénéfice d'inventaire n'apporte aucune modification à la situation respective des héritiers les uns à l'égard des autres, puisqu'il ne produit d'effet que dans les relations de l'héritier avec les créanciers et les légataires. L'héritier bénéficiaire devait donc être soumis au rapport, comme l'héritier pur et simple.

Il ne peut même pas s'en affranchir, en faisant aux créanciers et aux légataires l'abandon autorisé par l'art. 802. Lebrun enseignait le contraire ; mais Pothier combattait son opinion, en se fondant sur ce que « l'obligation du rapport n'est pas une obligation de la succession, mais une obligation propre de l'héritier ».

Enfin, la loi ne distinguant pas, le rapport serait dû par tout héritier, qu'il appartienne à l'ordre des descendants, à celui des ascendants ou à celui des collatéraux.

Les successeurs irréguliers sont-ils soumis au rapport comme les héritiers proprement dits ? Au point de vue rationnel, on ne voit guère de bons motifs pour les affranchir du rapport, dont la loi semble faire une règle aussi générale que possible, puisqu'elle l'admet même dans les successions déferées aux collatéraux les plus éloignés ; dès lors, on peut facilement admettre que les successeurs dont il s'agit sont compris sous la dénomination d'héritiers de l'art. 843. Cette expression est souvent prise dans les textes avec un sens très général. V. notamment les art. 786 et 857.

Des raisons analogues conduisent à décider que le rapport est dû même dans les successions anormales. Ainsi les frères et sœurs légitimes d'un enfant naturel, venant recueillir la succession anormale de l'art. 766, se doivent respectivement le rapport de ce qu'ils ont reçu du défunt. Mais ils ne devraient pas le rapport aux frères et sœurs naturels du défunt venant recueillir la succession ordinaire. Il y a comme deux successions distinctes à considérer ; dans chacune les héritiers se doivent le rapport, mais les héritiers de l'une ne doivent pas le rapport aux héritiers de l'autre.

Toute personne qui n'a pas la qualité d'héritier, n'est pas soumise au rapport. Ainsi un légataire à titre universel, venant à la succession en concours avec d'autres légataires ou avec des héritiers, ne leur devrait pas le rapport des dons entre vifs qu'il aurait reçus du défunt. Cass., 28 mai 1894, D., 96. 1. 86, S., 98. 1. 445.

DEUXIÈME CONDITION. Il faut être donataire ou légataire du défunt. — D'ailleurs il n'y a pas à considérer la date de la disposition. Un héritier devrait donc le rapport, même des dons qui lui auraient été faits à une époque où il n'avait pas encore la qualité de successeur, parce qu'il était précédé par des parents plus proches. L'art. 846 dit à ce sujet : « Le donataire qui n'était pas héritier

» présomptif lors de la donation, mais qui se trouve

successible au

» jour de l'ouverture de la succession, doit également le rapport,

» à moins que le donateur ne l'en ait dispensé ». Le disposant a fort bien pu avoir l'intention, en faisant la donation, d'assujettir le donataire au rapport pour le cas où il serait plus tard appelé à sa succession, et l'obligation du rapport se trouve ainsi justifiée, même dans ce cas.

690. Conséquences. — Du principe que le rapport n'est dû que par celui qui est à la fois héritier et donataire ou légataire du défunt résultent deux conséquences.

PREMIÈRE CONSÉQUENCE. — Elle nous est déjà connue. L'héritier qui renonce à la succession n'est pas tenu du rapport ; il est en effet censé n'avoir jamais été héritier (art. 785). Aussi l'art. 845 l'autorise-t-il à retenir le don entre vifs ou à réclamer le legs qui lui a été fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Ce qui est vrai de l'héritier renonçant l'est aussi de l'héritier indigne : il conservera donc son don ou son legs dans les limites de la quotité disponible, à moins que la révocation n'en soit prononcée contre lui pour cause d'ingratitude.

DEUXIÈME CONSÉQUENCE. — A la différence de ce qui avait lieu dans notre ancien droit, qui admettait dans certains cas le rapport pour autrui, un héritier n'est pas tenu du rapport de ce qui a été donné par le défunt à une personne autre que lui-même, fût-ce à son fils, à son père ou à sa mère, ou à son conjoint. En effet la qualité d'héritier et celle de donataire appartiennent alors à deux personnes différentes : c'est moi qui suis héritier ; c'est mon fils, mon père ou ma mère, ou mon conjoint qui est donataire ; donc le rapport n'est pas dû. Cependant celui qui vient à une succession par représentation doit le rapport de ce qui a été donné par le défunt au représenté ; car le représentant exerçant le droit du représenté, doit satisfaire aux obligations de celui-ci par rapport à la

succession dont il s'agit ; il ne peut pas prétendre à une part supérieure à celle qu'aurait eue le représenté.

C'est ce que disent, en termes assez peu satisfaisants d'ailleurs, les art. 847, 848 et 849, ainsi conçus :

ART. 847. Les dons et legs faits au fils de celui qui se trouve successible à l'époque de l'ouverture de la succession sont toujours réputés faits avec dispense du rapport. — Le père venant à la succession du donateur, n'est pas tenu de les rapporter.

ART. 848. Pareillement, le fils venant de son chef à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait accepté la succession de celui-ci : mais si le fils ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait répudié sa succession.

ART. 849. Les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible sont réputés faits avec dispense du rapport. — Si les dons et legs sont faits conjointement à deux époux, dont l'un seulement est successible, celui-ci en rapporte la moitié ; si les dons sont faits à l'époux successible, il les rapporte en entier.

691. La plupart de nos anciennes coutumes tenaient pour non avenue la dispense de rapport accordée par le de cujus à l'un de ses successibles. La pratique avait imaginé mille moyens pour éluder cette prohibition qui gênait la liberté des disposants. Un des plus usités était l'interposition de personne : le disposant faisait la libéralité à un intermédiaire, donataire apparent, avec charge de la restituer au successible qu'il voulait avantager et qui était le donataire véritable. Celui-ci se trouvait donc en fait dispensé du rapport, puisqu'il était donataire sans le paraître ; à moins que la fraude ne fût découverte : ce qui était rare. Mais on conçoit que ce rôle d'intermédiaire ne pouvait être confié qu'à une personne offrant pleine sécurité. On choisissait ordinairement pour le remplir le conjoint du successible, ou un de ses plus proches parents :

son père ou son fils. Tel étant l'usage constant des disposants qui voulaient éluder la prohibition des coutumes, on en était arrivé à considérer toute disposition, faite par le défunt au profit du père, du fils ou du conjoint d'un de ses successibles, comme s'adressant à ce successible lui-même, et en conséquence on. obligeait celui-ci à effectuer le rapport comme s'il était donataire direct. En un mot, le père, le fils ou le conjoint d'un successible étaient présumés de droit personnes interposées par rapport à lui.

Une semblable présomption, et l'obligation du rapport pour autrui qui en était la conséquence, n'avaient plus aucune raison d'être sous l'empire d'une législation qui, comme celle de notre code civil, autorise la dispense du rapport. Pourquoi supposer que le disposant, qui veut accorder cette dispense à l'un de ses successibles, prendra la voie détournée de l'interposition de personne, au lieu d'agir ouvertement comme la loi le lui permet ? Il fallait donc abandonner la tradition de notre ancien droit en ce qui concerne le rapport pour autrui. C'est ce qu'a fait notre législateur. Le projet exprimait en termes très nets sa volonté à cet égard ; il contenait deux articles ainsi conçus : « L'héritier n'est tenu de rapporter que le legs qui lui a été fait personnellement » (art. 162) ; « Le père ne rapporte pas le don fait à son fils non successible » (art. 163). Et les art. 847 à 849 qui ont passé dans la rédaction définitive de la loi, n'ont pas d'autre signification. Il est vrai qu'en déclarant que les dons et legs faits au fils du successible ou à son conjoint sont réputés faits avec dispense du rapport, les art. 847 et 849 semblent exprimer cette idée que ces dons ou legs sont considérés, en vertu d'une présomption légale, comme s'adressant au successible lui-même — car, s'ils ne s'adressaient pas à lui, il serait inutile de les dispenser du rapport —, mais que le successible n'en devra pas le rapport parce que le détour pris par le disposant prouve qu'il a eu l'intention de l'en dispenser. La loi

admettrait donc dans ce cas une dispense tacite du rapport, par exception à la règle qui exige une dispense expresse (art. 843). En d'autres termes, nos articles établiraient ici, à l'imitation de nos anciennes coutumes, une présomption légale d'interposition de personne, mais sans accepter la conséquence qu'elles avaient déduite de cette présomption en obligeant le successible au rapport.

Ce serait là un système si singulier qu'il paraît difficile de le prêter au législateur. D'autant plus que la discussion, à la suite de laquelle le projet primitif a été modifié, ne laisse nullement supposer qu'on ait abandonné la première idée si nettement exprimée dans les articles du projet cités tout à l'heure. On l'a seulement formulée d'une manière différente pour donner satisfaction à une observation, de très peu de portée, faite par Tronchet. Il est remarquable d'ailleurs que l'art. 848 n'emploie pas la même formule que les art. 847 et 849, ce qui prouve que le législateur n'y a pas attaché grande importance ; il dit simplement : « Pareillement le fils... n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père ». C'est la formule du texte primitif du projet, et le mot Pareillement, par lequel débute l'art. 848, permet bien de considérer la formule différente de l'art. 847, et par suite aussi celle de l'art. 849, comme n'en étant qu'une variante.

En tout cas, même quand il faudrait admettre, contrairement à toute vraisemblance, que nos articles dispensent du rapport des libéralités, qu'ils considèrent comme faites au successible par personne interposée, ce ne serait pas une raison pour décider, comme le font quelques auteurs, que toute libéralité, faite à un successible par personne interposée, doit par cela même être considérée comme dispensée du rapport. Que telle ait pu être l'intention du disposant, en prenant ce détour, c'est possible, sans être certain cependant ; car il a peut-être voulu seulement dissimuler pour le moment la libéralité, afin de ne pas exciter la jalousie de ses autres héritiers

présomptifs, D'ailleurs, quand même l'intention serait certaine, il importerait peu ; car la loi n'admet en principe, au moins pour les dons entre vifs (nouvel art. 843), que la dispense expresse du rapport, et, à supposer qu'elle admette une dispense tacite dans les cas prévus par les art. 847 à 849, ce serait une exception à la règle, qui ne devrait pas être étendue d'un cas à un autre.

692. Le texte de nos trois articles donne lieu à quelques observations particulières.

Ce que les art. 847 et 848 disent du père s'appliquerait évidemment à la mère ; ce qu'ils disent du fils, à la fille.

D'après l'article 848, le fils du donataire, qui vient de son chef à la succession du donateur, n'est pas tenu de rapporter à cette succession le don fait à son père. La raison en est, nous l'avons déjà dit, que la qualité d'héritier et celle de donataire appartiennent ici à deux personnes différentes : c'est le père qui est donataire, c'est le fils qui est héritier. L'article ajoute que le rapport n'est pas dû, alors même que le fils du donataire aurait accepté la succession de celui-ci. Il est vrai qu'en pareil cas le fils du donataire aura peut-être recueilli le bien donné dans la succession de celui-ci, et qu'il se trouvera ainsi en possession de ce bien au moment où il viendra à la succession du donateur : mais il n'en est pas donataire pour cela : il le détient comme ayant-cause du donataire et non comme avant-cause du donateur, il n'en doit donc pas le rapport. Au contraire, le fils du donataire doit le rapport de ce qui a été donné à son père (et de ce que son père devait au de cujus, Paris, 14 mai 1892, D., 92. 2. 295), s'il vient par représentation de celui-ci à la succession du donateur. En effet, le représentant, exerçant les droits du représenté, doit être aussi tenu de ses obligations relativement à la succession dont il s'agit ; or, si le donataire était venu lui-même à la succession du donateur, il aurait dû le rapport de son don (supra, n. 686). Cette circonstance que le fils du donataire aurait renoncé à la

succession de celui-ci ne le libèrerait même pas de l'obligation du rapport. Il est vrai que, dans cette hypothèse, le fils du donataire n'aura pas profité du bien donné : mais peu importe ; car ce n'est pas parce qu'il profite des biens donnés qu'il est assujetti au rapport, mais bien parce qu'il représente le donataire.

Si le représentant est obligé de venir occuper successivement plusieurs degrés pour arriver à la succession, il doit le rapport de tous les dons faits par le de cujus aux diverses personnes dont il emprunte les droits. Ainsi, un arrière-petit-fils, venant à la succession de son bisaïeul par représentation de son aïeul et de son père prédécédés, doit le rapport des dons qui auraient été faits par le de cujus soit à l'un, soit à l'autre.

Le représentant, qui est tenu du rapport des dons faits au représenté, est-il tenu aussi, et en outre, du rapport des dons qu'il a reçus personnellement du défunt ? L'affirmative n'est guère douteuse, bien que la question soit controversée. La fiction de la représentation n'empêche pas le représentant d'être héritier (supra, n. 501) : or, tout héritier doit le rapport des dons qu'il a reçus du défunt (art. 843).

* En supposant que, parmi les héritiers appelés à la succession par représentation d'une même personne prédécédée, les uns acceptent, tandis que les autres renoncent, les premiers devront-ils rapporter la totalité de ce qui a été donné au représenté par le de cujus, ou seulement une part proportionnelle à leur portion héréditaire ? Ils devront le rapport de la totalité. En effet, par suite de la renonciation de leurs cohéritiers, ils exercent seuls les droits du représenté ; ils doivent donc satisfaire intégralement aux obligations de celui-ci par rapport à la succession dont il s'agit. La part des renonçants accroît aux acceptants (art. 786), mais avec les charges dont elle est grevée (supra, n. 618). En ce sens, Pau, 9 fév. 1885, S., 87. 2. 197, D., 86. 2. 241.

* Enfin, en ce qui concerne l'art. 849, dont la disposition revient à dire que l'un des conjoints n'est pas tenu de rapporter ce qui a été donné à l'autre, nous remarquons que cette règle ne serait nullement modifiée par suite de cette circonstance, que le don fait à l'un des époux aurait profité à l'autre en vertu de ses conventions matrimoniales. Ainsi, deux époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ; un don de 20.000 fr. est fait à la femme. Il tombe dans la communauté (arg. art. 1401-1°) ; par conséquent, il profitera au mari, pour la moitié au moins, pour la totalité peut être, si la femme renonce à la communauté. Cela n'empêchera pas que le mari, s'il vient à la succession du donateur ne devra pas le rapport du don, même pour partie, et que la femme le devra pour la totalité, si c'est elle qui succède au donateur.

N° 2. A qui le rapport est dû.

693. Aux termes de l'art. 857 : « Le rapport n'est dû que par le

» cohéritier à son cohéritier ; il n'est pas dû aux légataires ni aux

» créanciers de la succession ».

Qui doit le rapport ? Le cohéritier. A qui le rapport est-il dû ? Au cohéritier. Il y a donc un lien intime entre les deux questions, puisqu'elles comportent la même réponse. C'est qu'en effet le rapport est affaire entre cohéritiers ; il constitue une loi qui leur est commune à tous, que chacun par conséquent peut invoquer, de même qu'il doit la subir. Nous savons donc à qui le rapport est dû, puisque nous savons qui le doit : ce sont deux faces d'une même question.

Ainsi le rapport peut être exigé, de même qu'il est dû, par tout héritier, c'est-à-dire par toute personne que la loi appelle à la succession ; et il n'y a pas à distinguer à cet égard entre les héritiers purs et simples et les héritiers

bénéficiaires. Ainsi encore le rapport peut être demandé, de même qu'il est dû, non seulement par les héritiers légitimes ou naturels, mais aussi par les successeurs irréguliers, le mot cohéritier de l'art. 857 devant être entendu lato sensu, de même que le mot héritier de l'art. 843.

En sens inverse, le rapport ne peut pas être réclamé, de même qu'il n'est pas dû, par l'héritier renonçant ou indigne (arg. art. 785 et 857). Le rapport est un incident du partage, et il ne peut être demandé que par ceux qui viennent au partage. Le rapport ne serait pas dû non plus aux légataires ni aux créanciers de la succession (art. 857) ; ils ne peuvent pas plus le demander qu'ils ne sont obligés de le subir.

694. Nous disons en premier lieu que le rapport n'est pas dû aux légataires. Qu'ils ne puissent pas demander le rapport des dons entre vifs que le défunt a faits à ses successibles, cela est d'évidence. Les légataires ne peuvent prétendre qu'aux biens qui appartenaient au testateur lors de son décès, puisque c'est à ce moment que leur droit prend naissance ; or les biens donnés entre vifs soit aux héritiers, soit à d'autres, ne figuraient plus alors dans le patrimoine du défunt ; ils en étaient définitivement sortis pour lui, et par conséquent pour ses légataires qui ne sont que ses ayant-cause. Mais les légataires ne peuvent pas non plus demander aux héritiers le rapport des legs qui leur ont été faits par le défunt, proposition qui ne présente plus aujourd'hui que bien peu d'utilité, les legs faits aux héritiers n'étant plus rapportables que très exceptionnellement (nouvel art. 843 al. 2, L. 24 mars 1898).

*Si un héritier est en même temps donataire ou légataire du défunt par préciput, il peut demander le rapport à ses cohéritiers et en profiter en sa qualité d'héritier, mais non comme donataire ou légataire. De là il résulte notamment que cet héritier pourra bien faire valoir ses droits héréditaires sur les biens rapportés par ses cohéritiers,

mais non réclamer sur ces mêmes biens le paiement de son don ou de son legs. Cass.. 8 fév. 1898, D., 99. 1.265.

695. En second lieu, le rapport, avons-nous dit, n'est pas dû aux créanciers de la succession. Ainsi le défunt laisse comme héritiers deux enfants, Primus et Secundus ; à Primus il a donné par donation entre vifs un immeuble valant 20.000 fr., rien à Secundus ; la succession ne comprend aucun actif, mais il y a un lourd passif ; aussi les deux héritiers acceptent sous bénéfice d'inventaire. Les créanciers pourront-ils demander à Primus le rapport de son don ? Nullement. Ils ne pourront même pas profiter du rapport effectué sur la demande de Secundus. En effet, le bien donné à Primus était définitivement sorti du patrimoine du défunt ; il avait donc cessé de faire partie du gage de ses créanciers, comme tout autre bien qu'il aurait aliéné, et, s'il rentre dans la succession par l'effet du rapport, c'est seulement eu faveur des cohéritiers du donataire.

Ce dernier point demande quelques explications. Les créanciers ont un droit de gage général sur tous les biens qui appartiennent à leur débiteur (art. 2092), mais ils n'ont de droit que sur ces biens. Toute chose qui entre dans le patrimoine d'un débiteur devient immédiatement le gage de ses créanciers ; mais, en sens inverse, toute chose qui en sort échappe à leur droit de gage, en supposant toutefois une aliénation faite sans fraude. Les créanciers du défunt n'ont donc plus aucun droit aux biens dont celui-ci a disposé par donation entre vifs soit au profit d'un de ses successibles, soit au profit de tout autre. Pour eux, comme pour leur débiteur, ces biens sont définitivement sortis du patrimoine de celui-ci, et, s'ils y rentrent par l'effet du rapport, c'est seulement en faveur des cohéritiers du donataire. Ainsi que le dit fort bien Pothier, « les biens rapportés ne sont plus de la succession, puisqu'ils n'appartenaient plus au défunt, étant définitivement sortis de son patrimoine ». Les créanciers du défunt ne peuvent

donc élever sur eux aucune prétention ; car ils n'ont de droit que sur les biens composant le patrimoine de leur débiteur, c'est-à-dire sur les biens de la succession. Nous ne parlons que des créanciers chirographaires, les seuls dont il soit vrai de dire que leur droit de gage subit toutes les fluctuations du patrimoine de leur débiteur. Les créanciers hypothécaires sont armés d'un droit de suite, en vertu duquel ils peuvent poursuivre le bien qui leur est spécialement affecté, même après qu'il est sorti des mains du débiteur ; et il en est de même des créanciers ayant privilège sur un immeuble. Cpr. Douai, 16 déc. 1909, S., 12. 2. 17.

La règle que les créanciers de la succession ne peuvent pas demander le rapport ni en profiter quand il a été effectué. ne fait pas obstacle à ce que ces créanciers demandent à être payés sur les biens que le défunt a légués à un ou plusieurs de ses héritiers. En formulant cette prétention, ils ne demandent pas le rapport, qui n'est pas nécessaire ici pour faire rentrer les biens dans la succession, puisqu'ils n'en sont pas sortis ; ils invoquent seulement l'adage *Nemo liberalis nisi liberatus*, qui signifie qu'on n'a pas le droit d'être libéral aux dépens de ses créanciers, et que, par conséquent, les créanciers doivent être payés avant les légataires.

C'est seulement aux créanciers de la succession, c'est-à-dire aux créanciers du défunt, que l'art. 857 refuse le droit de réclamer le rapport. Cet article ne fait donc pas obstacle à ce que les créanciers personnels de l'héritier puissent le demander du chef de celui ci, et ils auraient en effet ce droit par application de l'art. 1166. De là il résulte que les créanciers d'une succession acceptée purement et simplement peuvent demander le rapport ; car cette acceptation les a rendus créanciers personnels de l'héritier.

En définitive, on le voit, c'est seulement lorsque la succession sera acceptée sous bénéfice d'inventaire, que la disposition de l'art. 857 in fine pourra être opposée aux

créanciers ; car cette acceptation les réduit à leur titre de créanciers de la succession. Pothier formulait donc la règle d'une manière plus exacte que les auteurs du code, lorsqu'il disait : « Le rapport n'est pas dû aux créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire ».

N° 3. A quelle succession le rapport est dû.

696. Aux termes de l'art. 850 : « Le rapport ne se fait qu'à la » succession du donateur ». Il faut donc rechercher quel est le donateur. Cass., 28 mars 1905, D., 08. 1. 339. La solution de cette question peut offrir des difficultés particulières au cas de constitution de dot faite à un enfant par ses père et mère ou l'un d'eux. V. à ce sujet, supra, n. 156 et s.

N° 4. De quels dons et de quels legs le rapport est dû.

697. On sait que les legs faits à l'un des successibles par le de cujus ne sont pas rapportables, à moins que le testateur n'ait manifesté une volonté contraire (nouvel art. 843 al. 2).

A l'inverse, les dons entre vifs que l'un des successibles a reçus du défunt sont rapportables, à moins qu'ils n'aient été faits expressément par préciput et hors part ou avec dispense du rapport (art. 843 al. 1).

L'obligation du rapport s'applique en principe à tous les dons entre vifs. « Tout héritier... », dit l'art. 843, « doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a REÇU du défunt, par donation entre vifs, DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT ». Notons d'abord que la loi n'oblige l'héritier à rapporter que ce qu'il a REÇU ; il ne serait donc pas tenu de rapporter ce qui lui a été seulement promis par le défunt à titre de don. Ainsi l'enfant venant à la succession de son père, ne doit pas le rapport de la dot qui lui a été constituée par celui-ci, mais qui n'avait pas encore

été payée à l'époque de son décès, ou du moins il n'est tenu de rapporter que sa créance contre la succession. Comme le dit fort bien Demolombe, « rapporter c'est rendre, et on ne peut rendre que ce qu'on a reçu ».

Peu importe d'ailleurs la nature des biens donnés, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ; le rapport est dû dans tous les cas. Peu importe aussi que la donation ait été faite en vue de l'établissement du successible ou pour toute autre cause. On lit à ce sujet dans l'art. 851 : « Le rapport est dû de ce qui a été employé » pour l'établissement d'un des cohéritiers, ou pour le paiement de » ses dettes ». Peu importe enfin le caractère de la donation ; le rapport serait donc dû, même pour les donations rémunératoires et les donations onéreuses ; lex non distinguit. On appelle rémunératoires les donations qui sont faites en récompense ou rémunération d'un service rendu, et onéreuses, celles qui sont faites sous certaines charges imposées au donataire.

Et toutefois les donations rémunératoires et les donations onéreuses ne seraient rapportables que jusqu'à concurrence de l'avantage qu'elles contiennent en réalité pour le donataire. Ainsi une donation de 20.000 fr., faite par le de cujus à un de ses successibles, à titre de rémunération d'un service appréciable à prix d'argent et dont la valeur était de 5.000 fr., ou sous l'obligation de supporter une charge de 5.000 fr., par exemple de payer une dette du donateur qui s'élève à ce chiffre, ne sera rapportable que jusqu'à concurrence de 15.000 fr. ; car, en réalité, le successible n'est donataire que de cette somme.

Enfin l'obligation du rapport s'applique aux libéralités indirectes comme aux libéralités directes (art. 843).

698. Libéralités directes. — On désigne sous ce nom les donations qui sont adressées directement et sans détour à la personne même que l'on veut gratifier ; telles sont les donations faites par acte (art. 931) au gratifié lui-même.

Les donations manuelles, c'est-à-dire celles qui se font de la main à la main, sont aussi des libéralités directes. C'est dire qu'elles sont rapportables. Mais la plupart du temps les cohéritiers du donataire, qui demandent le rapport de semblables donations, éprouveront de graves embarras pour en démontrer l'existence ; car, non seulement il n'y a aucun écrit qui les constate, mais le plus souvent elles ont lieu en l'absence de témoins ; ils en seront donc à peu près réduits à faire appel à la loyauté de leur adversaire, auquel ils pourront déférer le serment. Arg. art. 1358.

Les dons manuels seraient rapportables alors même qu'ils seraient modiques. A moins cependant qu'à raison même de leur modicité et des circonstances dans lesquelles ils ont été faits, ils pussent être considérés comme des présents d'usage, dispensés du rapport aux termes de l'art. 852.

D'après la jurisprudence de la cour de cassation, la dispense du rapport en ce qui concerne les dons manuels peut être tacite ; le juge pourrait donc l'induire des circonstances de la cause. La disposition de l'art. 843, qui exige une dispense expresse du rapport, ne serait écrite qu'en vue des donations faites par acte. On concevrait difficilement, dit la cour suprême, qu'une donation, qui peut valablement être faite sans acte, ne pût être dispensée du rapport qu'en vertu d'une déclaration insérée dans un acte. Cpr. Bordeaux, 20 déc. 1893, sous Cass., 8 fév. 1898, D., 99. 1. 153, et Cass., 19 oct. 1903, S., 04. 1. 40.

699. Libéralités indirectes. — Une libéralité indirecte est celle qui a lieu per viam obliquam et indirectam. Les voies détournées par lesquelles une personne peut arriver à en gratifier une autre sont extrêmement nombreuses, et il serait peut-être téméraire d'en entreprendre l'énumération complète. Bornons-nous à indiquer les principales.

a. — Il y a d'abord les libéralités indirectes résultant d'une interposition de personne. Le de cujus, au lieu de donner directement au successible qu'il entendait gratifier,

a donné à un intermédiaire (personne interposée), à un prête-nom, avec charge de remettre le bien donné au successible. Les libéralités, faites à un successible par personne interposée, sont rapportables comme toute autre libéralité indirecte.

b. — Doivent encore être rangés dans la catégorie des libéralités indirectes, et déclarés rapportables à ce titre, les avantages résultant d'une renonciation que le défunt a faite au profit d'un de ses successibles. Ainsi le de cujus, étant appelé à une succession ou à un legs conjointement avec l'un de ses héritiers présomptifs, y a renoncé pour en faire acquérir le bénéfice exclusif à cet héritier. Celui-ci a ainsi obtenu un avantage indirect, dont il doit le rapport.

En effet, par sa renonciation, le de cujus a fait sortir de son patrimoine, où la loi les avait fait entrer (art. 711), les biens dépendant de la succession ou du legs, et les a fait acquérir à son successible, non pas directement sans doute, mais du moins indirectement, en se retirant pour lui laisser la place libre. Il s'est donc appauvri, et il a enrichi son successible ; il lui a fait un avantage, une donation indirecte qui sera sujette à rapport. La jurisprudence est en ce sens (Cass., 1^{er} mai 1876, D., 76. 1. 433, S., 76. 1. 292, et 27 oct. 1886, D., 87. 1. 129, S., 87. 1. 193) ; il y a quelques dissidences dans la doctrine.

Nous avons supposé une renonciation faite par le de cujus dans l'intérêt de son successible, une renonciation in favorem. Si le de cujus avait renoncé dans son propre intérêt, par exemple parce qu'il croyait la succession mauvaise ou le legs grevé de charges dépassant sa valeur, le successible qui a profité de la renonciation ne devrait pas le rapport, parce qu'il n'est pas donataire, à raison de l'absence d'*animus donandi*. Dans le doute, l'*animus donandi* ne devrait pas être présumé. Conformément aux règles du droit commun, la preuve en devrait être fournie

par celui qui l'invoque à l'appui de sa prétention, c'est à-dire par celui qui réclame le rapport.

c. — Il y a encore libéralité indirecte, lorsque le de cujus a payé donandi animo des dettes de son successible ; il l'a en effet enrichi d'autant à ses propres dépens. C'est l'hypothèse prévue par l'art. 851 in fine.

d. — Enfin, il faut ranger dans la catégorie des donations indirectes, rapportables à ce titre, les profits retirés par le successible de contrats à titre onéreux par lui passés avec le défunt, et dans lesquels il a obtenu quelque avantage particulier qui aurait été vraisemblablement refusé à un étranger. On lit à ce sujet dans les art. 853 et 854 : « Il en est de même [c'est-à-dire qu'il n'y a pas

» lieu au rapport] des profits que l'héritier a pu retirer de conventions

» passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient

» aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites » (art. 853).

« Pareillement, il n'est pas dû de rapport pour les associations

» faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les

» conditions en ont été réglées par un acte authentique » (art. 854).

De ces deux textes résultent les quatre propositions suivantes :

1° — Les contrats à titre onéreux sont permis entre une personne et ses héritiers présomptifs. Leur prohibition aurait engendré beaucoup plus d'inconvénients que d'avantages.

2° — Les contrats à titre onéreux, passés entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs, ne sont assujettis à aucune condition particulière de forme ; à cet égard ils demeurent donc régis par le droit commun. Cette règle souffre cependant exception en ce qui concerne les

associations. Pour produire le même effet qu'entre étrangers, l'association passée entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs doit être constatée par un acte authentique. Le contrat de société a particulièrement attiré l'attention du législateur, parce que, plus que tous les autres, il se prête à la fraude et aux avantages indirects. L'authenticité a pu paraître nécessaire ici pour empêcher les parties de substituer d'un commun accord un nouvel acte à celui qui aurait été primitivement dressé, en vue de modifier les conditions de leur association.

A ce point de vue, et peut-être à d'autres encore, un acte sous seing privé, même enregistré, n'offrirait pas autant de garanties, et l'on ne doit pas admettre, ainsi que le font quelques auteurs, qu'il puisse remplacer ici l'acte authentique, fût-il publié et affiché dans les formes prescrites par les art. 55 à G5 de la loi du 24 juillet 1867. La jurisprudence est en ce sens.

3° — Tout contrat à titre onéreux, passé entre une personne et l'un de ses héritiers présomptifs, produit les mêmes effets qu'entre étrangers, si, lors de sa formation, il ne présentait aucun avantage indirect au profit du successible. Cette condition se trouve remplie lorsque le de cujus a traité avec son successible comme il aurait traité avec tout autre, sans lui accorder aucune faveur particulière. En pareil cas, le bénéfice que le successible a pu retirer du contrat n'est pas le résultat d'une situation privilégiée que le défunt lui a faite ; il le doit au jeu naturel de la convention. On comprend donc à merveille qu'il ne soit pas tenu de le rapporter à la succession. Il en est sur ce point de l'association comme des autres contrats à titre onéreux : les mots faites sans fraude de l'art. 854 doivent être considérés comme synonymes des mots « si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect » qu'emploie l'article précédent, ainsi que cela paraît résulter du mot Pareillement par lequel débute l'art. 854 et qui indique qu'il se place dans le même ordre d'idées que

l'article précédent. Douai, 21 juin 1906, D., 08. 2. 225, S., 07. 2. 57. Et toutefois l'absence d'avantage indirect ne suffit pas pour que la société formée entre le de cujus et son successible produise tous ses effets ordinaires ; il faut encore, comme nous venons de le dire, que les conditions en aient été réglées par un acte authentique.

4° — Si un contrat à titre onéreux, passé entre le défunt et l'un de ses successibles, présentait au profit de celui-ci un avantage indirect, cet avantage sera rapportable. Ainsi le de cujus a vendu pour 20.000 fr. à l'un de ses héritiers présomptifs un immeuble qu'il aurait vendu 30.000 fr. à tout autre ; le contrat contient au profit de l'héritier présomptif un avantage indirect de 10.000 fr. qui sera rapportable. Il en sera de même, si le de cujus lui a affermé pour dix ans et moyennant 4.000 fr. par an un immeuble qu'il aurait affermé 5.000 fr. à tout autre. Cpr. Cass., 16 janv. 1912, D., 12. 1. 501.

En outre, quand il s'agit d'une société, les bénéfices que le successible a pu en retirer sont rapportables, alors même que le contrat ne contenait aucun avantage indirect à son profit, si les conditions n'en ont pas été réglées par acte authentique, et sauf à déduire du bénéfice à rapporter une somme représentant la rémunération du travail du successible et l'intérêt des capitaux qu'il a engagés dans la société. La jurisprudence est en ce sens ; il y a des dissentiments dans la doctrine. Douai, 21 juin 1906, supra.

700. Des contrats à titre onéreux contenant un avantage indirect aux donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, la transition est insensible. Ainsi il n'y a pas beaucoup de différence entre le cas où le de cujus a vendu à l'un de ses successibles pour 1.000 fr. un immeuble qui en vaut 100.000, et celui où il a vendu ce même immeuble pour 100.000 fr. en lui donnant dans l'acte quittance du prix sans l'avoir louché. La donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux nous apparaît ainsi comme étant la puissance la plus élevée du contrat à titre onéreux

contenant un avantage indirect, et semble à ce titre devoir être soumise a fortiori à la loi du rapport. Un parti important dans la doctrine soutient cependant que les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ne sont pas rapportables. Mais l'argument qu'on lire en faveur de cette solution de l'art. 918, qui, dans un cas particulier, en effet, dispense du rapport une donation de ce genre, est loin d'être concluant ; car la disposition dont il s'agit déroge au droit commun, d'après lequel toute donation directe ou indirecte est rapportable, et doit recevoir à ce titre l'interprétation restrictive ; on ne saurait donc la généraliser. Moins probant encore est l'argument qu'on tire de la volonté du donateur, révélée, dit-on, par le fait même du déguisement, de dispenser la donation du rapport. D'abord, cette volonté n'est pas certaine ; le donateur a pu se proposer un autre but en déguisant la donation, peut être de ne pas exciter le mécontentement de ses autres héritiers présomptifs ou de diminuer pour le donataire les droits de mutation à payer au fisc. Et puis la meilleure preuve que le déguisement peut cacher une pensée autre que celle d'une dispense du rapport, c'est qu'on voit tous les jours des donations déguisées faites à des personnes pour lesquelles il ne saurait être question de dispense du rapport, parce qu'elles ne peuvent être appelées en aucun cas à succéder au donateur. D'ailleurs, la volonté du donateur fût-elle certaine, il faudrait encore dire qu'elle est impuissante, parce qu'elle est manifestée tacitement et que la loi exige une dispense expresse du rapport (art. 843). Malgré ces raisons, la jurisprudence admet « que les juges du fond ont un pouvoir discrétionnaire pour décider, d'après les faits de la cause et l'intention du donateur, si une libéralité déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux a été dispensée du rapport ». Cass., 11 janv. 1897, D., 97. 1. 473, S., 01. 1. 444. Cpr. infra, n. 702 bis.

701. Preuve. Celui qui demande le rapport d'une libéralité doit prouver l'existence de cette libéralité. Dans le silence de la loi, la preuve demeure soumise aux règles du droit commun, et par conséquent tous les modes de preuve sont admissibles lorsqu'il a été impossible au réclamant de se procurer une preuve écrite (arg. art. 1348 al. 1) comme il arrivera le plus souvent pour le don manuel et pour la donation indirecte ou déguisée. La preuve pourra donc alors être faite même par présomptions, et ces présomptions pourront être tirées notamment des registres ou carnets tenus par le père de famille. Cass., 10 mai 1905, S., 06. 1. 92, et 10 mai 1905, D., 08. 1. 270.

N° 5. De la dispense du rapport.

702. Le code civil, soumettant à une même règle les dons entre vifs et les legs faits par le de cujus à l'un de ses successibles, déclarait les uns comme les autres rapportables à la succession du disposant, à moins qu'ils n'eussent été faits expressément par préciput et hors part ou avec dispense du rapport (anc. art. 843).

La loi du 24 mars 1898 a maintenu le droit ancien en ce qui concerne les dons entre vifs, mais elle l'a modifié en ce qui concerne les legs. Aujourd'hui les legs faits au profit d'un successible par le de cujus ne sont plus soumis à la règle de la dispense expresse du rapport. Ils sont réputés faits par préciput et hors part. Le rapport n'en sera dû qu'autant que le testateur aura formellement imposé cette obligation à son légataire (nouvel art. 843, L. 24 mars 1898). Cela a paru plus conforme à l'intention probable du de cujus, qui doit être ici le régulateur suprême.

La règle de la nécessité d'une dispense expresse du rapport ne subsiste donc plus qu'en ce qui concerne les dons entre vifs. Cette dispense est soumise en outre à des formes particulières qu'indique l'art. 919 al. 2, et qui sont prescrites à peine de nullité. La dispense du rapport est

donc un acte solennel, comme la donation entre vifs à laquelle elle se rattache et dont elle n'est qu'une modalité.

702 bis. La règle que les dons entre vifs ne peuvent être dispensés du rapport que par une déclaration expresse de volonté du disposant faite dans la forme légale, souffre un certain nombre d'exceptions formulées dans des textes précis (art. 852, 856, 918). Les dispositions de ces articles, à raison même de leur caractère exceptionnel, doivent recevoir l'interprétation restrictive. On ne saurait donc les étendre en dehors des cas spéciaux qu'elles prévoient. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*.

Les auteurs ne sont pas toujours demeurés fidèles à cette règle d'interprétation. La jurisprudence les a imités et même dépassés. Elle admet non seulement que la dispense du rapport peut s'induire par argument des clauses d'un acte qui ne la formule pas expressément (Cass., 14 déc. 1908, D., 09. 1. 388, S., 13. 1. 21), mais qu'elle peut en outre résulter de circonstances extrinsèques à l'acte (V. les références sous Cass. précité. Adde Rouen, 12 fév. 1887, D., 89. 2. 181, et Douai, 24 nov. 1910, S., 11. 2. 202). Nous convenons volontiers que le système légal, qui exige une dispense expresse du rapport, peut conduire dans certains cas à soumettre au rapport des libéralités que le défunt a certainement voulu en dispenser. Mais il est préférable, après tout, d'aller contre la volonté d'un défunt que de violer la loi ; or on la viole en admettant une dispense tacite ou virtuelle du rapport, qu'elle proscriit très formellement.

Et toutefois il ne faut rien exagérer. En formulant la règle, assez sévère déjà, qui exige que la dispense du rapport soit expresse pour les dons entre vifs, la loi n'a pas entendu imposer au disposant l'emploi de termes sacramentels ; elle indique seulement les formules les plus usitées, qui consistent à dire que le don est fait par préciput et hors part, ou bien encore avec dispense du rapport (art. 843, 919). Mais le disposant peut se servir d'autres termes, pourvu qu'ils expriment clairement sa

volonté. Ainsi l'acte constatant une donation faite par une personne au profit de l'un des héritiers présomptifs, porte que le donataire cumulera le montant du don avec sa part héréditaire : c'est dire en d'autres termes que le donataire est dispensé du rapport ; car l'effet de cette dispense est précisément d'autoriser le cumul.

En résumé, il faut et il suffit que la dispense du rapport soit exprimée dans des termes quelconques manifestant clairement la volonté du disposant, et dans un acte revêtu des formes prescrites par la loi. Mais le texte légal s'oppose à ce qu'on admette une dispense du rapport qui ne résulterait que des circonstances de la cause, par exemple de l'affection toute particulière que le défunt portait à celui de ses successibles auquel il a fait la donation, ou de la modicité des donations.

Nous savons que la dispense du rapport ne peut jamais avoir effet que dans les limites de la quotité disponible (art. 844).

703. Cela posé, passons à l'étude des cas dans lesquels notre loi admet une dispense tacite du rapport des dons entre vifs. Ces cas, au nombre de trois, sont prévus par les art. 852. 856 et 918. Pour le moment, nous ne nous occuperons que des deux premiers.

704. PREMIER CAS. — « Les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation,

» d'apprentissage, les frais ordinaires d'équipement, ceux » de noces et présents d'usage, ne doivent pas être rapportés » art. 852). Le plus souvent, le défunt aura consacré aux diverses dépenses dont parle notre article l'excédent de son revenu, excédent qu'il aurait probablement dépensé *lautius vivendo* s'il ne lui eût pas donné cette destination ; son patrimoine ne s'en trouve donc pas diminué. D'un autre côté, le patrimoine du successible, au profit de qui ces frais ont été faits, ne s'en trouve pas, la plupart du temps, sensiblement augmenté. Il s'agit donc d'une libéralité qui n'appauvrit pas à

proprement parler le donateur, et qui n'enrichit pas le donataire, qui n'est pas de nature par conséquent à rompre l'égalité entre les divers successibles. Bien plus ce serait ici le rapport qui romprait l'égalité ; car celui qui y serait soumis ne pourrait le plus souvent l'effectuer qu'aux dépens de son capital, et il se trouverait ainsi moins riche en définitive que les autres. Dans ces conditions, la loi a considéré qu'il serait contraire à l'intention probable du défunt d'exiger le rapport ; elle admet donc une dispense tacite du rapport, et elle tarit ainsi dans leur source même une foule de recherches minutieuses, de tracasseries, de difficultés et de contestations entre les membres d'une même famille.

* L'origine de cette disposition se trouve dans l'art. 309 de la coutume d'Orléans, qui, dans les successions déférées aux descendants, déclarait non rapportables les sommes que le défunt avait dépensées pour la nourriture, l'entretien ou l'éducation d'un de ses successibles. On en donnait pour raison qu'en faisant ces frais l'ascendant avait payé une dette personnelle, plutôt que fait une donation ; or le rapport suppose une libéralité. Ce motif ne peut plus servir, ou du moins ne suffit plus à expliquer notre article qui a généralisé la disposition de la coutume en l'étendant aux successions même collatérales, et l'a ainsi appliquée à des cas où les frais faits par le de cujus dans l'intérêt d'un de ses successibles, pour sa nourriture, son entretien..., constitueront certainement une libéralité, l'obligation alimentaire et le devoir d'éducation n'existant en aucun cas à la charge des collatéraux. Il faut donc rattacher notre article à un autre principe : ce ne peut être que celui de la dispense tacite du rapport.

705. Passons en revue les divers avantages que l'art. 852 dispense du rapport.

1° Frais de nourriture et d'entretien. — Peu importe que le défunt les ait fournis en nature, ou en argent sous forme de pension. Cpr. Cass., 27 janv. 1904, D., 04. 1. 521.

2° Frais d'éducation. — Il ne faut pas les confondre avec les frais d'établissement ; car ces derniers sont soumis au rapport par l'art. 851. La distinction peut dans certains cas être délicate. On est d'accord en doctrine et en jurisprudence pour considérer comme frais d'éducation, non rapportables à ce titre, tous les frais faits par le de cujus, pour procurer à l'un de ses successibles l'obtention des grades universitaires, même les plus élevés, tels que le doctorat en droit ou en médecine. La loi ne dit pas : les frais ordinaires d'éducation, comme elle dit : les frais ordinaires d'équipement. Et en effet un diplôme ne donne pas à proprement parler un établissement ; ce n'est qu'un certificat d'aptitude qui peut aider à l'acquérir. Ce point faisait quelque difficulté dans notre ancien droit. Au contraire, l'achat d'un corps de bibliothèque pour un jeune homme qui se destine à la profession d'avocat, rentrerait dans les frais d'établissement, et donnerait lieu par conséquent au rapport.

3° Frais d'apprentissage. — Ce sont des frais d'éducation d'une nature particulière, faits en vue de préparer l'un des successibles à l'exercice d'une profession déterminée.

4° Frais ordinaires d'équipement. — Notre code a emprunté cette disposition à plusieurs de nos anciennes coutumes, qui dispensaient du rapport « la dépense faite pour l'équipage d'un enfant qu'on envoie au service ». Ces frais comprennent les dépenses faites pour achat de chevaux, d'armes..., et généralement de toutes les choses nécessaires à l'équipement d'un militaire qui entre au service, eu égard à son grade.

* Un héritier doit-il le rapport de la somme, que le défunt aurait versée à son acquit sous l'empire de la loi du 27 juillet 1872 pour lui permettre de faire son volontariat d'un an ? Aux termes de l'art. 55 al. 1 de celle loi : « L'engagé volontaire d'un an est habillé, monté, équipé et entretenu à ses frais ». C'est à titre de paiement anticipé de ces diverses charges que les engagés conditionnels d'un an

devaient verser une certaine somme d'argent. Cette somme n'est donc pas rapportable à la succession de celui qui l'a fournie, puisqu'elle est la représentation de frais qui sont eux-mêmes dispensés du rapport, aux termes de l'art. 852. Orléans, 2 août 1890, D., 91. 2. 209.

5° Frais de noces. — Ce sont les frais des festins, banquets et réunions qui ont lieu à l'occasion des mariages, et qui, comme le dit Guy Coquille, « ne portent leur utilité sinon depuis le dîner jusqu'au souper ». Avec les frais de noces il ne faut pas confondre les cadeaux de noces : ils ne seraient dispensés du rapport qu'autant qu'ils pourraient être considérés comme rentrant dans la catégorie des présents d'usage, dont nous allons nous occuper à l'instant même.

6° Présents d'usage. — La loi désigne sous ce nom les cadeaux que les usages imposent dans diverses circonstances de la vie : cadeaux faits à l'occasion du nouvel an, de la fête, de la première communion, du mariage, du baptême d'un enfant...

Le trousseau donné à l'occasion du mariage est-il un présent d'usage ? Il paraît difficile de résoudre cette question d'une manière absolue, tout dépendant des circonstances, parmi lesquelles figurent principalement l'importance du don et la fortune du donateur, peut-être aussi de l'intention de celui qui fait cette libéralité : ainsi, quand le trousseau est compris dans la constitution dotale, il ne paraît pas douteux qu'il soit soumis au rapport. On s'explique de cette façon la diversité que présentent sur ce point les décisions judiciaires : ce sont des arrêts d'espèce. Cpr. Cass., 14 déc. 1903, D., 04. 1. 174.

706. Un des motifs, et le principal peut-être, pour lesquels la loi, se conformant à l'intention probable quoique non exprimée du défunt, dispense du rapport les divers avantages dont elle donne rénumération dans l'art. 852, c'est que la plupart du temps les dépenses dont il s'agit ont été prélevées sur le revenu du défunt et non sur son capital

(supra, n. 704). Mais de là on aurait peut-être tort de conclure, soit que ces divers avantages deviendraient rapportables s'il était prouvé que le défunt les a faits aux dépens de son capital (Orléans, 2 août 1890, D., 91. 2. 209), car après tout la loi ne subordonne la dispense du rapport à aucune condition, soit même qu'une libéralité quelle qu'elle soit cesserait nécessairement d'être rapportable par cela seul que le défunt l'aurait faite en prenant uniquement sur son revenu. Orléans précité ; Cass., 13 avril 1899, D., 01. 1. 233, S., 02. 1. 185, et Cass. Belg., 27 fév. 1902, D., 04. 2. 445. V. cependant (t. II, n. 1189) les solutions de la jurisprudence en ce qui concerne les assurances sur la vie.

Il paraît d'ailleurs sans difficulté que la dispense du rapport ne cesserait pas par suite de cette circonstance, que le de cujus aurait fait quelques-uns des frais dont il s'agit, par exemple des frais d'éducation, au profit d'un de ses successibles sans les faire au profit des autres.

707. DEUXIÈME CAS. — Il est relatif aux fruits des biens donnés. Le successible donataire est dispensé de rapporter les fruits qu'il a perçus jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession. En effet, aux termes de l'art. 856 : « Les fruits et les intérêts des choses sujet » tes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de » la succession ». Donc le successible a le droit de garder ceux qu'il a perçus jusqu'à cette époque. Il était nécessaire que la loi s'expliquât sur ce point ; autrement les fruits auraient été soumis à la loi du rapport, comme le bien dont ils sont un accessoire, en vertu de la disposition générale de l'art. 843. Cela eût été manifestement contraire à la volonté du défunt. En faisant à l'un de ses successibles un avancement d'hoirie, le de cujus n'a pu avoir d'autre intention que celle de lui conférer la jouissance du bien donné : ce qui implique une dispense du rapport pour les fruits. Il y avait d'autant plus lieu d'admettre cette dispense qu'on eût fait dégénérer la donation en un véritable piège pour le successible donataire, en l'obligeant à restituer les fruits

par lui perçus, pendant de longues années peut-être, et qu'il a probablement consommés. D'ailleurs c'est à peine si la dispense du rapport compromet ici le principe d'égalité entre les héritiers. En effet, si le défunt n'avait pas fait la donation, il aurait probablement dépensé *lautius vivendo* l'excédent de revenu qu'il aurait ainsi conservé. Et puis les cohéritiers du donataire, plus jeunes que lui ordinairement, jouiront par cela même plus longtemps de leur part héréditaire, et cet avantage compensera et souvent au delà l'avantage que le successible a retiré de son don. Il suffisait donc d'obliger le donataire à restituer le bien donné, sans les fruits, pour replacer ses cohéritiers dans la même situation, ou à peu près, que si la donation n'avait pas été faite.

Comment le donataire fera-t-il siens les fruits des biens donnés ? La loi étant muette, il y aurait lieu de se référer sur ce point aux règles établies au titre De l'usufruit, le donataire pouvant être considéré, à tout le moins, comme usufruitier du bien donné, jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession. Il acquerra donc les fruits naturels ou industriels par la perception, et les fruits civils jour par jour. Arg. art. 583 et 586.

* Au cas où la donation faite au profit du successible consisterait en un usufruit, que le défunt aurait établi sur un bien à lui appartenant, ou en une rente viagère dont il se serait constitué personnellement débiteur, le successible donataire ne devrait rapporter à la succession que l'usufruit ou la rente, mais non les fruits perçus, ni même ceux échus à l'époque de l'ouverture de la succession. Arg. art. 586, 588 et 1568. En cas de renonciation, il conserverait la rente ou l'usufruit constitué sur sa tête et qui alors ne s'éteindrait qu'à sa mort.

* Supposons que la donation faite à l'un des successives par le *de cujus* consiste en un droit d'usufruit à lui appartenant sur le bien d'un tiers, ou en une rente viagère établie sur sa tête, de sorte que le droit d'usufruit, ou la

rente, faisant l'objet de la donation, doit s'éteindre au décès du donateur. Le successible donataire devra-t-il le rapport de son don, s'il vient à la succession du donateur ? Nous ne le croyons pas. En effet, au cas où l'usufruit donné porte sur un immeuble, le successible donataire, auquel le rapport serait demandé, dira : Je suis donataire d'un immeuble (arg. art. 526) ; or le rapport des immeubles se fait en nature (art. 859), et il cesse d'être dû lorsque l'immeuble a péri, sans la faute du donataire, au moment de l'ouverture de la succession (art. 855) ; je n'ai donc rien à rapporter, car le bien donné, l'usufruit, s'est éteint par la mort du donateur, et quant aux fruits, j'ai le droit de les garder en vertu de l'art. 856 cbn. 588 et 1568. S'il en est ainsi pour le cas où l'usufruit donné porte sur un immeuble, il nous semble difficile d'admettre une solution différente pour le cas d'un usufruit portant sur un meuble ou d'une rente viagère. Il est vrai qu'aux termes de l'art. 868 le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant et d'après la valeur du bien au jour de la donation. Mais il faut nécessairement combiner ce principe avec celui qui permet au donataire de jouir du bien donné jusqu'à l'ouverture de la succession. Le donataire en avancement d'hoirie, nous l'avons déjà dit, doit être considéré au moins comme usufruitier du bien donné jusqu'à l'époque de l'ouverture de la succession ; or l'usufruitier d'un usufruit ou d'une rente viagère a le droit de garder tous les produits qu'il a perçus pendant sa jouissance, sans être tenu à aucune restitution (arg. art. 588 et 1568).

* Ce que nous venons de dire de la donation directe d'un droit d'usufruit, il faudrait le dire de la donation indirecte. Ainsi un père ayant plusieurs enfants renonce au droit d'usufruit légal qui lui appartient sur les biens de l'un de ses enfants, ou bien il renonce à un droit d'usufruit qui lui a été légué sur un bien dont un de ses enfants est légataire pour la nue propriété. L'enfant au profit duquel cette renonciation est faite ne devra aucun rapport à la

succession de son auteur. Cass., 12 mars 1889, D., 90. 1. 30, S., 92. 1. 379. V. en sens contraire, Cass., 27 oct. 1886, S., 87. 1. 193.

C'est seulement jusqu'à l'ouverture de la succession que le successible donataire fait les fruits siens. A partir de cette époque il en est de plein droit débiteur envers ses cohéritiers ; car il n'est plus dispensé du rapport. Cette règle est formulée par la loi en termes tellement généraux qu'elle doit être considérée comme applicable dans tous les cas, et par conséquent même lorsque le rapport ne doit se faire qu'en moins prenant. L'héritier est alors débiteur des intérêts de la somme représentant la valeur dont il doit le rapport. Cass., 5 juil. 1876, S., 77. 1. 345, D., 77. 1. 277.

N° 6. Comment s'effectue le rapport et quels en sont les effets.

708. Cette double question doit être étudiée successivement quant aux legs et quant aux dons entre vifs.

I. Rapport des legs.

709. Aujourd'hui les legs ne sont plus rapportables que lorsque le défunt en a exprimé la volonté (nouv. art. 843 al. 2, L. 24 mars 1898).

Comment s'effectuera le rapport du legs dans cette hypothèse ? La loi dit que le légataire ne pourra « réclamer son legs qu'en moins prenant » (texte précité), c'est-à-dire que, si l'héritier légataire veut obtenir l'exécution de son legs, il devra, dans le partage de la succession, prendre en moins la valeur de l'objet du legs, ou autrement dit, on lui précomptera la valeur de cet objet sur sa part, de sorte que, finalement, il n'obtiendra pas plus que ses cohéritiers. En somme on voit que l'héritier légataire, assujetti au rapport par une disposition formelle du testament, a le choix entre deux partis : laisser ce qui lui a été légué dans

la masse héréditaire, ou réclamer l'exécution de son legs, en en précomptant la valeur sur sa part.

II. Rapport des dons entre vifs.

710. Il y a deux manières d'effectuer le rapport des dons entre vifs. L'art. 858 les indique en ces termes : « Le rapport se fait en

» nature ou en moins prenant ».

Le rapport a lieu en nature, lorsque les objets rapportés sont remis à la masse de la succession dans leur identité individuelle. C'est donc un rapport réel.

Le rapport en moins prenant au contraire est un rapport fictif. L'héritier garde ce qui lui a été donné, et il le prend en moins dans la masse, c'est-à-dire qu'on le lui déduit sur sa part.

Au point de vue pratique, il y a deux manières d'opérer la déduction dans laquelle s'analyse le rapport en moins prenant.

La première consiste à faire pour l'héritier qui doit ce rapport un lot moins fort, un lot qui comprend en moins la valeur pécuniaire des biens à rapporter, à imputer, en d'autres termes, la valeur de la chose donnée que le donateur conserve, sur sa part dans la succession. Ainsi supposons une succession à partager entre deux cohéritiers, Primus et Secundus : Primus a reçu par don entre vifs l'immeuble A, valant 20.000 fr. ; il y a dans la succession trois autres immeubles, B, C et D, dont chacun vaut 20.000 fr. également ; pas de meubles ni de dettes. La masse partageable est donc de 80.000 fr., en y comprenant l'immeuble A donné à Primus, que celui-ci rapporte, nous le supposons, en moins prenant, par application de l'art. 859. On pourra composer les lots par exemple de la manière suivante. Dans le lot de Primus on mettra l'immeuble B, dont la valeur réunie à celle de l'immeuble A, dont il doit le rapport et qu'on lui précompte sur sa part, représentera

une somme de 40.000 fr. Les immeubles C et D seront mis dans le lot de Secundus. qui obtiendra ainsi comme Primus un lot ayant une valeur de 40.000 fr.

Ce premier procédé rend impossible le tirage au sort, et il ne peut être employé par conséquent que dans les cas où la loi autorise un partage d'attribution. En dehors de ces cas, il faudrait avoir recours au second moyen, qui est indiqué par l'art. 830. Il consiste dans le prélèvement, par les héritiers auxquels le rapport est dû, d'objets ayant la même valeur et, autant que possible, la même nature, qualité et bonté, que ceux rapportés en moins prenant. Ainsi, dans l'espèce qui vient d'être proposée, Secundus prélèvera par exemple l'immeuble B, et on fera des immeubles C et D deux lots qui seront tirés au sort. Cpr. Cass., 2 mars 1910, D., 11. 1. 380.

Il est presque inutile de dire que le rapport en moins prenant ne peut s'effectuer que dans la mesure de la part héréditaire du cohéritier qui le doit, puisqu'il consiste dans une déduction sur cette part ; l'excédent donnerait nécessairement lieu à une remise effective à la masse héréditaire. Ainsi l'héritier, dont la part héréditaire n'est que de 20.000 fr. et qui doit un rapport en moins prenant de 25.000 fr., devra verser 5.000 fr. à la masse de la succession. Cpr. Douai, 16 déc. 1909, S., 12. 2. 17.

Dans la mesure de la part héréditaire de l'héritier débiteur du rapport, les cohéritiers à qui le rapport est dû sont mis par la loi à l'abri de l'insolvabilité de leur cohéritier. Les règles posées par la loi en ce qui concerne le rapport aboutissent en définitive à leur donner sur la part du débiteur dans la succession la préférence sur les créanciers personnels de celui-ci. Cela est facile à démontrer. Lorsque le rapport du bien donné a lieu en nature, les créanciers auxquels le donataire l'avait hypothéqué ne peuvent exercer leur droit au détriment des cohéritiers auxquels le rapport est dû, et, à plus forte raison, le bien est-il soustrait au droit de gage de ses

créanciers chirographaires (infra, n. 714). Si le rapport se fait en moins prenant, les biens héréditaires prélevés par les cohéritiers du donataire sont censés leur avoir appartenu exclusivement dès le jour de l'ouverture de la succession (art. 883), et par suite ils ne peuvent être saisis entre leurs mains par les créanciers du donataire. Les cohéritiers auxquels est dû le rapport ne peuvent donc souffrir de l'insolvabilité de celui qui le doit que dans le cas où la part héréditaire de celui-ci est inférieure au montant de sa dette. La loi ne leur accorde aucune préférence sur les biens personnels de leur cohéritier débiteur, à l'encontre des autres créanciers de celui-ci. Cass., 19 oct. 1903, S., 09. 1. 558.

711. Dans quels cas le rapport des dons entre vifs doit être effectué en nature, dans quels cas en moins prenant. — Les règles à suivre à cet égard sont formulées dans les art. 859 à 869. La loi distingue s'il s'agit d'immeubles ou de meubles. En principe, le rapport des immeubles se fait en nature ; le rapport des meubles au contraire n'a lieu qu'en moins prenant.

Celle distinction, qui remonte haut dans notre droit, paraît s'y être introduite sous l'influence de la prédilection dont les immeubles étaient alors l'objet. Pothier dit que le rapport en nature des immeubles a été prescrit « pour établir entre les enfants une égalité parfaite qui ne le serait pas si l'un pouvait conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auraient que de l'argent dont ils auraient souvent de la peine à faire un bon emploi ». Les choses ont bien changé depuis Pothier. Nous n'avons plus pour la fortune mobilière le dédain que lui témoignaient nos anciens. Peut-être conviendrait-il aujourd'hui d'effacer toute différence entre le rapport des meubles et celui des immeubles, et de décider que le rapport doit toujours avoir lieu en moins prenant.

En tout cas, ce qui paraît certain, c'est que les règles écrites dans les art. 859 à 869 ne sont pas d'ordre public.

Elles pourraient donc recevoir exception en vertu de la volonté manifestée par le défunt (infra, n. 718). Rennes, 19 mars 1908, D., 08. 2. 205.

1. Rapport des immeubles.

A. Principe.

712. ART. 859. Il [le rapport] peut être exigé en nature, à l'égard des immeubles, toutes les fois que l'immeuble donné n'a pas été aliéné par le donataire, et qu'il n'y a pas, dans la succession, d'immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers.

ART. 860. Le rapport n'a lieu qu'en moins prenant, quand le donataire a aliéné l'immeuble avant l'ouverture de la succession ; il est dû de la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture.

La loi nous présente dans ces deux textes le rapport en moins prenant comme une exception. La règle est donc que le rapport des immeubles doit avoir lieu en nature, en essence et en nature, comme disait l'art. 306 de la coutume d'Orléans.

A raison de sa généralité, cette règle doit être considérée comme applicable à tous les immeubles, même aux immeubles par la détermination de la loi et aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. En sens contraire, Dijon, 13 déc. 1893, D., 95. 2. 131.

Les immeubles devant être rapportés en nature, le donataire d'un immeuble est éventuellement débiteur d'un corps certain, rescerta, envers la succession du donateur ; car c'est cet immeuble même qu'il devra remettre dans la masse, s'il vient à la succession du donateur concurremment avec d'autres héritiers. De là il résulte que, si, avant ou après l'ouverture de la succession, peu importe, l'immeuble objet de la donation a péri totalement

par cas fortuit et sans la faute du donataire, celui-ci sera libéré de toute obligation envers la succession, de même qu'au cas de perte partielle, il serait quitte en rapportant l'immeuble dans l'état où il est. A l'impossible nul n'est tenu. Or, l'immeuble ayant péri, il ne peut pas être question de le remettre en nature dans la succession ; et, comme il a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire, celui-ci ne peut pas être obligé d'indemniser la succession de cette perte dont il n'est pas la cause, car nul ne répond des cas fortuits. Il est donc libéré (arg. art. 1302). C'est dire qu'il en serait autrement si l'immeuble avait péri par la faute du donataire, ou même par un cas fortuit qui aurait été occasionné par sa faute, par exemple si le terrain donné a été emporté par la rupture d'une digue que l'héritier avait négligé de réparer. Sans doute, en pareil cas, l'immeuble ne pourrait pas être rapporté en nature ; mais il y aurait lieu de substituer un rapport en moins prenant au rapport en nature, pour réparer dans la mesure du possible le préjudice causé par la faute du donataire (arg. art. 1382). Tout cela résulte implicitement de l'art. 855 ainsi conçu : « L'immeuble qui a péri par cas fortuit et » sans la faute du donataire, n'est pas sujet à rapport ».

* Le donataire qui, à raison de la perte fortuite de l'immeuble donné, se trouve libéré de l'obligation d'en effectuer le rapport, ne devrait pas d'indemnité pour les détériorations qu'il aurait fait subir à cet immeuble, et n'aurait pas le droit d'en réclamer une pour les améliorations dont il serait l'auteur ; car la première indemnité n'est qu'un accessoire de l'obligation du rapport, et la deuxième en est la contre-partie ; elles s'évanouissent donc avec l'obligation du rapport.

* L'héritier, dispensé du rapport d'un immeuble par sa perte fortuite, devrait-il rapporter à la succession l'indemnité qu'il aurait touchée d'une compagnie par laquelle il aurait fait assurer cet immeuble ? Non, d'après l'opinion générale ; car cette indemnité n'est que la contre-

valeur de la chance aléatoire qu'a courue l'assuré en s'engageant à payer des primes qu'il aurait déboursées en pure perte, si l'immeuble n'avait pas été incendié. L'héritier donataire, ayant seul couru cette chance, doit en avoir seul le profit. On ne peut songer à étendre à cette hypothèse par voie d'analogie la solution donnée par la loi du 19 février 1889, sur l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances. Dérogeant au droit commun, cette loi, qui d'ailleurs vise un cas tout à fait particulier, doit recevoir l'interprétation restrictive.

713. L'immeuble, dont le rapport est dû en nature par un héritier — ce qui constitue la règle générale, ainsi que nous l'avons dit, — rentre de plein droit dans la masse au moment où l'obligation du rapport prend naissance, c'est-à-dire au moment de l'ouverture de la succession (arg. art. 1138). Le titre du donataire est résolu rétroactivement, c'est-à-dire que l'immeuble à rapporter est réputé ne lui avoir jamais appartenu, et par conséquent n'avoir jamais cessé d'être la propriété du défunt, sauf l'exception déjà signalée relativement aux fruits, que le donataire est autorisé à garder. La loi ne formule pas ce principe, mais elle en suppose l'existence ; car elle nous offre plusieurs dispositions qui n'en sont que la conséquence. Elles sont contenues : 1° dans l'art. 865 ; 2° dans les art. 861, 862 et 863. Nous allons analyser ces textes.

714. PREMIÈRE CONSÉQUENCE. — « Lorsque le rapport se fait en

» nature, les biens se réunissent à la masse de la succession, francs

» et quittes de toutes charges créées par le donataire ; mais les créanciers

» ayant hypothèque peuvent intervenir au partage pour s'opposer

» à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits » (art. 865). — Toutes les charges, créées par le donataire sur l'immeuble qui rentre dans la succession par suite du

rapport, sont donc considérées comme non avenues. Ce ne peut être que parce que le droit du donataire lui-même est résolu rétroactivement. La loi fait ici une application de la règle *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

La résolution dont nous venons de parler atteint toutes les charges créées par le donataire sans distinction, non seulement les hypothèques, que la partie finale de l'article cite à titre d'exemple, mais aussi les servitudes soit réelles, soit personnelles. Ajoutons qu'elle atteindrait aussi les charges établies du chef du donataire, bien que la loi ne parle que des charges créées par lui, par exemple l'hypothèque légale ou judiciaire qui se serait assise de son chef sur l'immeuble.

La partie finale de notre article donne aux créanciers hypothécaires — et il faut mettre sur la même ligne tous ceux au profit desquels le donataire aurait consenti des charges réelles sur l'immeuble, par exemple une servitude — le droit d' « intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits ». Pour comprendre cela, il faut savoir que la résolution des charges créées par le donataire est conditionnelle, en ce sens qu'elle ne se produira qu'autant que, par le résultat du partage, l'immeuble sur lequel elles ont été établies tombera dans le lot d'un des cohéritiers du constituant. Et en effet, pourquoi les charges seraient-elles résolues, si l'immeuble tombe dans le lot du constituant lui-même ? On en chercherait vainement la raison. Ceux au profit desquels les charges ont été établies ont donc intérêt à ce que l'immeuble qui en est grevé soit attribué au constituant, et la loi leur permet d'intervenir au partage pour déjouer les diverses fraudes que les copartageants pourraient tenter de commettre en vue d'attribuer cet immeuble à un autre : notamment ils pourront demander que l'immeuble soit rapporté en moins prenant, conformément à l'art. 859, s'il y a dans la succession d'autres immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près

égaux pour les autres cohéritiers. Le rapport en nature ne pourrait être fait dans ce cas qu'en fraude de leurs droits, et ils sont fondés à s'y opposer.

715. DEUXIÈME CONSÉQUENCE. — Le droit du donataire d'un immeuble étant résolu rétroactivement par l'effet du rapport, ce donataire peut : 1° avoir une indemnité à réclamer pour les diverses impenses par lui faites au sujet de l'immeuble ; 2° en devoir une pour les détériorations qu'il lui a fait subir par sa faute.

716. 1° Indemnités dues au donataire à raison de ses diverses impenses. — La doctrine reconnaît en général trois catégories d'impenses : les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires.

a. — Les impenses nécessaires sont celles sans lesquelles la chose périrait ou tout au moins se détériorerait : telle est la reconstruction d'un mur qui va s'effondrer ou l'élévation d'une digue sans laquelle un terrain serait emporté. L'art. 862 dit à ce sujet : « Il

» doit être pareillement tenu compte au donataire, des impenses

» nécessaires qu'il a faites pour la conservation de la chose, encore

» qu'elles n'aient point amélioré le fonds ». Le donataire a donc droit au remboursement intégral de son impense, en supposant bien entendu qu'il ait agi en bon père de famille, c'est-à-dire qu'il ait fait le mieux possible et au meilleur marché possible. Le de cujus aurait été obligé de faire cette dépense s'il avait conservé l'immeuble, et il ne l'aurait pas faite à meilleur compte ; il est donc juste que sa succession en indemnise le donataire.

Il y a cependant toute une catégorie d'impenses nécessaires, dont le donataire n'aurait pas le droit d'obtenir le remboursement : ce sont les dépenses d'entretien, parce qu'elles sont une charge des fruits dont le donataire fait son profit. Il y a lieu d'assimiler, sur ce

point comme sur bien d'autres, le donataire en avancement d'hoirie à un usufruitier. V. art. 605.

b. — Les impenses utiles sont des impenses d'amélioration. Ce sont celles qui, sans être nécessaires pour la conservation de la chose, sont faites en vue de lui procurer une plus value : tel le drainage d'un terrain qu'un excès d'humidité rend impropre à la culture. Le donataire qui a fait de semblables impenses, n'a droit qu'au remboursement de la plus value qu'elles ont procurée à l'immeuble ; si donc l'impense est supérieure à la plus-value, il perdra la différence. C'est justice ; car, en tant qu'elles excèdent la plus-value, ces impenses constituent une fausse spéculation dont les conséquences doivent naturellement retomber sur leur auteur. Le défunt aurait sans doute été mieux inspiré, s'il eût conservé l'immeuble ; il n'aurait probablement pas fait une impense qui devait constituer pour partie un sacrifice sans compensation. Quoi qu'il en soit, tout ce que l'équité exige, c'est que la succession ne s'enrichisse pas aux dépens du donataire, et elle satisfait à cette loi en remboursant la plus-value. L'art. 861 a donc raison de disposer que :

« Dans tous les cas, il doit être tenu compte au donataire, des impenses

» qui ont amélioré la chose, eu égard à ce dont sa valeur se
» trouve augmentée au temps du partage ».

Il peut arriver que la plus-value soit supérieure à l'impense. Le donataire a-t-il le droit d'exiger en ce cas la bonification de la plus-value tout entière, ou seulement de son impense ? Notre article semble bien l'autoriser à réclamer le montant intégral de la plus-value ; et on peut fortifier l'argument tiré du texte, en faisant remarquer que, le donataire étant exposé à subir une perte quand il crée une plus-value inférieure à son impense, il semblerait juste que, par compensation, il courût la chance de gagner, quand il a la bonne fortune de créer une plus-value supérieure. Malgré ces raisons, qui semblent péremptoires,

presque tous les auteurs se prononcent dans le sens opposé. On dit que tout ce que le donataire peut exiger, c'est que la succession ne s'enrichisse pas à ses dépens ; or, ce résultat est obtenu par le remboursement de l'impense. Et quant à l'argument tiré du texte, on y répond en disant : Lex statuit de eo quod plerumque fit. Cass., 22 juin 1887, S., 87. 1. 244, D., 87. 1. 305.

Il est presque inutile de dire que l'héritier n'aurait aucune indemnité à réclamer à raison des améliorations naturelles, telles que l'alluvion. La succession en profiterait, de même qu'elle subirait les diminutions ou détériorations résultant d'un cas fortuit.

Aux termes de l'art. 867 : « Le cohéritier qui fait le rapport en

» nature d'un immeuble, peut en retenir la possession jusqu'au remboursement

» effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses

» ou améliorations ». C'est le droit de rétention, sorte de privilège que la loi accorde dans certains cas à un créancier pour assurer le paiement de sa créance.

* Le cohéritier, qui use du droit de rétention conféré par notre article, ne serait pas dispensé de tenir compte à ses cohéritiers des fruits perçus postérieurement à l'ouverture de la succession. Quelques auteurs ont voulu lui attribuer ces fruits par application des règles relatives au possesseur de bonne foi (art. 549 et 550) ; c'est confondre la détention avec la possession.

c. — Les impenses voluptuaires sont celles quæ voluptatis causa fiunt, par exemple les frais faits pour sabler les allées d'un jardin, y poser des statues, y établir un berceau. Ces dépenses rendent la chose plus agréable ou plus commode, mais elles n'en augmentent pas sensiblement la valeur vénale. Aussi le donataire qui les a faites n'a-t-il pas le droit d'en demander le remboursement ; on lui reconnaît seulement le jus tollendi,

c'est-à-dire la faculté de reprendre ce qui peut être enlevé sans détérioration, par exemple les statues (arg. art. 599).

717. 2° Indemnités dues par le donataire. — « Le donataire, de son

» côté, doit tenir compte des dégradations et détériorations qui ont

» diminué la valeur de l'immeuble, par son fait ou par sa faute et

» négligence » (art. 863). C'est la contre partie du droit que la loi reconnaît au donataire de réclamer la bonification de ses impenses nécessaires ou utiles. Pour le calcul des indemnités dues par le donataire, de même que pour le calcul de celles qui lui sont dues, il y aurait lieu de se référer à l'état de choses existant lors du partage (arg. art. 861).

Au cas où le donataire serait, d'une part créancier d'une indemnité pour impenses, et de l'autre débiteur d'une indemnité pour détériorations, il faudrait établir une compensation jusqu'à due concurrence.

B. Exceptions au principe que le rapport des immeubles a lieu en nature.

718. Dans certains cas particuliers, le rapport des immeubles peut ou doit être fait en moins prenant.

a. — Le rapport d'un immeuble peut être fait en moins prenant, lorsqu'il y a dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, susceptibles de former des lots à peu près égaux pour les autres cohéritiers (arg. a contrario de l'art. 859). Ici un rapport en moins prenant suffit pour obtenir l'égalité entre les divers héritiers, puisque la succession contient des immeubles dont le prélèvement placera les héritiers qui ont droit au rapport dans une situation équivalente à celle du donataire qui le doit. Alors pourquoi forcer celui-ci à un rapport en nature, qu'il a peut-être intérêt à éviter, soit parce qu'une longue

possession lui a donné pour l'immeuble un attachement particulier, soit parce qu'il l'a grevé de charges dont la résolution, conséquence du rapport en nature, l'exposerait à des actions récursoires ? C'est donc le cas d'autoriser un rapport en moins prenant, qui concilie tous les intérêts.

Mais la loi ne consacre ici qu'une simple faculté au profit du donataire ; car tout ce qui résulte par argument a contrario de l'art. 859, c'est que le rapport ne peut être EXIGÉ en nature. Le donataire a donc la faculté de l'effectuer de cette manière, conformément au droit commun, s'il y trouve son intérêt, par exemple si la succession contient d'autres immeubles qui lui conviennent mieux et qu'il peut espérer obtenir par le tirage au sort. Au nom de l'égalité, ses cohéritiers n'ont pas le droit de s'y opposer.

Le rapport en moins prenant serait encore facultatif pour le successible donataire d'un immeuble, si le défunt l'avait dispensé du rapport en nature, sans lui imposer cependant l'obligation de faire le rapport en moins prenant, ou en d'autres termes s'il lui avait donné le choix entre le rapport en nature et le rapport en moins prenant. Bourges, 21 juin 1888, S., 91. 1. 25, D., 88. 1. 301 ; Riom, 7 janv. 1891, D., 92. 2. 241, et trib. civ. de Nancy, 19 fév. 1895, D., 95. 2. 433. Le disposant pourrait dispenser le donataire du rapport ; à plus forte raison peut-il le dispenser du rapport en nature. Cpr. supra, n. 711 in fine.

b. — Le rapport d'un immeuble doit être fait en moins prenant dans trois cas :

1° Lorsque, l'immeuble donné ayant péri par la faute ou même par le simple fait du donataire, le rapport en nature est devenu impossible. Il y aurait lieu de rapporter en ce cas la valeur qu'aurait eue l'immeuble lors de l'ouverture. Arg. art. 860.

2° Lorsque le défunt a ordonné que le rapport serait fait en moins prenant. Le donataire devient alors propriétaire incommutable de l'immeuble et débiteur de sa valeur : ce

qui a pour résultat de mettre à sa charge les cas fortuits qui pourraient faire périr l'immeuble.

3° Le dernier cas est prévu par l'art. 860 ainsi conçu :
« Le rapport

» N'A LIEU qu'en moins prenant, quand le donataire a aliéné

» l'immeuble avant l'ouverture de la succession ; il est dû de la

» valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture ». La loi maintient donc les aliénations consenties par le donataire avant l'ouverture de la succession, même les aliénations à titre gratuit, car le texte ne distingue pas.

Cette disposition est assez difficile à concilier avec celle de l'art. 865, qui fait rentrer l'immeuble dans la succession franc et quitte de toutes charges créées par le donataire. En effet, de deux choses l'une : ou le droit du donataire est résolu quand il vient à la succession du donateur, et alors les aliénations qui émanent de lui doivent être anéanties, comme les constitutions de droits réels, par application de la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ; ou bien le droit du donataire n'est pas résolu, et alors les charges doivent être maintenues comme les aliénations. Il ne faut pas chercher à concilier des dispositions qui sont inconciliables. A l'imitation de notre ancien droit, le législateur du code civil, qui admet en principe la résolution du droit du donataire d'un immeuble soumis au rapport, a accepté la conséquence qui en résulte au point de vue des charges consenties par le donataire ; mais il a reculé devant celle qui s'en déduisait au point de vue des aliénations. Il a considéré sans doute que l'intérêt public exige plus impérieusement le maintien des aliénations que celui des charges. A notre avis, c'est le principe même du rapport en nature qu'il eût fallu supprimer : ce qui aurait eu pour conséquence le maintien des charges consenties par le donataire, aussi bien que des aliénations. Les unes ne méritent-elles pas la même protection que les autres ?

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que l'art. 860 a été écrit dans l'intérêt des tiers acquéreurs, et non du cohéritier donataire. Et de là on doit conclure que, si l'immeuble aliéné par le donataire était redevenu sa propriété avant l'ouverture de la succession, la règle du rapport eu nature reprendrait son empire, l'exception n'ayant plus sa raison d'être.

En aucun cas, l'action en rapport ne peut être exercée contre l'acquéreur de l'immeuble aliéné par le donataire ; car, en ordonnant le rapport en moins prenant, la loi nous dit implicitement que l'aliénation est valable. Il en serait ainsi alors même que la valeur de l'immeuble excéderait la part héréditaire du donataire, auquel cas celui-ci doit verser dans la masse une somme égale à cet excédent, et il importerait peu que l'insolvabilité du donataire le mît dans l'impossibilité de payer celle somme.

Mais, si les cohéritiers du donataire ne peuvent pas exercer l'action en rapport, contre les tiers acquéreurs de l'immeuble donné, ils peuvent exercer contre eux l'action en réduction, au cas où la donation excéderait la quotité disponible. Arg. art. 930.

« L'art. 860 ne parle que des aliénations consenties par le donataire avant l'ouverture de la succession. Celles qu'il aurait consenties après cette époque seraient nulles, du moins si, par le résultat du partage, l'immeuble aliéné tombait au lot d'un autre cohéritier (arg. art. 883). Sauf le droit pour l'acquéreur d'intervenir au partage pour veiller à ce qu'il ne soit pas fait en fraude de ses droits.

719. De quelle valeur le successible donataire d'un immeuble doit-il le rapport, lorsqu'il l'a aliéné avant l'ouverture de la succession ? De la valeur de l'immeuble à l'époque de l'ouverture, répond l'art. 860. Il n'y a donc pas lieu de se préoccuper du prix moyennant lequel le donataire a vendu l'immeuble, en supposant qu'il l'ait aliéné par vente, de sorte qu'il pourra avoir à rapporter une valeur supérieure ou inférieure à ce prix.

Cependant cette règle souffre exception dans l'hypothèse où le donataire a subi une expropriation, que le de cujus aurait subie lui-même s'il eût conservé l'immeuble, par exemple une expropriation pour cause d'utilité publique. Le successible doit rapporter en ce cas l'indemnité qu'il a touchée, et ne doit que cette indemnité ; car on la trouverait dans la succession, si la donation n'avait pas été faite (Cass., 17 mai 1876, D., 76. 1. 498, S., 76. 1. 292). Il en serait autrement si le donataire avait été exproprié sur une saisie faite par ses créanciers personnels, car c'est là une expropriation que le de cujus n'aurait pas subie ; il y aurait donc lieu d'en revenir alors au principe de l'art. 860.

L'art. 860, d'après lequel il y a lieu de se référer à l'époque de l'ouverture pour le calcul de la valeur à rapporter par le successible donataire d'un immeuble, au cas d'aliénation, n'est guère en harmonie avec l'art. 861, qui ordonne de se référer à l'époque du partage pour le calcul de l'indemnité due au donataire à raison de ses impenses utiles, indemnité qui, on le sait, est égale à la plus-value. La logique aurait exigé qu'on se référât à une même époque, celle de l'ouverture ou celle du partage, soit pour le calcul de la valeur à rapporter au cas d'aliénation, soit pour le calcul des indemnités dues au donataire ou par lui. Notre ancien droit fixait l'époque du partage pour l'un et l'autre calcul.

720. L'immeuble à rapporter en moins prenant, au cas d'aliénation, devant être estimé d'après sa valeur à l'époque de l'ouverture, il en résulte que la succession profitera des accroissements dus à une cause naturelle, telle que l'alluvion, de même qu'en sens inverse, elle subirait les conséquences des cas fortuits qui auraient diminué la valeur de l'immeuble ou même de ceux qui l'auraient fait périr en tout ou en partie, en supposant bien entendu que ces cas fortuits n'aient pas été occasionnés par une faute du donataire ou de ses ayant-cause. En cas de perte totale, le donataire n'aura donc rien à rapporter,

et par conséquent, s'il a aliéné l'immeuble à titre onéreux, il profitera de la contre-valeur par lui acquise. Les cohéritiers du donataire n'ont pas le droit de se plaindre ; car on les replace exactement dans la situation où ils se trouveraient si le défunt ne s'était pas dépouillé de l'immeuble au profit du donataire, puisque l'immeuble aurait péri entre ses mains comme entre celles de l'acquéreur. Cette solution, qui était admise par Pothier, est acceptée par la grande majorité des auteurs ; et, outre le point d'appui d'une solidité inébranlable que lui fournit l'art. 860, elle peut encore être étayée de l'art. 855. Ce texte dispose dans des termes absolus que « L'immeuble qui a péri par cas fortuit et sans la faute du donataire, n'est pas sujet à rapport ».

Il en serait autrement des améliorations ou des détériorations résultant du fait du donataire ou de ses ayant-cause. La succession ne doit pas plus profiter des unes que souffrir des autres. Dans l'estimation qui doit être faite de l'immeuble à rapporter en moins prenant il faudra donc faire abstraction de ces améliorations ou de ces détériorations. L'art. 864 le dit pour celles résultant du fait des ayant-cause du donataire : « Dans le cas où

» l'immeuble a été aliéné par le donataire, les améliorations ou dégradations faites par

» l'acquéreur doivent être imputées conformément aux trois articles précédents » ; et les art. 861 à 863 nous l'ont déjà dit pour les améliorations ou détériorations dues au fait du donataire. Arg. des mots dans tous les cas de l'art. 861, et du mot pareillement de l'art. 862.

2. Rapport du mobilier.

721. « Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant » (art. 868, 1^{re} partie). Règle inverse de celle qui régit le rapport des immeubles. Pourquoi cette différence ?

Les immeubles ne se détériorent pas par l'usage ; ils acquièrent plutôt de la valeur par le bénéfice du temps. En rapportant en nature l'immeuble que lui a donné le défunt, le donataire remettra donc dans la succession une valeur égale et souvent supérieure à celle qu'il a reçue. Les meubles au contraire perdent presque toujours de leur valeur par l'usage et même par le seul effet du temps. En faisant le rapport en nature, le donataire d'objets mobiliers n'aurait donc pas remis dans la succession une valeur égale à celle qu'il a reçue : ce qui eût été injuste, puisque l'usage auquel les meubles doivent en grande partie leur dépréciation n'a profité qu'à lui. D'ailleurs il y a des meubles pour lesquels le rapport en nature n'est pas possible : ce sont ceux qui se consomment par le premier usage. Eu voilà plus qu'il ne faut, pour justifier la règle que Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant.

Cette disposition est impérative. Ce n'est donc pas seulement un droit pour le donataire d'objets mobiliers d'en effectuer le rapport en moins prenant, c'est aussi une obligation : ses cohéritiers peuvent s'opposer à ce qu'il fasse le rapport en nature.

Le donataire d'effets mobiliers n'aurait même pas le droit d'effectuer le rapport en versant dans la succession une somme égale à la valeur de ces effets. Ses cohéritiers peuvent exiger que le rapport soit fait en moins prenant : ce qui leur donnera le droit de prélever sur la masse, des objets mobiliers de même nature, valeur et bonté. L'art. 830 al. 1, combiné avec l'art. 868, 1^{re} partie, fournit en faveur de cette solution un argument décisif. On peut le fortifier au besoin par un argument tiré de l'art. 869 al. 2, qui, dans un cas particulier, autorise exceptionnellement le donataire à effectuer le rapport en versant une somme d'argent dans la masse (infra, n. 724).

L'héritier présomptif, donataire d'effets mobiliers, en devient donc propriétaire incommutable, puisque, le cas

échéant, il n'aura jamais à effectuer le rapport en nature : d'où cette conséquence que les risques sont pour son compte. La perte résultant d'un cas fortuit tombera donc sur lui seul.

722. La règle, que « Le rapport du MOBILIER ne se fait qu'en moins prenant », s'applique-t-elle aux meubles incorporels, tels que rentes sur l'Etat ou sur particuliers, valeurs industrielles, créances... ? L'affirmative ne paraît guère douteuse, bien que la question soit controversée. La loi oppose ici le mobilier aux immeubles dont elle s'est occupée dans les art. 859 et s. ; elle entend donc désigner par cette expression tout ce qui n'est pas immeuble, par conséquent tous les meubles de quelque nature qu'ils soient, même les meubles incorporels. Tel est d'ailleurs le sens ordinaire du mot mobilier d'après l'art. 535. Enfin il est peu probable que le législateur ait oublié de réglementer le rapport des meubles incorporels, et c'est pourtant ce qu'il faut admettre, si on ne les considère pas comme compris dans la disposition de l'article 868, 1^{re} partie. On objecte que le motif, qui a fait établir la règle du rapport en moins prenant en ce qui concerne les meubles en général, ne se rencontre pas pour les meubles incorporels : ils ne perdent pas de leur valeur par le temps, par l'usage, par les caprices de la mode. Cela est vrai ; mais à défaut de ce motif, il y en a ici un autre aussi puissant : les meubles incorporels ne sont pas susceptibles d'un prix d'affection, et par conséquent leur valeur est purement pécuniaire ; on s'explique ainsi à merveille qu'ils aient été soumis eux aussi à la règle du rapport en moins prenant. D'où cette conséquence, dans laquelle se résume à peu près tout l'intérêt du débat, que les meubles incorporels sujets à rapport seront aux risques du donataire, la succession n'ayant rien à perdre ni à gagner par suite des diverses fluctuations que pourra subir leur valeur vénale.

723. Il reste à savoir sur quel pied se fait le rapport en moins prenant des meubles : « Il se fait sur le pied de la valeur du mobilier

» lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte,

» et, à défaut de cet état, d'après une estimation par experts, à juste

» prix et sans crue » (art 868, 2e partie).

Pour le sens des mots et sans crue, voyez supra, n. 675 h.

= D'après l'état estimatif. Les donations entre vifs d'effets mobiliers doivent être accompagnées d'un état estimatif (art. 948). La valeur à rapporter par le donataire sera déterminée d'après cet état, et, au cas où il n'existerait pas, d'après une estimation faite par experts.

Cette dernière disposition paraît difficile à concilier, au premier abord, avec l'art. 948, duquel il résulte que la donation d'effets mobiliers est nulle à défaut d'état estimatif. De deux choses l'une, peut-on dire : ou bien l'état a été dressé, et alors il servira de base pour la détermination de la valeur à rapporter ; ou il n'a pas été dressé, et alors, la donation étant nulle, les objets donnés seront réputés n'avoir jamais cessé d'appartenir au défunt, et il ne pourra pas être question de rapport, ni par conséquent de fixation de la valeur à rapporter, le rapport supposant nécessairement une donation et une donation valable. Voici la réponse : tout d'abord il peut se faire que l'état qui a été dressé lors de la donation ait été perdu ; d'autre part, l'état estimatif n'est pas requis pour les donations faites de la main à la main (voyez l'explication de l'art. 948). Dans ces deux cas, il pourra y avoir lieu à l'estimation par experts dont parle notre article. Elle devra être faite d'après la valeur des effets au temps de la donation.

724. Aux termes de l'art. 869 : « Le rapport de l'argent donné

» se fait en moins prenant dans le numéraire de la

succession. —

» En cas d'insuffisance, le donataire perd se dispenser de rapporter

» du numéraire, en abandonnant, jusqu'à due concurrence, du mobilier,

» et, à défaut de mobilier, des immeubles de la succession ».

= Peut se dispenser de rapporter du numéraire. C'est une simple faculté pour le donataire. Il pourrait donc, s'il le préférerait, verser dans la masse une somme égale à celle dont il doit le rapport : ce qui lui permettra d'obtenir, comme ses cohéritiers, sa part en nature dans les objets mobiliers et dans les immeubles de la succession.

* Une dot ayant été constituée en argent, le rapport à la succession du donateur devra, le cas échéant, en être fait en moins prenant, alors même que le donataire aurait reçu un immeuble en paiement. Il ne devient pas pour cela donataire d'un immeuble. Cass., 29 mai 1902, D., 03. 1. 100, et Douai, 24 nov. 1910, S., 11. 2. 202.

§ II. Du rapport des dettes.

725. A l'imitation de notre ancien droit, le législateur du code civil impose à tout cohéritier venant à la succession l'obligation de rapporter à la masse les sommes dont il est débiteur : « Chaque

» cohéritier », dit l'art. 829, « fait rapport à la masse, suivant les

» règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits

» et des sommes dont il est débiteur ». Quel est le fondement du rapport en ce qui concerne les dettes ? C'est toujours le maintien de l'égalité entre les héritiers, « qui se trouverait autant blessée, dit Lebrun, par le défaut du rapport de ce qui a été prêté que de ce qui a été donné ».

Pour mettre ce point en lumière, supposons une succession dévolue par portions égales à deux cohéritiers, Primus et Secundus. Primus est débiteur envers la succession de 10.000 fr., que le défunt lui a prêtés par exemple. La succession comprend, outre la créance du défunt contre Primus, un immeuble valant 10.000 fr. et quelques autres biens d'une valeur insignifiante, pas de dettes. D'après notre article, Primus rapportera sa dette à la masse ; il en fera le rapport en moins prenant (arg. art. 868). Ce rapport en moins prenant s'effectuera par voie de prélèvement au profit de Secundus, qui prendra avant tout partage l'immeuble laissé par le défunt (art. 830). La situation des deux cohéritiers se trouvant ainsi égalisée, ils se partageront par portions égales le surplus de la masse, conformément aux règles du droit commun. Si, au contraire, on ne procédait pas par la voie du rapport en ce qui concerne la dette de Primus, si cette dette restait soumise aux règles ordinaires, comme celle de tout autre débiteur étranger, la créance du défunt contre Primus se diviserait de plein droit entre ses deux héritiers (art. 1220) ; une moitié de cette créance appartiendrait donc à Primus lui-même (celle-là serait éteinte par la confusion, art. 1300), et l'autre moitié appartiendrait à Secundus. Quant aux biens héréditaires, les cohéritiers se les partageraient suivant les règles du droit commun. Finalement, le partage une fois terminé, Secundus demeurerait créancier de Primus, pour 5.000 fr. ; or, en supposant Primus insolvable, Secundus pourrait n'obtenir qu'un paiement partiel par suite du concours des autres créanciers de Primus ; il pourrait même être primé par eux, s'ils sont armés d'une hypothèque légale ou d'une hypothèque judiciaire qui saisit les immeubles du débiteur au moment même où ils entrent dans son patrimoine. Le rapport de la dette prévient cette injustice (Cpr. supra, n. 710 in fine). On peut facilement supposer qu'il a été dans l'intention du défunt de l'imposer à son héritier : il a sans

doute voulu que la part de succession de cet héritier répondît envers ses cohéritiers du montant de sa dette, en ce sens que cette dette serait déduite sur sa part. Cass., 21 oct. 1902, D., 07. 1. 41. 5 déc. 1907, S., 08. 1. 5, D., 08. 1. 113, 2 juin 1908, D., 09. 1. 14, S., 09. 1. 196, et les références.

D'après une autre opinion, le rapport des dettes devrait être considéré comme une simple règle de liquidation entre copartageants, un prélèvement à titre de paiement d'une dette, ne pouvant porter aucune atteinte à la loi du concours entre créanciers, n'impliquant aucune dérogation à l'art. 2093 du code civil.

726. Il y a lieu au rapport des dettes dans trois cas :

1° Lorsque l'un des successibles se trouve débiteur envers le défunt par suite d'un prêt gratuit que celui-ci lui a fait ;

2° Lorsque le défunt a payé, à titre d'avance remboursable, la dette d'un de ses successibles (art. 851 in fine).

Nous disons à titre d'avance remboursable ; cette hypothèse se trouve ainsi présenter une très grande analogie avec la précédente, celle d'un prêt. Si le défunt avait payé la dette d'un de ses successibles donandi animo, il y aurait encore lieu au rapport ; mais le successible le devrait comme donataire, et non comme débiteur : ce qui peut présenter un grand intérêt au cas de renonciation (infra, n. 728). Quant au point de savoir si le défunt a payé la dette de son successible à titre de don ou à titre d'avance remboursable, c'est une question de fait, à résoudre par le juge au cas de contestation.

Toutefois, le paiement, fait par le de cujus pour le compte de son successible, ne donnerait en aucun cas lieu au rapport, s'il s'appliquait à une dette à raison de laquelle le créancier n'avait pas d'action (exemple, une dette de jeu, art. 1965), ou n'avait qu'une action susceptible d'être paralysée par une exception péremptoire, telle qu'une

dette prescrite ; car, en pareille circonstance, on ne peut pas dire que le successible ait été enrichi par le paiement de sa dette, puisqu'il aurait pu se dispenser de la payer. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

3° Lorsque l'un des héritiers est devenu débiteur envers la succession, par suite de faits postérieurs à son ouverture, par exemple s'il a perçu des fruits dont il doit compte à ses cohéritiers. L'art. 829 dit en effet, dans les termes les plus généraux, que chaque cohéritier doit le rapport des sommes dont il est débiteur, sans distinguer si c'est envers le défunt ou envers ses cohéritiers. Cass., 23 avril 1898, D., 98. 1. 390. Cpr. Paris, 11 mai 1911, D., 12. 2. 115.

* 727. Il va sans dire qu'un héritier ne devrait pas le rapport de dettes qui seraient éteintes au moment de l'ouverture de la succession, soit par un paiement, soit par une compensation, soit par la prescription ou de toute autre manière.

Toutefois le successible débiteur du défunt, qui aurait été libéré par une remise gratuite, serait soumis au rapport, non en qualité de débiteur — il ne l'est plus —, mais bien en qualité de donataire, car la remise de dette est une libéralité (t. II, n. 335).

La remise résultant d'un concordat produirait-elle le même effet ? Non. Cette remise ne constitue pas une libéralité : les créanciers la font dans leur intérêt bien plus que dans celui du failli, et d'ailleurs elle peut être imposée à la minorité par la majorité. L'héritier débiteur du défunt ne doit donc pas comme donataire le rapport à la succession de la partie de sa dette dont il a été libéré par le concordat. Il ne le doit pas non plus comme débiteur, car il a cessé d'être débiteur de cette partie de sa dette.

La jurisprudence établit à tort une distinction entre le cas où le successible qui a obtenu un concordat était débiteur du défunt par suite d'un prêt à titre onéreux fait

principalement dans l'intérêt du prêteur, et celui où il était débiteur en vertu d'un prêt à titre gratuit fait exclusivement dans son intérêt. Dans ce dernier cas, elle lui impose le rapport, même de la partie de sa dette dont il a été libéré par le concordat. Cass., 4 nov. 1889, S., 90. 1. 206, D., 90. 1. 435. — Mais à quel titre ? Débiteur, il ne l'est pas, puisqu'il a été libéré de cette partie de sa dette par le concordat. Donataire, il ne l'est pas non plus, du moins il n'est donataire que pour les intérêts, et les intérêts ne sont pas rapportables (art. 856). V. sur la question note de M. Tissier sous Bordeaux, 20 déc. 1901, S., 04. 2. 25. Cpr. Cass., 30 déc. 1908, D., 09. 1. 208.

* 728. Règles à suivre pour le rapport des dettes. — « Chaque cohéritier », dit l'art. 829 déjà cité, « fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits, et des sommes dont il est débiteur ». Ce qui paraît résulter bien nettement de ce texte, c'est une assimilation complète entre le rapport des dons et celui des dettes. La jurisprudence est en ce sens.

D'où il suit, mais plusieurs de ces déductions sont plus ou moins contestées, comme d'ailleurs le principe lui-même :

1° Que pour être tenu du rapport d'une dette, il faut être à la fois héritier du défunt et débiteur de cette dette envers lui. Une femme mariée ne doit donc pas à la succession de son père le rapport de ce que celui-ci a prêté à son mari. A moins que la femme n'ait épousé cette dette en acceptant la communauté dans laquelle elle était tombée, auquel cas elle devra rapporter à la succession paternelle la portion de la dette mise à sa charge par l'acceptation. Bourges, 25 juil. 1896, D., 99. 2. 105.

1° bis. Que le rapport des dettes se fait en moins prenant (arg. art. 868, 1^{re} partie).

Si la dette résulte d'un prêt de somme d'argent, pas de difficultés sur la valeur à rapporter en moins prenant. Si le prêt porte sur des obligations industrielles, avec cette

clause que l'emprunteur restituera le même nombre d'obligations semblables, la valeur à rapporter en moins prenant sera celle des obligations au moment de l'ouverture de la succession. L'héritier se libère envers la succession comme il aurait pu se libérer envers le défunt lui-même. Cass., 13 juil. 1897, D., 98. 1. 353.

2° Que, si la dette soumise au rapport n'était pas productive d'intérêts, elle le devient de plein droit dès l'instant de l'ouverture de la succession (arg. art. 856). Cass., 1^{er} juin 1891, S., 91. 1. 401. Au cas contraire, les intérêts continuent de courir, et le successible doit le rapport des intérêts échus, qui augmentaient d'autant sa dette lors de l'ouverture, et des intérêts à échoir ;

3° Que les dettes, dont l'un des successibles doit le rapport, deviennent immédiatement exigibles si elles sont à terme. Le successible débiteur perd donc le bénéfice du terme qui lui aurait été concédé par le de cujus, puisqu'il paie immédiatement par la voie du rapport une dette que la convention lui donnait le droit de ne payer que plus tard. En sens contraire, trib. de Vendôme, 10 août 1889, S., 90. 2. 47 ;

4° Que, par sa renonciation, l'héritier débiteur se libère du rapport de sa dette, de même que l'héritier donataire, du rapport de son don (arg. art. 845). Rapporter une dette, c'est imputer sur sa part héréditaire la créance qui correspond à cette dette ; or cette imputation n'est pas possible pour l'héritier renonçant, puisqu'il n'a pas de part héréditaire. Remarquons bien que l'héritier est alors dispensé de rapporter sa dette, mais non de la payer. Au contraire l'héritier donataire, qui renonce à la succession, peut conserver son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Est-ce là, comme on le dit partout, une différence entre le rapport des dettes et le rapport des dons ? Nous ne le croyons pas ; c'est bien plutôt une différence entre le débiteur et le donateur. Au point de vue

du rapport, la situation de l'héritier débiteur nous paraît être ici exactement la même que celle de l'héritier donataire : l'un comme l'autre en est affranchi par sa renonciation ; mais il conserve alors la qualité en laquelle il aurait été tenu au rapport s'il eût accepté. L'un reste donc débiteur, et comme tel obligé de payer sa dette ; l'autre donataire : ce qui lui donne le droit de conserver son don, pourvu qu'il n'excède pas la quotité disponible. — Par où l'on voit que, lorsque le de cujus a payé une dette de son successible, il importe de savoir s'il l'a fait donandi animo ou à titre de prêt, d'avance remboursable. Car, dans le premier cas, l'héritier doit le rapport comme donataire ; ce qui lui permet de retenir son don, par conséquent de ne pas payer sa dette, s'il renonce à la succession ; tandis que dans le second, il doit le rapport comme débiteur, et demeurerait, dans l'hypothèse d'une renonciation, tenu de payer sa dette à la succession ;

5° L'héritier débiteur ne doit pas le rapport de sa dette aux créanciers ni aux légataires (arg. art. 857). Le rapport est essentiellement affaire entre cohéritiers : eux seuls peuvent donc s'en prévaloir. Mais si les créanciers et les légataires ne sont pas fondés à demander que l'héritier débiteur rapporte sa dette, ils peuvent exiger qu'il la paie ; car la créance du défunt contre l'héritier fait partie de l'actif héréditaire, et se trouve comprise par suite dans le gage des créanciers et des légataires. On dira peut être : Mais qu'importe de refuser aux créanciers et aux légataires le droit de demander le rapport des dettes, si on les autorise à en demander le paiement ? N'est-ce pas une dispute de mots ? Nullement. Autre chose est demander le paiement d'une dette, autre chose en demander le rapport (supra, n. 725). S'il n'existait pas de différence entre ces deux modes de procéder, il eût été inutile d'instituer le rapport des dettes.

729. Sur cette difficile matière du rapport des dettes, voyez Cass., 17 nov. 1885, S., 87. 1. 14, et 9 fév. 1887, D,

87. 1. 193, S., 88. 1. 1 et la note. V. aussi A. Deschamps, Du rapport des dettes, et Meynial, Du rapport des dettes.

Appendice. Du cas particulier prévu par l'article 866.

730. « Lorsque le don d'un immeuble fait à un successible avec dispense du rapport

» excède la portion disponible, le rapport de l'excédant se fait en nature, si le retranchement

» de cet excédant peut s'opérer commodément. — Dans le cas contraire, si

» l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter

» l'immeuble en totalité, sauf à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible :

» si cette portion excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut

» retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre, et à récompenser ses cohéritiers

» en argent ou autrement ». Ainsi s'exprime l'art. 866.

Pour éclaircir ce texte, qui n'est peut-être pas à sa place dans la section Des rapports, car il traite une question de réduction plutôt qu'une question de rapport, nous ferons l'espèce suivante. Le défunt laisse trois enfants, Primus, Secundus et Tertius ; l'actif net de la succession vaut 12, la quotité disponible est donc égale à 3 (art. 913) ; le défunt a donné entre vifs par préciput et hors part à Primus un immeuble valant 7 ; cette donation excède par conséquent la quotité disponible de 4, et il y a lieu de remettre cet excédent à la masse, de le retrancher, comme dit notre texte. Si ce retranchement peut s'opérer commodément, si par exemple il s'agit d'une prairie qui peut être facilement divisée, le retranchement s'effectuera en nature, c'est-à-dire que Primus gardera une partie de l'immeuble équivalente à 3, et remettra l'autre qui vaut 4 dans la masse partageable. Mais supposons que l'immeuble ne soit

pas susceptible d'être divisé commodément ; comment s'effectuera le retranchement ? Dans l'espèce proposée, la portion à retrancher excédant celle que l'héritier préciputaire a le droit de conserver, l'immeuble tout entier sera remis dans la masse ; puis le préciputaire prélèvera sur cette masse la quotité disponible, soit 3, et le partage du surplus s'opérera d'après les règles du droit commun. Si au contraire, modifiant un peu notre espèce, l'immeuble donné par préciput à Primus ne vaut que 5, auquel cas la portion à retrancher, soit 2, est inférieure à la portion à conserver, qui vaut 3, l'héritier gardera tout l'immeuble, sauf à moins prendre dans le partage de la masse jusqu'à concurrence de 2, puisqu'il garde 2 de trop.

La loi, on le voit, fait ici une application de la règle *Major pars trahit ad se minorem*. Elle déroge ainsi au droit commun, dont l'application aurait conduit dans l'espèce à décider que l'immeuble doit être licité (arg. art. 1686). Et, comme toute exception au droit commun doit être interprétée restrictivement, il faut en conclure que, si la portion à retrancher était juste égale à celle que l'héritier a le droit de conserver (ce qui arriverait dans notre espèce en supposant que l'immeuble donné eût une valeur égale à 6), on devrait en revenir au droit commun, c'est-à-dire à la licitation. Nous n'admettrions donc pas, avec plusieurs auteurs, que le juge a ici le droit de statuer sur le *quid utitius*. — D'ailleurs, l'art. 866 doit, à notre avis, être appliqué aux legs comme aux dons entre vifs. Cass., 7 nov. 1906, D., 08. 1. 309, S., 12. 1. 493. La question cependant est controversée.

SECTION III

DU PAIEMENT DES DETTES

731. Le passif héréditaire comprend les dettes et les charges. Les dettes sont les obligations qui ont pris naissance dans la personne du défunt, qui grevaient son patrimoine lors de son décès et passent avec ce patrimoine à ses héritiers. Les charges sont des dettes posthumes : ce sont des obligations auxquelles la mort du de cujus donne naissance ou dont elle est l'occasion, qui par suite grèvent sa succession sans qu'il en ait jamais été tenu personnellement, quæ ab herede cœperunt : tels sont les frais funéraires, les frais de scellés et d'inventaire, et aussi les legs.

Les règles contenues dans cette section, qui aurait été intitulée plus exactement Du passif héréditaire, sont en général applicables aux charges aussi bien qu'aux dettes. Elles sont cependant sujettes, en ce qui concerne les legs, à certaines modifications, qui seront indiquées au titre Des donations.

Le législateur s'occupe ici successivement : 1° de la répartition du passif héréditaire et du droit de poursuite des créanciers (art. 870 à 877) ; 2° de la séparation des patrimoines (art. 878 à 881) ; 3° des fraudes qui peuvent être commises dans les partages, et des moyens accordés aux créanciers, contre qui elles sont dirigées, pour les prévenir ou les réprimer (art. 882). Nous traiterons ces matières dans trois paragraphes.

§ 1. De la répartition du passif héréditaire, et du droit de poursuite des créanciers.

732. Deux questions bien distinctes doivent ici nous préoccuper : 1° qui doit supporter définitivement le passif héréditaire, en d'autres termes, quels sont les contribuables entre lesquels ce passif doit se répartir, et dans quelle proportion ; 2° à qui les créanciers héréditaires peuvent-ils ou doivent-ils s'adresser pour obtenir leur

paiement ? La première question est une question de contribution aux dettes : il s'agit d'un règlement définitif à établir entre les divers contribuables ; tout se passe entre eux seulement. La deuxième question est une question d'obligation aux dettes : les créanciers entrent en scène ; il s'agit de déterminer l'étendue du droit de poursuite qui leur appartient.

N° 1. De la contribution aux dettes.

733. Quels sont ceux qui doivent supporter définitivement le fardeau des dettes et charges de la succession, et dans quelle proportion ? La réponse est fort simple ; elle est contenue dans l'ancien adage *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est*. Cet adage signifie que le passif héréditaire (*æs alienum*) est une charge de l'universalité qui constitue le patrimoine (*universi patrimonii*), mais non de chaque objet en particulier (*certarum rerum*) dont il se compose. Ce passif doit donc être supporté par tous ceux qui succèdent à l'universalité, au patrimoine, et proportionnellement à la fraction qu'ils en recueillent, mais non par ceux qui succèdent à des objets particuliers dépendant du patrimoine.

En deux mots, les successeurs universels contribuent aux dettes, les successeurs à titre particulier n'y contribuent pas.

Exceptionnellement toutefois, les successeurs à titre particulier contribuent aux dettes dans les trois cas de succession anormale prévus par les art. 351-352, 747 et 766 (*supra*, n. 519).

Reste à savoir quels sont les successeurs universels et quels sont les successeurs à titre particulier.

Doivent être considérés comme successeurs universels, et tenus à ce titre de contribuer aux dettes : 1° les héritiers (légitimes ou naturels) ; 2° les successeurs irréguliers ; 3°

les légataires universels on à titre universel ; 4° les héritiers contractuels.

Au contraire, les légataires particuliers sont des successeurs à titre particulier, dispensés comme tels de contribuer aux dettes.

734. Chaque successeur universel contribue aux dettes, nous l'avons dit, proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il recueille. Ainsi trois héritiers pour portions égales, venant ensemble à la succession, contribueront aux dettes et aux charges chacun pour un tiers. De même, si le défunt a laissé pour seuls successeurs universels un enfant légitime et un enfant naturel, l'enfant légitime supportera les dettes pour trois quarts et l'enfant naturel pour un quart ; car c'est dans cette proportion que l'actif héréditaire se répartit entre eux (nouvel art 758). Suppose t-on enfin que l'universalité se divise entre un héritier et un légataire, que le défunt laisse par exemple un fils et qu'il ait légué un quart de ses biens à un étranger ? Le fils supportera les trois quarts des dettes, et le légataire un quart. Ainsi de suite. C'est ce qui résulte des art. 870 et 871, ainsi conçus :

ART. 870. Les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend.

ART. 871. Le légataire à titre universel contribue avec les héritiers, au prorata de son émolument ; mais le légataire particulier n'est pas tenu des dettes et charges, sauf toutefois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué.

Et toutefois la formule de ces deux articles laisse à désirer. D'abord il n'est pas exact de dire, comme le fait l'art. 870, que les cohéritiers contribuent au paiement des dettes et charges de la succession, chacun dans la proportion de ce qu'il y prend. Supposons deux cohéritiers appelés à une succession pour portions égales ; la succession vaut 3, y compris un immeuble ayant une valeur égale à 1, qui a été donné par préciput et hors part à l'un

des cohéritiers ; celui-ci prendra en définitive 2 dans la succession, tandis que l'autre ne prendra que 1. Faudra-t-il dire, appliquant littéralement notre disposition, que l'un contribuera aux dettes pour deux tiers, et l'autre pour un tiers ? Non : l'héritier précipitaire succède ici à un double titre, celui d'héritier et celui de légataire à titre particulier. Comme héritier il doit contribuer ; mais il est affranchi de la contribution comme légataire particulier (art. 871). Il contribuera donc seulement pour la part qu'il prend comme héritier, c'est-à-dire pour 1, et son cohéritier pour 1 également, c'est-à-dire que chacun contribuera pour la moitié. L'art. 870 doit donc être lu comme s'il disait : chacun dans la proportion de ce qu'il prend A TITRE D'HÉRITIER, ou mieux : proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il recueille.

La formule de l'art. 871 laisse aussi à désirer, quand il dit : « Le légataire à titre universel contribue... au prorata de son émolument ». Notons d'abord que cette expression le légataire à titre universel comprend aussi le légataire universel. Dans notre ancien droit, on ne distinguait pas ces deux espèces de légataires ; on employait indifféremment l'expression de légataire à titre universel ou celle de légataire universel pour désigner les légataires de l'universalité ou d'une fraction de l'universalité, et l'art. 871 a parlé le même langage : ce dont on ne peut guère blâmer le législateur ; car, au moment où il décrétait l'art. 871, la distinction entre le légataire universel et le légataire à titre universel n'était pas encore législativement consacrée ; elle ne l'a été que plus tard par les art. 1003 et 1010. — En second lieu, les mots au prorata veulent dire proportionnellement à (pro rata parte emolumenti) et non jusqu'à concurrence de ; on les a donc invoqués à tort pour soutenir que le légataire universel n'est tenu des dettes qu'intra vires emolumenti, indépendamment du bénéfice d'inventaire. — Enfin qu'est ce que l'émolument dont parle notre texte ? La loi veut sans doute désigner par ce mot la

fraction de l'universalité que le légataire recueille. — Bref l'article signifie que le légataire universel ou à titre universel contribue aux dettes proportionnellement à la part qu'il recueille dans l'universalité. Il supportera donc toutes les dettes s'il recueille l'universalité tout entière ; il en supportera un tiers, un quart... s'il n'est appelé à recueillir que cette fraction.

* La cour de cassation a fait une application exacte de ces principes dans l'espèce suivante : Un testateur avait légué tous ses meubles ; il avait disposé en outre de quelques immeubles à titre particulier. Qui devait contribuer aux dettes, et dans quelle proportion ? Les dettes devaient se répartir entre le légataire à titre universel des meubles, et l'héritier, qui succédait à l'universalité des immeubles, proportionnellement à la valeur des meubles comparée à celle des immeubles, et sans aucune déduction à raison des legs particuliers d'immeubles, dont l'universalité immobilière revenant à l'héritier se trouvait grevée. Cass., 30 avril 1884, S., 84. 1. 281, D., 85. 1. 373.

735. Les héritiers peuvent répartir entre eux le passif héréditaire autrement que ne le fait la loi. Mais des arrangements de ce genre ne sont pas opposables aux créanciers qui y sont demeurés étrangers. Ceux-ci conservent le droit d'agir contre chaque héritier pour la part que la loi met à sa charge, sauf le recours de celui-ci contre qui de droit. Bourges, 18 janv. 1892, D., 92. 2. 272.

N° 2. De l'obligation aux dettes.

736. Nous connaissons les règles de la contribution aux dettes ; tout successeur universel supporte le passif héréditaire proportionnellement à la fraction de l'universalité qu'il est appelé à recueillir. Il va de soi que les créanciers héréditaires peuvent poursuivre chaque contribuable pour le paiement de sa part contributoire. S'ils n'avaient que ce droit, tout serait dit sur le droit de

poursuite des créanciers. Mais il y a des cas dans lesquels un contribuable peut être poursuivi pour une part supérieure à sa part contributoire ; il y en a d'autres dans lesquels les créanciers peuvent s'attaquer à d'autres qu'aux contribuables eux-mêmes. Nous devons étudier successivement ces deux hypothèses.

I. Cas dans lesquels un contribuable peut être contraint de payer au delà de sa part contributoire.

737. Ils sont prévus : 1° par l'art. 873 ; 2° par l'art. 1221 ; 3° par l'art. 1223.

738. PREMIER CAS. — Aux termes de l'art. 873 : « Les héritiers

» sont tenus des dettes et charges de la succession personnellement

« pour leur part et portion virile, et hypothécairement pour le tout ;

» sauf leur recours, soit contre leurs cohéritiers, soit contre les légataires

» universels, à raison de la part pour laquelle ils doivent y

» contribuer ».

— Pour leur part et portion virile. Les mots part et portion constituent un pléonisme évident ; c'est peu de chose. Mais voici qui est plus grave : ici, comme dans l'art. 1475, le législateur confond la part virile avec la part héréditaire. Cette confusion, dont on trouve déjà des traces dans notre ancien droit, vient peut-être de ce que la part héréditaire est souvent égale à la part virile ; mais cela n'arrive pas toujours, et par conséquent il importait d'éviter la confusion. La part virile est celle qui est calculée pro numéro virorum ; ainsi, quand il y a deux héritiers, la part virile est de la moitié pour chacun ; elle est du tiers s'il y en a trois, du quart s'il y en a quatre... Viriles, id est æquales portiones, dit le jurisconsulte Paul. La part

héréditaire, au contraire, est celle pour laquelle chaque successible est appelé à l'hérédité ; or cette part peut ne pas être la même pour tous ; ainsi, quand la succession est dévolue au père et au frère du défunt, la part héréditaire du père est du quart, celle du frère, des trois quarts (art. 749), tandis que la part virile de chacun serait de la moitié. Cela posé, il est manifeste que notre article entend parler de la part héréditaire, et qu'il a tort par conséquent d'employer l'expression part virile. L'erreur qu'il commet à cet égard serait au besoin rectifiée par l'art. 1220, d'après lequel les héritiers ne sont obligés de payer les dettes que pour les parts dont ils sont saisis comme représentant le débiteur. La loi veut donc dire que les créanciers de la succession peuvent poursuivre chaque héritier pour sa part héréditaire ; et l'art. 1220 nous explique que la part héréditaire dont il s'agit ici, c'est la part pour laquelle l'héritier est saisi de la succession, la part pour laquelle il représente le défunt. Or, en poursuivant l'héritier dans cette mesure, les créanciers le forceront quelquefois à payer plus que sa part contributoire. Ainsi le défunt a laissé deux enfants et un légataire à titre universel du tiers de ses biens ; chaque enfant ne doit contribuer aux dettes que pour un tiers (supra, n. 734), et cependant il pourra être poursuivi pour sa part héréditaire, c'est-à-dire pour la moitié, sauf son recours contre le légataire à titre universel.

739. La proposition qui vient d'être formulée se résume à ceci : Lorsqu'il y a plusieurs successeurs universels parmi lesquels se trouvent des héritiers légitimes ou naturels, tous doivent contribuer aux dettes, et chacun dans la mesure de la quote-part du patrimoine qu'il est appelé à recueillir ; les créanciers de la succession peuvent poursuivre chaque contribuable pour sa part contributoire, mais ils peuvent, s'ils le préfèrent, demander le tout aux héritiers stricto sensu et forcer chacun d'eux à payer dans la mesure de la part pour laquelle il est saisi comme

représentant le défunt, sauf son recours contre les autres contribuables. Outre l'argument tiré de l'art. 1220, on peut encore invoquer en faveur de cette solution l'art. 724, qui déclare les héritiers légitimes ou naturels saisis sous l'obligation d'acquitter toutes les charges, et l'autorité de notre ancien droit où elle était à peu près universellement admise. V. *supra*, n. 4G5.

La question est cependant l'objet d'une vive controverse. Un parti important dans la doctrine soutient que les héritiers réguliers ne peuvent être poursuivis que pour leur part contributoire, au moins quand ils ont fait aux successeurs irréguliers et aux légataires d'universalité la délivrance de la part qui leur revient ; car jusque-là on reconnaît qu'ils pourraient être poursuivis pour la totalité. Cette concession est déjà fort compromettante ; car on comprendrait difficilement que le fait de la délivrance, auquel les créanciers de la succession demeurent complètement étrangers, put avoir pour résultat de modifier leur situation à l'égard des héritiers légalement saisis, et de les réduire à un recours partiel contre ces héritiers, alors qu'ils avaient auparavant un recours intégral. Comme le dit fort bien Pothier (*Successions*, chap. V, art. 3, § 2), « la délivrance que les héritiers légitimes font aux légataires... ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession ». Et en effet cette délivrance ne peut avoir pour effet de leur enlever la qualité de continuateurs de la personne du défunt, qualité qui, ainsi que nous l'avons dit, est le fondement de leur obligation *ultra vires*. Elle n'a d'autre effet que de soumettre les successeurs non saisis au droit de poursuite des créanciers. Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que les arguments invoqués à l'appui de cette solution soient concluants. On se fonde principalement : 1° sur ce que les art. 1009 et 1012 donnent aux créanciers une action directe contre les légataires universels ou à titre universel. — Sans doute. Mais, de ce que les créanciers ont le droit de poursuivre

directement les légataires, il ne s'ensuit pas qu'ils y soient obligés, et qu'ils n'aient pas la faculté, s'ils le préfèrent, de s'attaquer aux héritiers saisis pour le tout. En d'autres termes, en accordant aux créanciers un nouveau débiteur, la loi ne décharge pas l'ancien ; il reste donc obligé. On l'entendait ainsi dans notre ancien droit coutumier ; 2° sur ce que les art. 967 et 1002, qui ont abrogé la règle coutumière Institution d'héritier n'a de lieu, ont placé les héritiers institués (légataires universels ou à litre universel) sur la même ligne que les héritiers légitimes, à la saisine près. — Mais précisément le code civil, en refusant aux légataires (sauf l'exception établie par l'art. 1006) la saisine qu'il accorde aux héritiers légitimes, maintient la principale différence que notre ancien droit établissait entre les héritiers et les légataires, et il a dû vouloir maintenir aussi la différence qui existait entre eux relativement aux dettes ; 3° enfin on invoque des considérations de convenance et d'équité, mais on peut se borner à les renvoyer au législateur.

* 740. Dans notre ancien droit le principe, que les héritiers légitimes peuvent être poursuivis dans la mesure de leur part héréditaire, souffrait une exception importante. Les successions étant déférées d'après la nature et l'origine des biens, tel héritier, par exemple, succédant aux propres et tel autre aux acquêts, il était souvent impossible de connaître a priori le quantum de la part héréditaire de chaque héritier, et par suite le montant de sa part contributoire dans les dettes ; on ne pouvait y arriver que par le moyen d'une ventilation, qui déterminait la valeur comparative des biens auxquels succédaient les divers héritiers. Mais, comme cette opération pouvait traîner en longueur, on permettait aux créanciers, en attendant qu'elle fût terminée, de poursuivre chaque héritier pour sa part virile, « sauf aux héritiers, dit Pothier, à se faire raison du plus ou du moins, lorsque les portions ont été constatées par la ventilation ». Quelques auteurs

pensent que cette solution devrait encore être admise aujourd'hui dans les cas exceptionnels où la loi considère l'origine des biens pour en régler la succession, c'est-à-dire dans les cas prévus par les art. 351, 747 et 766. En attendant que l'importance respective des parts héréditaires, revenant aux héritiers ordinaires et aux successeurs anomaux, soit déterminée par une ventilation, les créanciers pourraient poursuivre chacun d'eux pour sa part virile. Mais cette solution doit être rejetée comme n'ayant aucune base dans les textes.

741. Il n'existe aucune solidarité entre les héritiers pour le paiement des dettes et charges de la succession. Chacun n'est tenu que pour sa part et ne peut être recherché pour celle des autres, alors même qu'ils seraient insolvable, et sauf le droit pour les créanciers de se prémunir contre les conséquences de cette insolvabilité en demandant la séparation des patrimoines contre les créanciers de l'héritier insolvable. D'ailleurs l'héritier, qui a accepté purement et simplement, peut être poursuivi pour le paiement intégral de sa part dans les dettes et charges, alors même qu'elle excéderait la valeur des biens mis dans son lot, tandis que l'héritier, qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, ne peut être poursuivi pour la part mise à sa charge que jusqu'à concurrence de son émolument, et peut même échapper aux poursuites des créanciers en leur faisant l'abandon des biens qu'il a recueillis (art. 802). Poitiers, 24 déc. 1888, S., 89. 2. 163.

742. DEUXIÈME CAS. — Un des cohéritiers peut être poursuivi pour une part supérieure à sa part contributoire dans les diverses hypothèses prévues par l'art. 1221. Nous les avons déjà étudiées ; mais il y en a une qui doit fixer ici notre attention, parce qu'il en est fait mention dans l'art. 873 : c'est celle où il s'agit d'une dette hypothécaire (arg. des mots « et hypothécairement pour le tout »). Il résulte des principes particuliers à l'hypothèque que le détenteur, quel qu'il soit, d'un immeuble hypothéqué peut être

poursuivi pour la totalité de la dette hypothécaire, auquel cas le détenteur ne peut conserver l'immeuble qu'à la condition de désintéresser intégralement le créancier. Si donc, parmi les dettes de la succession, il y en a d'hypothécaires, tout héritier, qui aura obtenu dans son lot un immeuble ou même une partie d'immeuble hypothéqué, pourra être contraint indirectement à un paiement intégral, par dérogation à la règle d'après laquelle il n'est tenu que proportionnellement à sa part héréditaire, et sauf le recours dont il sera question plus loin.

C'est bien à l'hypothèse dont il vient d'être parlé que l'art. 873 fait allusion par ces mots : et hypothécairement pour le tout. La loi suppose ici l'existence d'une hypothèque qui a pris naissance du chef du défunt. Notre texte ne doit pas être considéré comme ayant été écrit en vue de créer, sur tous les immeubles de la succession, au profit des créanciers héréditaires, une hypothèque légale semblable à celle qu'établit l'art. 1017 en faveur des légataires. On n'en peut guère douter, quand on compare l'article 873 avec l'art. 333 de la coutume de Paris, dont il est à peu près la reproduction : « Toutefois, s'ils sont détenteurs d'héritages qui aient appartenu au défunt, lesquels aient été obligés et hypothéqués à la dette par ledit défunt, chacun des héritiers est tenu de payer le tout, sauf son recours contre ses cohéritiers ». L'art. 873 n'a pas voulu dire autre chose. Quand il dispose que les héritiers sont tenus hypothécairement pour le tout, il sous-entend : si hypothèque il y a. Nous expliquerons sous l'art. 1017 comment la loi a pu refuser aux créanciers une garantie qu'elle accorde aux légataires.

743. TROISIÈME CAS. — Enfin un des héritiers peut encore être poursuivi au delà de sa part contributoire, lorsqu'il s'agit d'une dette indivisible (art. 1223).

II. Cas où les créanciers héréditaires peuvent s'attaquer à d'autres qu'aux contribuables pour obtenir leur paiement.

744. L'art. 871 nous en indique un : après avoir dit que le légataire particulier ne contribue pas aux dettes, il ajoute : « sauf toutefois l'action hypothécaire sur l'immeuble légué ». C'est toujours une conséquence du principe que le créancier hypothécaire peut suivre son gage partout où il le trouve, et demander au détenteur un paiement intégral, à moins que celui-ci ne préfère délaisser. Le légataire particulier d'un immeuble pourra se trouver ainsi indirectement contraint de payer une dette à laquelle il ne doit pas contribuer. Il en serait de même de tout autre détenteur.

III. Recours contre les contribuables.

745. Toutes les fois que l'équilibre de la contribution aux dettes aura été rompu par les poursuites des créanciers, soit qu'ils aient forcé un non contribuable à payer, soit qu'ils aient forcé un contribuable à payer plus que sa part contributoire, il y aura lieu de rétablir cet équilibre. Comment y parviendra-t-on ?

Il y a un moyen qui peut toujours être employé. Le non contribuable qui a payé, ou le contribuable qui a payé au delà de sa part contributoire, a fait un paiement pour le compte d'autrui, pour le compte de celui ou de ceux qui devaient supporter définitivement la dette en tout ou en partie ; il pourra donc leur demander le remboursement de ce qu'il a payé à leur acquit, c'est-à-dire de leur part contributoire dans la dette ; il aura contre eux de ce chef une action personnelle, dite de gestion d'affaire.

Ce mode de procéder conduira quelquefois à des recours assez multipliés, les contribuables pouvant être nombreux. La subrogation fournira dans certains cas à celui qui a payé

un moyen plus facile de se faire rembourser, et aussi plus sûr, car, parmi les contribuables, il peut y en avoir d'insolvables. On lit en effet dans l'art. 1251 : « La subrogation a lieu de plein droit... 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». — Avec d'autres : telle est bien la situation du contribuable qui a été forcé de payer une dette héréditaire au delà de sa part contributoire. — Pour d'autres : c'est la situation dans laquelle se trouve le non contribuable qui a été obligé de payer une dette héréditaire. L'un et l'autre sont donc subrogés aux droits du créancier, en vertu de notre texte.

746. Si c'est un non contribuable qui a payé, la subrogation produira son plein et entier effet en sa faveur. Il pourra donc, pour obtenir son remboursement, exercer tous les droits qui appartenaient au créancier. Ainsi une succession est déferée à deux héritiers, Primas et Secundus ; il y a parmi les biens héréditaires deux immeubles, l'immeuble A et l'immeuble B, hypothéqués l'un et l'autre au profit d'un créancier du défunt pour une dette de 10.000 fr. ; l'immeuble A a été légué par le défunt à Pierre ; l'immeuble B tombe par le partage dans le lot de Primus ; le créancier hypothécaire agit contre Pierre légataire de l'immeuble A, et celui-ci paie pour éviter l'expropriation. Il est subrogé au créancier ; il pourra donc, pour obtenir son remboursement, exercer l'hypothèque qui appartenait au créancier sur l'immeuble B, et Primus, détenteur de cet immeuble, sera ainsi forcé, s'il veut conserver l'immeuble, de rembourser intégralement la dette, sauf son recours contre Secundus. C'est ce qui résulte de l'art. 874, ainsi conçu : « Le légataire » particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé » aux droits du créancier contre les héritiers et successeurs à titre universel ».

747. Mais il n'en est plus ainsi, lorsqu'il s'agit d'un contribuable qui a payé au delà de sa part contributoire. Il

est bien subrogé aux droits du créancier, mais la subrogation ne produit à son profit qu'un effet restreint : il ne peut jamais, comme subrogé, demander à chacun des autres contribuables que ce qu'il pourrait exiger s'il agissait par l'action personnelle qui lui appartient de son propre chef. En d'autres termes, le contribuable qui a payé plus que sa part contributoire peut bien, comme subrogé, exercer contre ses consorts les actions du créancier, mais seulement dans la mesure de leur part contributoire. On lit en effet dans l'art. 875 : « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par

- » l'effet de l'hypothèque, a payé au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours

- » contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier

- « qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers ; sans préjudice

- » néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait

- » conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout

- » autre créancier ».

Eclaircissons ce point par une espèce : il y a trois héritiers pour portions égales, Primus, Secundus et Tertius ; la succession comprend trois immeubles, A, B et C, tous hypothéqués à la garantie d'une dette héréditaire de 30.000 fr. ; dans le partage, Primus obtient l'immeuble A, Secundus l'immeuble B, et Tertius l'immeuble C. Au lieu de demander à chaque héritier sa part contributoire dans la dette, qui est de 10.000 fr., le créancier agit par l'action hypothécaire contre Primus, détenteur de l'immeuble A, et celui-ci paie les 30.000 fr. Il a donc payé 20.000 fr. de plus que sa part contributoire, et par suite il a contre ses consorts une action récursoire pour le montant de cette

somme. Pourra-t il, comme subrogé aux droits du créancier, la demander tout entière à l'un de ses cohéritiers, qui détiennent chacun un immeuble hypothéqué à la dette ? Pourra-t-il s'attaquer à Secundus, par exemple, et lui dire : « Le créancier aurait pu vous demander un paiement intégral en agissant contre vous par l'action hypothécaire ; je suis subrogé dans ses droits et, par conséquent, je vous demande, par l'action hypothécaire qui lui appartenait, la totalité de la créance, déduction faite de ma part, soit 20.000 fr., sauf votre recours contre Tertius pour 10.000 fr. » ? Non. Il pourra bien, comme subrogé, exercer l'action hypothécaire contre Secundus ; mais il ne pourra lui demander par celle action que ce qu'il pourrait lui demander par l'action personnelle qui lui appartient de son chef, c'est-à dire 10.000 fr. Et il en serait ainsi, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger conventionnellement dans les droits du créancier, la subrogation conventionnelle ne pouvant avoir plus d'effet que la subrogation légale. C'est là ce que signifie probablement cette phrase assez obscure de notre article : « même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers ».

Primus ne pourra donc agir, soit de son propre Chef, soit comme subrogé, que pour 10.000 fr., contre chacun de ses deux consorts, Secundus et Tertius. Supposons que l'un des deux, Tertius par exemple, soit insolvable, et que tout recours contre lui soit inutile. La perte résultant de cette insolvabilité devra être répartie proportionnellement entre tous les cohéritiers solvables, y compris celui qui a fait le paiement. Donc, dans l'espèce proposée, Primus, qui a payé les 30.000 fr, pourra recourir contre Secundus pour 15 000 fr. C'est ce que dit l'art. 876 : « En cas d'insolvabilité d'un des cohéritiers ou successeurs

» à titre universel, sa part dans la dette hypothécaire est répartie sur tous les autres,

» au marc le franc ».

= Au marc le franc, ou au sol la livre, comme disaient nos anciens, c'est-à-dire proportionnellement à la part contributoire de chacun.

Cet article nous donne la clé du précédent. La principale utilité que présenterait, pour le cohéritier qui a payé toute la dette hypothécaire, un recours intégral contre un seul de ses cohéritiers, détenteur d'un immeuble hypothéqué à la même dette, serait de le mettre à couvert contre l'insolvabilité des autres : or précisément il ne peut pas obtenir ce résultat. D'un autre côté, les cohéritiers se doivent réciproquement la garantie (art. 884), or, qui doit garantir ne peut évincer ; un cohéritier doit donc s'abstenir à l'égard de ses cohéritiers de tout acte équivalant à une éviction. Tel serait précisément le caractère de l'action récursoire que l'un des cohéritiers, après avoir payé toute la dette, exercerait contre un autre cohéritier, pour une part supérieure à sa part contributoire. C'est plus qu'il n'en faut pour justifier la limitation que la loi apporte ici aux effets ordinaires de la subrogation, lorsqu'elle a lieu au profit d'un cohéritier, et plus généralement d'un contribuable qui a payé plus que sa part. Les mêmes raisons n'existent pas pour le légataire particulier, et d'une manière générale pour le non contribuable qui a payé une dette héréditaire ; aussi la loi applique-t-elle alors le droit commun de la subrogation.

* 748. La disposition finale de l'art. 875 est d'une obscurité compacte. Nous la transcrivons de nouveau : « sans préjudice néanmoins des droits d'un cohéritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance personnelle, comme tout autre créancier ». Parmi les diverses explications qui en ont été proposées, voici celle qui nous paraît le plus plausible. Un des héritiers a une créance hypothécaire contre le défunt ; il accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, et l'immeuble hypothéqué à sa créance tombe dans le lot de l'un de ses cohéritiers. Il

pourra agir contre ce dernier par l'action hypothécaire, et lui demander le paiement intégral de sa créance, déduction faite toutefois de la part qu'il doit lui-même supporter dans la dette comme héritier bénéficiaire ; il pourra donc agir hypothécairement pour tout ce qui excède sa part contributoire dans la dette, et même pour tout ce qui excède son émolument, en supposant qu'il soit inférieur à sa part contributoire.

Si tel est le sens de notre disposition, il en résulterait par argument a contrario que l'héritier pur et simple, créancier hypothécaire du défunt, ne pourrait poursuivre chacun de ses cohéritiers, même celui qui délient l'immeuble hypothéqué à sa créance, que pour sa part contributoire dans la dette. Cette solution, qui nous paraît très exacte, peut d'ailleurs se justifier par les mêmes motifs que celle qui est contenue dans l'art. 875 1^{re} partie.

IV. Hypothèse particulière prévue par l'article 872.

749. « Lorsque des immeubles d'une succession sont grevés de rentes par hypothèque

» spéciale, chacun des cohéritiers peut exiger que les rentes soient remboursées et les

» immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots. Si les cohéritiers

» partagent la succession dans l'état où elle se trouve, l'immeuble grevé doit être

» estimé au même taux que les autres immeubles ; il est fait déduction du capital de la

» rente sur le prix total ; l'héritier dans le lot duquel tombe cet immeuble demeure seul

» chargé du service de la rente, et il doit en garantir ses cohéritiers

» (art. 872).

Pour éclaircir ce texte, prenons une espèce. Le défunt était débiteur d'une rente perpétuelle, garantie par une hypothèque portant sur l'immeuble A et dont les arrérages s'élevaient à 3.000 fr. par an : il laisse trois héritiers. L'application des règles du droit commun aurait conduit aux résultats suivants. Comme toutes les autres dettes de la succession, la rente se serait divisée entre les trois héritiers proportionnellement à leurs parts héréditaires, c'est-à-dire dans l'espèce par portions égales ; chacun des héritiers, débiteur du tiers de la rente, aurait donc dû contribuer chaque année au paiement des arrérages pour un tiers, soit 1.000 fr., et aurait pu être poursuivi par le crédi-rentier dans cette mesure. Mais le crédi-rentier aurait rarement divisé son action entre les divers héritiers ; car, son hypothèque lui permettant d'agir pour le tout contre celui dans le lot duquel est tombé l'immeuble hypothéqué, il n'eût guère manqué d'user de ce droit qui lui permet d'obtenir un paiement plus facile et plus prompt. Régulièrement donc, il serait arrivé que l'héritier détenteur de l'immeuble affecté au service de la rente aurait été forcé d'en payer chaque année intégralement les arrérages, sauf son recours contre ses cohéritiers ; et la rente étant perpétuelle, cet inconvénient se serait reproduit indéfiniment, et aurait même pu s'aggraver beaucoup, au cas où l'un des cohéritiers serait venu à mourir laissant plusieurs héritiers entre lesquels se serait divisée son obligation.

Notre article indique deux moyens pour remédier à cet état de choses. Le premier consiste dans le remboursement de la rente : « chacun des cohéritiers », dit la loi, « peut exiger que les rentes soient remboursées et les immeubles rendus libres avant qu'il soit procédé à la formation des lots ». Le législateur suppose ici, sans le dire, que le remboursement de la rente est possible. Dans le cas contraire, qui peut se présenter si l'on se trouve encore dans le délai (de trente ans, art. 530 al. 3, ou de dix ans,

art. 1911 al. 2) pendant lequel la rente a été stipulée irrachetable, on ne pourra avoir recours qu'au deuxième moyen qui est indiqué par la partie finale de notre article. L'immeuble hypothéqué au service de la rente ne sera compris dans le partage que pour sa valeur, déduction faite du capital de la rente, et l'héritier dans le lot duquel il tombera sera seul chargé du service de la rente. Ainsi, dans notre espèce, en supposant que l'immeuble affecté au service de la rente ait une valeur de 100.000 fr. et que le capital de la rente soit de 60 000 fr., l'immeuble ne sera compris dans le partage que pour 40.000 fr., et l'héritier qui l'obtiendra dans son lot demeurera seul chargé du service de la rente. Il recevra ainsi, en sus de la part que reçoivent ses cohéritiers, un capital suffisant pour le service des arrérages, puisqu'on lui donne pour 40.000 fr. un immeuble qui en vaut 100.000, et cette bonification compensera la charge qu'on lui impose.

Et toutefois, le crédi-rentier demeurant complètement étranger au règlement que font ainsi les cohéritiers, ce règlement ne peut porter aucune atteinte à ses droits. Il conservera donc la faculté, que le droit commun lui accorde (art. 1220), de demander chaque année à chacun des cohéritiers sa part des arrérages de la rente. C'est en vue de cette éventualité, peu probable d'ailleurs, et qui, si elle se réalise, donnera lieu à un recours contre le cohéritier chargé seul du service de la rente, que notre article oblige celui-ci à « en garantir ses cohéritiers ».

750. L'art. 872 étant conçu dans les termes les plus généraux, sa disposition s'applique à toutes les rentes perpétuelles soit foncières, soit constituées. Mais il est sans application possible aux rentes viagères, hypothéquées sur un ou plusieurs immeubles héréditaires. En effet, d'une part, les rentes viagères ne sont pas remboursables (art. 1979) : ce qui rend impossible l'emploi du premier moyen qu'indique notre article, et d'autre part on manque de base certaine pour l'évaluation du capital de la rente : ce qui ne

permet pas de songer au second moyen. D'ailleurs, la rente viagère étant temporaire, l'application du droit commun ne présentait pas ici des inconvénients aussi graves que pour les rentes perpétuelles, et on conçoit que le législateur n'ait pas senti le besoin d'y déroger.

751. Notre article parle du cas où l'hypothèque qui garantit le service de la rente est une hypothèque spéciale ; serait-il applicable aussi à l'hypothèse d'une rente garantie par une hypothèque générale ? Notons d'abord que le cas sera infiniment rare. L'hypothèque garantissant le service de la rente sera presque toujours conventionnelle ; or si, dans notre ancien droit, l'hypothèque conventionnelle pouvait être générale, elle est nécessairement spéciale d'après le code civil, qui a reproduit sur ce point (art. 2129) les dispositions de la loi du 11 brumaire an VII. On peut cependant supposer que le défunt a été déclaré débiteur d'une rente par un jugement, auquel cas la rente se trouvera garantie par une hypothèque judiciaire, donc par une hypothèque générale, portant sur tous les immeubles de la succession (arg. art. 2123 al. 2). L'art. 872 serait-il alors applicable ? La négative paraît bien résulter de la nature exceptionnelle de notre disposition. On ne saurait nier qu'elle déroge au droit commun ; or *exceptio est strictissimæ interpretationis*.

La doctrine, qui accepte en général cette déduction, en ce qui concerne l'emploi du deuxième moyen autorisé par l'art. 872, la repousse quant au premier, consistant dans le remboursement de la rente. On se fonde principalement, pour le décider ainsi, sur les travaux préparatoires de la loi, et sur l'impossibilité où l'on se trouverait d'expliquer rationnellement la limitation de l'emploi du premier moyen au cas où la rente est garantie par une hypothèque spéciale.

V. De l'effet, à l'égard des héritiers, des titres exécutoires contre le défunt.

752. Un titre exécutoire est celui qui est revêtu de la formule exécutoire : « ... le président de la République mande et ordonne, etc. ». Les parties intéressées peuvent en obtenir l'exécution par simple réquisition et sans l'intervention de la justice. Le titre exécutoire est donc prêt pour l'exécution, paratus ad executionem : d'où le nom de titre paré qu'on lui donne quelquefois. On tenait pour principe, dans notre ancien droit coutumier, que « Toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé ». S'inspirant de celle ancienne maxime, l'art. 194 du projet disposait : « Dans aucun cas les créanciers ne pourront exercer de poursuites contre l'héritier personnellement, avant d'avoir fait déclarer exécutoires contre lui les titres qu'ils avaient contre le défunt ». Un jugement était donc nécessaire pour rendre exécutoires contre l'héritier les titres exécutoires contre le défunt. Le tribunal fit observer avec raison que, l'héritier étant mis au lieu et place du défunt, pour ses obligations comme pour ses droits, les titres devaient conserver à l'égard des héritiers la force exécutoire qu'ils avaient contre le défunt, que par suite le besoin d'une intervention judiciaire ne se faisait nullement sentir et qu'elle n'aurait d'autre résultat que d'entraîner des frais inutiles et frustratoires, qu'à la vérité l'héritier pouvait ignorer l'existence des titres exécutoires contre le défunt, mais qu'il suffisait, pour les porter à sa connaissance, de les lui signifier et de lui accorder un délai de grâce à compter de la signification.

Ces observations portèrent leur fruit, et l'art. 194 du projet fut remplacé par la disposition suivante qui est devenue l'art. 877 du code civil : « Les titres exécutoires contre le

» défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement ; et néanmoins,

» les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification

» de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier ». Remarquez que ce texte ne vise que les titres exécutoires contre le défunt. L'héritier ne peut donc pas en invoquer le bénéfice pour les titres qui ont été déclarés exécutoires contre lui-même personnellement. Cass., 13 juin 1894, S., 98. 1. 455.

* Le commandement n'est pas un acte d'exécution, mais seulement un préliminaire de l'exécution. Il peut donc être donné avant l'expiration du délai de huitaine de l'art. 877. Cass., 4 avril 1900, D., 00. 1. 529 et trib. civil de Lourdes, 16 nov. 1905, D., 07. 2. 103. Il en est de même à plus forte raison de la sommation de payer ou de délaisser de l'art. 2169. Bourges, 1^{er} mars 1893, D., 93. 2. 520.

En résumé, les créanciers peuvent agir contre l'héritier de la même manière que contre le défunt, c'est-à-dire soit par voie d'action, soit par voie d'exécution, suivant les cas ; et sauf, dans cette dernière hypothèse, la nécessité de la signification dont parle l'art. 877. Cette signification, dont les frais sont à la charge des héritiers (Grenoble, 2 fév. 1884, S., 85. 2. 118), peut être faite pendant les délais pour faire inventaire et délibérer ; car elle n'est qu'un préliminaire de l'exécution ; mais l'exécution elle-même devrait être suspendue jusqu'à l'expiration de ces délais, si l'héritier oppose l'exception dilatoire.

VI. Des droits de mutation.

752 bis. Tout héritier est tenu personnellement envers le fisc d'un droit dit de mutation.

D'après la loi du 22 frimaire de l'an VII (art. 2 et 4), ce droit de mutation était proportionnel : tant pour cent sur la valeur des biens recueillis par l'héritier. Ce tant pour cent augmentait à mesure que la parenté s'éloignait : mais, pour

une même catégorie d'héritiers, il n'augmentait pas à mesure qu'augmentait l'importance de la succession.

Au tarif proportionnel, la loi de finances du 25 fév. 1901, modifiée successivement par les lois du 30 mars 1902 et 8 avril 1910, a substitué le tarif progressif, qui non seulement s'élève à mesure que le degré de parenté s'éloigne, mais croît en même temps pour chaque classe d'héritiers à mesure que l'importance de l'hérédité augmente. V. le tableau annexé à l'art. 10 de la loi du 8 avril 1910.

La loi précitée du 25 février 1901 a réalisé une autre innovation, réclamée depuis longtemps celle-là par tous les jurisconsultes. D'après la loi du 22 frimaire de l'an VII (art. 14-8° et 15-7°), le droit proportionnel de mutation était perçu sur la valeur de l'actif brut de la succession : l'héritier n'était pas autorisé à déduire les dettes et charges du défunt, qui venaient diminuer pour lui l'actif héréditaire et l'absorbaient peut être complètement. Après avoir toléré cette injustice pendant un siècle, notre législateur l'a enfin fait disparaître. L'art. 2 de la loi précitée du 25 février 1901 autorise la déduction des dettes. « Les droits de mutation par décès, dit ce texte, seront liquidés sur la part nette recueillie par chaque ayant droit... ». (V. L. 8 avril 1910, art. 10). Et toutefois le nouveau législateur prend avec raison mille précautions pour éviter la fraude qui, autrement, eût trouvé une occasion trop facile de s'exercer.

§ II. De la séparation des patrimoines.

753. L'acceptation pure et simple d'une succession entraîne la confusion des biens et des dettes du défunt avec les biens et les dettes de l'héritier. Désormais, les biens du défunt ne se distinguent plus de ceux de l'héritier. Les créanciers du défunt ne se distinguent pas non plus des créanciers personnels de l'héritier : tous ont désormais le

même débiteur et par conséquent le même gage (art. 2092). En un mot les deux patrimoines du défunt et de l'héritier sont confondus.

Cette confusion peut, suivant les circonstances, être préjudiciable, soit à l'héritier, soit aux créanciers de la succession.

A l'héritier, si le passif de la succession se trouve excéder l'actif ; car il devra dans ce cas sacrifier une partie de ses biens personnels pour payer les dettes de la succession, dont il est tenu ultra vires. Que l'héritier ne se plaigne pas ! Il avait en effet un moyen de se soustraire à cette responsabilité indéfinie : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Aux créanciers de la succession, lorsque l'héritier est insolvable. Ainsi le défunt a laissé 100.000 fr. de biens et 100.000 fr. de dettes ; il est donc mort solvable. Sa succession échoit à un héritier, qui a 100.000 fr. de dettes et ne possède aucuns biens. Si cet héritier accepte purement et simplement, la confusion des biens et des dettes amènera le résultat suivant : 100.000 fr. de biens, pour faire face à 200.000 de dettes ; les créanciers de la succession ne recevront donc que 50 % du montant de leurs créances (arg. art. 2093). A ce nouveau mal notre législateur apporte un nouveau remède : il permet aux créanciers de la succession de demander la séparation des patrimoines (art. 878), qui fera cesser dans leur intérêt la confusion résultant de l'acceptation pure et simple. Les créanciers qui usent de ce bénéfice demandent qu'on les traite comme si leur débiteur vivait encore, qu'on reconstitue par conséquent le patrimoine du défunt, qu'on l'isole de celui de l'héritier, qu'on opère le triage des biens du défunt, mêlés avec ceux de l'héritier, et qu'on les autorise à se payer sur les premiers par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Etait-il juste, en effet, que les créanciers d'un débiteur mort solvable perdissent

une partie de leurs créances à cause de l'insolvabilité de son héritier ?

Les légataires peuvent éprouver, à raison de l'acceptation pure et simple d'un héritier insolvable, un préjudice analogue à celui dont nous venons de parler. Aussi, au titre Des privilèges et hypothèques (art. 2111), le législateur a-t-il étendu aux légataires le bénéfice de la séparation des patrimoines, qu'il avait accordé aux créanciers seulement dans le titre Des successions.

La séparation des patrimoines peut donc être définie : un bénéfice légal, qui a pour résultat de prévenir ou de faire cesser la confusion des patrimoines, résultant de l'acceptation pure et simple de l'héritier, et de permettre à tout créancier héréditaire et à tout légataire de se faire payer sur les biens du défunt par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

754. La séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire ont le même but : empêcher la confusion des biens et des dettes, résultant de l'acceptation pure et simple. Cela posé, on pourrait être tenté de croire que la séparation des patrimoines obtenue par les créanciers héréditaires rend le bénéfice d'inventaire inutile pour l'héritier, et qu'en sens inverse l'acceptation sous bénéfice d'inventaire faite par l'héritier rend la séparation des patrimoines inutile pour les créanciers. Or la première déduction serait certainement erronée, et la deuxième est contestable.

D'abord il est certain que l'héritier peut avoir intérêt à accepter sous bénéfice d'inventaire, bien que les créanciers héréditaires aient obtenu la séparation des patrimoines ; car, ainsi que nous le verrons plus loin, la séparation des patrimoines n'empêche pas l'héritier qui accepte purement et simplement de se trouver personnellement obligé envers les créanciers héréditaires, de sorte que ceux-ci peuvent, après avoir épuisé les biens de la succession, se retourner contre lui. L'héritier n'a qu'un moyen de prévenir ce danger, c'est d'accepter sous bénéfice d'inventaire

La question inverse, celle de savoir si l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de l'héritier rend inutile une demande de séparation des patrimoines de la part des créanciers héréditaires et des légataires, est plus délicate. L'affirmative est admise par une jurisprudence constante à laquelle souscrivent la majorité des auteurs. Cass., 10 mai 1898, D., 98. 1. 388, 20 juin 1908, D., 08. 1. 575, S., 12. 1. 499, et Pau, 22 mai 1912, S., 12. 2. 179. On dit en ce sens : L'acceptation sous bénéfice d'inventaire entraîne la séparation des patrimoines (supra, n. 642). Cette séparation profile aux créanciers de la succession et aux légataires, et constitue pour eux un droit acquis dont ils ne peuvent plus être privés par le fait de l'héritier. Celui-ci pourra bien perdre son bénéfice d'inventaire en faisant acte d'héritier pur et simple. Mais la déchéance qu'il subira ainsi ne portera aucune atteinte au droit de séparation des patrimoines acquis aux créanciers héréditaires et aux légataires. En renonçant à son bénéfice d'inventaire, l'héritier ne peut compromettre que le droit que son acceptation bénéficiaire lui a fait acquérir, mais non celui qu'elle a fait acquérir aux créanciers de la succession et aux légataires. Acquérant ainsi un droit indépendant du fait de l'héritier, les créanciers et les légataires n'ont aucun intérêt à demander la séparation des patrimoines et à remplir les formalités de l'art. 2111, en vue de l'éventualité, assez peu probable, il faut en convenir, de la perte du bénéfice d'inventaire par l'héritier. — Nous l'avons déjà dit, cette déduction nous paraît contestable. La séparation des patrimoines dont les créanciers se prévalent est ici une conséquence du bénéfice d'inventaire ; l'effet ne doit pas survivre à la cause. L'héritier est maître de son bénéfice d'inventaire, et, à notre avis, en le perdant, il fait perdre aux créanciers de la succession et aux légataires la séparation des patrimoines qui en était la conséquence. Ajoutons que le système de la jurisprudence conduit à ce résultat peu satisfaisant qu'au cas d'acceptation sous

bénéfice d'inventaire la séparation des patrimoines se produit indépendamment de la publicité prescrite par l'art. 2111. En tout cas, la prudence semble commander aux créanciers du défunt et aux légataires de demander la séparation des patrimoines malgré l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de l'héritier, et ils en ont certainement le droit. Bordeaux, 4 janv. 1898, D., 99. 2. 473.

755. Historique. La séparation des patrimoines tire son origine du droit romain, où les prêteurs l'introduisirent, sous le nom de *separatio bonorum*, bien avant l'institution du bénéfice d'inventaire, pour corriger la rigueur du droit civil dans plusieurs hypothèses et notamment dans celle qui nous occupe. Vers le XVI^e siècle la séparation des patrimoines s'introduisit dans notre ancien droit, mais elle y reçut de profondes modifications, notamment elle cessa d'être une mesure collective, *communis cautio*, comme en droit romain. De là elle passa dans la loi du 11 brumaire de l'an VII (art. 14). Notre législateur a consacré à la séparation des patrimoines quatre articles au titre Des successions (art. 878 à 881), et un au titre Des privilèges et hypothèques art 2111 ; ; il lui a conservé les principaux caractères qu'elle avait dans notre ancien droit.

I. Par qui la séparation des patrimoines peut être demandée.

756. La séparation des patrimoines peut être demandée par tout créancier de la succession et par tout légataire.

a. — Par tout créancier de la succession. « Ils [les créanciers du

» défunt] peuvent demander, dans tous les cas, et contre tout créancier

» [de l'héritier], la séparation du patrimoine du défunt d'avec

» le patrimoine de l'héritier » (art. 878). Cpr. art. 2111. Cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux ; la séparation des patrimoines peut donc être demandée par un créancier à terme ou conditionnel, aussi bien que par celui dont la créance est pure et simple (Trib. de Rambouillet, 8 juin 1910, D., 12. 2. 343), par un créancier privilégié ou hypothécaire, aussi bien que par un créancier chirographaire. Cass., 9 nov. 1904, D., 05. 1. 524.

Sans doute, c'est principalement aux créanciers chirographaires que la séparation des patrimoines sera utile, car ce sont eux qui ont le plus à redouter les conséquences de la confusion du patrimoine du défunt avec celui de l'héritier ; mais notre institution peut offrir aussi un utile secours aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, notamment dans le cas où leur privilège ou hypothèque ne leur permet pas d'arriver en ordre utile ou ne le leur permet qu'en partie. Grenoble, 12 fév. 1909, D., 09. 2. 240. D'ailleurs, les créanciers privilégiés ou hypothécaires n'ont pas besoin de la séparation des patrimoines pour pouvoir opposer leur privilège ou leur hypothèque aux créanciers personnels de l'héritier.

Il n'est pas nécessaire, la loi ne l'exigeant pas, qu'un créancier héréditaire soit muni d'un titre pour pouvoir demander la séparation des patrimoines. Agen, 18 juil. 1894, D., 95. 2. 217, et Caen, 18 nov. 1907, S., 10. 2. 47. Cpr. t. II, n. 1473 et 1683.

Mais ce sont seulement les créanciers de la succession qui peuvent demander la séparation des patrimoines ; le même droit n'appartient pas aux créanciers personnels de l'héritier. « Les créanciers de

» l'héritier », dit l'art. 881, « ne sont point admis à demander la

» séparation des patrimoines contre les créanciers de la succession ».

Dans notre ancien droit, la pratique avait admis en général une solution contraire. Mais, dit Demolombe,

Lebrun, tout en reconnaissant « qu'on vivait ainsi au palais », voyait là seulement « quelque coutume ou mauvaise tradition », et Pothier était du même avis. Leur opinion, conforme au droit romain, a été consacrée par l'art. 881.

Et cependant, la confusion des patrimoines, résultant de l'acceptation pure et simple, peut nuire aux créanciers de l'héritier. Supposez un débiteur qui a 100.000 fr. de biens et 100.000 fr. de dettes ; ce débiteur accepte purement et simplement une succession à lui échue, dans laquelle il y a 100.000 fr. de dettes et un actif nul. La confusion des patrimoines va faire perdre 50 % aux créanciers de l'héritier, qui seraient payés intégralement s'ils pouvaient demander la séparation des patrimoines. Pourquoi leur refuse-t-on le droit de l'invoquer, puisqu'on l'accorde dans des conditions analogues aux créanciers de la succession ? — La situation n'est pas tout à fait la même. C'est par le fait de leur débiteur, qui a accepté une succession obérée, que les créanciers personnels de l'héritier éprouvent ici un préjudice ; or, comme le dit fort bien Ulpien, « licet alicui, adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriores conditionem ». Les créanciers de l'héritier ont suivi sa foi, en traitant avec lui sans exiger aucune garantie ; ils doivent subir le concours de tous les nouveaux créanciers qu'il plaira à leur débiteur de se donner, le cas de fraude excepté ; or le débiteur se donne de nouveaux créanciers, en acceptant purement et simplement la succession. Au contraire, ce n'est pas par le fait de leur débiteur, qui est aujourd'hui décédé, mais par celui de son héritier, que la situation des créanciers du défunt se trouve empirée, lorsque la succession est acceptée par un héritier insolvable. C'est bien assez qu'un créancier soit à la merci de son débiteur, sans qu'il soit en outre à la merci de l'héritier de celui-ci, qu'il ne connaît pas. On s'explique ainsi que la loi accorde aux créanciers du défunt la séparation des patrimoines, qui est une sorte de restitution

contre le fait de l'héritier de leur débiteur, tandis qu'elle la refuse aux créanciers de l'héritier, parce qu'elle constituerait pour eux une restitution contre le fait de leur débiteur lui-même. Les créanciers de l'héritier n'auraient que le droit de faire annuler l'acceptation de leur débiteur, s'ils parvenaient à démontrer qu'elle a été faite en fraude de leurs droits. Arg. art. 1167.

b. — La séparation des patrimoines peut aussi être demandée par les légataires (art. 2111), même en l'absence de créanciers connus. Lyon, 6 juil. 1892, D., 93. 2. 96, S., 92. 2. 280. Cpr. trib. civ. de Rennes, 9 mars 1908, D., 09. 2. 237. A bien dire, ce sont des créanciers, non du défunt, sans doute, qui n'a jamais été obligé envers eux, mais de la succession. Il s'agit seulement des légataires particuliers ; car les légataires universels ou à titre universel sont loco heredum, et n'ont pas plus besoin de la séparation des patrimoines dans leurs rapports avec les héritiers que les héritiers eux-mêmes dans leurs rapports les uns avec les autres.

757. Chaque créancier et chaque légataire a le droit individuel de demander la séparation des patrimoines : ce qui ne les empêche pas de s'entendre pour la demander collectivement. Ils peuvent donc, à leur choix, agir individuellement ou collectivement. Il en était ainsi dans notre ancien droit ; en droit romain, au contraire, la séparation des patrimoines était toujours une mesure collective.

II. Contre qui la séparation des patrimoines doit être demandée.

758. Régulièrement, la séparation des patrimoines doit être demandée contre les créanciers de l'héritier. Arg. art. 878.

Toutefois, si ces créanciers sont inconnus, rien ne paraît s'opposer à ce que la demande soit formée contre l'héritier

lui-même. Paris, 2 nov. 1889, S., 90. 2. 215, D., 90. 2. 285, et Lyon, 6 juil. 1892, précité. Cpr. Gand, 27 juin 1896, D., 98. 2. 125.

D'ailleurs la séparation des patrimoines peut être invoquée même contre les créanciers dont la créance mérite le plus de faveur, par exemple contre un créancier privilégié ou hypothécaire, contre tout créancier, dit l'art. 878. Tout créancier de la succession, même le moins favorable, peut demander la séparation des patrimoines contre un créancier quelconque de l'héritier, fût-ce le plus favorable.

* Par le moyen de la séparation des patrimoines, un créancier quelconque du défunt peut combattre les prétentions de toute personne qui, en qualité de créancier de l'héritier, se prévaut de la confusion des patrimoines produite par l'acceptation pure et simple. Un créancier héréditaire peut donc avoir besoin de l'invoquer contre un autre créancier héréditaire ou contre un légataire qui, acceptant la qualité de créancier personnel de l'héritier, que lui donne l'acceptation pure et simple, vient élever quelque prétention sur les biens de la succession.

* Ainsi l'héritier a consenti une hypothèque sur un bien de la succession au profit d'un créancier du défunt ; celui-ci veut, en vertu de cette hypothèque, se faire payer sur le prix de l'immeuble par préférence aux autres créanciers du défunt. Ces derniers ne pourront l'en empêcher qu'en demandant contre lui la séparation des patrimoines et en prenant inscription sur l'immeuble conformément à l'art. 2111. Cpr. Cass., 10 avril 1906, D., 09. 1. 113, S., 10. 1. 93.

* De même, un légataire, qui accepte les effets de la confusion produite par l'acceptation pure et simple de l'héritier, se présente comme créancier personnel de celui-ci, pour être payé sur le prix d'un bien héréditaire en concurrence avec les créanciers du défunt. Ceux-ci ne pourront l'écarter et se faire payer par préférence à lui, qu'à la condition de demander contre lui la séparation des

patrimoines. S'ils ne la demandaient pas, ils seraient considérés, eux aussi, comme créanciers personnels de l'héritier, et devraient subir le concours du légataire qui a le même titre ; car les créanciers du même débiteur sont payés par concurrence (art. 2093). Au contraire, s'ils demandent la séparation des patrimoines, ils seront considérés comme créanciers du défunt, non de l'héritier, et seront payés par préférence au légataire en vertu de la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*.

759. D'ailleurs la séparation des patrimoines peut être demandée, soit contre tous les créanciers de l'héritier collectivement, soit individuellement contre un seul ou quelques-uns. Et s'il y a plusieurs héritiers, la séparation peut être demandée contre les créanciers de celui-ci, sans l'être contre les créanciers de celui-là ; car on comprend que le besoin de la séparation des patrimoines ne se fait sentir qu'à l'égard des créanciers des héritiers insolubles. En un mot, il est vrai de dire, au point de vue passif comme au point de vue actif, que la séparation des patrimoines constitue une mesure soit individuelle, soit collective.

III. A quels biens s'applique la séparation des patrimoines.

760. Elle peut être demandée, ainsi que son nom l'indique, relativement à tous les biens composant le patrimoine du défunt : biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, peu importe ⁷⁹, relativement à tous les biens en un mot qui font partie de l'hérédité.

La séparation des patrimoines est donc une action universelle, *judicium universelle*. D'où il faut conclure — mais ces deux déductions sont contestées — que la séparation des patrimoines s'applique : 1° aux fruits produits par les biens héréditaires depuis l'ouverture de la succession : *fructus augent hereditatem* ; 2° à la créance du prix des biens héréditaires vendus par l'héritier : *in*

judiciis universalibus pretium succedit loco rei, et res loco pretii. Nous disons : à la créance du prix ; car si le prix avait été payé à l'héritier, il se serait confondu avec ses autres biens, et la séparation des patrimoines ne pourrait plus l'atteindre (infra, n. 763).

Mais la séparation des patrimoines serait sans application aux autres biens qui rentrent dans la succession par suite du rapport ou de la réduction. En effet ces biens avaient définitivement cessé de faire partie du patrimoine du défunt, pour ses créanciers comme pour lui ; s'ils rentrent dans la succession, c'est seulement à l'égard des héritiers. Les créanciers ne peuvent donc élever sur eux aucune prétention (arg. art. 857 et 921).

Il ne faut pas se méprendre sur le sens de cette proposition, que la séparation des patrimoines est une action universelle. Elle signifie que la séparation des patrimoines est applicable à tous les biens de la succession, mais non qu'elle doive nécessairement s'appliquer à tous. En d'autres termes, la séparation des patrimoines n'est pas nécessairement, comme pourrait le faire croire son nom, une mesure d'ensemble, atteignant tous les biens qui composent le patrimoine du défunt ; les créanciers pourraient fort bien la demander relativement à certains biens héréditaires seulement. Elle est universelle en droit, mais elle ne l'est pas nécessairement en fait.

IV. Formalités à remplir pour obtenir la séparation des patrimoines.

761. La séparation des patrimoines n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être demandée. Ce mot est écrit dans les art. 878, 881 et 2111, et il paraît bien faire allusion ici comme ailleurs (voyez notamment ancien art. 1153) à une demande judiciaire. L'art 880 parle même d'une action : ce qui est encore plus significatif. Tel était d'ailleurs notre ancien droit : « C'est au juge, dit Pothier, que les créanciers

s'adressent pour obtenir la séparation des patrimoines » ; et il est peu probable que notre législateur ait voulu innover sur ce point. Cpr. Aix, 4 déc. 1893, D., 95. 2. 273, S., 96. 2. 17.

D'ailleurs, la séparation des patrimoines peut être demandée, non seulement par action principale, mais aussi par voie incidente, sous forme d'exception opposée à la demande en collocation des créanciers de l'héritier sur le prix d'un bien héréditaire. Ainsi les créanciers du défunt font vendre un bien héréditaire ; un ordre s'ouvre sur le prix, et un ou plusieurs créanciers de l'héritier y produisent et demandent à être colloqués. Les créanciers de la succession les écarteront en leur opposant par voie d'exception la séparation des patrimoines. Cpr. Amiens, 22 mai 1889, S., 91. 2. 131.

Aucune autre formalité n'est requise pour l'exercice du bénéfice de séparation des patrimoines, relativement aux meubles de la succession.

En ce qui concerne les immeubles, la loi exige en outre, pour la conservation complète du bénéfice, une inscription, qui doit être prise dans le délai de six mois à compter de l'ouverture de la succession. V. art. 2111.

V. Comment se perd le droit de demander la séparation des patrimoines.

762. Parmi les causes qui entraînent la perte du droit de demander la séparation des patrimoines, il y en a qui sont communes aux meubles et aux immeubles, d'autres qui sont spéciales aux meubles.

763. A. Causes communes aux meubles et aux immeubles. — Elles sont au nombre de deux :

1° Le droit de demander la séparation des patrimoines, et même celui d'en profiter quand elle a été demandée, se perdent par la renonciation des intéressés. Conformément au droit commun, cette renonciation peut être expresse ou

tacite. Nous n'avons rien à dire de la renonciation expresse. Quant à la renonciation tacite, elle est régie par l'art. 879, ainsi conçu : « Ce droit ne peut cependant plus » être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt,
» par l'acceptation de l'héritier pour débiteur ».

La séparation des patrimoines a pour but d'empêcher la confusion des biens et des dettes, qui résulte de l'acceptation pure et simple. Le créancier ou le légataire, qui ratifie cette confusion, renonce donc implicitement au droit de demander la séparation des patrimoines, et il est censé la ratifier quand il accepte sans réserves l'héritier pour son seul et unique débiteur. Tel est le sens de notre article. Cass., 20 juin 1908. D., 08. 1. 575, S., 12. 1. 499.

La novation est la transformation d'une ancienne dette en une nouvelle. Cette transformation peut résulter du changement d'un des éléments essentiels de l'obligation : le créancier, le débiteur ou la chose due (art. 1271).

Au premier abord, on pourrait croire que la novation dont parle l'art. 879 est une novation par changement de débiteur. Elle consiste, dit notre article, dans l'acceptation de l'héritier pour débiteur ; or celle acceptation semble bien changer le débiteur, qui est désormais l'héritier au lieu d'être le défunt. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence ; car, au point de vue du droit, le débiteur reste le même, l'héritier n'étant que le continuateur de la personne du défunt. Il ne s'agit donc pas d'une novation par changement de débiteur ; et comme, d'autre part, il ne peut être question d'une novation par changement de créancier ou d'objet dans la dette, puisque le créancier et la chose due restent les mêmes, il en résulte que la novation dont parle notre article n'est nullement celle dont s'occupent les art. 1271 et s. C'est une novation tout à fait spéciale à la matière qui nous occupe. Elle consiste, nous l'avons dit, dans la confirmation de l'état de choses créé par l'acceptation pure et simple. Ce qu'il y a de nouveau

dans la situation, c'est que le créancier a ratifié la confusion des patrimoines, résultant de l'acceptation pure et simple ; il l'a prouvé en acceptant l'héritier pour débiteur, c'est-à-dire en accomplissant avec lui un acte qui démontre qu'il le considère comme le représentant du défunt ; il contresigne ainsi l'acceptation pure et simple de l'héritier, et s'engage à en subir les conséquences.

Quant à savoir quels sont les actes qui produisent ce résultat, ce n'est plus qu'une question de fait. Cass., 10 avril 1906, D., 09. 1. 113 et 20 juin 1908, supra. On peut citer notamment le cas où un créancier du défunt stipule de l'héritier des garanties, telles qu'une caution ⁸⁰, un gage ou une hypothèque ⁸¹, celui où il produit à un ordre ouvert sur les biens du débiteur ou à sa faillite, et celui où il accomplit un acte d'exécution sur les biens personnels de l'héritier ⁸². Il en serait autrement de la simple signification faite à l'héritier d'un litre exécutoire contre le défunt.

2° La séparation des patrimoines ne peut plus être demandée relativement à tout bien héréditaire, soit meuble, soit immeuble, qui est sorti des mains de l'héritier par suite d'une aliénation. Pour les immeubles il y a un texte : c'est l'art. 880 al. 2, ainsi conçu :

« A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'ils

» existent dans la main de l'héritier » : ce qui implique que l'action ne peut plus être exercée, quand les immeubles sont sortis des mains de l'héritier, c'est-à-dire quand ils ont été aliénés. Et il est bien clair qu'il en serait de même a fortiori pour les meubles.

Toutefois si le prix du bien aliéné par l'héritier était encore dû, les créanciers auraient le droit de demander la séparation des patrimoines quant à la créance du prix (supra, n. 760). L'aliénation faite par l'héritier n'entraîne donc définitivement pour les créanciers la perte du droit de

demander la séparation des patrimoines qu'autant qu'elle a été suivie du paiement du prix.

764. B. Causes d'extinction spéciales aux meubles. — Le droit de demander la séparation des patrimoines se perd, quant aux meubles spécialement : 1° par la confusion ; 2° par la prescription.

1° Par la confusion. — La loi ne parle pas de cette cause d'extinction, mais elle s'impose. La séparation des patrimoines a pour but d'opérer le triage entre les biens du défunt et ceux de l'héritier ; or ce triage suppose la possibilité de distinguer les premiers des seconds ; donc la séparation des patrimoines ne peut pas s'appliquer aux biens de la succession qui se sont confondus avec ceux de l'héritier de manière à ne plus pouvoir en être distingués.

Au surplus, la question de savoir si les meubles de la succession sont confondus avec ceux de l'héritier est une question de fait, à résoudre par le juge en cas de contestation. La confusion peut n'être que partielle, et alors elle ne fait que partiellement obstacle au droit de demander la séparation des patrimoines.

Les créanciers de la succession et les légataires, ayant à redouter les conséquences de la confusion, ont le droit de faire le nécessaire pour la prévenir. Parmi les divers moyens qu'ils peuvent employer à cette fin, figure principalement l'inventaire qu'ils sont fondés à requérir aux termes de l'art. 941 C. pr.

2° Par la prescription. — « Il [le droit de demander la séparation

» des patrimoines] se prescrit, relativement aux meubles, par

» le laps de trois ans » (art. 880 al. 1). Les meubles de la succession ne tarderont pas en général à se confondre avec ceux qui appartiennent à l'héritier ; d'un autre côté l'héritier peut facilement les aliéner. Aussi les créanciers qui veulent demander la séparation des patrimoines relativement aux biens de cette nature, doivent-ils le faire

dans un bref délai. On peut donc facilement supposer que, s'ils ne se pressent pas d'agir, ils renoncent implicitement à leur droit. Voilà pourquoi la loi le déclare prescrit au bout de trois années ; et comme le texte ne distingue pas, on doit en conclure que cette prescription s'appliquerait même quant aux meubles qui, en fait, ne seraient pas confondus avec ceux de l'héritier.

Suivant l'opinion générale, les trois ans courent à compter de l'ouverture de la succession ; quelques-uns les font courir à dater de l'acceptation.

Un arrêt de la cour de cassation du 30 mars 1897 (D., 98. 1. 153) juge que la prescription de l'art. 880 al. 1 peut être interrompue « soit par une demande en justice, soit par toute autre mesure conservatoire régulièrement prise en vue de se préserver de la déchéance ».

765. La confusion n'étant pas à craindre pour les immeubles, et leur aliénation étant plus difficile que celle des meubles, on comprend que les créanciers ou autres intéressés prennent leur temps pour demander la séparation des patrimoines relativement à cette nature de biens ; la prescription de trois ans n'avait donc plus ici de raison d'être. Mais de là à dire, comme on le fait généralement, que le droit de demander la séparation des patrimoines en ce qui concerne les immeubles est imprescriptible, il y a loin, et nous croyons plus juridique d'admettre ici la prescription de trente ans, conformément à l'art. 2262. L'art. 880 al. 2 ne contredit pas cette solution quand il dispose : « A l'égard des immeubles l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans la main de l'héritier » ; car il est manifeste que ces expressions font antithèse à celles dont se sert l'alinéa 1, et signifient simplement que la prescription de trois ans ne s'applique pas aux immeubles.

VI. Effets de la séparation des patrimoines.

766. La séparation des patrimoines fait cesser la confusion produite par l'acceptation pure et simple entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. Elle permet donc aux créanciers du défunt et aux légataires d'obtenir leur paiement, sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Mais, en supposant que les biens de la succession ne suffisent pas pour payer les créanciers, ceux-ci peuvent-ils, après les avoir épuisés, recourir pour ce qui leur reste dû contre l'héritier qui a, on le suppose, accepté purement et simplement ⁸³ ?

En droit romain, Ulpien et Paul leur refusaient tout recours. *Recesserunt a persona heredis* : telle était la fin de non-recevoir qu'on leur opposait. Mais cette solution, rejetée déjà par Papinien, n'avait pas été admise dans notre ancien droit, et on peut affirmer qu'elle n'a pas été consacrée par le code civil. Le but unique des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines est d'empêcher que les biens de la succession ne leur soient disputés par les créanciers de l'héritier. Entendent-ils pour cela relever l'héritier des conséquences de son acceptation pure et simple, et renoncer au droit que cette acceptation leur confère de le poursuivre sur ses propres biens ? Assurément non.

Supposons que les créanciers héréditaires, auxquels la séparation des patrimoines n'a pas procuré un paiement intégral, agissent contre l'héritier : seront-ils payés en concurrence avec les créanciers personnels de celui-ci, ou seulement après eux ? En d'autres termes, les créanciers de l'héritier, qui ont été primés sur les biens du défunt par les créanciers de la succession, pourront-ils, à leur tour, primer ceux-ci sur les biens personnels de l'héritier ? La doctrine résout presque unanimement la question contre les créanciers de l'héritier : elle les oblige à subir sur les biens de leur débiteur le concours des créanciers de la

succession. Ce qu'ils réclament en définitive, dit-on, c'est un privilège à l'encontre des créanciers de la succession ; or, il n'y a pas de privilège sans texte. Arg. art. 2093, 2094 et 2095. On peut ajouter qu'en déniaut aux créanciers personnels de l'héritier le droit de demander la séparation des patrimoines, l'art. 881 leur refuse implicitement le droit d'acquérir sur les biens de l'héritier un privilège à l'encontre des créanciers de la succession.

Cependant on ne peut méconnaître qu'il existe contre cette solution des objections d'une extrême gravité. En droit romain, elle était rejetée par Papinien, qui, en cas d'insuffisance des biens de la succession, n'admettait les créanciers héréditaires à se faire payer sur les biens de l'héritier qu'après les créanciers personnels de celui-ci, et cette décision, si conforme aux lois de la plus vulgaire équité, avait été admise dans notre ancien droit. C'est déjà un point considérable, car la tradition a une grande autorité dans une matière toute traditionnelle. On dit que les créanciers de l'héritier ne peuvent primer les créanciers héréditaires sur les biens du débiteur commun qu'en vertu d'un privilège, et que nulle loi ne leur en accorde. Mais y a-t-il donc un texte qui accorde un privilège aux créanciers héréditaires sur les biens de la succession ? Et pourtant, on ne fait pas de difficulté pour leur permettre de se faire payer sur ces biens par préférence aux créanciers de l'héritier. Nous savons bien que le mot privilège est écrit dans l'art. 2111. Mais d'abord cet article a été décrété près d'un an après les art. 878 et s. ; pendant cet intervalle nul n'a fait difficulté pour admettre le droit de préférence des créanciers de la succession. D'ailleurs, dans l'art. 2111, le mot privilège ne s'applique qu'aux immeubles, et aujourd'hui encore nous n'avons aucun texte qui accorde aux créanciers héréditaires un privilège sur les meubles : ce qui n'empêche pas que tout le monde eu reconnaisse l'existence. Eh bien ! si un texte n'est pas nécessaire pour permettre aux créanciers, qui demandent la séparation des

patrimoines, de se faire payer sur les biens de la succession, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, pourquoi donc en faudrait-il un pour que les créanciers de l'héritier puissent se faire payer sur les biens de celui-ci par préférence aux créanciers de la succession ? La vérité est que l'expression séparation des patrimoines établit à elle seule le double droit de préférence dont il s'agit. Le patrimoine, c'est l'ensemble des biens et des dettes ; séparer les patrimoines, c'est donc nécessairement séparer les biens et les dettes tout à la fois, établir deux masses distinctes de biens avec deux masses correspondantes de créanciers. En autorisant la séparation des patrimoines, la loi dit d'une manière implicite que les biens de chaque patrimoine serviront de gage spécial à ses créanciers, à l'exclusion des créanciers de l'autre.

* Il est vrai qu'en poussant à bout ce raisonnement, on arriverait à dire avec Paul et Ulpien que les créanciers héréditaires ne peuvent aucunement agir contre l'héritier, même après le paiement de ses créanciers personnels. Si l'on ne doit pas aller jusque-là, c'est parce que la séparation des patrimoines, qui est une fiction, n'existe que dans les rapports des créanciers du défunt avec les créanciers de l'héritier ; elle est demandée contre les créanciers de l'héritier (art. 878) et non contre l'héritier lui-même ; elle n'existe donc pas à l'égard de celui-ci, et il ne peut plus en être question, lorsque, tous les créanciers de l'héritier étant payés, les créanciers de la succession n'ont plus que l'héritier en face d'eux.

767. Lorsque la séparation des patrimoines a été demandée par tous les créanciers du défunt et par tous les légataires, et que tous ont pris en temps utile l'inscription prescrite par l'art. 2111, on paie d'abord les créanciers, en observant entre eux, s'il y a lieu, l'ordre de préférence résultant de leurs privilèges ou de leurs hypothèques ; puis vient le tour des légataires, qui sont payés au marc le franc

sur ce qui reste, à moins que le défunt n'ait réglé l'ordre de préférence entre eux.

* Mais la question se complique, si, parmi les créanciers héréditaires ou les légataires, quelques-uns seulement ont demandé la séparation des patrimoines ou pris l'inscription exigée par l'art. 2111. Il y a lieu de décider, en pareil cas : d'une part, que les démarches, faites par les créanciers ou les légataires diligents, qui ont demandé la séparation des patrimoines ou pris l'inscription prescrite par l'art. 2111, ne profiteront pas aux autres ; et d'autre part, que la négligence des créanciers ou des légataires, qui n'ont pas demandé la séparation ou pris l'inscription prescrite par l'art. 2111, ne profitera ni ne nuira aux créanciers diligents, dont la situation sera en définitive la même que si tous les intéressés s'étaient mis en règle. En d'autres termes, les créanciers diligents ne peuvent pas plus se faire un titre de la négligence des autres que ceux-ci de la diligence des premiers. Ainsi, supposons une succession dont l'actif s'élève à 40.000 fr. ; il y a deux créanciers, Primus et Secundus, à chacun desquels il est dû 25.000 fr. ; la succession est acceptée purement et simplement par l'héritier, qui a 30.000 fr. de biens et 75.000 fr. de dettes ; Primus et Secundus demandent l'un et l'autre la séparation des patrimoines. On répartira le prix des biens de la succession entre eux au marc le franc (art. 2093), et ils toucheront par conséquent chacun 20.000 fr. Supposons que Primus demande seul la séparation des patrimoines. Il ne touchera toujours sur les biens de la succession que 20.000 fr. ; les 20.000 fr. restant tomberont dans le patrimoine de l'héritier, où ils se confondront avec ses autres biens. On aura donc ainsi un actif de 50.000 fr. pour payer 100.000 fr. de dettes ; car le passif de l'héritier, qui était déjà de 75.000 fr., s'est grossi de la dette du défunt envers Secundus. La répartition donnera en définitive 12.500 fr. à Secundus, au lieu de 20.000 qu'il aurait obtenus s'il eût demandé la séparation des patrimoines. En

ce sens, cour de cass. de Rome, 29 mai 1889, S., 90. 4. 15. La cour de cassation a adopté un système différent. Elle admet bien, comme nous, que le créancier diligent ne peut se faire payer, sur le prix des biens héréditaires dont il a demandé la séparation d'avec ceux de l'héritier, une somme plus forte que celle qu'il aurait obtenue, si tous les créanciers du défunt et les légataires avaient été également diligents. Mais elle décide que la séparation des patrimoines a pour effet de « placer, pour une part correspondante au chiffre de l'inscription (prise en vertu de l'art. 2111), les immeubles qui en sont frappés hors de l'atteinte des créanciers de l'héritier ». Dès lors les créanciers et légataires qui ont pris tardivement l'inscription de l'art. 2111 auront le droit de se faire payer sur la somme « réservée par l'inscription » par préférence aux créanciers de l'héritier qui auraient fait antérieurement inscrire une hypothèque à eux consentie par l'héritier sur l'immeuble héréditaire. L'inscription prise par le créancier diligent profile donc aux autres à concurrence de cette somme. V. notam. Cass., 15 juil. 1891, D., 93. 1. 465, et la note de M. de Loynes, et 10 avril 1906, D., 09. 1. 113, S., 10. 1. 93. Mais d'ailleurs, le créancier qui a fait inscrire le privilège de la séparation des patrimoines reste maître de son inscription, et il peut en donner mainlevée sans le concours des autres créanciers et légataires, tant que ceux-ci ne se sont pas fait connaître au conservateur des hypothèques. Cass., 25 janv. 1910, D., 10. 1. 177, S., 10. 1. 449.

§ III. De la fraude dans les partages et des moyens accordés aux créanciers des copartageants pour la prévenir ou la réprimer.

768. « Les créanciers d'un copartageant, pour éviter que le partage

» ne soit fait en fraude de leurs droits, peuvent, s'opposer à ce

» qu'il y soit procédé hors de leur présence : ils ont le droit d'y

» intervenir à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un partage

» consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé sans eux et

» au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée » (art. 882).

L'expérience a prouvé que les partages de succession donnent lieu à de nombreuses fraudes dirigées contre les créanciers des cohéritiers. Elles sont si variées qu'il serait téméraire de tenter d'en donner une énumération complète.

Les principales consistent : 1° à composer le lot du cohéritier qui veut tromper ses créanciers de valeurs sur lesquelles ceux-ci ne pourront pas avoir d'action, telles que des rentes sur l'Etat, insaisissables comme on le sait, ou de valeurs faciles à dissimuler, comme de l'argent comptant, des titres au porteur ; 2° à attribuer à ce cohéritier dans l'acte de partage un lot moins fort qu'aux autres, sauf à rétablir l'égalité par des actes occultes ; 3° à mettre l'immeuble, qui a été aliéné ou hypothéqué par l'un des cohéritiers pendant l'indivision, dans le lot d'un autre cohéritier, afin de faire tomber l'aliénation ou la constitution d'hypothèque arg. art. 883).

La loi offre aux créanciers le moyen de prévenir ces diverses fraudes en leur permettant d'assister au partage pour en surveiller les opérations ; ils pourront alors exiger, non pas que le partage soit fait de la manière la plus conforme à leurs intérêts, mais qu'il y soit procédé suivant les prescriptions de la loi, et déjouer toutes les combinaisons frauduleuses qui pourraient être tentées à leur encontre. Le même droit appartiendrait, par analogie de motifs, aux ayant-cause des copartageants autres que

les créanciers, par exemple à l'acquéreur d'un immeuble héréditaire aliéné par l'un des héritiers.

D'ailleurs les créanciers des copartageants n'ont pas le droit d'exiger que le partage soit fait en justice, s'il plaît aux parties, toutes majeures et maîtresses de leurs droits, d'y procéder à l'amiable. Cass., 10 janv. 1887, D., 89. 1. 73, S., 87. 1. 377. Ils peuvent seulement exiger, s'ils y ont intérêt, que les lots soient composés conformément aux prescriptions des art. 832 et s. et tirés au sort. Les créanciers ne peuvent pas demander non plus que la part revenant à leur débiteur leur soit attribuée en paiement de leurs créances.

769. Comment devront procéder les créanciers qui veulent user du droit que leur confère l'art. 882 ? Si les opérations du partage sont commencées, ils y interviendront. Dans le cas contraire, comme ils ne peuvent pas être tenus de guetter le moment où il plaira aux cohéritiers de procéder au partage, pour y intervenir, ils y formeront opposition, c'est à dire qu'ils déclareront s'opposer à ce qu'il y soit procédé hors de leur présence.

Cette opposition, dont la loi n'a pas déterminé les formes, doit régulièrement être faite par acte extrajudiciaire notifié à tous les copartageants, et non pas seulement à l'héritier débiteur. On admet en doctrine et en jurisprudence qu'elle peut être remplacée par un acte équipollent (Alger, 23 janv. 1893, S., 93. 2. 284, D., 93. 2. 428), notamment par une opposition aux scellés, faite dans la forme prescrite par les art. 926 et 927 C. proc., ou par une demande en intervention notifiée à tous les cohéritiers. Cass., 18 juil. 1899, S., 00. 1. 27, D., 00. 1. 17. L'opposition ne profite qu'au créancier qui l'a formée, mais sans constituer à son profit une cause de préférence.

L'intervention ou l'opposition des créanciers est recevable tant que le partage n'est pas consommé par le tirage au sort des lots entre les héritiers. Cass., 5 fév. 1883, S., 84. 1. 312, D., 84. 1. 110.

770. Effet d'une opposition régulièrement formée. — Tout créancier, qui a formé opposition en temps utile, devient partie nécessaire au partage. Si les cohéritiers y procédaient au mépris de l'opposition, c'est-à-dire sans avoir régulièrement mis l'opposant en demeure d'y figurer, le partage pourrait être annulé sur sa demande, et sans qu'il fût obligé de démontrer l'existence d'une collusion frauduleuse ; la loi présume la fraude par cela seul que l'opposition n'a pas été respectée. Et toutefois, comme il n'y a pas d'action sans intérêt, l'opposant qui demande la nullité du partage ne devrait réussir qu'à la condition de démontrer que le partage lui cause préjudice. Cpr. Lyon, 30 juin 1911, S., 12. 2. 174.

* Si l'opposant, régulièrement mis en demeure dès le début de la procédure, n'intervient pas au partage, il est censé avoir renoncé à son droit, et ne peut plus attaquer le partage comme ayant été fait au mépris de son opposition. Les copartageants ne sont pas tenus de lui dénoncer chaque acte nouveau de la procédure de partage, au fur et à mesure qu'il s'en produira, comme ils le devraient s'il était intervenant. Cass., 1^{er} mars 1898, D., 98. 1. 295, S., 98. 1. 401. Cpr. Alger, 3 mars 1904, D., 06. 2. 285.

* D'ailleurs l'opposition à partage ne fait pas obstacle à ce que le cohéritier du chef duquel l'opposition a été formée cède ses droits héréditaires. Les créanciers du cédant n'auraient que la ressource de l'action paulienne (art. 1167), si la cession avait été faite en fraude de leurs droits. L'art. 882 déroge au droit commun, qui est contenu dans l'art. 1167 ; sa disposition doit donc recevoir l'interprétation restrictive. Douai, 20 déc. 1890, D., 92. 2. 27. V. en sens contraire Cass., 18 juil. 1899, S., 00. 1. 27, D., 00. 1. 17. Autrement, dit cet arrêt, le débiteur pourrait rendre illusoire la mesure conservatoire prise par ses créanciers. Cpr. Grenoble, 20 juin 1900, D., 02. 2. 277, et Rouen, 9 mars 1904, S., 06. 2. 249, D., 08. 2. 145.

771. Situation des créanciers qui n'ont pas fait opposition au partage. — Le créancier qui a laissé se consommer le partage dans lequel son débiteur était intéressé, sans y intervenir et sans y former opposition, ne peut l'attaquer, alors même qu'il offrirait de démontrer que ce partage a été fait en fraude de ses droits (art. 882 in fine).

C'est une exception aux règles du droit commun, qui autorisent l'exercice de l'action paulienne contre tous les actes frauduleux ; l'art. 1167 y fait allusion dans sa partie finale. Le législateur, afin d'assurer la stabilité des partages, dont l'annulation compromet toujours de nombreux intérêts, a substitué ici le moyen préventif au moyen répressif : il donne aux créanciers le moyen de prévenir la fraude en intervenant au partage ou en y faisant opposition, et leur refuse en conséquence le droit de la réprimer en faisant annuler le partage, s'ils n'ont pas su l'empêcher. Les textes ne laissent aucun doute sur l'exactitude de cette interprétation à laquelle la jurisprudence paraît définitivement se rallier. Lyon, 12 juin 1879, S., 79. 2. 247, et Cass., 5 janv. 1886, D., 86. 1. 400.

Par cela même qu'elle déroge au droit commun, la disposition de l'art. 882 in fine doit être interprétée restrictivement, suivant la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. De là résultent deux conséquences admises l'une et l'autre par la jurisprudence.

1° Les créanciers des cohéritiers pourraient attaquer par l'action paulienne un partage simulé, que les cohéritiers auraient fait en fraude de leurs droits. L'art. 882 dit : « ils ne peuvent attaquer un partage consommé » ; or ici il n'y a pas un partage, mais seulement un simulacre de partage ; on est donc bien en dehors de l'exception établie par la loi ; par suite on rentre dans le droit commun. Ainsi jugé dans une espèce où les cohéritiers avaient appelé au partage, afin de frauder les droits de leurs créanciers, de prétendus cohéritiers qu'ils savaient n'avoir aucun droit à la

succession. V. aussi Dijon, 24 juin 1896, D., 97. 2. 13, S., 97. 2. 175, et les arrêts cités en note.

2° Le droit commun reprendrait également son empire, si les cohéritiers avaient frauduleusement dissimulé le décès du de cujus (Paris, 8 janv. 1879, S., 79. 2. 248), ou s'ils avaient mis une précipitation frauduleuse à procéder au partage, plaçant ainsi leurs créanciers dans l'impossibilité d'exercer le droit d'intervention ou d'opposition que leur accorde l'art. 882. Cass., 7 janv. 1907, D., 10. 1. 215, S., 07. 1. 215. La loi prive les créanciers du droit de réprimer la fraude, parce qu'ils auraient pu la prévenir ; donc ils doivent avoir le droit de la réprimer, conformément au droit commun, s'ils ont été mis par le fait des intéressés dans l'impossibilité d'user du moyen préventif.

SECTION IV

DES EFFETS DU PARTAGE ET DE LA GARANTIE DES LOTS

772. La garantie des lois est l'un des effets du partage. Cela posé, notre section aurait été mieux intitulée : Des effets du partage en général, et de la garantie des lots en particulier. Telle qu'elle est conçue, la rubrique semble donner à entendre que la garantie des lots n'est pas un effet du partage.

I. Des effets généraux du partage.

773. Tant que dure l'indivision, nul des cohéritiers n'est propriétaire exclusif d'aucun des biens héréditaires ni d'aucune partie de ces biens. Le tout appartient à tous : chaque molécule de chaque objet est la copropriété de tous les héritiers. En limitant aux seuls effets mis dans son lot le

droit de chaque héritier, le partage lui en fait acquérir la propriété exclusive, et le droit de chacun gagne ainsi en certitude ce qu'il perd en étendue.

Comment cette transformation s'accomplit-elle ? A quel titre chaque héritier se trouve t-il désormais propriétaire exclusif des biens compris dans son lot ? Si on analyse avec les seules lumières de la raison l'opération du partage, on arrive à se convaincre qu'il contient, en ce qui concerne chaque copartageant, une acquisition et une aliénation. Ce que chaque héritier acquiert de ses cohéritiers est la contre-valeur de ce qu'il aliène à leur profit ; de sorte que l'opération présente une très grande analogie avec l'échange : le partage n'est à bien dire qu'un échange de parts indivises. Une espèce mettra cette vérité en lumière. Deux héritiers, Primus et Secundus, sont appelés pour portions égales à une même succession qui comprend deux immeubles, A et B, d'égale valeur ; l'immeuble A est attribué par le partage à Primus, l'immeuble B, à Secundus. Que s'est-il passé ? Primus a cédé sa moitié indivise dans l'immeuble B à Secundus ; en retour, celui-ci a cédé à Primus sa moitié indivise dans l'immeuble A. En définitive, chaque héritier se trouve propriétaire de l'immeuble mis dans son lot, moitié comme héritier du défunt, et moitié comme cessionnaire de son cohéritier, dont il a acquis la part indivise. L'analyse nous montre donc chaque cohéritier comme étant, relativement aux effets mis dans son lot, ayant-cause du défunt pour sa part héréditaire et ayant-cause de ses cohéritiers pour le surplus. C'est-à-dire que le partage est, pour partie au moins, un acte d'aliénation, qu'il est translatif ou attributif de propriété.

Les Romains avaient consacré sur ce point les enseignements de la science rationnelle : ils assimilaient le partage soit à une vente, soit à un échange. Il suffit de lire l'art. 883. pour voir que notre législateur assigne au partage un tout autre caractère. « Chaque

» cohéritier, dit ce texte, est censé avoir succédé seul et

immédiatement

» à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur
» licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres
effets de la

» succession ». On exprime d'un mot le principe formulé par ce texte, en disant que le partage est déclaratif de propriété : ce qui signifie qu'il est considéré comme déclarant les objets dont chaque cohéritier sera censé avoir toujours été propriétaire exclusif, comme révélant le droit de propriété qui existait en quelque sorte à l'état latent au profit de chaque cohéritier sur les effets mis dans son lot. Eu un mot, la loi fait rétroagir le partage au jour de l'ouverture de la succession, et elle décide que chaque copartageant sera considéré comme étant seul héritier du défunt pour tous les objets mis dans son lot, qu'il sera réputé les tenir du défunt exclusivement, et non de ses cohéritiers.

C'est là une fiction, ainsi que l'indique le mot censé. Dans la réalité des choses, en effet, le partage est, pour partie au moins, translatif de propriété, ainsi qu'on l'a vu tout à l'heure. Il reste à savoir pourquoi le législateur a substitué la fiction à la réalité. C'est principalement pour un motif d'utilité pratique. Le principe, que le partage est translatif de propriété, conduisait à maintenir sur les biens mis dans le lot de chaque cohéritier les hypothèques consenties pendant l'indivision par les autres, au moins dans la mesure de la part héréditaire de ceux-ci ; car ils n'avaient pu transmettre cette part à leurs cohéritiers que sous l'affectation des charges dont ils l'avaient grevée, suivant la règle *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (cpr. art. 2182 al. 2). Le lot d'un des héritiers pouvait donc être infesté, comme le dit Lebrun, des hypothèques consenties par les autres : ce qui donnait lieu à des recours d'héritier à héritier, recours d'autant plus fâcheux que les cohéritiers sont d'ordinaire membres d'une même famille et souvent proches parents. Le principe, que

le partage est déclaratif de propriété, fait disparaître cet inconvénient. En effet, chaque héritier étant censé n'avoir jamais eu la propriété des effets mis dans le lot de ses cohéritiers, il est clair que les hypothèques qu'il a pu établir pendant l'indivision sur ces effets seront considérées comme émanant a non domino, et par suite comme non avenues. On peut encore ajouter, pour justifier le principe établi par l'art. 883, que, l'état d'indivision étant essentiellement transitoire, on conçoit que la loi n'en tienne aucun compte, et qu'elle le fasse disparaître par la fiction du partage déclaratif.

Voilà comment on peut justifier, au point de vue de l'utilité pratique, la règle édictée par l'art. 883. Maintenant, comment peut-on l'expliquer juridiquement ? On peut en proposer l'explication suivante, qui paraît bien avoir été implicitement consacrée par la loi du 31 déc. 1910 nouv. art. 2125 in fine, t. II, n. 1581. Le droit indivis, a-t-on dit, peut être considéré comme étant, par sa nature, soumis à une double condition, suspensive et résolutoire. Chacun des communistes est propriétaire de sa part dans la chose commune sous la condition résolutoire que cette chose soit mise dans le lot d'un autre communiste, et de la part des autres sous la condition suspensive que la chose lui soit attribuée à lui-même par le partage. Supposons par exemple deux cohéritiers, Primus et Secundus, appelés pour des parts égales à une succession comprenant deux immeubles, A et B. La moitié de chacun de ces biens appartient à Primus sous la condition suspensive que le partage le mette dans son lot, et il est propriétaire de l'autre moitié sous la condition résolutoire qu'il soit attribué à Secundus. Et l'on peut analyser de la même manière le droit de Secundus. Si l'immeuble A est échu par le partage à Primus et l'immeuble B à Secundus, Primus sera censé avoir toujours été seul propriétaire de l'immeuble A par la réalisation de la condition suspensive et la défaillance de la condition résolutoire, auxquelles son

droit était subordonné. Et Secundus sera censé n'avoir jamais eu aucun droit sur cet immeuble, pour la raison inverse. — Si tel est le fondement de la fiction contenue dans l'art. 883, on est logiquement conduit à assigner à celle-ci une portée très étendue. Il ne faudra pas considérer le partage comme étant, suivant les hypothèses, un acte déclaratif ou un acte translatif : un acte déclaratif, en vertu de la fiction de l'art. 883, quand cette fiction est nécessaire pour éviter des recours entre cohéritiers ; un acte translatif, conformément à la réalité, quand on peut le faire sans donner lieu à ces actions récursoires. Dans tous les cas, il faudra s'en tenir rigoureusement à la règle de l'art. 883. C'est la solution admise par la jurisprudence ; la doctrine est divisée. V. une application, supra, n. 57.

774. Développement du principe. — La licitation ⁸⁴ étant une opération du partage, et souvent une opération nécessaire, il était naturel de lui appliquer le principe que le partage est déclaratif de propriété. Aussi l'art. 883 dispose-t-il que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul... à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation. La loi, on le voit, suppose que l'adjudication sur licitation a eu lieu au profit d'un des cohéritiers (argument des mots A LUI échus, et du mot succédé qui ne peut pas s'appliquer à l'adjudicataire étranger) ; on doit par suite bien se garder d'étendre sa disposition, ainsi que l'ont fait quelques auteurs, au cas où l'adjudication a été prononcée au profit d'un étranger. N'oublions pas que l'art. 883 établit une fiction ; or l'interprétation restrictive est de rigueur en matière de fictions. Étendre une loi qui crée une fiction, c'est la violer. Et alias non est eadem ratio. L'adjudicataire étranger, licitator extraneus, sera donc traité comme tenant ses droits des cohéritiers, et non du défunt ; il sera considéré comme un acheteur, et l'opération elle-même comme une vente. On abandonnera la fiction pour revenir à la réalité. Cpr. t. II, n. 860.

Il en résulte notamment que les hypothèques consenties par l'un des cohéritiers pendant l'indivision sur un immeuble héréditaire, seront maintenues dans la mesure du droit héréditaire du constituant, si cet immeuble est adjugé à un licitator extraneus, car le vendeur d'un bien n'en transmet la propriété que sous l'affectation des charges dont ce bien est grevé (art. 2182 al. 2). Ainsi, une succession dans laquelle il n'y a qu'un seul immeuble étant échue à deux héritiers pour portions égales, si l'immeuble héréditaire est licité et adjugé à un étranger, l'hypothèque consentie pendant l'indivision par l'un des cohéritiers sur cet immeuble le grèvera pour moitié entre les mains de l'adjudicataire. Douai, 26 mars 1896, D., 97. 2. 147 et Toulouse, 11 juin 1903, S., 03. 2. 263.

* Cette solution s'applique sans difficulté au cas où la créance du prix d'adjudication a été mise par le partage, soit pour le tout, soit pour une quotité égale à sa part héréditaire, dans le lot de celui qui a constitué l'hypothèque. Mais en est-il de même si le prix d'adjudication est mis pour le tout dans le lot d'un ou de plusieurs cohéritiers autres que le constituant ? Ce qui se produit notamment dans le cas où, ce dernier étant débiteur d'un rapport en moins prenant, ses cohéritiers exercent sur la créance du prix d'adjudication le prélèvement autorisé par les art. 829 et 830. Depuis 1887, tout au moins, un grave conflit s'était élevé sur ce point entre la chambre civile de la cour de cassation et la majorité des cours d'appel. La cour de cassation décidait que les principes de la vente doivent être rigoureusement appliqués toutes les fois que l'adjudication sur licitation est faite au profit d'un étranger, « quelle que soit l'attribution (ultérieure ou antérieure) du prix », et que, par suite, il y a lieu de maintenir, sur le bien adjugé, dans la mesure du droit héréditaire du constituant, les hypothèques établies pendant l'indivision, même du chef de celui des cohéritiers auquel le partage n'attribue aucune partie du prix de

licitation. L'art. 883 doit être appliqué à la lettre ; or il ne fait produire à la licitation l'effet déclaratif que lorsque le bien licité est adjugé à un cohéritier. Son dernier arrêt en ce sens est du 21 juin 1904, S., 05. 1. 273, D., 06. 1. 42. Quelques cours d'appel s'étaient inclinées devant l'autorité de la cour suprême, mais la plupart opposaient à cette jurisprudence une résistance énergique. V. notam. Dijon, 27 déc. 1905, D., 06. 2 28 et Bordeaux, 26 juin 1906, S., 07. 2. 270. Les cours d'appel à l'appui de leur manière de voir invoquaient, outre des arguments de droit, des considérations d'équité. Peut-on admettre, disait-on, que les hypothèques, établies du chef de l'héritier auquel aucune partie du prix de licitation n'a été attribuée par le partage, puissent être opposées aux cohéritiers auxquels le prix a été attribué en totalité ? L'injustice d'une pareille solution apparaît surtout au cas, fréquent dans la pratique, où celui qui a constitué l'hypothèque pendant l'indivision doit un rapport en moins prenant égal ou supérieur au montant de sa part héréditaire. Dans cette hypothèse, son droit dans la succession est réduit à rien, et il est inadmissible que ses créanciers personnels (chirographaires ou hypothécaires) puissent venir se faire payer sur une valeur provenant de la vente d'un bien héréditaire. Leur reconnaître un pareil droit, ce serait permettre à l'héritier débiteur du rapport de se procurer de l'argent aux dépens de ses cohéritiers, qui, s'il est insolvable, ne pourront exercer contre lui un recours utile. Ce serait violer la règle de l'égalité dont le législateur s'est inspiré en organisant l'institution du rapport. Cédant à ces considérations d'équité, la cour de cassation a condamné la jurisprudence de sa chambre civile, et dans un arrêt rendu toutes chambres réunies le 5 décembre 1907 (S., 08. 1. 5, D., 08. 1. 113), elle a reproduit et condensé en des formules précises et hardies les arguments juridiques invoqués par les cours d'appel. L'adjudication faite au profit d'un étranger, dit en substance cet arrêt solennel, est sans doute

une vente au regard de celui-ci. Mais, dans les relations des cohéritiers entre eux, c'est une opération préliminaire du partage, puisqu'elle tend à faire entrer dans l'actif à partager une somme d'argent représentant la valeur de l'immeuble vendu. La vente est donc faite, non individuellement pour le compte des cohéritiers chacun pour sa part, mais pour le compte de la masse. Et quoique née d'un fait postérieur à l'ouverture de la succession, la créance du prix d'adjudication constitue un effet de la succession, au même titre que l'immeuble licité, dont elle prend la place dans l'actif héréditaire. Elle est dès lors soumise aux règles ordinaires du partage, notamment en ce qui concerne les prélèvements autorisés par l'art. 830 au profit des cohéritiers auxquels un rapport est dû en moins prenant, et aussi en ce qui concerne l'effet déclaratif du partage. Le cohéritier dans le lot duquel la créance du prix d'adjudication n'a pas été mise sera censé par conséquent n'avoir jamais eu aucun droit, soit sur l'immeuble lui-même, soit sur le prix d'adjudication subrogé à l'immeuble. Ses créanciers ne peuvent avoir plus de droits que lui. S'ils sont chirographaires, ils ne peuvent venir en concours sur le prix d'adjudication avec les copartageants qui opèrent le prélèvement ; et si une hypothèque leur a été consentie par leur débiteur pendant l'indivision, ils ne peuvent prétendre leur être préférés. V. aussi infra, n. 778.

Ce que la loi dit du partage avec licitation est vrai du partage avec soulte ; pour mieux dire, les deux questions n'en font qu'une, Il n'y aurait même pas lieu de distinguer, comme le font quelques auteurs, si la soulte a été fournie en deniers héréditaires ou en deniers propres à l'héritier chargé de la soulte ; dans tous les cas, celui-ci sera censé avoir succédé seul au défunt pour les objets mis dans son lot : *lex non distinguit*. Adde arg. art. 1408.

Enfin, la règle, que le partage est déclaratif de propriété, s'appliquerait aux prélèvements auxquels donne lieu le rapport en moins prenant (art. 830) ; ils constituent en effet

une opération préliminaire du partage avec lequel ils ont un lien étroit.

775. Historique. — Le principe que le partage est déclaratif de propriété a ses racines jusque dans la féodalité. D'après le droit féodal, toute aliénation d'un fief, faite par un vassal, donnait lieu au paiement d'un droit au profit du seigneur, pour prix du consentement donné par celui-ci à la mutation. Le partage, étant alors considéré comme translatif de propriété, semblait à ce titre devoir donner lieu au paiement du droit. Mais les légistes, « ennemis nés de la féodalités, essayèrent de l'y soustraire, en se fondant sur ce qu'il constitue une aliénation nécessaire. Plus tard, on en vint à soutenir que le partage ne constituait pas une aliénation, mais seulement une déclaration du droit que chaque copartageant était censé avoir toujours eu dans les biens indivis, en un mot que le partage était déclaratif de propriété. Ce nouveau principe fut adopté par la jurisprudence au seizième siècle, et elle en déduisit la conséquence qui a été signalée plus haut en ce qui concerne les hypothèques. Depuis lors, le principe s'est toujours maintenu dans notre droit.

776. Conséquences du principe que le partage est déclaratif de propriété. — Nous en connaissons déjà une relativement aux hypothèques nées du chef de l'un des cohéritiers pendant l'indivision : ces hypothèques, même quand elles ont leur source dans la loi, sont considérées comme non avenues, si l'immeuble auquel elles s'appliquent tombe dans le lot d'un autre que le constituant ou est adjugé sur licitation à un de ses cohéritiers ⁸⁵. Et toutefois cette règle reçoit une exception importante relativement à l'hypothèque maritime. V. l'art. 17 de la loi du 10 juillet 1883.

* Au cas où l'immeuble hypothéqué pendant l'indivision tombe dans le lot du constituant ou lui est adjugé sur licitation, l'hypothèque est maintenue. Mais portera-t-elle

alors seulement sur la part indivise qui appartenait au constituant lors de la constitution, ou sur l'immeuble tout entier ? La question doit être résolue dans ce dernier sens, s'il s'agit d'une hypothèque légale de l'art. 2121 ou d'une hypothèque judiciaire ; car ces hypothèques sont générales : elles portent sur tous les immeubles présents et sur tous les immeubles à venir du débiteur (art. 2122 et 2123). Au cas d'une hypothèque conventionnelle, tout dépend de l'intention du constituant. S'il a entendu n'hypothéquer que sa part, l'hypothèque n'affectera que cette part ; si au contraire il a entendu hypothéquer l'immeuble tout entier, pour le cas où il en deviendrait propriétaire exclusif en vertu du partage ou de la licitation, l'hypothèque affectera l'immeuble tout entier. Il faut donc consulter les termes de l'acte constitutif d'hypothèque.

Ce qui vient d'être dit des hypothèques doit être étendu à l'usufruit et aux autres charges réelles similaires dont l'un des cohéritiers aurait grevé un immeuble pendant l'indivision. Et aussi aux aliénations. Cass., 29 fév. 1904, S., 04. 1. 216, D., 05. 1. 7.

Enfin les actes de partage ne sont pas soumis à la formalité de la transcription, qui ne s'applique, d'après l'art. 1-1° de la loi du 23 mars 1855, qu'aux actes translatifs de propriété.

V. cep. Pau, 26 janv. 1875, D., 76. 2. 109, et Grenoble, 4 avril 1911, S., 11. 2. 208.

L'art. 68, § 3, n. 2, de la loi du 22 frimaire de l'an VII avait déduit une autre conséquence de notre principe, en ne soumettant les partages qu'au paiement d'un droit fixe de 3 fr., et non au paiement du droit proportionnel, comme il aurait fallu le faire si le partage eût constitué un acte d'aliénation. La loi du 28 février 1872 (art. 1-5° et 2) soumit les partages à un droit gradué. C'était une fissure qui ne devait pas manquer de donner passage au droit proportionnel. Effectivement les partages sont aujourd'hui passibles de ce droit (L. 28 avril 1893, art. 19, et 22 avril

1905, art. 5). Les nécessités budgétaires ont été plus fortes que les principes du droit.

777. romains de l'article 883. — Le principe que le partage est déclaratif de propriété doit être considéré, à raison de la généralité des termes de la disposition qui le consacre, comme s'appliquant à tout partage, à tout acte équivalent à partage et à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, compris dans le partage.

A tout partage ; donc non seulement au partage de succession, comme pourrait le faire croire la place qu'occupe l'art. 883, mais aussi au partage de toute autre universalité, telle que la communauté entre époux (arg. art. 1476. Cass., 23 mars 1903, D., 03. 1. 326, S., 05. 1. 129. Cpr. Cass., 13 janv. 1909, D., 11. 1. 435, S., 11. 1. 441), ou la société (arg. art. 1872), et même, quoique ce soit un peu plus douteux, au partage d'objets particuliers indivis entre plusieurs propriétaires, par exemple au partage d'une même chose qui a été léguée en commun à plusieurs légataires. Il y a en effet même motif de décider dans tous les cas. l'au, 28 fév. 1887, S., 87. 2. 125, et Paris, 11 mai 1911, D., 12. 2. 115. Peu importe d'ailleurs le nom que les parties ont donné à l'acte (vente, échange, transaction...), du moment qu'il s'agit d'un véritable partage. Grenoble, 20 janv. 1893, S., 93. 2. 265, D., 93. 2. 127.

* Jusqu'en 1895, la cour de cassation jugeait que l'effet déclaratif du partage n'est attaché qu'aux partages qui font cesser complètement l'indivision entre tous les ayant-droit soit quant à la succession tout entière, soit quant à un ou quelques-uns des biens qui la composent. L'effet déclaratif du partage ne se produisait donc pas lorsqu'un bien de la succession avait été adjugé sur licitation à plusieurs cohéritiers, les autres n'ayant droit qu'à leur part du prix de licitation, et par suite les hypothèques nées du chef de ces derniers pendant l'indivision grevaient l'immeuble dans la mesure de leurs parts héréditaires entre les mains des adjudicataires. On se fondait principalement, pour le

décider ainsi, sur le texte de l'art. 883 qui suppose que le bien licité a été adjugé à un seul cohéritier. Arg. des mots « à lui échus ». Un arrêt du 21 mai 1895 (D., 96. 1. 9, S., 95. 1. 350) semblait avoir changé cette jurisprudence, fondée sur une interprétation judaïque des textes, qui était combattue par les cours d'appel. V. not. Nancy, 7 juil. 1896, D., 97. 2. 283, S., 97. 2. 123, et Trib. civ. de la Seine, 4 mars 1908, S., 09. 2. 264. Mais, par des décisions postérieures, la cour suprême a condamné les conséquences trop absolues que l'on avait déduites de sa jurisprudence nouvelle, et indiqué les conditions sous lesquelles elle fait produire au partage l'effet déclaratif. V. sur ce point Cass., 23 mars 1903, D., 03. 1. 326, S., 05. 1. 129, 11 janv. 1909, D., 09. 1. 81, S., 12. 1. 49, 8 nov. 1910, S., 12. 1. 47, et les notes.

A tout acte équivalant à partage. La cession de droits successifs peut dans certains cas avoir ce caractère ; elle le présente très certainement, lorsqu'elle fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers ; telle serait la cession faite au profit d'un des cohéritiers par tous les autres. Cette matière donne lieu à des difficultés graves, dans l'examen desquelles nous ne pouvons entrer ici. Cpr. Cass., 17 nov. 1890, D., 91. 1. 25.

Enfin le principe s'applique à tous les biens, de quelque nature qu'ils soient, compris dans le partage. Chaque cohéritier sera donc censé avoir succédé seul au défunt pour tous les biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, qui ont été mis dans son lot.

778. Toutefois la question est vivement controversée en ce qui concerne les créances héréditaires susceptibles de division. La difficulté vient de l'art. 1220, d'après lequel ces créances se divisent de plein droit entre les héritiers. Ce texte dit en substance que chaque héritier peut, dans la mesure de sa part héréditaire, exiger de chaque débiteur du défunt le paiement de sa dette. On s'est prévalu de cette disposition pour soutenir que, la loi opérant de plein droit

le partage des créances héréditaires entre les héritiers, d'après cette ancienne règle de la loi des XII Tables : *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta sunt*, les créances héréditaires se trouvent en dehors de la masse à partager ; que sans doute les héritiers peuvent, pour faciliter les opérations du partage ou pour ménager leurs convenances réciproques, répartir entre eux les créances héréditaires autrement que ne le fait la loi ; mais que cette répartition ne constitue pas un partage, les héritiers n'ayant pas à partager ce qui a été déjà partagé par la loi, et que par suite il ne saurait être question de lui appliquer l'effet déclaratif du partage. Quelle serait donc alors la nature de la convention en vertu de laquelle les héritiers, dérogeant à la division légale de l'art. 1220, auraient mis une créance tout entière dans le lot d'un seul d'entre eux, ou la lui auraient attribuée pour une part plus forte que sa part héréditaire ? Ce serait un transport-cession. Chaque héritier était de plein droit créancier pour sa part héréditaire, en vertu de l'art. 1220 ; la créance ne peut désormais appartenir à l'un d'eux pour le tout qu'en vertu d'une cession qui lui est consentie par les autres. Il faudrait donc appliquer les règles de la cession de créance, et non celles du partage : ce qui conduirait notamment à décider que l'héritier, auquel a été attribuée la créance, n'en sera saisi à l'égard du débiteur et des tiers que par l'accomplissement de l'une des deux formalités prescrites par l'art. 1690. Bref, dans ce système, l'héritier, auquel une créance héréditaire est attribuée pour la totalité par une clause du partage, serait considéré comme la tenant, non du défunt exclusivement, par application de l'art. 883, mais de ses cohéritiers, pour tout ce qui excède sa part héréditaire dans la créance. Le partage serait donc, quant aux créances, translatif, et non déclaratif de propriété.

Nous nions absolument le point de départ de cette opinion : l'art. 1220 n'opère pas, comme on le prétend, le partage des créances. Il suffit, pour le démontrer, de faire

remarquer que ce texte ne divise pas les créances entre tous les successeurs universels du défunt, mais seulement entre ceux qui représentent sa personne. La loi dit que les héritiers peuvent réclamer les créances pour les parts dont ils sont saisis... comme représentant le créancier ; donc la division légale ne s'applique pas aux successeurs non saisis ; or une division qui est faite entre quelques-uns seulement des ayant-droit, n'est pas et ne peut pas être un partage. Supposons, pour éclaircir ce point, que le défunt ait laissé deux frères et un légataire à titre universel du tiers de ses biens ; supposons de plus que la succession ne comprenne absolument que des créances. D'après l'art. 1220, les créances, c'est-à-dire l'hérédité tout entière, se divisent de plein droit par portions égales entre les deux frères du défunt, qui seuls représentent sa personne ; le légataire à titre universel, bien qu'il ait droit au tiers de la succession, est exclu de cette répartition. Est-ce là un partage ? Peut-on considérer comme telle une opération dont le résultat est de donner le tout à deux des successeurs et rien au troisième, qui cependant a droit au tiers ? Inutile d'insister. Que signifie donc l'art. 1220 ? Il règle d'une manière provisoire la situation des débiteurs du défunt par rapport à la succession. Il faut bien qu'à toute époque un débiteur héréditaire dont la dette est échue puisse valablement se libérer, et aussi que quelqu'un puisse le contraindre à payer. A qui paiera-t-il, en attendant le partage que feront les intéressés ? Qui pourra le poursuivre ? Telle est la question dont se préoccupe exclusivement l'art. 1220 ; il répond que chaque représentant du défunt pourra poursuivre les débiteurs héréditaires pour la part dont il est saisi, et par suite recevoir le paiement dans cette mesure de ceux qui viendraient l'offrir. La loi n'accorde pas le même droit aux successeurs universels non saisis, parce que, demander le paiement d'une créance ou le recevoir, c'est faire acte de

possession, et le successeur saisi ne possède pas tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance ou l'envoi en possession.

La disposition de l'art. 1220 ne fait donc nul obstacle à ce que les héritiers partagent les créances héréditaires comme tous les autres biens de la succession. D'ailleurs l'art. 832 dit positivement que les créances sont comprises dans le partage, et qu'on doit autant que possible les répartir également dans les différents lots. Ce texte est décisif.

Le partage s'appliquant aux créances comme aux autres biens de la succession, on se trouve nécessairement conduit à décider qu'il sera régi par l'art. 883, c'est-à-dire que l'héritier qui recevra une créance dans son lot sera considéré comme ayant seul succédé au défunt pour cette créance. Il pourra donc désormais en exiger le paiement intégral, et les paiements que ferait le débiteur entre les mains des autres héritiers ne le libéreraient pas, sauf peut-être l'application de l'art. 1240, s'il avait payé de bonne foi dans l'ignorance du partage. Mais les paiements, qui auraient été faits par le débiteur, avant le partage, conformément à l'art. 1220, seraient libératoires (Paris, 20 mai 1892, D., 92. 2. 357 : car un acte fait conformément à la loi doit nécessairement être maintenu. Et il faudrait en dire autant de tous les droits acquis à des tiers, dans l'intervalle de l'ouverture de la succession au partage, par application de l'art. 1220, notamment des compensations acquises au profit des débiteurs héréditaires qui étaient eux-mêmes créanciers des héritiers. Il est vrai qu'en appliquant pleinement la fiction de l'art. 883 on arriverait à annuler tous ces actes ; et certains esprits ont soutenu qu'il fallait aller jusque-là. Mais c'est ne tenir aucun compte de la disposition de l'art. 1220, et de ce principe que ce qui est fait conformément à la loi doit être respecté.

En résumé, l'art. 1220 ne fait que régler provisoirement les rapports des débiteurs héréditaires avec les héritiers jusqu'au partage ; mais il ne partage pas, comme on l'a dit,

les créances entre les héritiers. Le partage des créances est soumis aux mêmes règles que celui de tous les autres biens héréditaires, et il est par conséquent déclaratif de propriété, sauf le maintien des droits antérieurement acquis à des tiers en vertu de l'art. 1220. Nous reconnaissons toutefois qu'il s'élève des difficultés graves sur le point de savoir ce qu'il faut entendre ici par droits acquis. V. Cass., 13 janv. 1909, D., 11. 1. 435, S., 11. 1. 441.

En faveur de l'opinion que nous avons défendue, nous pouvons aujourd'hui invoquer l'autorité de la cour de cassation qui l'a formellement consacrée (arrêts des 5 déc. 1907, D., 08. 1. 113, S., 08. 1. 5, et 13 janv. 1909, supra). La cour de cassation va même jusqu'à appliquer l'effet déclaratif du partage à la créance du prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire, bien qu'elle ne soit pas née en la personne du défunt, et nous avons vu les conséquences qu'elle tire de ce principe. La jurisprudence antérieure était incertaine. Cpr. Cass., 23 mars 1881, S., 82. 2. 217, D., 81. 1. 417, et Toulouse, 7 mars 1904, D., 04. 2. 333.

II. De la garantie.

779. Les copartageants se doivent respectivement la garantie, à raison des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage. C'est-à-dire que les cohéritiers doivent se protéger mutuellement contre les troubles qu'ils peuvent éprouver dans la possession des objets mis dans leur lot, et que, si l'un d'eux est évincé, les autres doivent l'indemniser, le tout pourvu que le trouble ou l'éviction ait une cause antérieure au partage.

Quel est le fondement de cette obligation ? La garantie étant de droit dans la vente et dans l'échange (art. 1603 et 1707), il est tout simple que les copartageants en soient tenus les uns à l'égard des autres, dans une législation, qui, assimilant le partage à l'un ou à l'autre de ces contrats, le

considère comme translatif ou attributif de propriété. Cette base fait défaut dans notre législation, qui regarde le partage comme déclaratif de propriété. Quel est donc alors le fondement de la garantie entre copartageants ? Pothier dit à ce sujet : « La seule raison sur laquelle est fondée dans notre droit l'obligation de la garantie des copartageants, c'est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre l'un des copartageants dans quelque une des choses tombées dans son lot, la loi qui exige cette égalité oblige chacun des copartageants à la rétablir ». La garantie nous apparaît donc comme une sanction du principe d'égalité qui est l'âme des partages. Elle repose sur cette idée que chaque copartageant doit obtenir, en vertu du partage, la totalité de la part à laquelle il a droit : il doit avoir en propriété divisée l'équivalent de ce qu'il avait en propriété indivise. Tel est aussi le fondement de l'action en rescision pour cause de lésion (infra, n. 788).

Il importe de distinguer les cas dans lesquels il y a lieu à garantie de ceux où le partage est rescindable pour cause de lésion. D'une part l'action en garantie et l'action en rescision ne produisent pas les mêmes effets. D'autre part, en matière de garantie, l'action de l'héritier est recevable, quel que soit le dommage qu'il a souffert ou dont il est menacé, tandis que la lésion invoquée pour obtenir la rescision du partage doit excéder le quart de la part héréditaire.

Pour que la garantie soit due, il faut que l'on ait mis dans le lot d'un des copartageants un droit qui n'avait pas d'existence légale ou qui n'appartenait pas au défunt. Si le bien assigné au cohéritier était réellement compris dans l'actif successoral, il ne peut être question de garantie ; le copartageant peut seulement avoir été lésé par l'estimation erronée qui en a été faite, et alors il y a lieu à l'action en rescision, si la lésion est de plus du quart.

Ainsi, le trouble ou l'éviction, qui engendre la garantie, suppose l'inexistence, en tant que valeur successorale, du bien attribué à l'héritier. Au contraire, si on a mis dans son lot une chose qui appartenait au défunt, mais en la comptant pour une valeur supérieure à sa véritable valeur, cette fausse évaluation est la source d'une lésion, et cette lésion, si elle est suffisante, peut servir de base à une action en rescision. Tel est du moins le principe général que semble avoir suivi le législateur. Nous verrons qu'il s'en est écarté en matière de créances héréditaires.

780. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à la garantie. — Aux termes de l'art. 884 : « Les cohéritiers demeurent respectivement

- » garants, les uns envers les autres, des troubles et évictions

- » seulement qui procèdent d'une cause antérieure au partage. — La

- » garantie n'a pas lieu, si l'espèce d'éviction soufferte a été exceptée

- » par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ; elle

- » cesse, si c'est par sa faute que le cohéritier souffre l'éviction ».

Quatre conditions sont donc requises, pour qu'il y ait lieu à la garantie qui nous occupe. Il faut :

1° Que l'un des copartageants ait subi une ÉVICTION ou tout ou moins un TROUBLE. L'éviction, d'une manière générale, est la dépossession qu'une défaite judiciaire inflige à un cohéritier : evincere a vincendo in judicio dicitur. Tel serait le cas d'un cohéritier condamné par jugement à restituer le fonds qui a été mis dans son lot au véritable propriétaire, sur l'action en revendication intentée par celui-ci. Mais le mot éviction a un sens plus large. L'héritier sera considéré comme évincé, et par suite aura droit à garantie, s'il ne conserve pas la chose mise dans son lot, ou s'il la garde, mais à un titre autre que celui

en vertu duquel elle lui a été transmise. Il y aurait donc éviction, si l'héritier, pour échapper à la dépossession, consentait à payer au revendiquant une somme d'argent à titre de prix de vente. — Le trouble est assimilé à l'éviction parce qu'il en est le précurseur. Ainsi un tiers revendique contre moi l'immeuble mis dans mon lot, s'en prétendant propriétaire. Tant que la demande n'a pas reçu de solution, l'éviction n'est pas encore consommée, mais elle est à craindre ; il y a trouble, et la loi m'accorde l'action en garantie pour le faire cesser. Il ne s'agit ici que du trouble de droit, c'est-à-dire de celui qui a pour cause un droit prétendu sur la chose — nous venons d'en donner un exemple — et non du trouble de fait, dont l'auteur n'invoque aucun droit, comme il arriverait au cas de maraudeurs venant dévaster une propriété. Chaque cohéritier doit faire cesser lui-même par les moyens de droit le trouble de fait dont il est victime, sans pouvoir exercer de ce chef aucun recours contre ses cohéritiers.

* Dans la vente, le vendeur est tenu en vers l'acheteur de la garantie des défauts cachés de la chose vendue (art. 1641 s.). Les copartageants se doivent-ils réciproquement cette garantie à raison des objets compris dans le partage ? La négative est généralement admise. En effet les vices cachés n'empêchent pas la chose qui en est atteinte d'exister ; ils en diminuent seulement la valeur. L'héritier dans le lot duquel cette chose a été mise ne peut donc pas se dire évincé. Or c'est seulement l'éviction qui est visée par l'art. 884. La découverte de défauts que les parties ignoraient au moment du partage révèle simplement l'existence d'une lésion au préjudice de l'héritier qui a la chose dans son lot ; et cette lésion consiste en ce qu'on a estimé la chose au-dessus de sa véritable valeur. La seule action qui lui appartienne est donc l'action en rescision, si la lésion est suffisante. Il y a cependant sur ce point des divergences entre les auteurs, comme aussi sur le point de

savoir si l'action en garantie appartient, à raison du défaut de contenance, à un cohéritier auquel un immeuble a été attribué par le partage avec indication de la contenance.

2° Que l'éviction ou le trouble procède d'une cause antérieure au partage. En effet la garantie en matière de partage nous apparaît comme étant la sanction du principe d'égalité entre les copartageants ; or c'est au moment du partage que l'égalité doit exister ; il n'y a pas à se préoccuper des événements postérieurs qui peuvent y porter atteinte. Les cohéritiers ne seront donc pas garants les uns envers les autres des troubles et évictions, dont la cause est postérieure au partage : tel serait le cas où l'un des cohéritiers serait exproprié pour cause d'utilité publique et recevrait une indemnité insuffisante

3° Que l'espèce d'éviction soufferte n'ait pas « été exceptée par une clause particulière et expresse de l'acte de partage ».

La clause de non-garantie doit être particulière et expresse.

Particulière. Donc serait nulle une clause générale de non-garantie, par exemple la clause conçue en ces termes : les cohéritiers ne se devront respectivement aucune garantie. La loi a bien pu autoriser une semblable stipulation en matière de vente (art. 1628 et 1629), parce que la vente est un acte de spéculation, et les parties peuvent spéculer même sur des chances et rendre ainsi le contrat plus ou moins aléatoire. Mais elle devait la prohiber en matière de partage, comme incompatible avec le grand principe d'égalité qui domine toute cette matière. En ce sens, la garantie est de l'essence du partage.

Expresse. Si les copartageants veulent exclure la garantie, il faut qu'ils le disent ; il ne leur suffirait pas de le sous-entendre. Notamment cette circonstance, que l'héritier aurait connu le danger d'éviction dont est menacé le bien mis dans son lot, ne pourrait pas lui être opposée comme entraînant de sa part une renonciation tacite à la

garantie. C'est une nouvelle différence avec la vente. Cpr. art. 1629.

4° Que le cohéritier ne souffre pas l'éviction par sa faute. Autrement, il n'aurait le droit de s'en prendre qu'à lui-même du préjudice qu'il éprouve. Tel serait le cas d'un cohéritier, qui, actionné en revendication relativement à un immeuble mis dans son lot, n'aurait succombé que pour avoir omis de faire valoir un moyen péremptoire qui lui aurait assuré gain de cause (art. 1640, arg. anal.).

De là il suit que le cohéritier évincé postérieurement au partage par suite d'une prescription commencée auparavant n'aurait pas droit à la garantie. Il subit en effet l'éviction par sa faute, puisqu'il aurait pu la conjurer en interrompant la prescription. Il n'y aurait plus faute de la part du cohéritier évincé, si l'heure de la prescription était sur le point de sonner au moment du partage, de telle sorte qu'il ne restât plus un temps moralement suffisant pour l'interrompre. Aussi lui reconnâtrions-nous dans ce cas le droit à la garantie. L'éviction s'est accomplie postérieurement au partage, il est vrai ! Mais elle a une cause antérieure, puisqu'elle résulte d'une prescription qui s'est accomplie presque-tout entière antérieurement au partage.

78. Contre qui peut être intentée l'action en garantie. — « Chacun des cohéritiers est personnellement obligé, en proportion

» de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte

» que lui a causée l'éviction. — Si l'un des cohéritiers se trouve insolvable,

» la portion dont il est tenu doit être également répartie

» entre le garanti et tous les cohéritiers solvables » (art. 885). Ainsi il y a trois héritiers pour portions égales, Primus, Secundus et Tertius ; ce dernier est évincé d'un objet mis dans son lot, qui vaut 300 fr. ; chacun des deux autres est tenu de l'indemniser pour un tiers, soit jusqu'à

concurrence de 100 fr. L'évincé sera donc lui-même en perte de 100 fr. : ce qui est juste, car s'il obtenait la réparation intégrale du préjudice causé par l'éviction, il se trouverait en définitive avoir plus que ses cohéritiers, et, sous prétexte de rétablir l'égalité, on la violerait. Si Primus est insolvable, Tertius pourra recourir contre Secundus pour 150 fr., et sera lui-même en perte de pareille somme. L'insolvabilité de l'un des cohéritiers est un sinistre commun, qui doit peser sur tous également, dit notre article, ou, en termes plus exacts, proportionnellement à leurs parts héréditaires. La loi veut parler évidemment d'une égalité relative aux vocations héréditaires, c'est-à-dire d'une égalité proportionnelle.

782. L'indemnité fournie au garanti doit être pécuniaire. A quelle époque se place-t-on pour en calculer le montant ? L'art. 885 dit que l'indemnité doit être égale à la perte causée par l'éviction. D'où nous concluons qu'il faut se placer à l'époque de l'éviction pour apprécier la valeur de l'objet évincé, et par suite le quantum de l'indemnité à attribuer à l'évincé. Il y a toutefois quelque doute sur ce point. V. notamment Bordeaux, 12 juil. 1892, S., 93. 2. 100. Cet arrêt juge que l'indemnité doit être calculée d'après la valeur au temps du partage.

783. L'action en garantie s'exerce par voie principale ou par voie incidente :

Par voie principale, lorsqu'elle est intentée après l'éviction consommée ;

Par voie incidente, lorsqu'elle est exercée pendant le cours de l'instance qui aboutira peut-être à l'éviction, par conséquent avant que l'éviction constitue un fait accompli ; l'action en garantie est dite alors incidente, parce que INCIDIT in litem. Ce second mode de procéder est préférable, quand on peut l'employer. Outre qu'il procure une économie de frais, il a l'avantage de mettre en cause les cohéritiers de l'évincé. Ceux-ci pourront ainsi faire valoir les moyens propres à conjurer l'éviction, et ne seront

pas fondés à soutenir, si elle vient plus tard à se réaliser, que l'évincé s'est mal défendu, qu'il a souffert l'éviction par sa faute et que par suite il n'a pas droit à la garantie. Cpr. art. 1640.

784. Durée de l'action en garantie. — L'action en garantie se prescrit par trente ans, conformément au droit commun, aucune disposition spéciale n'en ayant limité la durée à un terme plus court. Arg. art. 2262. Les trente ans courent à compter de l'éviction (art. 2257 al. 3).

Cette double règle reçoit exception dans le cas particulier que prévoit l'art. 886, ainsi conçu : « La garantie de la solvabilité du

» débiteur d'une rente ne peut être exercée que dans les cinq ans

» qui suivent le partage. Il n'y a pas lieu à garantie à raison de

» l'insolvabilité du débiteur, quand elle n'est survenue que depuis

» le partage consommé ».

Avant de mettre en relief la double dérogation que nous venons d'annoncer, faisons quelques observations. Il résulte de notre texte que les cohéritiers se doivent respectivement la garantie, non seulement à raison de l'existence des rentes comprises dans le partage, mais encore à raison de la solvabilité actuelle du débiteur de ces rentes, c'est-à-dire de la solvabilité au temps du partage. Ce que la loi dit des rentes doit être étendu aux créances exigibles. Le législateur consacre donc, en matière de droits de créance, une règle différente de celle qu'il a suivie en ce qui concerne les droits réels. C'est, nous l'avons vu, l'inexistence, en tant que bien héréditaire, du droit réel attribué à l'héritier, qui donne lieu à la garantie. Les copartageants ne se garantissent pas que les biens qui leur sont assignés respectivement ont la valeur pour laquelle ils ont été compris dans le partage. Le préjudice résultant d'une erreur dans l'estimation ne peut servir de

base qu'à l'action en rescision, sous la condition que la lésion excède le quart de la part héréditaire. Il en est autrement pour les droits personnels mis dans le lot d'un des cohéritiers. L'insolvabilité du débiteur n'empêche pas le droit d'exister, mais en diminue seulement la valeur. Elle ne devrait donc pas faire l'objet de l'obligation de garantie. Si le législateur ne l'a pas considérée comme une simple lésion, c'est qu'il a en notre matière fait céder la logique devant l'équité. Au point de vue pratique, la créance contre une personne insolvable peut être considérée comme inexistante, dans la mesure de ce qui ne pourra être payé par le débiteur. Si l'insolvabilité du débiteur de la rente, au temps du partage, devait nuire exclusivement au cohéritier dans le lot duquel la rente a été mise, celui-ci n'obtiendrait, audit cas d'insolvabilité, qu'une valeur nominale dont il ne tirerait aucun profit, et le principe d'égalité entre les héritiers serait sacrifié ou du moins ne serait respecté que pour la forme. Mais, à l'inverse de ce qui avait lieu dans notre ancien droit, les cohéritiers ne répondent pas de la solvabilité future du débiteur de la rente ; son insolvabilité survenue après le partage nuira donc au cohéritier dans le lot duquel la rente a été mise. C'est un cas fortuit, dont il doit supporter seul les conséquences, comme ses cohéritiers subiraient seuls aussi les conséquences des cas fortuits qui feraient périr les biens à eux attribués par le partage.

Ainsi les cohéritiers sont garants : 1° de l'existence des rentes comprises dans le partage ; 2° de la solvabilité du débiteur de la rente au temps du partage.

Jusqu'ici la disposition de l'article 886 doit être approuvée sans réserves. Il n'en est peut-être pas tout à fait ainsi des deux dérogations au droit commun qu'il consacre et dont voici la substance : 1° La garantie à raison de la solvabilité actuelle du débiteur d'une rente comprise dans le partage ne peut être exercée que pendant cinq ans, tandis que la durée ordinaire de la prescription est de

trente ans (art. 2262) ; 2° Les cinq années courent à dater du partage, au lieu de courir, comme cela devrait avoir lieu d'après les règles du droit commun, à dater de l'éviction, c'est-à-dire à dater du jour où le débiteur cessée le paiement des arrérages (art. 2257 al. 3). Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette double dérogation, c'est que, après cinq ans à dater du partage, il serait peut-être difficile de constater que le débiteur de la rente était insolvable lors du partage.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, sur les deux points en question, l'art. 886 doit, à titre de disposition exceptionnelle, recevoir l'interprétation restrictive.

De là il faut conclure que la prescription spéciale organisée par l'art. 886 ne s'applique, ni pour sa durée, ni pour son point de départ :

1° A la garantie relative à l'EXISTENCE de la rente au temps du partage, l'article ne parlant que de la garantie relative à la solvabilité (actuelle) du débiteur de la rente. L'action en garantie relative à l'existence de la rente se prescrirait donc conformément au droit commun, par trente ans à dater de l'éviction, c'est-à-dire à dater du jour où la non-existence de la rente a été constatée.

2° A la garantie relative aux créances. L'action en garantie, relative à l'existence des créances comprises dans le partage et à la solvabilité actuelle du débiteur de ces créances, se prescrirait donc par trente ans, conformément au droit commun.

SECTION V

DE LA RESCISION EN MATIÈRE DE PARTAGE

785. Le législateur ne s'occupe ici que des cas où le partage est nul, annulable ou rescindable, expressions synonymes, et non de ceux où il est inexistant : ce qui

arriverait par exemple s'il n'avait pas été fait entre tous les ayant-droit.

I Quelles sont les causes de nullité du partage.

788. Nous en avons déjà rencontré deux : 1° l'incapacité de l'un des copartageants, soit qu'il ait figuré lui-même au partage auquel aurait dû figurer son représentant légal, soit que, l'incapable ayant été dûment représenté, les formes prescrites par la loi n'aient pas été observées (art. 817, 818 et 840) ; 2° l'inégalité dans la composition des lots (art. 832).

Trois autres causes de nullité : le dol, la violence et la lésion de plus du quart, sont indiquées par l'art. 887, ainsi conçu ; « Les

» partages peuvent être rescindés pour cause de violence ou de dol.

» — Il peut aussi y avoir lieu à rescision, lorsqu'un des cohéritiers

» établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart. La simple

» omission d'un objet de la succession ne donne pas ouverture à

» l'action en rescision, mais seulement à un supplément à l'acte de

» partage ».

Il y a lieu de remarquer à ce sujet :

D'une part, que le législateur consacre ici une cause de nullité ou rescision qui n'est pas admise en principe dans les autres contrats, du moins entre majeurs (art. 1118), nous voulons parler de la lésion.

D'autre part, qu'il ne mentionne pas l'erreur, qui est une cause de nullité des contrats en général (art. 1109 et 1110). Cette omission est intentionnelle, ainsi que cela résulte de la discussion de la loi au conseil d'Etat. Il y a été

dit en substance que. toutes les fois que l'erreur dont l'un des copartageants aura été victime présentera les caractères requis d'après les règles du droit commun pour que l'erreur soit une cause de nullité, ou bien cette erreur se confondra avec la lésion, ou bien il sera possible d'obtenir la réparation du préjudice qu'elle cause, sans recourir à l'annulation du partage. Et en effet, l'erreur consiste-t-elle dans la fausse appréciation de la valeur d'un bien compris dans le partage ? Elle est la source d'une lésion, et le cohéritier lésé pourra s'il y a lieu intenter l'action en rescision pour cause de lésion. L'erreur consiste-t-elle à n'avoir point compris dans le partage un des biens faisant partie de la masse héréditaire ? Il y aura lieu à un supplément de partage pour les objets omis (art. 887 in fine), Il en sera de même, si l'on a admis au partage une personne qui n'avait pas le droit d'y prendre part : les biens qui lui ont été attribués à tort, puisqu'elle n'avait pas la qualité de cohéritier, seront l'objet d'un partage supplémentaire entre les véritables ayant-droit. Enfin, si par erreur on a compris dans le partage des biens qui n'appartenaient pas à la succession, l'héritier, dans le lot duquel ces biens auront été mis, agira par l'action en garantie.

On est d'accord pour admettre que les erreurs de calcul commises dans un partage devraient être réparées, quand même elles n'occasionneraient pour aucun des cohéritiers une lésion de plus d'un quart. Arg. a fortiori des art. 2052 et 2058.

Passons maintenant en revue les diverses causes de nullité dont le législateur s'occupe dans notre section, savoir : la violence, le dol et la lésion.

1° et 2° De la nullité fondée sur le dol ou sur la violence.

787. Le législateur n'ayant édicté aucune règle particulière en ce qui concerne ces deux causes de nullité,

il faut en conclure qu'elles demeurent ici régies par les règles du droit commun (v. art. 1111 et s.). Nous mentionnerons toutefois, en parlant des fins de non-recevoir contre l'action en nullité, une particularité qui résulte de l'art. 892 (infra, n. 797).

3° De la rescision pour cause de lésion.

788. La lésion est le préjudice qu'éprouve une partie dans un contrat. Ici le préjudice consiste en ce que l'un des cohéritiers n'obtient pas par le partage l'équivalent en propriété divisée de sa part de propriété indivise ; il obtient donc moins qu'il n'aurait dû obtenir. Cpr. Besançon, 6 déc. 1905, S., 06. 2. 98, D, 08. 2. 330.

En général, les contrats ne sont pas rescindables pour cause de lésion (art. 1118). Ils constituent le plus souvent des actes de spéculation, et l'égalité n'est pas de rigueur entre spéculateurs : l'un aura bien spéculé, l'autre mal ; l'avantage restera au plus habile. Il en est autrement du partage, qui n'est pas un acte de spéculation, mais bien de liquidation, dans lequel chacun des intéressés cherche seulement à obtenir ce à quoi il a droit ; il est donc conforme à sa nature que les contractants y soient traités sur un pied de rigoureuse égalité, suivant cet axiome de Loysel : « L'égalité est l'âme des partages ». Le partage est vicié dans son essence, quand cette égalité n'a pas été observée. De là la rescision pour cause de lésion.

On comprend toutefois que le législateur ne pouvait pas tenir compte d'une lésion quelconque, si minime qu'elle fût : autrement il n'y aurait guère eu de partage à l'abri de la rescision, les partages se ressentant nécessairement de l'imperfection de toutes les œuvres humaines. Aussi l'art. 887 décide-t-il que la lésion doit être de plus du quart pour autoriser la rescision. En d'autres termes, il faut, pour que la rescision soit possible, que l'un des héritiers ait obtenu par le partage moins des trois quarts de ce qu'il aurait

obtenu si l'égalité eût été rigoureusement observée. Ainsi il y a deux héritiers ; les biens à partager ont une valeur égale à 8. Dans un partage où l'égalité serait rigoureusement observée, chaque héritier devrait obtenir un lot d'une valeur égale à 4. Supposons que les biens compris dans le lot de l'un des héritiers aient une valeur égale à 5, et ceux compris dans le lot de l'autre, une valeur égale à 3. Celui-ci est lésé de 1 sur 4, il est lésé d'un quart tout juste ; il ne pourra pas demander la rescision. Il pourra la demander au contraire, et le juge devra la prononcer, si les biens compris dans son lot ont une valeur inférieure à 3, si peu que ce soit ; car alors il est lésé de plus du quart.

La rescision pour cause de lésion ne serait pas possible, si aucun des copartageants n'était lésé de plus du quart, quel que fût d'ailleurs l'avantage obtenu par l'un d'entre eux dans le partage. Ainsi dix cohéritiers se partagent une succession dont l'actif net s'élève à 120.000 fr. ; neuf des cohéritiers obtiennent chacun un lot valant 9.000 fr., total : 81.000 fr., et le dixième, un lot valant 39.000 fr. Aucun des cohéritiers lésés ne pourra demander la rescision pour cause de lésion ; chacun d'eux en effet est lésé du quart tout juste. Mais il sera rare qu'un partage aussi inégal ne soit pas entaché de quelque autre cause de nullité : la violence ou le dol.

789. A quelle époque faut-il se placer pour juger s'il y a lésion de plus du quart ? L'art. 890 répond : « Pour juger s'il y a eu

» lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du

» partage ».

Le législateur aurait pu se dispenser de formuler cette règle, tant elle est fondée en raison. En effet, tout ce qu'il est possible d'exiger, c'est que l'égalité soit observée entre les cohéritiers au moment du partage. Mille événements postérieurs, dont quelques-uns ne peuvent être ni prévus ni empêchés, viendront souvent détruire cette égalité ; il

était impossible de les faire entrer en ligne de compte. On devra donc se reporter par la pensée à l'époque du partage, puis, faisant abstraction des augmentations ou des diminutions de valeur que les biens ont pu subir depuis cette époque, estimer ce qu'ils valaient alors et apprécier d'après cette base s'il y a eu lésion, et lésion de plus du quart, au préjudice du cohéritier qui demande la rescision. Il va sans dire que l'estimation contenue dans l'acte de partage ne doit pas nécessairement être acceptée ; elle peut être erronée. Cpr. Cass., 25 nov. 1908, D., 10. 1. 85.

La lésion de plus du quart doit exister sur l'ensemble des biens échus par le partage à l'héritier qui intente l'action en rescision. Qu'importe qu'on lui ait attribué pour 20.000 fr. un bien qui n'en valait en réalité que 10.000, si, d'autre part, et dans le même partage, on lui a attribué pour 15.000 fr. un bien qui en valait 25.000 ? Il gagne d'un côté ce qu'il perd de l'autre ; par conséquent, il n'est pas lésé.

790. Quels partages sont rescindables pour cause de lésion. — Tous sans exception ; car la loi ne distingue pas. Le partage judiciaire n'échappe pas plus à cette règle que le partage amiable. Il est également indifférent que les lois aient été ou non tirés au sort. D'un autre côté, l'action en rescision est admissible même contre les actes qui ne font cesser l'indivision qu'entre certains cohéritiers seulement. Cass., 2 juin 1897, D., 97. 1. 381. Enfin la rescision pour cause de lésion est susceptible de s'appliquer à un partage partiel aussi bien qu'au partage total.

S'il a été fait plusieurs partages partiels, celui des cohéritiers qui aurait été lésé de plus du quart dans un de ces partages seulement, ou dans quelques-uns, n'aurait pas nécessairement pour cela le droit d'en obtenir la rescision. La lésion doit être appréciée par rapport à l'ensemble des partages, et il faut, pour que l'héritier demandeur en rescision obtienne gain de cause, que la valeur réunie des divers lots qui lui ont été attribués dans chacun de ces partages n'atteigne pas les trois quarts de ce qu'il aurait dû

obtenir dans l'ensemble des partages : auquel cas il y aurait lieu de les rescinder tous. En effet les différents partages, que les héritiers ont faits successivement, sont en quelque sorte des phases diverses d'une seule et même opération ; il faut donc les apprécier dans leur ensemble, et non les isoler les uns des autres. Autrement, comme le dit fort bien la cour de cassation, les tribunaux pourraient être conduits à reconnaître l'existence d'une lésion qui n'aurait rien de réel ; car la lésion, que l'un des cohéritiers a subie dans l'un des partages, a pu être compensée et au delà par l'avantage qu'il a obtenu dans un autre partage.

De là il ne faudrait pas conclure que, lorsqu'il a été fait un premier partage partiel, l'héritier lésé de plus du quart ne pourra l'attaquer qu'après que les autres partages partiels auront été faits, sous prétexte que la lésion qui lui a été causée par le premier partage pourra être réparée par les partages ultérieurs. Cette simple possibilité (ce n'est pas même une probabilité) ne peut, dans le silence de la loi, constituer une fin de non-recevoir contre l'héritier lésé, dont l'intérêt à agir immédiatement en rescision n'est pas contestable.

791. Un partage serait rescindable pour cause de lésion, alors même que les parties lui auraient donné la fausse qualification de vente, d'échange, de transaction ou toute autre. *Contractus non ex nomine sed ex re legem accipiunt*. C'est ce qui résulte de l'art. 888 al. 1, ainsi conçu : « L'action en rescision est admise contre tout

» acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers,

» encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou

» de toute autre manière ».

= Contre tout acte. Il n'y a pas lieu de distinguer entre le partage amiable et le partage judiciaire. Cass., 3 mai 1897, D., 97. 1. 224.

Il résulte de la généralité des termes de notre article qu'il s'applique non seulement au cas où les parties ont fait un véritable partage, qu'elles ont faussement qualifié de vente, d'échange, de transaction ou de toute autre manière, mais aussi à celui où elles ont fait une véritable vente, un véritable échange, une véritable transaction, si cette vente, cet échange ou cette transaction a eu pour but et pour résultat de faire cesser l'indivision. De telle sorte que ce ne sont pas seulement les partages déguisés sous le nom de vente, d'échange, de transaction... qui sont rescindables pour cause de lésion, mais aussi les véritables ventes, les véritables échanges, les véritables transactions que les parties ont faites en vue de mettre fin à l'indivision et qui effectivement produisent ce résultat. Ainsi, il y a deux héritiers, Primus et Secundus, et un immeuble héréditaire, composant à lui seul la masse partageable ; pas de dettes ; Primus vend à Secundus sa part héréditaire dans l'immeuble moyennant 20.000 fr. C'est une véritable vente, et cependant, comme elle a pour but et pour résultat de faire cesser l'indivision, elle sera rescindable pour cause de lésion de plus du quart, ainsi que le serait un partage. Cpr. Cass., 4 mars 1891, S., 94. 1. 411, D., 91. 1. 313.

Mais il faut pour cela que l'opération ait eu pour but en même temps que pour résultat, pour objet, comme dit l'art. 888, de faire cesser l'indivision ; il ne suffirait pas qu'elle produisît ce résultat, si elle a été faite en vue d'un autre but. Ainsi, dans l'espèce précédente, si Primus a fait donation de sa part héréditaire à Secundus, l'opération ne sera pas rescindable pour cause de lésion ; elle a bien eu pour résultat de faire cesser l'indivision, mais autre était son but : c'était de gratifier Secundus.

* 792. Les principes qui viennent d'être exposés donnent la clé de difficultés relatives à la transaction.

La transaction qui est faite par les copartageants en vue de mettre fin à l'indivision et qui produit effectivement ce résultat, est incontestablement rescindable pour cause de

lésion de plus du quart, soit qu'il s'agisse d'un véritable partage déguisé sous le nom de transaction, soit qu'il s'agisse d'une véritable transaction, d'une transaction sérieuse équivalant à partage. Cass., 3 déc. 1878, S., 80. 1. 32, D., 79. 1. 419.

Mais la transaction qui survient entre cohéritiers avant le partage ou pendant son cours, et qui a pour but, non de mettre fin à l'indivision, mais de préparer le partage et de le rendre possible en tranchant des difficultés sérieuses qui se sont élevées entre les copartageants, n'est pas rescindable pour cause de lésion, et l'art. 888 al. 1 n'est pas applicable à cette transaction qui reste sous l'empire de l'art. 2052 al. 2. Telle serait la transaction par laquelle les cohéritiers videraient une contestation sur la quotité du droit héréditaire de l'un d'eux ou sur la validité d'un don qui lui a été fait par préciput.

Il en serait de même de la transaction faite après le partage consommé, et par laquelle les copartageants trancheraient des difficultés sérieuses auxquelles donnerait lieu l'exécution de l'acte de partage. C'est ce que dit l'art. 888 al. 2, ainsi conçu : « Mais après le

» partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre

» la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même

» quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès commencé

». Et cette disposition, qui n'est qu'une conséquence logique et toute simple du principe posé par la première partie de l'article, aurait pu sans danger être laissée à l'état de sous-entendu. — La transaction dont il vient d'être parlé n'échappe à la rescision pour cause de lésion qu'autant qu'elle est exempte de fraude ; c'est l'idée qu'entend exprimer notre texte, quand il parle d'une transaction faite sur des difficultés réelles. Si donc il apparaissait que les difficultés au sujet desquelles la transaction est survenue sont imaginaires, ou que ces

difficultés ont été créées intentionnellement par les copartageants dans l'acte de partage, en vue de la transaction ultérieure qui devait y mettre fin, le tout afin de rendre impossible, contrairement au vœu de la loi, l'exercice de l'action en rescision pour cause de lésion, ou s'il était impossible de séparer la transaction du partage, l'exception formulée par l'art. 888 al. 2 ne s'appliquerait plus, et la transaction, de même que le partage auquel elle se lie, serait rescindable pour cause de lésion de plus du quart. En un mot, la loi déjoue toutes les fraudes, à l'aide desquelles les parties pourraient chercher à soustraire le partage à la rescision pour cause de lésion.

793. Aux termes de l'art. 889 : « L'action [en rescision] n'est pas admise contre une

» vente de droit successif faite sans fraude à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls.

» par ses autres cohéritiers ou par l'un d'eux ». C'est une exception à la règle posée par l'article précédent, qui déclare rescindable pour cause de lésion tout acte ayant pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il ait été qualifié de vente. Une vente de droits successifs faite de cohéritier à cohéritier a pour objet de faire cesser l'indivision, au moins par rapport à celui qui cède son droit ; souvent même elle fera cesser l'indivision par rapport à tous les cohéritiers, auquel cas elle équivaudra à un véritable partage ; et cependant elle ne sera pas rescindable pour cause de lésion. Mais pour qu'il en soit ainsi, notre article exige trois conditions :

1° Qu'il s'agisse d'une vente de droits successifs, c'est-à-dire que la vente porte sur le *nomen hereditarium*, sur le droit héréditaire du cédant, biens et dettes, de sorte que l'émolument du cessionnaire sera diminué des dettes comprises dans le droit cédé et dont le montant exact sera souvent ignoré. Cass., 17 mai 1909, D., 10. 1. 189, S., 10. 1. 487.

2° Que la cession ait été faite aux risques et périls du cessionnaire, c'est-à-dire sans aucune garantie de la valeur réelle du droit cédé, de sorte que le cessionnaire n'aura aucune réclamation à élever, si l'existence de dettes, même ignorées au moment de la cession, vient diminuer son émolument ou l'absorber. Le cessionnaire prend donc à sa charge l'incertum æris alieni : ce qui donne à la cession un caractère aléatoire. C'est surtout par ce côté que la vente de droits successifs diffère des autres ventes équivalant à partage, dont parle l'article précédent, et on comprend qu'à la différence de ces dernières elle échappe à la rescision pour cause de lésion. D'ailleurs il suffit que la vente soit en réalité faite aux risques et périls du cessionnaire : il n'est pas nécessaire que cette condition soit exprimée dans l'acte de cession. Cpr. Limoges, 20 mars 1907, sous cass., S., 09. 1. 36.

3° Que la cession soit faite sans fraude. *Fraus omnia corrumpit*. « Cette décision n'a lieu, dit Pothier, que lorsque les deux contractants n'étaient pas plus instruits l'un que l'autre des forces de la succession ». Telle est certainement l'idée que notre article a voulu exprimer par les mots faite sans fraude. Cass., 16 mars 1897, D., 97. 1. 366, S., 97. 1. 278. Si donc il y a fraude, la cession sera rescindable pour cause de lésion, conformément au droit commun, sans même qu'il soit nécessaire que le cohéritier qui connaissait exactement la situation ait usé de manœuvres dolosives. Si cette complication se présentait, il n'y aurait plus seulement fraude, mais dol, et la cession de droits successifs deviendrait rescindable indépendamment de toute lésion.

794. Aux ternies de l'art. 891 : « Le défendeur à la demande en

» rescision peut en arrêter le cours et empêcher un nouveau partage,

» en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion

» héréditaire, soit en numéraire, soit en nature ». Cpr. art. 1681.

Le supplément à payer par le cohéritier qui veut échapper à la rescision doit être calculé de façon à faire disparaître la lésion. Il doit donc former le complément de la juste part héréditaire du cohéritier demandeur en rescision, ou en d'autres termes être égal à la différence entre la valeur du lot qu'il a obtenu et la valeur de celui qu'il aurait dû obtenir. Par où l'on voit que, pour calculer le montant du supplément, de même que pour juger s'il y a eu lésion de plus du quart, il faut se reporter à l'époque du partage et estimer les biens héréditaires d'après leur valeur à cette époque.

Le supplément de la juste part héréditaire du demandeur en rescision doit être payé intégralement. Il ne suffirait pas de payer une somme suffisante pour réduire la lésion au quart tout juste (art. 891).

Le défendeur à l'action en rescision n'aurait même pas le droit d'opérer à son profit, sur le montant du supplément, une déduction analogue à celle que la loi autorise au profit de l'acheteur en cas de rescision de la vente d'un immeuble (art. 1681). Cette déduction, qui a en définitive pour résultat de permettre à l'acheteur d'échapper à la rescision en ne fournissant au vendeur qu'une réparation partielle de la lésion, s'explique par le caractère particulier de la vente, qui, étant un acte de spéculation, se prête naturellement à une certaine inégalité entre les contractants ; le législateur n'a pas voulu que l'acheteur, qui a entendu faire une bonne spéculation, fût privé de tout profit. Ces raisons sont sans application au partage, acte de liquidation auquel doit présider une rigoureuse égalité. Cpr. t II, n. 841 et 853.

Le supplément peut être payé, soit en numéraire, soit en nature, c'est-à-dire en biens héréditaires (art. 891). Notre législateur a consacré sur ce point comme sur bien d'autres l'opinion de Pothier, contraire à celle de Dumoulin et de Lebrun, qui, poussant peut-être un peu loin les

conséquences du principe de l'égalité, enseignaient que le supplément devait toujours être payé en nature.

A qui appartiendra le choix entre le paiement en argent et le paiement en nature ? Dans le silence de la loi, nous l'accorderions au débiteur par argument de l'art. 1247 in fine.

Les biens héréditaires, donnés en paiement du supplément, doivent être estimés d'après leur valeur au moment du paiement. Le défendeur à l'action en rescision pourrait en effet payer une certaine somme d'argent ; s'il se libère en biens héréditaires, il doit donner l'équivalent de cette somme ; il donnerait peut-être plus ou moins, si les biens étaient estimés d'après leur valeur au moment du partage.

Le défendeur à l'action en rescision peut payer utilement le supplément pendant tout le cours de l'instance. Il le peut aussi lorsque la rescision a été prononcée, tant que la décision judiciaire n'a pas acquis l'autorité définitive de la chose jugée. Le peut-il encore après ? Sur ce point, il y a quelque doute. L'affirmative paraît résulter : 1° de ces mots de l'art. 891 : el empêcher un nouveau partage ; entendus autrement, ces mots constitueraient une redondance inutile de ceux qui précèdent : en arrêter le cours ; 2° de l'art. 1681, relatif à la rescision pour cause de lésion en matière de vente, qui autorise l'acheteur à payer le supplément du juste prix après que la rescision a été prononcée ; on ne verrait pas bien la raison d'une différence à ce point de vue entre la rescision de la vente et celle du partage ; 3° des motifs de la loi et de la généralité de son texte.

Bien que l'art. 891 suppose le cas où il n'y a qu'un seul défendeur à l'action en rescision, sa disposition serait certainement applicable s'il y en avait plusieurs. Eadem est ratio. Dans ce cas, les défendeurs doivent s'entendre pour répartir entre eux la charge du supplément, et, s'ils n'y parviennent pas, le partage sera nécessairement rescindé. A moins qu'un seul ou quelques-uns des défendeurs ne

consentent à payer intégralement le supplément, et alors ils n'auraient pas de recours contre les autres, car le paiement du supplément est in facultate solutionis.

Ecrit en vue des partages rescindables pour cause de lésion, l'art. 891 n'est pas applicable aux partages rescindables pour cause de dol ou de violence. Le paiement d'un supplément ne ferait pas ici disparaître le vice dont le partage est entaché. D'ailleurs l'héritier victime du dol ou de la violence n'a peut-être pas été lésé ; il se peut que son intérêt consiste uniquement à obtenir un lot mieux à sa convenance. Un nouveau partage opéré à la suite de la rescision est seul susceptible de lui donner satisfaction.

II, De la ratification des partages entachés de nullité.

795. Le partage nul, pour une des causes indiquées en cette section, n'est pas, nous l'avons déjà dit, un acte inexistant, mais seulement imparfait, vicié. Le vice dont il est atteint peut disparaître par suite d'une confirmation ou ratification émanée de celui auquel appartient l'action en nullité. Cette confirmation ou ratification, qui n'est pas autre chose qu'une renonciation au droit d'exercer l'action en nullité, peut être expresse ou tacite.

796. A. Confirmation ou ratification expresse. Elle doit être faite dans les formes prescrites par l'art. 1338.

Malgré les quelques dissidences qui se sont produites sur ce point, nous admettons que les partages rescindables pour cause de lésion peuvent être l'objet d'une ratification expresse, aussi bien que les partages entachés de dol ou de violence. Eadem est ratio. D'ailleurs, l'art. 1338, qui autorise la ratification expresse pour les contrats annulables ou rescindables, est conçu dans les termes les plus généraux. Adde arg. art. 1676.

797. B. Confirmation ou ratification tacite. Elle peut résulter :

a. De l'expiration du délai de dix ans à dater du jour où l'action en nullité a pu être exercée. Arg. art. 1304. Le cohéritier, qui reste dans l'inaction pendant un aussi long délai, est censé avoir renoncé à son droit d'attaquer le partage, et par suite l'avoir ratifié.

b. De l'exécution volontaire du partage (art. 1338 al. 2) : par exemple si le cohéritier, auquel appartient l'action en nullité, a payé la soulte que l'acte de partage met à sa charge. Exécuter volontairement le partage, c'est l'approuver tacitement. Et toutefois l'exécution volontaire n'emporte ratification tacite qu'autant qu'elle est survenue à un moment où le cohéritier avait connaissance de la nullité dont le partage était atteint ; car il ne peut pas renoncer à une cause de nullité qu'il ignore.

Cette fin de non-recevoir s'applique à l'action en rescision pour cause de lésion, comme à l'action en nullité pour cause de dol ou de violence. Cass., 25 nov. 1908, D., 10. 1. 85. Le contraire ne peut être soutenu que par ceux qui admettent l'impossibilité d'une ratification expresse pour les partages entachés de lésion.

c. De l'aliénation, faite par le cohéritier auquel appartient l'action en nullité, de tout ou partie des objets compris dans son lot.

L'art 892 dit à ce sujet : « Le cohéritier qui a aliéné son lot en

» tout ou en partie, n'est plus recevable à intenter l'action en rescision

» pour dol ou violence, si l'aliénation qu'il a faite est postérieure

» à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence ».

On a donné une fausse explication de ce texte, en disant que l'aliénation, faite dans les conditions qu'il détermine, constitue une exécution volontaire du partage. Un cohéritier exécute volontairement le partage en remplissant les obligations qu'il lui impose, par exemple en payant la soulte dont il a été chargé, mais non en aliénant

les objets mis dans son lot. D'ailleurs, si l'aliénation dont parle l'art. 892 constituait une exécution volontaire du partage, sa disposition serait inutile en présence de l'art. 1338. Nous avons ici un cas particulier de ratification tacite, tout différent de l'exécution volontaire, que le législateur établit contrairement aux règles du droit commun. Le cohéritier, qui aliène tout ou partie des biens compris dans son lot, après la cessation de la violence ou la découverte du dol, se comporte comme propriétaire incommutable ; il ratifie donc le partage qui est son titre de propriété.

Ainsi qu'on vient de le voir, l'art. 892 déroge au droit commun. La fin de non-recevoir qu'il établit ne devrait pas être étendue à l'action en rescision pour cause de lésion ; car la loi ne parle que de l'action en rescision pour dol ou violence. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. D'ailleurs on s'explique à merveille que l'hypothèse de la lésion ait été exclue. C'est peut-être un pressant besoin d'argent qui a forcé le cohéritier victime de la lésion à accepter un lot d'une valeur inférieure à celui des autres ; il l'a accepté pour en finir plus promptement ; ce même besoin d'argent l'aura forcé à vendre les biens compris dans son lot, et par conséquent l'aliénation qu'il a faite n'implique pas nécessairement ratification du partage. La question toutefois est controversée.

D'autre part, les motifs sur lesquels est fondée notre disposition commandent d'en restreindre l'application au cas d'aliénation volontaire. Comment pourrait-on voir une ratification tacite du partage dans l'expropriation forcée que subirait l'héritier auquel appartient l'action en nullité ?

III. Effets de la rescision prononcée.

798. La rescision une fois prononcée remet en principe toutes choses au même état que si le partage annulé n'avait jamais existé. Cette règle reçoit son application soit entre les cohéritiers, soit à l'égard des tiers.

Entre les cohéritiers. L'indivision est donc rétablie, et un nouveau partage devient nécessaire ; c'est précisément pour l'obtenir qu'on fait rescinder le premier partage.

Le nouveau partage n'étant possible qu'avec le concours de tous les cohéritiers, il faut en conclure que l'action en rescision doit être dirigée contre eux tous. En effet, si un seul d'entre eux n'était pas partie à l'instance en rescision, le jugement qui rescinderait le partage n'aurait pas par rapport à lui l'autorité de la chose jugée (arg. art. 1351) ; légalement le premier partage ne serait pas rescindé à son égard, et on ne pourrait pas le forcer à concourir au nouveau.

A l'égard des tiers. D'où il résulte que les aliénations et les droits réels, consentis par un héritier sur un immeuble mis dans son lot, s'évanouissent, si, par le résultat du nouveau partage, cet immeuble tombe dans le lot d'un autre héritier. Arg. art. 883, 1183, 1681, 2125.

TITRE XIX

(TITRE II du Code civil)

Des donations entre vifs et des testaments.

799. Ce titre traite des modes de disposer à titre gratuit. On les désigne sous le nom générique de donations.

Les sources principales, auxquelles le législateur a puisé pour organiser dans notre droit actuel la matière des donations entre vifs et testamentaires, sont l'ordonnance de 1731 sur les donations et l'ordonnance de 1735 sur les testaments, dont les dispositions ont été complétées sur certains points et modifiées sur d'autres par des emprunts faits au droit romain et à notre ancien droit français. En cas de collision entre ces deux législations, c'est en général à la dernière que la préférence a été accordée.

800 Trois intérêts différents devaient en cette matière éveiller la sollicitude du législateur, savoir : l'intérêt du donateur, celui de sa famille et celui de la société.

a. L'intérêt du donateur, qui se dépouille gratuitement, sans compensation. Il importait de le prémunir contre des libéralités trop peu réfléchies, qu'il regrettera peut-être amèrement plus tard. Loysel n'a pas dit sans raison (Instit. cout., n. 668) :

Qui le sien donne avant mourir
Bientôt s'apprête à moult souffrir.

C'est à cet ordre d'idées que se rattachent, en partie au moins, les règles sur les formes solennelles des donations, et celles relatives à la capacité de disposer et de recevoir.

b. L'intérêt des parents du disposant, qui sont dépouillés par la donation. Les règles sur les formes solennelles de la donation leur offrent certaines garanties contre les libéralités qui seraient le résultat d'une amitié capricieuse ou d'un mécontentement passager du donateur. A un autre point de vue, les règles relatives à la réserve et à la quotité disponible assurent à certains parents très proches du disposant, qu'on appelle héritiers réservataires, une partie de son patrimoine, qui ne peut leur être enlevée par des dispositions à titre gratuit.

c. Enfin l'intérêt de la société, à laquelle il importe que les biens ne soient pas détournés de leur destination naturelle, qui est de revenir après notre mort à nos plus proches parents.

Et toutefois il est douteux que le triple intérêt dont le législateur s'est fait ici l'organe justifie d'une manière suffisante les entraves qu'il a apportées à la donation. Il est vrai que ces entraves ne troublent guère le monde économique au fonctionnement duquel la donation n'est pas nécessaire : les mêmes entraves apportées à l'échange (nous prenons ici ce mot dans son sens économique, comme désignant tous les contrats à titre onéreux) eussent entraîné des résultats désastreux.

CHAPITRE PREMIER

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

801. Il n'y a plus dans notre droit que deux modes de disposer à titre gratuit, savoir la donation entre vifs et le testament. C'est ce qui résulte de l'art. 893, ainsi conçu :

« On ne pourra disposer

» de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par

» testament, dans les formes ci-après établies ».

Ce texte, ainsi que l'a expliqué le tribun Jaubert, proscriit implicitement un troisième mode de disposer à titre gratuit, que la législation romaine avait transmis à nos pays de droit écrit, où il était d'un usage assez fréquent, et qui tenait à la fois de la donation entre vifs et de la donation testamentaire : c'est la donation à cause de mort, mortis causa donatio.

Voici quels étaient les principaux caractères de ce mode de disposer.

La donation à cause de mort était un contrat ; par conséquent elle ne devenait parfaite que par l'acceptation du donataire ; à ce point de vue elle ressemblait à la donation entre vifs. Elle était ordinairement faite en vue d'un danger de mort plus ou moins imminent, auquel le donateur se voyait exposé, par exemple à la veille d'un combat ou pendant le cours d'une maladie, et elle était résolue de plein droit si le donateur échappait à ce danger. De plus, elle était révocable ad nutum par le donateur, et devenait caduque par le prédécès du donataire : ce qui la rapprochait des donations testamentaires (Inst. Justin., liv. II, tit. VII, § 1). La donation à cause de mort pouvait offrir

deux variantes, suivant qu'elle était faite sous la condition suspensive de la survie du donataire ou sous la condition résolutoire de son prédécès. Dans le premier cas, le donataire n'acquerrait qu'un droit éventuel ; dans le deuxième, il acquerrait un droit actuel, mais résoluble. Les donations à cause de mort suscitaient dans la pratique des difficultés assez graves, à raison surtout de leur couleur indécise, et c'est probablement pour ce motif que notre législateur les a abolies.

Serait donc nulle toute disposition qui réunirait les caractères de l'ancienne donation à cause de mort (Cass., 8 nov. 1886, D., 87. 1. 487, S., 87. 1. 33 et la note, et 14 mai 1900, S., 05.1. 438. Adde Lyon, 5 janv. 1891, D., 92. 2. 509). Cependant notre code autorise exceptionnellement certaines dispositions qui ont une grande analogie avec cette institution : ce sont les donations de biens à venir faites par contrat de mariage (art. 1082 et s.) et la donation entre époux. La première diffère de la donation à cause de mort, en ce qu'elle est irrévocable, au moins en ce sens que le donateur ne peut plus faire de dispositions à titre gratuit au préjudice du donataire (art. 1083) ; la deuxième, en ce qu'elle n'est pas caduque par le prédécès du donataire (art. 1096).

I. Notions générales sur la donation entre vifs.

802. La donation entre vifs, inter vivos, est ainsi nommée, parce que vivens viventi donat, à la différence de la donation testamentaire, qui, étant faite pour le temps où le disposant n'existera plus, doit être considérée comme l'expression de sa dernière volonté, et se trouve être ainsi l'œuvre d'un mort ou tout au moins d'un mourant.

L'art. 894 contient une définition de la donation entre vifs : « La

» donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se

dépouille

» actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du

» donataire qui l'accepte ».

803. La donation entre vifs est un acte, dit notre article. Il eût mieux valu dire : un contrat ; car elle suppose nécessairement le concours des volontés du donateur et du donataire, et la définition que l'art. 1101 donne du contrat en général lui convient parfaitement.

Le mot contrat figurait dans la rédaction primitive de l'art. 894. Au conseil d'Etat, le premier consul critiqua cette expression, en faisant observer : « que le contrat impose des obligations mutuelles aux contractants, et qu'ainsi cette expression ne pouvait convenir à la donation ». — Il est bien vrai que, dans la donation, l'une des parties, le donateur, s'engage seule envers l'autre ; le donataire, lui, ne s'oblige pas. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que la donation est un contrat unilatéral (art. 1103). L'observation du premier consul portait donc à faux, et l'on a eu tort d'y donner suite, en remplaçant le mot contrat par le mot acte.

Dans notre droit les contrats sont en règle générale consensuels, c'est à-dire que le consentement des parties suffit à leur perfection. Par exception, certains contrats sont soumis à des formes particulières, prescrites à peine de nullité et même à peine d'inexistence du contrat : on les appelle solennels. La donation entre vifs est de ce nombre ; nous en avons dit plus haut les motifs.

Enfin la donation est un contrat de bienfaisance. Le donateur procure en effet au donataire un avantage gratuit, puisqu'il ne reçoit pas la contre-valeur de ce qu'il donne (art. 1105).

Toutefois il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait donation, que l'avantage procuré par le donateur au donataire soit purement gratuit. Le donataire peut en effet se soumettre à certaines charges, que le donateur lui impose à son profil,

comme condition de la donation. Il y aura alors *negotium mixtum cum donatione* : ce qui n'empêchera pas le contrat d'être une donation. A moins cependant que les charges ne soient l'équivalent exact du profit que le donataire retire de la donation : auquel cas le contrat serait à titre onéreux, malgré le nom que lui auraient donné les parties. Cpr. Cass., 21 déc. 1887, S., 88. 1. 412 ; Toulouse, 8 mars 1909, S., 09. 2. 101 ; Cass., 3 mai 1909, S., 10. 1. 337, 12 mai 1909, D., 10. 1. 291, et 8 nov. 1911, D., 12. 1. 289.

804. Par la donation le donateur s'appauvrit pour enrichir le donataire. Cette idée, que le donateur s'appauvrit, est exprimée dans l'art. 894 par les mots *se dépouille* ; et celle autre, que le donataire s'enrichit, par ceux-ci : « en faveur du donataire ». La donation se distingue par là des autres contrats de bienfaisance, tels que le prêt à usage : le prêteur ne se dépouille pas, puisqu'il a droit à la restitution de la chose, et par suite l'emprunteur ne s'enrichit pas. Il en est de même dans le dépôt.

Le projet de l'art. 894 portait : « se dépouille de la propriété de la chose donnée... » ; les mots de la propriété, qui semblaient exclure la donation portant sur un usufruit, ont été supprimés avec raison dans la rédaction définitive.

L'appauvrissement subi par le donateur au profit du donataire doit être volontaire. Il faut qu'il y ait de la part du donateur *animus donandi*. Autrement, on serait en présence d'un acte juridique autre que la donation. Cpr. Trib. civ. de la Seine, 16 nov. 1906, S., 09. 2. 31, et de Toulouse, 26 mai 1908, S., 09. 2. 125.

805. Le donateur, dit l'art. 894, « se dépouille actuellement et irrévocablement ».

a. — Il se dépouille actuellement : ce qui ne signifie pas, comme on pourrait le croire au premier abord, que le donateur doit se dessaisir immédiatement de la possession de la chose donnée, en livrant cette chose au donataire, mais bien que la donation doit conférer immédiatement un droit au donataire sur la chose donnée, à l'inverse de la

donation testamentaire qui ne confère au légataire qu'une simple espérance, au moins pendant la vie du testateur.

Au surplus, le droit, que la donation confère au donataire, peut être pur et simple, à terme ou conditionnel.

Pur et simple, quand il n'est affecté d'aucune modalité. L'exécution doit alors avoir lieu immédiatement.

A terme, quand un délai a été fixé par le contrat pour l'exécution de la donation. Le droit existe alors immédiatement ; seulement, l'exécution en est différée jusqu'à l'échéance du terme fixé.

Rien ne s'oppose même à ce que la convention des parties renvoie l'exécution de la donation à l'époque du décès du donateur. La donation sera alors affectée d'un terme incertain, et voilà tout.

Conditionnel, quand la donation a été faite sous condition. La condition peut être, suivant les règles du droit commun, suspensive ou résolutoire. Dans l'un et l'autre cas, le donataire acquiert immédiatement un droit, mais un droit dont l'existence ou la résolution est subordonnée à la réalisation de la condition.

b. — Le donateur se dépouille irrévocablement, c'est-à-dire qu'une fois la donation parfaite, il ne peut plus, par un acte dépendant de sa volonté, en retirer le bénéfice au donataire : il ne peut plus reprendre ce qu'il a donné. Ce principe est tellement essentiel, que si le donateur s'était réservé par une clause particulière le droit de révoquer la donation, d'une manière directe ou indirecte, la donation serait nulle (art. 943 et s.).

La règle, que le dépouillement du donateur doit être actuel et irrévocable, avait reçu dans notre ancien droit coutumier une formule qui est demeurée célèbre : Donner et retenir ne vaut. Il n'est pas bien facile de dire quel est le fondement de cette règle. Peut-être a-t-elle été introduite, comme le dit Eusèbe de Laurière, « en faveur des donateurs, afin que, connaissant la perte qu'ils vont faire, ils soient moins faciles à se dépouiller ». Peut-être aussi

est-elle due à la défaveur avec laquelle les donations étaient vues dans notre ancien droit coutumier, qui attachait une extrême importance à un principe auquel la donation porte atteinte, celui de la conservation des biens dans les familles. On autorisait la donation entre vifs, parce qu'on ne pouvait pas la défendre ; mais on l'autorisait à regret, et on cherchait à l'entraver le plus possible ; or, le principe de l'irrévocabilité était une entrave : beaucoup aimait mieux ne pas se dépouiller du tout que se dépouiller irrévocablement. A ces motifs, qui ne subsistent plus aujourd'hui qu'en partie, on peut ajouter que la faculté de révocation accordée au donateur aurait eu l'inconvénient grave de retirer en fait les biens donnés de la circulation : qui donc aurait consenti à s'en rendre acquéreur à titre onéreux, avec la crainte de voir l'aliénation résolue à la suite d'une révocation opérée par le donateur ? Et puis une donation révocable placerait le donataire dans une sorte de sujétion à l'égard du donateur, et la dignité personnelle du donataire en pourrait être compromise.

Quoi qu'il en soit, la règle Donner et retenir ne vaut a passé dans notre droit moderne. Les art. 943 à 946 en contiennent plusieurs applications qui seront étudiées en leur temps.

806. Enfin la donation entre vifs doit être acceptée par le donataire. Il existe sur ce point un léger vice de rédaction dans l'art. 894, qui semble dire que l'acceptation du donataire doit porter sur la chose donnée ; il eût été plus exact de dire que le donataire doit accepter la donation, c'est-à-dire l'offre qui lui est faite par le donateur. Comme on le verra plus loin, l'acceptation du donataire doit être expresse ; la loi n'admet pas d'acceptation tacite. De plus, l'acceptation est soumise à certaines formes prescrites à peine de nullité. Du moment qu'on faisait de la donation un contrat solennel, il fallait bien astreindre à des formes spéciales les deux termes dont elle se compose, c'est-à-dire la proposition du donateur et l'acceptation du donataire.

II. Notions générales sur le testament.

807. Définition. — « Le testament est un acte par lequel le testateur

» dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie

» de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895).

Celui qui fait le testament s'appelle le testateur ; celui qui est gratifié par le testament s'appelle le légataire ; enfin les donations contenues dans le testament sont désignées sous le nom de legs.

Le testament, dit notre article, est un acte. Cette expression, que nous venons de critiquer dans l'art. 894, est ici parfaitement exacte. Le testament en effet est l'œuvre de la seule volonté du testateur.

Le testament est un acte de disposition à titre gratuit ; l'art. 895 ne le dit pas, par cette excellente raison que l'art. 893 l'a déjà dit.

Le testament est de plus un acte solennel. Serait donc frappé de nullité, ou mieux inexistant, le testament qui ne satisferait pas aux prescriptions de la loi en ce qui concerne la forme (art. 893 et 1001). Il en serait ainsi notamment du testament nuncupatif ou verbal, alors même que les héritiers présomptifs du testateur, présents au moment où celui-ci a manifesté de vive voix ses dernières volontés, lui auraient fait la promesse de les exécuter.

Par le testament, le testateur dispose pour le temps où il n'existera plus. Le testament n'est qu'un projet pendant toute la vie de son auteur, projet qu'il a le droit de modifier ou de détruire à son gré, mais dans lequel il est réputé persévérer tant qu'il ne manifeste pas une volonté contraire. En mettant le sceau au testament, la mort du testateur transforme le projet en une disposition. Le testament se trouve ainsi n'être que l'expression de la dernière volonté du défunt, volonté que par prudence il a

exprimée à l'avance dans la crainte d'être surpris par la mort ou de ne plus jouir de toutes ses facultés intellectuelles dans ses derniers moments ; aussi appelle-t-on quelquefois le testament un acte de dernière volonté. De là il résulte que le testament peut s'appliquer à des biens qui n'appartiennent pas encore au testateur au moment où il dispose, mais qui lui surviendront plus tard ; en d'autres termes, on peut disposer par testament de ses biens à venir. La donation entre vifs, au contraire, ne peut pas comprendre les biens à venir du disposant (art. 943).

Par le testament, le testateur dispose de ses biens. Un acte qui ne contiendrait aucune disposition de biens ne serait pas un testament, alors même qu'il serait revêtu des formes légales des testaments ; tel serait l'acte qui ne contiendrait que des dispositions relatives à la sépulture du défunt (infra, n. 1139). Mais il n'est pas nécessaire que le testateur dispose de la totalité de ses biens ; la loi dit : de tout ou partie ; et le mot partie doit être considéré comme désignant, non seulement une partie aliquote, une fraction du patrimoine, mais encore les divers biens considérés à titre particulier.

Par où l'on voit que la règle romaine *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest*, en vertu de laquelle le testament devait nécessairement embrasser tous les biens du disposant, n'a plus d'application chez nous.

Enfin le testament est révocable (art. 895). Le droit de révocation est absolu ; le testateur peut en user aussi souvent qu'il le juge à propos, et sans devoir aucun compte des motifs qui le font agir. La loi a toutefois réglé les formes de la révocation (art. 1035 et s.) ; comme celles du testament, elles sont prescrites à peine de nullité. La faculté de révocation est essentielle en matière de testament. Serait donc nulle toute clause par laquelle le testateur s'interdirait cette faculté, ou qui en gênerait arbitrairement l'exercice, par exemple la clause que l'on

appelait autrefois déroatoire ou révocatoire (infra, n. 1104).

III. Comparaison de la donation entre vifs et du testament.

808. Il nous est facile à présent de signaler les ressemblances et les différences qui existent entre la donation et le testament.

Ces deux modes de disposer sont à titre gratuit ; ils sont soumis l'un et l'autre à des formes solennelles. Voilà les ressemblances. Nous en signalerons tout à l'heure une autre, qui résulte de l'art. 900.

Voici maintenant les différences :

1° La donation est un contrai, le testament, un acte ;

2° Dans la donation le donateur se dépouille actuellement ; dans le testament il ne dispose que pour le temps qui suivra sa mort. Aussi la donation ne doit-elle comprendre que des biens présents, tandis que le testament peut comprendre aussi des biens à venir ;

3° La donation entre vifs est irrévocable ; le testament est révocable.

Le droit romain admettait une autre différence, qui n'existe plus aujourd'hui, entre la donation entre vifs et le testament. La donation entre vifs, faite sous une condition impossible ou illicite, était nulle ; elle demeurait soumise à cet égard aux règles du droit commun, qui gouvernent les contrats en général : tout était annulé, la condition et le contrat. On suivait une règle contraire en ce qui concerne les testaments, qui, on le sait, jouissaient à Rome d'une faveur particulière : les conditions impossibles ou illicites, insérées dans un testament, étaient réputées non écrites, *pro non scriptis habentur* ; par suite la disposition testamentaire subordonnée à une pareille condition était

considérée comme pure et simple ; on annulait la condition, mais on maintenait la disposition. Ainsi, en droit romain, tandis que les conditions impossibles ou illicites insérées dans une donation entre vifs viciantur et viciant, ces mêmes conditions insérées dans un testament viciantur et non viciant.

Quels étaient les motifs de cette différence ? Il est assez difficile de le dire. Rationnellement, tout acte juridique, à titre gratuit ou à titre onéreux, devrait être déclaré nul, quand il a été subordonné à la réalisation d'une condition impossible ou illicite. Car l'efficacité d'un acte juridique fait sous une condition dépend de la réalisation de cette condition, et il est certain que la condition ne pourra pas se réaliser, si elle est impossible, ou ne pourra pas se réaliser efficacement, si elle est illicite, c'est-à-dire si elle est contraire à une règle de morale ou à une loi d'ordre public.

Le droit romain, nous venons de le dire, fit l'application de cette règle aux donations entre vifs ; mais il y dérogea pour les testaments : les conditions impossibles ou illicites insérées dans un testament étaient réputées non écrites. La faveur dont les testaments jouissaient à Rome paraît avoir été la principale, sinon l'unique cause de cette dérogation. Ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, c'est qu'il y avait désaccord à ce sujet entre les deux écoles de jurisconsultes. Les Proculiens pensaient que l'effet des conditions impossibles ou illicites devait être le même dans les testaments et dans les contrats, que par suite les dispositions testamentaires faites sous des conditions impossibles ou illicites devaient être déclarées nulles. L'opinion contraire des Sabinien, qui considéraient la condition impossible ou illicite comme non écrite dans les testaments, prévalut ; mais Gaius, qui était Sabinien, déclare lui-même qu'il ne voit pas bien les raisons de cette différence, et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest (G., Inst., comm. III, § 98). M. de Savigny pense que l'exception s'est fait jour d'abord en ce qui concerne les

conditions illicites, et qu'elle a été ensuite étendue aux conditions impossibles.

809. Les testaments ne jouissant plus chez nous de la même faveur qu'à Rome, il semble que notre législateur aurait dû supprimer une exception que cette faveur avait fait introduire. Tout au contraire, il l'a conservée et même aggravée en l'étendant aux donations entre vifs ; c'est ce qui résulte de l'art. 900, ainsi conçu :

« Dans toute disposition entre vifs on testamentaire, les conditions

» impossibles, celles qui seront contraires aux lois et aux mœurs,

» seront réputées non écrites ».

Notre législateur assimile donc la donation entre vifs au testament quant à l'effet des conditions impossibles ou illicites qui y seraient insérées : dans la donation comme dans le testament, ces conditions sont réputées non écrites ⁸⁶. L'art. 1172 établit, en ce qui concerne les contrats autres que la donation, une règle opposée : « Toute condition d'une chose impossible ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend ». Ainsi l'art. 1172 applique aux contrats en général cette règle, dictée par la raison, qu'un acte juridique, subordonné à une condition impossible ou illicite, doit être considéré comme nul. L'art. 900 déroge à cette même règle en faveur des dispositions à titre gratuit, testaments ou donations : ce qui non seulement ne satisfait guère la raison juridique, mais en outre contraste avec les nombreuses dispositions du code civil qui témoignent de la défaveur marquée avec laquelle notre législateur accueille les dispositions à titre gratuit.

Tout ce que l'on peut dire pour justifier cette différence, c'est que, dans les contrats à titre onéreux, la responsabilité de l'insertion d'une condition illicite incombe aux deux parties contractantes, puisqu'elle est le résultat

de leur commune volonté ; il paraît donc naturel de leur infliger à l'une et à l'autre la nullité du contrat à titre de peine. Tandis que, dans les dispositions à titre gratuit, l'insertion d'une condition impossible ou illicite semble ne pouvoir être imputée qu'au disposant : le légataire y demeure tout à fait étranger, puisque le testament n'est pas son œuvre ; et, quant au donataire, quoiqu'il participe à la donation, on peut dire qu'il n'y joue qu'un rôle purement passif, et qu'il subit, plutôt qu'il n'accepte, une condition dictée par le donateur, comme toutes les autres clauses du contrat. Cela étant, il a pu paraître injuste de faire subir au donataire ou au légataire, en annulant la disposition, les conséquences d'une condition qui ne lui est pas imputable. D'un autre côté, si l'on avait appliqué aux dispositions à titre gratuit la règle de l'art. 1172, le donataire ou le légataire aurait peut-être été tenté d'accomplir la condition illicite qui lui a été imposée, dans l'espoir que le donateur, satisfait de cette exécution, ne demanderait pas la nullité de la donation, ou que l'héritier du testateur, complice de celui-ci, ne se prévaudrait pas de la nullité du legs. En annulant la condition sans annuler la donation, la loi, qui tient à ce que la condition ne soit pas accomplie en fait, enlève au donataire l'intérêt qu'il pouvait avoir à son accomplissement. On objectera sans doute, que le donateur ou le testateur, qui donne ou lègue sous une condition impossible ou illicite, n'a pas voulu en réalité donner ou léguer. Mais on peut répondre que le but principal du donateur ou du testateur a été de faire une libéralité, et que, s'il avait fallu choisir entre le sacrifice de la condition et celui de la libéralité, le disposant aurait probablement sacrifié plutôt la condition ; qu'en tout cas l'insertion de cette condition peut avoir été le résultat d'une erreur de sa part.

Aussi déciderions-nous que la disposition devrait être considérée comme nulle, si le donateur ou le testateur avait manifesté formellement la volonté d'en subordonner

l'efficacité à l'accomplissement de la condition, de telle sorte qu'il apparût clairement que, dans sa pensée, la condition était la partie principale de la disposition, et la donation la partie accessoire ; et toutefois il ne suffirait peut-être pas pour cela que le disposant eût déclaré la condition expresse et de rigueur. En un mot l'art. 900 nous apparaît comme un texte interprétatif de la volonté du donateur ou du testateur. Dans le doute on supposera que, s'il eût été forcé d'opter entre le maintien de la donation et celui de la condition, il aurait opté pour le maintien de la donation. Mais il n'y a plus à interpréter la volonté du disposant lorsqu'il a expliqué clairement qu'il tenait plus à la condition qu'à la donation, et que par suite la donation ne produirait pas d'effet si la condition n'était pas remplie. Dans ce cas l'art. 900 ne recevra pas son application ; la nullité de la condition entraînera celle de la donation.

Ce système, qui réunit de nombreux suffrages dans la doctrine, a soulevé quelques protestations. Les dissidents disent : fils des lois de la Révolution, l'art. 900 du code civil est conçu dans le même esprit. Ce qu'a voulu le code civil, comme la loi du 12 septembre 1791, c'est briser les volontés hostiles à la loi, substituer la volonté du législateur à celle de l'auteur de la disposition entachée d'une condition illicite. Le disposant s'est insurgé contre la loi, il doit être puni de sa rébellion. La peine consistera dans le maintien de la libéralité sans la condition à laquelle il l'a subordonnée. Il importera peu que le disposant ait protesté contre ce résultat, qu'il ait expressément subordonné le maintien de la libéralité à l'accomplissement de la condition, contrairement à la volonté du législateur ; il mérite d'autant plus d'être puni qu'il a plus énergiquement affirmé sa volonté de ne pas respecter la loi. D'ailleurs, l'art. 900 est conçu dans des termes impératifs, et il ne fait aucune distinction.

Nous répondons qu'en assimilant les conditions impossibles aux conditions illicites, et en établissant une

différence entre les contrats à titre onéreux et les dispositions à titre gratuit, au point de vue de l'effet de la condition impossible ou illicite (art. 1172), le législateur du code civil a bien prouvé que ses vues étaient toutes différentes de celles du législateur de la Révolution, dont il s'est séparé sur ces deux points essentiels. D'ailleurs l'œuvre du législateur de 1804 est une œuvre de conciliation, et non une œuvre de réaction violente, comme celle du législateur de la période intermédiaire.

La jurisprudence a une autre manière d'interpréter l'art. 900. En principe elle ne tient aucun compte de la volonté, que le disposant a manifestée, de subordonner l'effet de la disposition à l'accomplissement de la condition. Elle ne se départit de cette rigueur que lorsque la condition illicite est reconnue, en fait, avoir été la cause impulsive et déterminante de la disposition ⁸⁷, l'absence d'une cause licite ôtant alors tout effet à l'obligation, conformément à l'art. 1131 du code civil. La donation est alors considérée comme non avenue ⁸⁸. Il y a en ce sens de très nombreux arrêts, soit de la cour de cassation, soit des cours d'appel. V. les arrêts cités dans les deux notes qui précèdent. Adde Lyon, 28 juil. 1904, D., 08. 2. 30 ; Cass., 23 janv. 1906, D., 07. 1. 30, S., 11. 1. 301, et Douai, 22 juil. 1907, D., 07. 2. 344. Nous avons vu (t. II, n. 70 et 77 bis) qu'une donation ne peut avoir d'autre cause que la pensée de gratifier le donataire, une pensée de libéralité par conséquent ; d'où il suit qu'une donation ne peut jamais avoir une cause illicite. Nous ne saurions donc adhérer, au moins dans les termes, à cette jurisprudence ; car au fond elle diffère peut-être moins qu'on ne pourrait le croire de celle que nous avons adoptée. Lorsque, comme le dit la cour de cassation, la condition illicite a été la cause déterminante de la disposition, le disposant a considéré le fait illicite dont il a imposé l'accomplissement au donataire, comme constituant pour lui l'équivalent du bien dont il disposait. Il y a donc

contrat à titre onéreux, mal qualifié donation, et tout est nul, aux termes de l'art. 1172, la prétendue donation et la condition.

810. Les conditions que notre article répute non écrites dans les donations ou les testaments, sont : 1° les conditions impossibles ; 2° les conditions contraires aux lois ou aux mœurs, qu'on peut comprendre sous la dénomination générale de conditions illicites ou contraires à l'ordre public. Un obstacle légal ou naturel s'oppose à l'accomplissement des premières, et l'accomplissement des secondes ne peut avoir lieu sans violer une règle de morale ou une loi d'ordre public.

Observons du reste que le mot conditions a dans l'art. 900 le sens le plus large. Il désigne, non seulement les conditions proprement dites, c'est-à-dire les événements futurs et incertains, auxquels serait subordonnée l'existence d'une donation, mais aussi les charges imposées au donataire ou au légataire (arg. des art. 953 et 1046).

811. 1° DES CONDITIONS IMPOSSIBLES. Les jurisconsultes romains citent exempli gratia la condition si *cœlum digito tetigeris*. Ce n'est pas vraisemblablement la pratique des affaires qui leur a suggéré cet exemple. A Rome, comme chez nous, on ne devait guère rencontrer dans les donations ou dans les testaments de conditions aussi manifestement impossibles, qui attesteront presque toujours l'insanité d'esprit du disposant et par suite son incapacité de disposer (arg. art. 901). La jurisprudence est à peu près muette sur les conditions impossibles : ce qui prouve qu'elles occupent une place fort restreinte dans le domaine des faits (v. cep. Cass., 19 janv. 1886, S., 89. 1. 212, et 7 juin 1901, D., 02. 1. 105) ; aussi n'y insisterons-nous pas. Disons seulement que, pour qu'une condition soit impossible dans le sens de l'art. 900, il faut qu'elle le soit d'une manière absolue ; il ne suffirait pas qu'elle le fût par rapport au donataire ou au légataire chargé de la remplir. Ainsi la condition de peindre un tableau ne sera pas

considérée comme impossible *hoc sensu*, parce que le donataire ou le légataire auquel cette condition est imposée, ignore les notions les plus élémentaires de l'art de la peinture.

812. 2° DES CONDITIONS ILLICITES OU CONTRAIRES A L'ORDRE PUBLIC. Cette catégorie comprend les conditions contraires aux lois et les conditions contraires aux mœurs (art. 900).

a. — Conditions contraires aux lois. Toutes les conditions contraires aux lois ne sont pas illicites, et ne doivent pas par suite être assimilées indistinctement à des conditions impossibles. Parmi les lois, il y en a auxquelles les particuliers peuvent déroger parce qu'elles sont exclusivement fondées sur l'intérêt privé ; les conditions contraires à des lois de cette nature ne seraient pas illicites. Telle serait la clause d'un testament-partage qui porterait atteinte à la disposition des art. 826 et 832, et qui, sans compromettre d'ailleurs le droit de réserve des héritiers, prononcerait une peine contre ceux qui attaqueraient l'attribution faite par le testateur ⁸⁹. Il y en a d'autres au contraire auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger, parce qu'elles touchent plus ou moins à l'intérêt général, à l'ordre public ; toute condition contraire à une loi de cette nature serait illicite, et par suite réputée non écrite, si elle se trouvait insérée dans un testament ou dans une donation. Telles seraient les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance maritale, par exemple la condition imposée à un mari de ne pas reprendre sa femme qui a quitté le domicile conjugal (art. 214), ou les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance paternelle, par exemple celle qui imposerait à un père l'obligation d'élever ses enfants dans une religion déterminée. Cpr. Paris, 1^{er} déc. 1892, D., 93. 2. 496.

b. — Quant aux conditions contraires aux mœurs, il n'est pas besoin de les définir. La plupart du temps, les conditions contraires aux mœurs sont en même temps contraires aux lois ; en tout cas, elles sont contraires à l'ordre public, donc illicites et par suite réputées non écrites dans les donations et les testaments.

813. D'après ce qui précède, on devrait considérer comme illicites : 1° la condition de ne pas se marier, et même de ne pas se remarier ; ce dernier point toutefois est beaucoup plus douteux ⁹⁰ ; 2° la condition de ne se vouer jamais à aucun état ou profession (Cass., 2 juil. 1900, S., 04. 1. 175) ; 3° la condition de ne pas aliéner la chose donnée.

La jurisprudence, qui accepte en principe cette dernière décision, y apporte un certain nombre de restrictions. C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de la cour de cassation du 12 juillet 1865 que : « si la prohibition absolue d'aliéner, contenue dans une donation ou un testament, est nulle comme contraire à l'intérêt public de la libre circulation des biens, il en est autrement de la prohibition temporaire qui est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime soit du donateur [soit du donataire], soit des tiers ». La même formule se retrouve dans un très grand nombre de décisions postérieures ⁹¹. Et la question de savoir si la clause d'inaliénabilité est justifiée par un intérêt légitime est une question de fait dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond.

* Que dire des donations faites à des communes pour la fondation d'écoles, sous la condition que l'enseignement y sera donné par des congréganistes ? Cette condition est certainement illicite depuis la loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire, qui, en laïcisant le personnel de l'enseignement dans les écoles communales (art. 17), interdit aux communes d'entretenir et de subventionner une école congréganiste ⁹². L'était-elle

auparavant ? Nous ne le pensons pas, bien que la jurisprudence de la cour de cassation fût en sens contraire. Cass., 3 nov. 1886, D., 87. 1. 157, et 20 nov. 1905, S., 06 1. 171. Quoi qu'il en soit, un grand nombre de communes avaient été autorisées à accepter des donations subordonnées à une pareille condition, et, jusqu'à la promulgation de la loi du 30 octobre 1886, ces communes avaient pu fidèlement remplir la condition. Elles ont cessé de le pouvoir à dater de cette époque, la condition étant devenue illicite. Cela posé, quel était le droit du donateur ou de ses ayant-cause ? Pouvaient-ils demander la révocation de la donation pour inexécution de la condition ? Le législateur de 1886 semble avoir admis que celle question devait être résolue d'après les règles du droit commun, mais la discussion à laquelle la loi a donné lieu paraît témoigner qu'on n'était pas bien fixé sur le point de savoir si le droit commun accordait en pareil cas l'action en révocation ou même une action quelconque au donateur. Les uns disaient oui, sans apporter aucune preuve à l'appui de leur affirmation. Les partisans de la négative invoquaient ce principe que nul ne répond des cas fortuits, et que par conséquent une commune ne pouvait pas être rendue responsable de l'inexécution de la condition apposée par le donateur à la donation, lorsque cette inexécution était, comme dans l'espèce, le résultat du fait du prince, qui est un cas fortuit d'une nature particulière ⁹³. Peut-être avait-on raison et tort des deux côtés à la fois. La convention peut certainement rendre le donataire responsable de l'inexécution de la condition même quand l'inexécution résulte d'un cas fortuit (arg. art. 1302). Il s'agit de savoir si telle a été la volonté des parties. Question de fait, à résoudre par le juge. Quoi qu'il en soit, il importait de ne pas laisser pendant un temps indéfini les droits des communes dans l'incertitude ; aussi le législateur de 1886 a-t-il limité à un temps assez court

toute réclamation du donateur ou de ses ayant-cause. L'art. 19 de la loi précitée dispose à ce sujet : « Toute action, à raison des donations et legs faits aux communes antérieurement à la présente loi, à la charge d'établir des écoles ou salles d'asile dirigées par les congréganistes ou ayant un caractère confessionnel, sera déclarée non recevable, si elle n'est pas intentée dans les deux ans qui suivront le jour où l'arrêté de laïcisation ou de suppression de l'école aura été inséré au Journal officiel ». Après l'expiration de ce délai, il y a pour le donateur ou ses ayant-cause déchéance du droit d'agir en révocation. Cpr. Cass., 17 janv. 1910, D., 11. 1. 373, S., 10, 1. 355.

* En tenant pour accordé, ce qui nous paraît très contestable, que la condition, imposée par un donateur à la fondation d'une école communale, de soumettre cette école à la direction de congréganistes, fût illicite avant la loi du 30 octobre 1886, ainsi que le jugeait la cour de cassation, l'art. 19 précité consacre législativement l'interprétation que la cour de cassation donne à l'art. 900, au moins en ce sens que la condition illicite ne doit pas nécessairement et toujours être réputée non écrite dans une donation, et sauf à savoir dans quels cas la condition annulera la donation. En effet l'existence de l'action en révocation, pour laquelle l'art. 19 accorde deux années, ne se concevrait pas, si la condition illicite devait toujours être réputée non écrite dans la donation qui a été soumise à cette condition.

* 814. Les conditions impossibles ou illicites étant réputées non écrites dans les donations (art. 900), tandis qu'elles annulent les contrats à titre onéreux qui ont été subordonnés à leur réalisation (art. 1172), il en résulte qu'il y a le plus grand intérêt à savoir si un acte, qui contient une condition impossible ou illicite, doit être considéré comme une donation, et soumis à ce titre à l'art. 900, ou comme un contrat à titre onéreux, soumis à l'application de l'art. 1172. La question ne devra pas toujours être résolue en con-suivant le nom que les parties ont donné à l'acte, ni

même les formes dont il est revêtu. Il faut aller au fond des choses, et rechercher quelle a été la véritable intention des parties, conformément à la règle *Contractus non ex nomine, sed ex re, legem accipiunt*. Le disposant a-t-il eu pour but principal de gratifier le donataire ? Il y aura donation, et on appliquera l'art. 900. Est-il démontré au contraire que la prétendue libéralité, faite par l'une des parties à l'autre, n'est que le prix de l'exécution de la condition illicite imposée par l'acte au prétendu donataire, de sorte qu'il y a eu en réalité un marché honteux entre les deux parties, l'une s'engageant envers l'autre à accomplir un acte immoral et celle-ci promettant pour cela un certain prix ? Il y aura contrat à titre onéreux : ce qui amènera l'application de l'art. 1172. C'est ainsi que la soi-disant donation faite à un homme marié, sous la condition qu'il ne forcera pas sa femme qui a déserté le domicile conjugal à le réintégrer, pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme un contrat intéressé de part et d'autre, nul par conséquent d'après l'art. 1172, s'il était démontré que le prétendu donateur entretient avec la femme du prétendu donataire des relations illicites. et que l'avantage conféré au mari n'est que le prix de son consentement à ces relations et de la promesse qu'il fait de garder le silence.

815. Notons en terminant que la règle de l'art. 900 comporte deux exceptions en ce qui concerne les conditions contraires aux lois.

La première est écrite dans l'art 896. La condition ou charge, imposée au donataire ou au légataire, de conserver pendant toute sa vie les biens donnés ou légués et de les rendre à sa mort à un tiers, est nulle comme contraire à la loi, et entraîne la nullité de la donation ou du legs.

La deuxième exception résulte des art. 943 à 946. D'après ces articles, les conditions, qui auraient pour effet de rendre une donation entre vifs révocable, annulent la donation.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE VIFS OU PAR TESTAMENT

816. Aux termes de l'art. 902 : « Toutes personnes peuvent dis

»poser et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament,

» excepté celles que la loi en déclare incapables ».

La capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit est donc la règle générale, l'incapacité l'exception. Une personne est capable de disposer ou de recevoir à titre gratuit, par cela seul qu'elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. *Infra*, n. 858.

817. L'incapacité de disposer ne doit pas être confondue avec l'indisponibilité. L'incapacité de disposer affecte la personne même du disposant, l'indisponibilité affecte son patrimoine. En d'autres termes, l'incapacité de disposer tient à des causes personnelles à celui qui en est frappé : tantôt elle constitue pour lui une peine, comme l'incapacité des condamnés à une peine afflictive perpétuelle, tantôt une mesure de protection, comme l'incapacité des mineurs ou des interdits. indisponibilité au contraire est fondée sur des causes étrangères à la personne même du disposant ; elle a pour but de sauvegarder le droit de réserve que la loi attribue sur son patrimoine à ses plus proches héritiers (descendants [art. 913] et ascendants) [art. 914], droit qu'il ne peut pas compromettre par des dispositions à titre gratuit. Les biens d'une personne sont indisponibles dans la mesure du droit de réserve accordé à ses héritiers.

L'indisponibilité étant la sanction du droit de réserve, on conçoit que toutes les questions qui tiennent à l'indisponibilité ne peuvent être résolues qu'au décès du disposant. Tout dépend en effet de l'état de son patrimoine à ce moment suprême, et de la qualité, quelquefois aussi du nombre des héritiers qui viennent à sa succession. Il en est autrement des questions d'incapacité : quoi qu'il arrive, le disposant doit toujours être capable, au moins au moment où il dispose ; si donc il se trouve alors incapable, la libéralité est nulle, et elle demeure telle, quels que soient les événements ultérieurs. Ainsi la donation entre vifs faite par un mineur sera nulle, alors même qu'il mourrait en majorité.

818. L'incapacité soit de disposer, soit de recevoir à titre gratuit peut être absolue ou relative : absolue, quand elle existe à l'égard de tous ; relative, quand elle n'existe que par rapport à certaines personnes. Ainsi le condamné à une peine afflictive perpétuelle est frappé d'une incapacité absolue de disposer et de recevoir à titre gratuit ; il ne peut en effet disposer au profit de personne ni recevoir de personne (loi du 31 mai 1854, art. 3). Au contraire, un père est frappé d'une incapacité relative de disposer à titre gratuit à l'égard de son enfant adultérin (art. 908) ; car cette incapacité n'existe que du père à l'enfant ; en faveur de tous autres, il peut disposer suivant les termes du droit commun.

D'ailleurs toute incapacité relative de disposer à titre gratuit entraîne une incapacité corrélatrice de recevoir. Ainsi l'incapacité relative de disposer, dont le père adultérin est frappé à l'égard de son enfant, entraîne pour celui-ci une incapacité corrélatrice de recevoir de son père. Mais les incapacités soit de disposer, soit de recevoir ne sont pas nécessairement réciproques. Ainsi, de ce qu'un père ne peut pas disposer au profit de son enfant adultérin, il ne s'ensuit pas que, réciproquement, celui-ci ne puisse pas disposer au profit de son père.

Nous traiterons successivement des incapacités absolues et des incapacités relatives.

§ I. Incapacités absolues.

N° 1. Incapacités absolues de disposer.

819. Sont frappés de l'incapacité absolue de disposer à titre gratuit : 1° les personnes en état d'insanité d'esprit ; 2° les mineurs ; 3° les femmes mariées ; 4° les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

1° Personnes en état d'insanité d'esprit.

820. « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut » être sain d'esprit », dit l'art. 901.

L'incapacité de disposer à titre gratuit, dont la loi frappe les personnes qui ne sont pas saines d'esprit, est une incapacité de fait plutôt que de droit, c'est-à-dire qu'à bien prendre ce n'est pas une véritable incapacité, car il n'y a de telles que les incapacités de droit. Cette observation peut expliquer comment l'art. 901 est séparé des art. 903 et suivants consacrés aux incapacités de droit.

A la suite de la disposition qu'on vient de lire, le projet de l'art. 901 en contenait une ainsi conçue : « Ces actes ne pourront être attaqués pour cause de démence que dans les cas et de la manière prescrits par l'art. 15 au titre de la Majorité... » (aujourd'hui art. 504). Cette partie du texte a disparu de la rédaction définitive. On a conclu avec raison de sa suppression et des explications qui l'ont accompagnée, que l'art. 504 ne reçoit pas d'application aux donations entre vifs et aux testaments. Les actes de cette nature faits par une personne aujourd'hui décédée, peuvent donc être attaqués pour cause d'insanité d'esprit du

disposant, alors même que son interdiction n'aurait été ni prononcée ni provoquée pendant sa vie et que la démence ne résulterait pas de l'acte lui-même ⁹⁴. Tel est sans doute le sens de l'art. 901, qui n'a certainement pas été écrit pour nous apprendre qu'un fou ne peut pas faire une donation : c'était bien évident. Mais alors il faut convenir que le législateur a exprimé sa pensée à la manière des sybilles. — Peut-être aussi ce texte mystérieux signifie-t-il que la santé d'esprit est exigée avec plus de rigueur dans la donation entre vifs et dans le testament que dans tous les autres actes. En effet la donation et le testament dépouillent le disposant ou sa famille sans leur faire acquérir aucune compensation ; par suite, il faut, pour donner ou pour tester, dit d'Aguesseau, « une sagesse moins équivoque, une raison plus éclairée, une volonté plus ferme que pour s'obliger dans un contrat ». D'autant plus que celui qui donne et surtout celui qui teste sont souvent assiégés par l'intrigue et la cupidité.

821. Si le donateur ou le testateur était sous le coup d'une sentence d'interdiction au moment où il a disposé, la disposition serait nulle de droit, conformément à l'art. 502, sans que le demandeur eût aucune preuve à faire relativement à l'insanité d'esprit du disposant. Cpr. t. I, n. 1203.

En dehors de cette hypothèse, il appartiendrait au demandeur en nullité, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, de prouver que le disposant était atteint d'aliénation mentale au moment même de la donation ou de la confection du testament, preuve qui sera quelquefois difficile. Cass., 28 janv. 1901, D., 01. 1. 504, S., 01. 1. 205. Il ne lui suffirait pas, sauf peut-être dans le cas de l'art. 503, de démontrer que le disposant était, à l'époque de la disposition, dans un état habituel d'insanité d'esprit ; car la donation peut avoir été faite dans un

intervalle lucide. V. cep. Cass., 1^{er} mars 1904, D., 05. I. 47, S., 04. 1. 400.

D'ailleurs le juge est appréciateur souverain de la santé d'esprit du disposant. Cass., 3 nov. 1908, D., 09. 1. 141, et 2 mai 1910, S., 10. 1. 544.

822. Les art. 499 et 513 défendent aux prodigues et aux faibles d'esprit, soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire, d'aliéner sans l'assistance de leur conseil. Cette assistance leur est donc nécessaire pour faire une donation entre vifs. L'inobservation de cette prescription rendrait la donation nulle de droit (arg. art. 502). Mais le prodigue ou le faible d'esprit n'a pas besoin d'assistance pour tester : le mot aliéner, dans le langage du législateur, paraît ne pas comprendre les dispositions testamentaires (arg. des art. 217 et 226 cbn.). Et en effet, par testament, on n'aliène pas à proprement parler ses biens, puisqu' on n'en transmet la propriété que pour le temps qui suivra sa mort, c'est-à-dire pour une époque où l'on aura cessé d'en être propriétaire. D'autre part, le testament doit être l'œuvre de la seule volonté du testateur ; ce principe exclut toute intervention étrangère, même celle d'un conseil judiciaire. Cpr. art. 226.

823. Notre ancien droit, s'inspirant sur ce point des traditions de la législation romaine, permettait d'attaquer sous couleur de démence (*hoc colore quasisaniæ mentis non fuerint quum testamentum ordinarent*) les dispositions testamentaires qui avaient été dictées au testateur par une haine violente et injuste contre ses héritiers légitimes (*testamentum ab irato conditum*). L'action accordée à cet effet portait le nom d'action *ab irato*. On a soutenu à tort. en se fondant sur les explications données par Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, que cette action existe encore avec son caractère propre dans notre droit actuel. L'action *ab irato* avait pour fondement une fiction d'insanité d'esprit du disposant, dominé par la colère ou la haine, et il est manifeste qu'une fiction de ce genre et

l'action qu'elle engendrait ne peuvent pas être admises sans un texte formel. Est-ce à dire qu'il ne puisse jamais y avoir lieu de prononcer la nullité de dispositions entre vifs ou testamentaires inspirées par la colère ou par la haine ? Non. La passion peut avoir engendré chez le disposant une exaltation assez violente pour lui faire perdre l'usage de la raison ; la nullité de la disposition devrait alors être prononcée, par application de l'art. 901. Mais il faudra prouver que le disposant n'était pas sain d'esprit ; on ne le supposera pas, comme on le faisait autrefois, par cela seul que sa colère ou sa haine sera violente ou injuste. Telle paraît, bien avoir été la pensée qui a déterminé notre législateur à supprimer de la rédaction définitive une proposition ainsi conçue : « La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation ». En ce sens, Cass., 29 fév. 1876, S., 76. 1. 155, D., 76. 1. 367, et Lyon, 23 mars 1904, S., 05. 2. 303, D., 05. 2. 262.

824. Quelques difficultés se sont élevées au sujet du testament fait par un monomane, c'est-à-dire par un individu qui, fou sur un point, est raisonnable sur tous les autres. Il paraît opportun de distinguer si le testament est l'œuvre de la partie saine ou de la partie malade de l'intelligence du monomane : dans le premier cas, le testament devra être maintenu ; dans le deuxième, il devra être annulé, en vertu de l'art. 901. Cpr. Limoges, 6 fév. 1889, S., 89. 2. 173, D., 90. 2. 73. On pourrait même être conduit, par application de la distinction qui précède, à annuler certaines dispositions du testament du monomane et à maintenir les autres. — Cela posé, on ne peut qu'approuver une décision de la cour de Poitiers qui a annulé le testament par lequel un homme, atteint d'une monomanie consistant à croire que son frère tramait contre lui de perpétuels complots, avait, sous l'influence de cette idée fixe, déshérité ce frère et légué tous ses biens à un étranger. Mais il est difficile d'adhérer pleinement à la

décision d'un arrêt du parlement de Toulouse de l'an 1729, annulant le testament d'un homme qui, avisé, paraît-il, sur tous les autres points, était atteint d'une monomanie consistant à se croire fille.

825. Après avoir parlé de l'insanité d'esprit du disposant, le législateur aurait peut-être bien fait de s'occuper des vices qui peuvent altérer sa volonté. Les règles générales lui ont sans doute paru suffisantes sur ce point ; elles ne doivent pas cependant être appliquées sans quelques restrictions.

Il résulte de l'art. 1109, écrit en vue des contrats, que le consentement n'est pas valable, s'il a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par dol ; en conséquence, celui des contractants qui a été victime de l'erreur, de la violence ou du dol, peut faire annuler le contrat. Cette règle s'applique sans difficulté à la donation, qui est un contrat ; et, avec un peu de réflexion, on n'hésite pas à la reconnaître applicable aussi au testament, bien qu'il n'ait pas le caractère contractuel. Comme le fait remarquer Furgole, les causes qui vicient le consentement dans les contrats ordinaires vicient à plus forte raison la donation et surtout le testament. Le disposant conférant au donataire ou au légataire un avantage purement gratuit, la donation ou le testament doit être l'œuvre d'une volonté plus réfléchie, plus libre, plus pure, plus spontanée que celle qui préside aux contrats à titre onéreux ; d'où il suit que, non seulement les vices qui entraînent la nullité d'un contrat ordinaire devront entraîner la nullité d'une donation ou d'un testament, mais qu'il ne sera pas nécessaire qu'ils aient autant de gravité. Concluons de là qu'au cas où la nullité d'une disposition à titre gratuit serait demandée pour cause de dol, le juge ne devra pas, séduit par une analogie trompeuse que lui suggérerait la disposition de l'art. 1116, distinguer si le dol a été commis par celui auquel la libéralité doit profiter ou par un autre, pour n'en tenir compte que dans la première hypothèse. L'art. 1116

ordonne de faire une distinction de ce genre dans les cas ordinaires ; mais les motifs qui ont fait édicter cette disposition ne se rencontrent pas ici, et par suite elle ne saurait recevoir son application. Le dol sera donc une cause de nullité des dispositions entre vifs ou testamentaires, quel qu'en soit l'auteur (cpr. art. 783). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens. Cass., 2 janv. 1878, D., 78. 1. 136, S., 78. 1. 103, et 27 juin 1887, S., 87. 1. 419, D., 88. 1. 303.

826. Mettons à profit les principes qui viennent d'être exposés en ce qui concerne le dol, pour résoudre la question de savoir si une disposition entre vifs ou testamentaire peut être annulée pour cause de captation ou de suggestion. Pothier donne de la suggestion la définition suivante : « Une volonté est suggérée, lorsque le testateur a voulu faire les dispositions qu'il a faites, dans la vue de se délivrer des importunités de ceux qui l'y portaient ». Quant à la captation, elle consiste à s'emparer de la bienveillance d'une personne et à obtenir d'elle des libéralités déterminées par l'attachement qu'on parvient à lui inspirer. Il sera rare qu'il n'y ait pas quelque indécatesse à reprocher à celui qui suggère une libéralité ou qui la capte. Mais ce n'est pas à dire que la libéralité suggérée ou captée devra toujours être annulée. A cet égard il faut faire la distinction suivante : La libéralité ne pourra pas être annulée, si la captation ou la suggestion a été pratiquée à l'aide de moyens licites. Tel serait le cas où le donataire se serait borné à faire l'étalage de sa misère, l'eût-il beaucoup exagérée, ou à s'emparer de la bienveillance du donateur à force de prévenances, fût-il démontré qu'elles avaient un but essentiellement intéressé. Cass., 6 déc. 1909, D.. 10. 1. 142, S., 10. 1. 455. Au contraire, la nullité devra être prononcée, si le donataire a joint la fraude à l'indécatesse, si par exemple il a calomnié les héritiers présomptifs du disposant, ou s'il a irrité celui-ci contre ses parents par de détestables artifices, le tout afin de se faire donner ce qui

aurait dû légitimement leur revenir. Cass., 28 oct. 1895, D., 96. 1. 36, S., 97. 1. 326, et Lyon, 17 juin 1896, S., 98. 2. 124. Furgole avait donc raison de dire : « La suggestion et la captation ne sont pas des moyens propres et particuliers pour faire annuler les dispositions testamentaires [et aussi les dons entre vifs] ; ils sont une branche et une dépendance du dol, qui doit leur servir de fondement ». Les travaux préparatoires confirment cette solution. Un article du projet portait que : « La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation ». On avait voulu par là tarir la source de nombreux procès. Mais cette disposition fut supprimée, parce que l'on craignit « que la fraude et les passions ne crussent avoir dans la loi elle-même un titre d'impunité ». En ce sens : Lyon, 23 mars 1904, S., 03. 2. 303, D., 05. 2. 262 ; Cass., 31 juil. 1906, D., 12. 1. 320 ; 3 nov. 1908, D., 09. 1. 141, S., 09. 1. 199 et 22 nov. 1911, S., 12. 1. 195. Le juge a d'ailleurs un pouvoir souverain d'appréciation sur le point de savoir si la captation est ou non frauduleuse.

827. Observons que, lorsqu'il y a doute sur le point de savoir si une libéralité est entachée d'une cause de nullité, les juges ne peuvent pas, par une sorte de transaction, réduire seulement la libéralité. Pour être admissible, ce moyen terme aurait besoin d'être autorisé par une disposition formelle de la loi. Le juge ne pourra donc que maintenir la libéralité ou l'annuler.

2° Mineurs.

828. ART. 903. Le mineur âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre.

ART. 904. Le mineur parvenu à l'âge de seize ans ne pourra disposer que par testament, et jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer.

La loi établit, on le voit, une distinction entre le mineur qui a seize ans [accomplis] et celui qui n'a pas atteint cet âge.

a. — Le mineur qui n'a pas seize ans accomplis est frappé de l'incapacité absolue de disposer à titre gratuit. Il n'a pas encore une maturité d'esprit suffisante pour qu'on puisse l'autoriser à se dépouiller lui-même par une donation entre vifs, ou à dépouiller sa famille par un testament ; la loi le déclare incapable ob defectum consilii.

A cette règle l'art. 903 indique cependant une exception par ces mots : « sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre ». Elle est relative au cas où le mineur de seize ans se marie, avec ou sans dispense d'âge. La loi lui permet de faire à son futur conjoint, par le contrat de mariage, les mêmes donations qu'il pourrait lui faire s'il était majeur, sous la seule condition d'obtenir le consentement et l'assistance des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage (art. 1095 et 1398).

Cette exception ne devrait pas être étendue aux donations faites pendant le cours du mariage, l'art. 1095 ne parlant que des donations faites par contrat de mariage, par conséquent avant le mariage (art. 1394 al. 1). *Exceptiones sunt strictissimæ interpretationis.*

b. — Le mineur qui a atteint l'âge de seize ans accomplis est dans la même situation que le mineur au-dessous de cet âge, en ce qui concerne les dispositions par acte entre vifs. Il y a donc lieu de lui appliquer la même règle tempérée par la même exception : c'est-à-dire qu'il ne peut aucunement disposer par donation entre vifs, sauf ce qui est dit en l'art. 1095. La donation, par laquelle le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement, exige une maturité d'esprit complète. Voilà pourquoi la loi l'interdit au mineur même parvenu à l'âge de seize ans. Il semble que le même motif aurait dû lui faire refuser le droit de dépouiller ses héritiers par des dispositions testamentaires.

La loi en a autrement décidé, sans doute parce qu'elle s'est placée surtout au point de vue des intérêts du disposant, qui par le testament ne se dépouille pas personnellement. Et toutefois c'est comme à regret que le législateur concède au mineur âgé de seize ans le droit de tester ; aussi ne le lui accorde-t-il qu'avec une importante restriction : « jusqu'à concurrence seulement de la moitié des biens dont la loi permet au majeur de disposer », dit l'art. 904. En d'autres termes, le disponible d'un mineur âgé de seize ans accomplis est le même que celui d'un majeur ; mais sa capacité de disposer par testament est la moitié moindre. Ainsi un mineur âgé de dix-sept ans fait son testament ; il meurt sans laisser d'ascendants ni de descendants. Si le testateur eût été majeur lors de la confection de son testament, il aurait pu disposer de tous ses biens (art. 916) ; étant mineur, il n'aura pu disposer valablement que de la moitié. Le testateur dont nous venons de parler laisse-t-il à son décès un fils ? Il n'aura pu valablement disposer que du quart de ses biens ; car un majeur, dans les mêmes circonstances, aurait pu donner le double, c'est à-dire la moitié de ses biens (art. 913).

Pour pouvoir tester dans la limite déterminée par l'art. 904, il n'est pas nécessaire qu'un mineur soit émancipé.

Si un mineur âgé de seize ans a disposé par testament de plus que la loi ne lui permet, son testament ne sera pas nul pour cela ; seulement il ne s'exécutera que dans les limites légales, ou en d'autres termes les dispositions testamentaires seront réduites à cette limite. La réduction devrait être opérée suivant les règles écrites dans les art. 926 et 927, qu'il y a lieu d'appliquer ici par analogie.

829. Aux termes de l'art. 3 al. 1 de la loi du 15 nov. 1887 sur la liberté des funérailles : « Tout majeur ou mineur émancipé en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caract're civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture ».

Le mineur émancipé qui a seize ans accomplis jouit incontestablement du bénéfice de cette disposition. En est-il de même du mineur émancipé qui n'est pas parvenu à cet âge, ce qui peut arriver dans les cas prévus par les art. 476 et 477 ? Nous le croyons. Les mots en état de tester du texte précité nous paraissent faire allusion à la capacité de fait, réglée par l'art 901, et non à la capacité de droit, réglée en partie par l'art. 904. En d'autres termes, la formule légale signifie : le mineur émancipé sain d'esprit (art. 901), et non : le mineur émancipé âgé de seize ans (art. 904). Toutefois, nous reconnaissons que la discussion à laquelle on s'est livré lors de la confection de la loi peut fournir des arguments en faveur de l'une et de l'autre interprétation. Nous adoptons celle qui paraît le plus conforme au sens littéral des mots.

3° Femmes mariées.

830. ART. 905. La femme mariée ne pourra donner entre vifs sans l'assistance ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219 au titre du Mariage. — Elle n'aura besoin ni de consentement du mari, ni d'autorisation de la justice, pour disposer par testament. Cpr. art. 226.

Ce texte contient deux propositions.

a. La femme est incapable de faire une donation entre vifs sans autorisation. Nous en avons dit les motifs, t. I, n. 551-1°.

Cette règle s'applique, vu la généralité des termes de la loi, à toutes les donations sans exception, même aux donations faites de la main à la main ou dons manuels. Il est vrai que la loi ne les soumet pour leur validité à aucune condition particulière de forme ; mais il ne résulte pas de là que ces donations puissent être faites sans autorisation,

l'autorisation n'étant pas une forme, mais une condition de capacité.

Notons que l'art. 905 al. 1 ne s'applique plus aujourd'hui à la femme séparée de corps. L. 6 fév. 1893, art. 3. Mais la loi du 13 juil. 1907 n'a pas relevé la femme, en ce qui concerne ses biens réservés, de l'incapacité édictée par notre texte. Supra, n. 250 VII.

b. La femme mariée n'a pas besoin d'autorisation, pour faire son testament. Voyez-en les motifs, t. I, n. 553.

4° Condamnés à une peine afflictive perpétuelle

831. Les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont frappés de l'incapacité absolue de disposer soit par donation entre vifs, soit par testament (L. 31 mai 1854, art. 3 al. 1). La loi annule même le testament fait antérieurement à la condamnation. Toutefois le condamné peut être relevé en tout ou en partie par le gouvernement de l'incapacité de disposer dont il est frappé (loi précitée, art. 4 al. 1). Junge art. 13 de la loi du 25 mars 1873 sur la déportation.

N° 2. Incapacités absolues de recevoir.

832. Sont frappés de l'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit : 1° les personnes non conçues ; 2° les femmes mariées ; 3° les personnes de mainmorte ; 4° les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

833. 1° Personnes non conçues. Pour qu'un droit quelconque puisse se fixer au profit d'une personne, il faut nécessairement qu'elle existe à l'instant même de l'ouverture du droit ; car un droit ne peut pas se fixer dans le vide. Or le droit résultant d'une donation entre vifs s'ouvre au moment de la donation, et le droit résultant d'une donation testamentaire, au moment du décès du testateur ; il faut donc que le donataire existe, c'est-à-dire

qu'il soit au moins conçu, au moment de la donation, et le légataire, au moment du décès du testateur, même s'il s'agit d'un legs conditionnel (infra, n. 869 in fine), De là l'incapacité dont l'art. 906 frappe les personnes non conçues, incapacité qui est de fait plutôt que de droit : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au

» moment de la donation. — Pour être capable de recevoir par testament,

» il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. —

» Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant

» que l'enfant sera né viable » ⁹⁵.

Il résulte de l'art. 906 que les congrégations religieuses non autorisées, et, d'une manière plus générale, toutes les corporations non reconnues par la loi ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs ou testamentaire. Cass., 17 janv. 1905, D., 05. 1. 135 ; Caen, 4 juil. 1906, sous cass., D., 08. 1. 235. Cpr. Nancy, 10 déc. 1904, D., 06. 2. 74 ; Cass., 7 fév. 1912, D., 12. 1. 433. En effet elles n'ont pas d'existence légale. Une congrégation religieuse ou une corporation quelconque ne peut exister comme personne civile distincte des membres qui la composent, que moyennant l'adhésion de l'autorité publique (t. I, n. 151).

L'incapacité de recevoir, qui frappe les congrégations religieuses non autorisées, ne frappe pas leurs membres considérés ut singuli. Cependant, s'il était démontré qu'ils sont personnes interposées par rapport à la congrégation, c'est-à-dire que la congrégation est le véritable donataire ou légataire et que le membre auquel la donation ou le legs paraît s'adresser n'est qu'un intermédiaire chargé de restituer à la congrégation, la disposition serait nulle. V. art. 911 et L. 1^{er} juil. 1901, art. 17. Cette nullité est d'ordre public et ne peut se couvrir par aucune reconnaissance, renonciation ou acte analogue émané de la volonté des

parties ou de leurs ayant-cause. Cass., 2 juin 1902, S., 05. 1. 218.

Est nul également le legs fait à une personne incertaine, comme si le testateur a chargé son légataire « de faire droit, s'il est possible, à quelque disposition dont il a connaissance, dans la mesure dont lui seul sera jugé maître absolu ». Liège, 31 déc. 1882, S., 85. 4. 23, et Douai, 26 juil. 1904, S., 06. 2. 78, D., 05. 2. 448. V. cep. Bourges, 11 janv. 1887, S., 90. 2. 170, D., 87. 2. 80. Autrement, il serait trop facile de faire bénéficier un incapable d'un legs. Cpr. *infra*, n. 1045.

Ne doit pas être considéré comme fait à personnes incertaines un legs au profit des pauvres de telle commune. C'est ce que nous dira tout à l'heure l'art. 910. Les pauvres ont un représentant légal qui est le bureau de bienfaisance. Paris, 27 juil. 1897, S., 98. 2. 45, Grenoble, 27 janv. 1903, D., 05. 2. 276, Bordeaux, 27 fév. 1905, D., 05. 2. 327, Cass., 26 fév. 1906, D., 07. 1. 430, et Chambéry, 25 juil. 1910, D., 11. 2. 195. V. cep. Caen, 9 juil. 1894, S., 96. 2. 281. Voyez encore, au sujet des legs faits aux pauvres et au sujet des legs pieux, principalement de ceux ayant pour but la célébration de messes pour le repos de l'âme du testateur : Paris, 1^{er} déc. 1892, D., 93. 2. 496. Quant aux dispositions faites en vue de fondations, v. *infra*, n. 870. En ce qui concerne les legs faits à charge d'emploi en bonnes œuvres, v. *infra*, n. 1045, et Nancy, 9 déc. 1891, D., 92. 2. 270, Douai, 1^{er} mai 1894, S., 95. 2. 1 (note de M. Labbé), D., 95. 2. 249 (note de M. Beudant), et Cass., 28 juil. 1903, D., 05. 1. 425.

834. 2° Femmes mariées. Elles ne peuvent aucunement recevoir à titre gratuit sans une autorisation de leur mari ou de la justice. V. cep. nouvel art. 311, al. 3.

835. 3° Personnes de mainmorte. On désigne sous ce nom les personnes morales du droit administratif, telles que les départements, les communes, les hospices, les

congrégations religieuses dûment autorisées. Les personnes de mainmorte sont frappées d'une incapacité absolue de recevoir à titre gratuit, en ce sens qu'elles ne peuvent recevoir de personne sans une autorisation. On lit à ce sujet dans l'art. 910 : « Les dispositions entre vifs ou par

» testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou

» d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant

» qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale ». Des considérations de l'ordre le plus puissant ont fait établir cette règle. Il y a d'abord l'intérêt des établissements de mainmorte, auquel la nécessité de l'autorisation donne satisfaction dans une certaine mesure, en les empêchant d'accepter inconsidérément des libéralités grevées de charges trop lourdes. Ensuite des motifs d'ordre politique et d'intérêt général exigeaient qu'une trop grande accumulation de biens ne se produisit pas entre les mains des personnes de mainmorte, soit parce qu'elles auraient pu acquérir ainsi une trop grande puissance, soit parce que les biens qui leur appartiennent sont en fait retirés de la circulation. Enfin la nécessité de l'autorisation apparaissait encore au point de vue de l'intérêt des familles.

* De nombreuses dispositions législatives sont venues modifier l'art. 910 en ce qui concerne l'autorité compétente pour autoriser l'acceptation des dons et legs faits à des établissements publics ou d'utilité publique. Nous n'en donnerons pas l'énumération. Cette énumération a perdu, en effet, beaucoup de son intérêt depuis qu'une loi générale, la loi du 4 février 1901, sur la tutelle administrative en matière de dons et de legs, a groupé en un texte unique les nombreuses dispositions qui étaient éparses dans notre législation. A ce point de vue et à d'autres encore, cette loi réalise un véritable progrès.

Les associations cultuelles qui se sont fondées en exécution de la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, sont frappées par cette loi d'une incapacité absolue de recevoir à titre gratuit, sauf dans les limites restreintes déterminées par l'art. 19. Sur la capacité des associations en général, v. l. 1^{er} juil. 1901, art. 6 et 11.

836. 4° Condamnés à une peine afflictive perpétuelle. Aux termes de l'art. 3 al. 1 de la loi du 31 mai 1854 : « Le condamné à une

» peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout

» ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni

» recevoir à ce titre si ce n'est pour cause d'aliments ». Notons qu'aux termes de l'art. 4 le condamné peut être relevé en tout ou en partie par le gouvernement de l'incapacité dont il s'agit.

837. Il existait autrefois une cinquième cause d'incapacité absolue de recevoir à titre gratuit, résultant de l'art. 912, ainsi conçu : « On ne pourra disposer au profit d'un » étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français ». Ce texte a été abrogé par la loi du 14 juillet 1819.

§ II. Des incapacités relatives de disposer et de recevoir à titre gratuit.

838. On en compte cinq, savoir : 1° l'incapacité de disposer dont est frappé le mineur à l'égard de son tuteur ; 2° l'incapacité des enfants illégitimes à l'égard de leurs auteurs ; 3° l'incapacité dont sont frappés les médecins et les ministres du culte par rapport aux malades qu'ils traitent ou assistent ; 4° l'incapacité de recevoir qui atteint les officiers de marine dans leurs rapports avec les

personnes qui se trouvent sur leur bord ; 5° l'incapacité de recevoir spéciale aux congrégations religieuses de femmes dûment autorisées.

1° Incapacité de disposer dont est frappé le mineur par rapport à son tuteur.

839. Tant que dure la tutelle, le mineur ne peut aucunement disposer à titre gratuit au profit de son tuteur.

« Le mineur, quoi

» que parvenu à l'âge de seize ans », dit l'art. 907 al. 1, « ne pourra,

» même par testament, disposer au profit de son tuteur ». Cette incapacité est fondée sur l'état de dépendance et de subordination du mineur envers son tuteur : on a craint que le tuteur n'abusât de son autorité pour se faire gratifier par son pupille. Et comme l'autorité du tuteur survit à la cessation de la tutelle, et dure tant que la situation pécuniaire du mineur n'est pas définitivement réglée, notre article fait survivre pendant le même temps l'incapacité de disposer qui en est la conséquence. « Le mineur, devenu

» majeur, dit la loi, ne pourra disposer, soit par donation entre

» vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur,

» si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et

» apuré » (art. 907 al. 2). — Apuré, c'est-à-dire vérifié et approuvé par le mineur devenu majeur.

A dater de ce moment l'incapacité du tuteur cesse, et le droit commun reprend son empire, sans qu'il soit nécessaire que le reliquat du compte ait été soldé, ni que les pièces justificatives de ce compte aient été remises au mineur devenu majeur et qu'il se soit écoulé dix jours depuis la date du récépissé constatant cette remise, comme l'exige l'art. 472 en vue d'une autre hypothèse.

Comme toutes les dispositions qui établissent des incapacités, l'art. 907 doit être interprété restrictivement. On ne peut donc pas l'étendre au subrogé tuteur, ni au curateur du mineur émancipé, ni au conseil judiciaire du prodigue ou du faible d'esprit. Les motifs de la loi manquent du reste ici aussi bien que son texte, le subrogé tuteur, le curateur et le conseil judiciaire n'étant pas investis de pouvoirs aussi étendus que le tuteur, et n'ayant pas par suite la même autorité. Nous considérons également comme n'étant pas compris dans la règle le tuteur ad hoc, à cause du caractère purement accidentel de sa mission, et le tuteur de l'interdit (arg. du mot mineur).

Mais d'ailleurs, l'art. 907 est applicable au tuteur, soit légitime, soit testamentaire, soit datif. Il s'applique aussi au protuteur, qui est un tuteur ad certas res (art. 417), et au cotuteur (art. 396). Nous n'hésitons pas non plus, malgré quelques dissidences, à l'appliquer au tuteur de fait, c'est-à-dire à celui qui a géré en fait la tutelle sans avoir le titre légal de tuteur. V. notamment art. 395. Il serait étrange que celui qui gère illégalement la tutelle fût de meilleure condition que celui qui la gère légalement. La règle ne comporte qu'une seule exception : elle est indiquée par la partie finale de notre texte, et se justifie d'elle-même parce qu'elle s'applique à un tuteur dont il n'y avait pas lieu de redouter l'influence abusive : Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs qui sont ou qui ont été leurs tuteurs » (art. 907 al. 3).

2° Incapacité des enfants illégitimes à l'égard de leurs auteurs.

a. Enfants naturels simples.

840. Après avoir assigné dans la succession paternelle une maigre part à l'enfant naturel reconnu (anc. art. 757), le législateur du code civil s'était efforcé d'assurer

l'efficacité de son œuvre en interdisant au père d'améliorer la situation de son enfant par le moyen de donations entre vifs ou testamentaires. De là l'art. 908 (ancien) : « Les enfants naturels ne pourront, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions ». Comme conséquence, l'art. 760 (ancien) imposait à l'enfant naturel l'obligation d'imputer sur sa part héréditaire toutes les donations entre vifs ou testamentaires qu'il avait reçues de son auteur : il ne pouvait pas être dispensé de cette imputation. Ainsi, en supposant qu'un enfant naturel reconnu par son père eût reçu de celui-ci par donation entre vifs 10.000 fr., que le père vînt à mourir et que la part héréditaire de l'enfant dans sa succession, calculée d'après l'ancien art. 757, se trouvât être de 15.000 fr., l'enfant devait imputer les 10.000 fr. par lui reçus, sur les 15.000 fr. auxquels il avait droit, et ne pouvait réclamer que la différence, soit 5.000 fr. Si, dans la même hypothèse, la part héréditaire de l'enfant se trouvait n'être que de 8.000 fr., l'enfant devait restituer 2.000 fr., somme égale à l'excédent de la donation sur sa part héréditaire.

En somme, le code civil disait : l'enfant naturel reconnu aura, dans la succession de son père ou de sa mère, une part réduite, égale à une fraction seulement de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime. L'honneur du mariage exige qu'il soit fait à l'enfant naturel reconnu une situation inférieure à celle de l'enfant légitime. Et, pour que cette disposition de la loi ne devienne pas lettre morte, pour que le père ne puisse pas l'éluder par un moyen qui s'offrira naturellement à son esprit, les donations entre vifs ou testamentaires faites à l'enfant par son auteur seront inefficaces, en tant qu'elles excéderaient la part héréditaire de l'enfant : celui-ci ne pourra pas les cumuler avec sa part héréditaire.

841. Mais il arriva qu'à défaut de ce moyen de tourner la loi, les pères et mères naturels en trouvèrent un autre. Il

consistait à ne pas reconnaître l'enfant, ce qui leur permettait de disposer à son profit dans les limites de la quotité disponible. Ainsi un homme ayant un fils légitime et un fils naturel ne reconnaissait pas ce dernier, et lui donnait par testament sa quotité disponible égale à la moitié de ses biens ; les deux enfants prenaient ainsi part égale dans la succession paternelle.

On vit donc, sous le régime du code civil, le nombre des reconnaissances d'enfants naturels diminuer sensiblement. C'était un mal, car en principe il est de l'intérêt des enfants naturels d'être reconnus : la reconnaissance en effet leur donne quelque chose de plus précieux que des droits de succession, un nom et un état. C'est pour remédier à ce mal que le législateur de 1896 est intervenu. La question est de savoir si le remède qu'il a imaginé n'est pas pire que le mal. Peut-être le nouveau système augmentera-t-il le nombre des reconnaissances, mais il diminuera le nombre des légitimations ! C'est ce qui apparaîtra par l'étude que nous allons en faire.

842. Le nouvel art. 908 al. 1 et 2 (L. 25 mars 1896) porte : « Les

» enfants naturels légalement reconnus ne pourront rien recevoir

» par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au

» titre des Successions. Cette incapacité ne pourra être invoquée que

» par les descendants du donateur, par ses ascendants, par ses frères

» et sœurs et les descendants légitimes de ses frères et sœurs. — Le

» père ou la mère qui les ont reconnus pourront leur léguer tout

» ou partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun cas,

» lorsqu'ils se trouvent en concours avec des descendants

legitimes,

» un enfant naturel puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime

» le moins prenant ».

Ainsi les père et mère naturels ne pourront pas par donation entre vifs améliorer la situation que la loi fait à leur enfant dans leur succession. Une donation, même faite par préciput et hors part, ne permettra pas à l'enfant d'obtenir plus que la loi ne lui attribue dans la succession paternelle ou maternelle. La donation sera inefficace en tant qu'elle excédera la part héréditaire de l'enfant. Mais ce que la loi défend au père de faire par donation entre vifs, elle lui permet de le faire par testament. Au moyen d'un legs ⁹⁶ le père pourra laisser à son fils plus que sa part héréditaire telle qu'elle est fixée par la loi, cela sous une double restriction. La première consiste en ce que l'enfant naturel ne peut, en aucun cas, lorsqu'il se trouve en concours avec des descendants légitimes, recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant : ce qui signifie que, si l'un des enfants légitimes a été avantagé par le père, l'enfant naturel ne pourra pas recevoir autant que lui ; sa part pourra être égale tout au plus à celle de l'enfant légitime qui reçoit le moins. Voici maintenant la seconde restriction : le legs fait à l'enfant naturel ne peut pas excéder la quotité disponible. Mais le père peut lui donner cette quotité disponible tout entière. L'enfant naturel peut donc recevoir par testament l'hérédité tout entière, s'il ne se trouve en concours qu'avec des frères et sœurs ou descendants de ceux-ci, ou à plus forte raison avec le conjoint survivant, car ces héritiers ne sont pas réservataires, et, s'il trouve en face de lui des ascendants, il peut recevoir les sept huitièmes de la succession, la réserve des ascendants étant limitée dans cette hypothèse à un huitième (nouvel art. 915 in fine).

843. En résumé, la défaveur que la loi nouvelle témoigne à l'enfant naturel reconnu, en lui assignant dans la succession pater nette ou maternelle une part réduite, peut être effacée par une donation testamentaire émanée du père ou de la mère, mais non par une donation entre vifs.

La singulière différence que l'on a ainsi établie entre la donation entre vifs et la donation testamentaire est expliquée par le rapporteur de la loi à la chambre des députés, M. Jullien, dans les termes suivants : « La donation entre vifs peut être le fruit d'un mouvement spontané, irréfléchi, et ne présente aucune des garanties nécessaires en cette matière. Aussi ne saurait-elle convenir ici ; seul le testament, acte toujours révocable, manifestation, quand il reçoit son exécution, d'une volonté persévérante jusqu'à l'heure de la mort, peut remplir ce but ».

A notre avis, s'il devait y avoir ici une différence entre la donation entre vifs et le testament, il convenait plutôt de l'établir en sens inverse.

En effet le législateur a créé des garanties plus fortes contre la captation et l'irréflexion dans les donations entre vifs que dans les testaments. La donation entre vifs sera nécessairement faite devant un notaire (art. 931), dont la seule présence avertit le disposant qu'il accomplit un acte extrêmement sérieux, et qui le mettra dans une certaine mesure en garde contre les tentatives de captation dont il serait l'objet, tandis qu'un testament peut être fait par acte sous seing privé (art. 970), en l'absence de tout officier public, et est souvent arraché au testateur aux approches de la mort, à un moment où il n'a plus ni énergie pour se défendre ni lucidité d'esprit pour apprécier ce qu'il fait. Sans compter qu'on donne plus volontiers par testament que par donation entre vifs. par cette raison toute simple que, par donation entre vifs, on se dépouille soi-même, tandis que, par testament, on ne dépouille que ses héritiers. Le testament semble donc ici plus dangereux que

la donation. Mais enfin cela importe assez peu. Du moment que le père a un moyen de racheter la défaveur que la loi témoigne à son enfant naturel, que ce soit la donation ou le testament, on peut être sûr qu'il en usera, et la disposition de la loi deviendra lettre morte. Chose plus grave ! L'intérêt que le père pouvait avoir autrefois à légitimer son enfant est bien diminué, et le nombre des légitimations s'en ressentira.

De deux choses l'une. — Ou bien l'inégalité, que la loi établit dans la succession paternelle entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, a sa base dans des considérations d'ordre public, et alors il faut, comme l'avait fait le législateur de 1803, interdire au père de rompre cette inégalité par quelque moyen que ce soit. Ou bien elle repose sur des considérations d'intérêt privé, et alors il n'y a pas de raison suffisante pour ne pas permettre au père d'y faire échec par donation entre vifs aussi bien que par testament.

844. Quoi qu'il en soit, il nous faut prendre la loi-telle qu'elle est.

La prohibition qu'elle édicté d'avantager l'enfant au delà de la limite légale, c'est-à-dire au delà de sa part héréditaire, par donation entre vifs, s'applique à toutes donations, de quelque nature qu'elles soient, même aux donations faites par contrat de mariage et aux dons manuels.

D'ailleurs, c'est seulement au décès du père qu'il sera possible de savoir si la donation faite par celui-ci à son enfant naturel excède la limite légale, c'est-à-dire la part de l'enfant dans la succession paternelle, car il est impossible auparavant de fixer l'importance de cette part.

845. Par quelle action l'enfant naturel, qui a reçu une donation précipitaire excédant la valeur de sa part héréditaire, pourra-t-il être contraint de remettre l'excédent à la succession ? Sous l'empire de l'ancien art. 908, la jurisprudence décidait qu'il y avait lieu de procéder

par la voie de l'action en nullité, et cette solution paraît devoir encore être admise aujourd'hui, l'art. 908 nouveau rattachant sa prohibition à une incapacité, et l'art. 911 disposant que toute donation faite au profit d'un incapable est nulle. Mais la donation n'est nulle qu'en tant qu'elle excède le droit héréditaire de l'enfant naturel, car l'enfant naturel n'est incapable qu'au delà de cette limite, et par suite il peut garder la donation dans la limite de son droit héréditaire.

Par qui l'action en nullité peut-elle être exercée ? La loi dit :

« Cette incapacité ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses ascendants, par ses frères et sœurs et par les descendants légitimes de ses frères et sœurs », c'est-à-dire par tous ceux dont la présence réduit les droits de l'enfant naturel dans la succession paternelle ou maternelle à une fraction de la part héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Bien entendu, chacune des personnes désignées ne peut intenter l'action en nullité qu'autant qu'elle se trouve appelée à la succession. Ainsi les frères et sœurs ne peuvent agir qu'à défaut de descendants venant à la succession ; les ascendants autres que père et mère ne peuvent agir qu'à défaut de frères et sœurs ou descendants d'eux.

La liste légale est limitative, ainsi que cela résulte des termes de notre disposition. L'action en nullité se trouve ainsi refusée aux autres enfants naturels, aux créanciers, au conjoint survivant et aux légataires. Elle leur est refusée dans tous les cas.

848. Le père, qui a fait à son enfant naturel une donation entre vifs excédant la limite légale, peut soustraire l'enfant à la réduction dont il est menacé, en lui léguant les biens qu'il lui a donnés. L'enfant prendra comme légataire ce qui pourrait lui être enlevé comme donataire. Ce point cependant est contesté.

847. Nous avons supposé jusqu'ici que l'enfant naturel gratifié par son père ou par sa mère accepte la succession. Que décider s'il y renonce ? Précipitaire ou non, la libéralité pourra être conservée par l'enfant jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Arg. art. 845. Mais ce principe souffre une double restriction. D'abord l'enfant ne pourra jamais obtenir ainsi plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. Arg. des mots en aucun cas de l'art. 908 al. 2. Ensuite, lorsque la libéralité faite à l'enfant est une donation entre vifs, l'enfant ne pourra jamais obtenir plus que sa part héréditaire ; car si le père peut, par testament, donner à son fils naturel reconnu plus que la loi n'accorde à celui-ci, il ne peut pas arriver au même résultat par une donation entre vifs.

848. La disposition que nous venons d'analyser semble prouver que, dans la pensée du nouveau législateur, la limitation des droits de l'enfant naturel dans la succession paternelle n'est pas fondée sur des considérations d'ordre public ; car autrement l'incapacité de recevoir qui en est la conséquence engendrerait une nullité d'ordre public, une nullité absolue proposable par tous les intéressés. Par conséquent, il n'y avait pas de raison pour ne pas permettre au père de faire disparaître l'inégalité légale soit par testament, soit par donation. Le législateur eût même été plus conséquent avec lui-même en faisant disparaître toute inégalité ; car il peut paraître puéril d'établir une inégalité qu'on sait à l'avance ne pas devoir être respectée.

849. L'incapacité, dont la loi frappe l'enfant naturel, n'existe que par rapport à ses père et mère (art. 908), et non par rapport aux parents de ceux-ci.

* La même incapacité atteint-elle les descendants légitimes de l'enfant naturel ? Cette question reste controversée depuis la loi nouvelle comme elle l'était auparavant. Un point est certain : si l'enfant naturel est vivant, les donations faites à ses enfants par son père seront réputées faites à l'enfant naturel lui-même, et

tomberont par suite sous le coup de l'art. 908 ; car les enfants de l'enfant naturel sont réputés de droit personnes interposées par rapport à lui (art. 911). Mais la question devient délicate si l'enfant naturel est décédé à l'époque de la donation faite à ses enfants. On ne peut plus parler ici d'interposition de personne, la libéralité ne pouvant pas parvenir à l'enfant naturel par l'intermédiaire de ses enfants, puisqu'il est mort. Pour que l'on pût songer à critiquer la donation faite dans ces conditions aux descendants de l'enfant naturel, il faudrait qu'ils fussent personnellement incapables. La jurisprudence incline à ne pas les considérer comme tels, principalement pour ce motif que les textes qui édictent des incapacités doivent recevoir l'interprétation restrictive ; or l'art. 908 ne parle que de l'enfant naturel ; donc il n'est pas applicable à ses enfants. On objecte que le mot enfant comprend généralement les descendants. Cela est exact, quand il s'agit d'enfants légitimes ; mais la preuve qu'il n'en est pas de même ici, c'est qu'il a fallu un texte pour appeler les descendants de l'enfant naturel à exercer les droits de celui-ci au cas de prédécès de leur père (nouvel art. 161, reproduisant l'ancien art. 759) ; il en faudrait un également pour qu'on put leur étendre l'incapacité dont leur père est frappé. Cass., 21 juil. 1879, S., 80. 1. 31, D., 81. 1. 348.

b. Enfants adultérins ou incestueux.

850. La situation des enfants adultérins ou incestueux reste exactement ce qu'elle était sous l'empire du code civil de 1804 ⁹⁷.

En effet le nouvel art. 908 in fine dispose : « Les enfants adultérins

» ou incestueux ne pourront rien recevoir par donation entre vifs

» ou par testament au delà de ce qui leur est accordé par

les articles

» 762, 763 et 764 ». Or ces articles n'accordent que des aliments aux enfants adultérins ou incestueux. Ceux-ci ne peuvent donc rien recevoir à titre gratuit au delà des aliments qui leur sont dus. Et il n'y a plus à distinguer ici, comme pour les enfants naturels, entre la donation entre vifs et la donation testamentaire. Pas plus par testament que par donation entre vifs, les père et mère adultérins ou incestueux ne peuvent attribuer à leurs enfants plus que les aliments qui leur sont dus. La donation entre vifs ou testamentaire est nulle pour incapacité du donataire en tant qu'elle excède les aliments qui lui sont dus. L'action en nullité appartiendrait à tout intéressé, la nullité étant fondée sur des considérations d'ordre-public. La loi ne donne plus ici, comme elle l'a fait pour les donations adressées aux enfants naturels reconnus (nouvel art. 908 al. 1), une liste limitative des personnes qui peuvent attaquer la donation excessive. Notre législateur a voulu établir une différence entre les enfants du crime et les enfants naturels simples.

Pour que notre disposition puisse recevoir son application en ce qui concerne un enfant adultérin ou incestueux, il faut que sa filiation soit légalement établie, ce qui ne peut arriver que dans des : cas exceptionnels, la loi interdisant la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux (art. 335). V. à ce sujet t. I, n. 865, 868.

3° Incapacité dont sont frappés les médecins et les ministres du culte par rapport aux malades qu'ils traitent ou assistent.

851. Aux termes de l'art. 909 al. 1 et 4 : « Les docteurs en médecine

» ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui

» auront traité une personne pendant la maladie dont elle

meurt,

» ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires

» qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie...

» — Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre

» du culte ». La science dont le médecin est dépositaire, la religion dont le ministre du culte est le représentant, fournissent à l'un et à l'autre des armes puissantes pour influencer l'esprit des malades. « Leur autorité, dit Ricard, est d'autant plus à craindre que la faiblesse de ceux auxquels ils ont affaire est ordinairement réduite en sa plus grande extrémité, quand ils ont besoin de leur secours ». C'est pourquoi la loi annule les libéralités faites par un malade, pendant le cours de la maladie dont il est mort, au médecin qui l'a traité ou au ministre du culte qui l'a assisté : elle considère ces libéralités comme le fruit de la captation.

C'est donc sur une présomption de captation qu'est basée la nullité édictée par notre article ; et, comme les présomptions sur le fondement desquelles la loi annule un acte n'admettent pas la preuve contraire (art. 1352), on doit en conclure que le médecin ou le ministre du culte, contre lequel la nullité est demandée en vertu de notre article, offrirait inutilement de prouver que la donation est exempte de toute captation, qu'elle a pour cause le lien de la parenté ou de l'affection qui l'unissait au malade. Le tout sauf la restriction que l'article 1352 établit relativement à l'aveu et au serment. Cass., 29 juil. 1891, D., 92. 1. 260, S., 92. 1. 518.

852. A quelles personnes s'applique l'incapacité de l'art. 909. — Elle s'applique aux médecins et aux ministres du culte.

1° Aux médecins. La loi cite les docteurs en médecine et en chirurgie et les officiers de santé, c'est à dire ceux qui

exercent légalement l'art de guérir. Elle ajoute les pharmaciens, qui ne peuvent l'exercer qu'illégalement : ce qui a conduit la jurisprudence à étendre l'incapacité dont il s'agit à tous ceux qui exercent illégalement l'art de guérir, tels que les charlatans, les empiriques, les somnambules, les magnétiseurs. V. les notes sous Lyon, 22 déc. 1909, D., 12. 2. 358, S., 13. 2. 76. D'ailleurs la captation frauduleuse est plus à redouter de la part de tous ces médecins de contrebande que de la part de ceux qui sont pourvus d'un diplôme, soit parce qu'ils offrent moins de garanties d'honorabilité et de moralité, soit parce que leurs clients sont en général peu éclairés et par conséquent faciles à influencer.

2° Aux ministres du culte : non seulement du culte catholique, mais aussi des autres cultes, car la loi ne distingue pas. Toutefois on va voir que les conditions exigées par la loi pour que l'incapacité soit encourue, se rencontreront plus souvent chez les ministres du culte catholique.

853. Conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'incapacité édictée par l'art. 909. — Notre texte en exige deux.

PREMIÈRE CONDITION. — Il faut que le médecin donataire ait traité le malade, et la loi dit que la même règle sera observée à l'égard du ministre du culte.

Un médecin traite un malade quand il entreprend sa cure, c'est-à-dire quand il lui donne un ensemble de soins ou de prescriptions d'une manière régulière et continue. Tel n'est pas le cas du médecin qui a été appelé accidentellement en consultation. Limoges, 6 fév. 1889, S., 89. 2. 173. Encore moins du pharmacien qui n'a fait que vendre des remèdes sur l'ordonnance du médecin ; le pharmacien n'encourt l'incapacité édictée par l'art. 909, qu'autant qu'il usurpe le rôle du médecin en prescrivant un traitement au malade. C'est du reste une question de fait, dont le juge est appréciateur souverain, que celle de savoir

s'il y a eu traitement au sens de l'art 909. Cass., 8 août 1900, D., 00. 1. 559, S., 01. 1. 87.

Par analogie de ce qui vient d'être dit relativement aux médecins, notre première condition ne se trouve remplie à l'égard du ministre du culte qu'autant qu'il s'est chargé de la direction spirituelle du malade. C'est par ce moyen en effet qu'il peut acquérir sur lui l'influence dont la loi redoute les abus.

Ne serait donc pas atteint par l'incapacité qu'édicte notre article le ministre du culte qui se serait borné à rendre des visites au malade en qualité d'ami (Cass., 13 avril 1880, D., 80. 1. 263, S., 80. 1. 361). Ni même celui qui aurait seulement accompli près de lui un ou plusieurs actes de son ministère, par exemple en lui administrant le viatique ou l'extrême-onction. Il faut que le ministre du culte ait eu avec le malade des entretiens spirituels, qu'il lui ait donné des conseils en vue de le diriger dans la voie à suivre pour bien mourir. La confession auriculaire est le plus puissant levier de l'assistance spirituelle : c'est surtout à la suite des entretiens intimes dont elle est l'occasion, que le ministre du culte acquerra sur l'esprit de son malade cette influence dont la loi redoute les suites. Mais s'il résulte de là que les ministres du culte catholique, le seul où la confession auriculaire soit admise, sont ceux qui encourront le plus souvent l'incapacité édictée par notre article, il ne s'ensuit pas que les ministres des autres cultes y échappent nécessairement. Nos anciens auteurs, nous ne l'ignorons pas, semblaient restreindre l'incapacité « aux confesseurs, à cause du grand pouvoir qu'ils exercent sur l'esprit de leurs pénitents et surtout de leurs pénitentes ». C'est Pothier qui s'exprime ainsi. Mais cette restriction ne saurait plus être admise aujourd'hui, soit parce que l'art. 909 ne fait aucune distinction, soit parce que la condition exigée par la loi (traitement spirituel) peut se trouver remplie même dans la personne du ministre d'un culte autre que le culte catholique. Ne peut-il pas se faire qu'il

soit devenu l'arbitre des destinées spirituelles du malade à la suite d'entretiens longs et fréquents ? Cpr. Cass., 18 oct. 1887, S., 88. 1 377.

DEUXIÈME CONDITION. — Il faut que la donation (entre vifs ou testamentaire) ait été faite par le malade pendant le cours de la maladie DONT il est mort. Cass., 14 avril 1908, S., 08. 1. 456, D., 08. 1. 392. Donc notre disposition ne recevra pas son application : 1° si la donation a été faite avant le commencement de la maladie ; 2° si le malade succombe par suite d'une cause étrangère à sa maladie (argument du mot dont), par exemple s'il meurt victime de l'incendie de sa maison. Solution qui, pour être conforme au texte de la loi, n'en est pas moins peu satisfaisante pour la raison ; 3° si le malade revient à la santé. Dans ce cas, comme dans le précédent, le droit commun reprendra son empire, parce que nous sommes en dehors des termes de l'exception. La libéralité sera donc valable, en supposant qu'elle ne soit entachée d'aucune autre cause de nullité.

Le médecin donataire a par conséquent tout intérêt à sauver son malade, et on peut être assuré qu'il fera tous ses efforts pour parvenir à ce résultat ; c'est là le bon côté. Mais voici le mauvais : il se peut que le malade, aujourd'hui revenu à la santé, ait été victime d'une captation frauduleuse. Au cas où il s'agira d'une donation testamentaire, le mal ne sera pas grand ; il la révoquera. Mais il n'aura pas cette ressource s'il s'agit d'une donation entre vifs ; car les libéralités de cette nature sont irrévocables. Le secours de l'art. 909 lui faisant défaut, il ne lui restera que la ressource d'attaquer la donation conformément aux termes du droit commun, et à la charge par conséquent de prouver la captation frauduleuse qui sert de fondement à son action, preuve toujours difficile. On ne peut guère justifier la loi du reproche d'imprévoyance qui lui a été adressé de ce chef. Le correctif pratique est entre les mains du juge, qui sera

naturellement porté à se montrer assez facile sur la preuve de la captation.

854. Exceptions à la règle. — La règle, qui frappe de nullité les libéralités faites par un malade, pendant le cours de la maladie dont il meurt, au médecin qui l'a traité ou au ministre du culte qui l'a assisté durant cette maladie, reçoit deux exceptions.

a. — La première est ainsi formulée par l'art. 909 al. 2 :
« Sont

» exceptées : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier,

» eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ».

= Faites à titre particulier. Donc les donations faites à titre universel restent sous l'empire de la règle, c'est-à-dire qu'elles sont nulles et non pas seulement réductibles. Réduire une donation universelle, ce serait la dénaturer.

= Eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. Ce qui est une question de fait, à résoudre par les tribunaux en cas de contestation. D'ailleurs la donation peut dépasser le montant des honoraires dus au médecin ; la loi autorise en effet les donations rémunératoires, et il n'y aurait pas donation, mais bien paiement, si le médecin ne recevait qu'une somme égale au montant de ses honoraires. En cas d'excès, la donation rémunératoire ne sera pas nulle, mais seulement réductible à la juste mesure qui n'aurait pas dû être dépassée.

Le médecin, auquel une donation rémunératoire a été faite, peut-il réclamer ses honoraires, outre le montant de la donation ? En principe, non ; car la donation rémunératoire est considérée comme contenant le paiement de ce qui est dû au donataire, plus une gratification. Toutefois il pourrait résulter des circonstances que le disposant a eu une intention contraire, et alors elle devrait être respectée.

b. — La deuxième exception comprend : « 2° les dispositions universelles,

» dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement,

» pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne

» directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été

» faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers » (art. 909 al. 3).

La loi dit : « Les dispositions universelles ». Lisez : même universelles ; il est clair en effet que les dispositions à titre particulier seraient à plus forte raison permises dans le cas exceptionnel qui nous occupe.

Quand le médecin ou le ministre du culte est parent du malade au quatrième degré ou à un degré plus rapproché (en ligne directe ou collatérale, car la loi ne distingue pas), la donation qui lui est faite par le malade trouve une explication toute naturelle dans l'affection inspirée par la parenté. La présomption de captation, sur laquelle est basée l'incapacité édictée par l'art. 909, ne devait donc plus être admise, et il fallait déclarer la donation valable. Toutefois la loi exige, pour que la donation soit maintenue, que « le décédé n'ait pas d'héritier en ligne directe ». Ainsi l'exception ne profitera pas au médecin qui est cousin germain du défunt, si celui-ci laisse un fils. Après avoir formulé cette restriction, la loi ajoute : « à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers ». Ainsi, le défunt laissant plusieurs enfants, l'exception pourra profiter à celui d'entre eux qui, étant médecin, l'a traité pendant sa dernière maladie.

855. Aux exceptions qui viennent d'être indiquées, la jurisprudence en ajoute une autre au profit du mari médecin (ou ministre du culte), qui a traité sa femme pendant la maladie dont elle est morte. (Dernière décision :

Trib. civ. de Dax, 25 mai 1899, D., 99. 2. 357). Le mari, dit-on, est tenu d'assister sa femme (art. 212) ; de là pour lui l'obligation, quand il est médecin, de soigner sa femme, de la traiter ; le mari ne peut pas encourir une incapacité pour avoir satisfait à cette obligation légale. D'autre part, les motifs particuliers, qui ont fait édicter l'art. 909, n'existent plus ici. Dans les cas ordinaires, le médecin acquiert en vertu de son titre une grande influence sur l'esprit des malades qu'il traite ; mais dans notre hypothèse l'influence du médecin est absorbée par celle bien autrement puissante du mari. La loi s'est préoccupée des conséquences possibles de l'influence maritale, et elle a édicté à cet égard une série de règles dans le chapitre IX. Ces règles se suffisent à elles-mêmes ; il ne faut pas les aggraver en y ajoutant l'incapacité de l'art. 909. Enfin l'exception que l'art. 909 établit au profit du médecin parent en ligne directe du malade, et même quelquefois au profit de celui qui est parent en ligne collatérale, ne doit elle pas profiter a fortiori au mari de la malade ? Un conjoint n'est-il pas plus qu'un parent, même en ligne directe ? Telles sont les raisons qui ont entraîné la jurisprudence. La plupart des auteurs l'engagent à persévérer dans cette voie, et cependant il y a une objection grave contre son système : les exceptions sont de droit étroit ; elles ne peuvent être admises qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Où est le texte qui établit celle dont il vient d'être parlé ?

Cette jurisprudence n'est pas au surplus sans quelques inconvénients pratiques ; elle peut inspirer au médecin l'idée d'épouser sa malade in extremis, afin de sauver une donation arrêtée en principe au moment où le mariage était contracté. De là une nouvelle difficulté. Le médecin prontera-t-il dans ce cas de l'exception que la jurisprudence admet au profit du mari ? On remarquera que la question ne se présente que pour les donations postérieures au mariage ou pour celles contenues dans le

contrat ; celles qui précèdent n'ont pas été faites au mari, mais seulement au médecin, et par suite elles rentrent dans la règle. — La nullité semblerait devoir être prononcée sans difficulté s'il était démontré que le mariage n'a été contracté par le médecin qu'en vue d'éluder l'application de l'art. 909 : on ne peut se soustraire par un moyen frauduleux à une incapacité légale. Mais ici comme partout la fraude ne se présumera pas, elle devra être prouvée. D'ailleurs la preuve pourra être faite par tous les moyens possibles, même par témoins et par simples présomptions ; c'est le droit commun en matière de fraude.

4° Incapacité de recevoir dont sont frappés les officiers de marine à l'égard des personnes qui se trouvent sur leur bord.

856. Aux termes du nouvel art. 995 (L. 8 juin 1893) :
« Les dispositions insérées dans

» un testament fait au cours d'un voyage maritime, au profit des officiers du bâtiment

» autres que ceux qui seraient parents ou alliés du testateur, seront nulles et non avenues.

» — Il en sera ainsi, que le testament soit en la forme olographe, ou qu'il soit reçu

» conformément aux articles 988 et suivants ». Maîtres sur leur bord après Dieu, les officiers d'un navire en cours de voyage tiennent entre leurs mains les destinées des passagers. La loi redoute leur influence, et l'incapacité dont elle les frappe se trouve présenter une grande analogie avec celle qu'édicté l'art. 909. On remarquera toutefois que l'exception, formulée par l'art. 995 au profit des officiers qui sont « parents ou alliés du testateur », est beaucoup plus large que celle contenue dans l'art. 909.

5° Incapacité relative de recevoir, spéciale aux congrégations religieuses de femmes légalement autorisées et aux membres de ces communautés.

* 857. Cette incapacité est prévue et réglée par les art. 4 et 5 de la loi du 24 mai 1825. Nous donnions le commentaire de ces textes dans les quatre premières éditions du Précis de droit civil. Le défaut d'espace nous oblige à supprimer ce commentaire.

858. Telles sont les incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit. On ne saurait ajouter aucun terme à l'énumération légale qui est essentiellement limitative. Nous en concluons qu'un sourd-muet peut disposer par donation entre vifs, à la condition qu'il puisse faire comprendre sa volonté au notaire qui reçoit l'acte de donation. Et rien ne s'oppose à ce que cette volonté soit traduite par un interprète. Bastia, 18 fév. 1891, D., 92. 2. 53. — De même un concubin peut donner à sa concubine, et réciproquement. Le code civil n'a pas consacré l'incapacité de disposer et de recevoir que notre ancien droit édictait entre concubins. Amiens, 8 fév. 1888, S., 88. 2. 167, et Paris, 14 nov. 1894, D., 95. 2. 115. Sauf aux intéressés à démontrer que la libéralité est le fruit d'une captation frauduleuse, conformément au droit commun. Nous n'admettons même pas avec la cour de cassation que la libéralité soit nulle, lorsqu'elle a pour cause le concubinage (t. II, n. 77 bis et 80 in fine). Cass., 10 août 1885, S., 88. 1. 470, 23 juin 1887, S., 87. 1. 361, et Bastia, 31 juil. 1907, D., 09. 2. 265. A moins qu'il n'apparaisse que les parties ont voulu, sous les apparences d'une donation, faire un véritable contrat à titre onéreux, dans lequel la somme promise est le prix de complaisances coupables, auquel cas tout est nul. Cpr. supra, n. 809 in fine.

§ III. Sanction des différentes incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit.

859. Les dispositions de la loi, qui créent des incapacités de disposer et de recevoir, sont gênantes pour ceux qu'elles atteignent, et il était facile de prévoir qu'on imaginerait mille moyens frauduleux pour en éluder l'application. La loi devait déjouer par avance toutes ces combinaisons ; autrement ses dispositions, dépourvues de sanction, seraient demeurées lettre morte. Une expérience séculaire a démontré que les fraudes les plus usitées consistent, soit à déguiser la libéralité, qu'on veut faire parvenir à un incapable, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit à la faire sous le nom d'une personne interposée. De là l'art. 911 al. 1, ainsi conçu : « Toute disposition au profit d'un incapable sera

» nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux,

» soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ».

— Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle. — La donation n'est nulle que dans les limites de l'incapacité du donataire. Ainsi une donation entre vifs faite à un enfant naturel par son père sera nulle seulement en tant qu'elle excède la limite légale, c'est-à-dire la part de l'enfant dans la succession paternelle (arg. art. 908).

860. La loi prévoit d'abord le cas où la disposition a été déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux. Ainsi un père naturel, qui a déjà donné à son enfant une somme égale ou peut-être supérieure à la valeur de sa part héréditaire future, veut l'avantager au delà de cette limite. Au lieu de lui faire une donation entre vifs, que les intéressés ne manqueraient pas d'attaquer plus tard en se fondant sur l'art. 908, il déclare lui vendre un de ses biens, et lui donne immédiatement quittance du prix sans l'avoir touché ; de sorte que l'enfant est en réalité donataire, mais il paraît être acquéreur à titre onéreux. En dissimulant la libéralité sous ce masque, le disposant espère la soustraire à l'application de l'art. 908. Si l'existence de cette fraude

est démontrée, le contrat sera pris pour ce qu'il est réellement, c'est-à-dire qu'il sera considéré comme une donation et par suite annulé.

Remarquons que la fraude ne se présumera pas. Il est possible après tout que le contrat soit sincère, qu'il ne déguise pas une donation. Les intéressés, qui prétendent que ce contrat n'est autre chose qu'une donation déguisée, devront donc prouver leur assertion. Tous les modes de preuve seront admissibles — c'est le droit commun quand il s'agit de démasquer une fraude — ; donc non seulement la preuve littérale, l'aveu et le serment, mais aussi la preuve testimoniale et même les simples présomptions dont l'appréciation est abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Ainsi, au cas de donation déguisée sous la forme d'une vente, comme nous le supposons tout à l'heure, les juges pourront considérer la fraude comme établie, s'il est démontré que le prétendu acheteur n'a pas pu payer avec ses ressources personnelles la somme représentant le prix de la vente, ou si cette somme ne se trouve pas dans la succession du prétendu vendeur et qu'il soit impossible d'en découvrir la trace. Cpr. Cass., 12 juin 1907, D., 08. 1. 235, S., 10. 1. 30.

861. En deuxième lieu, la loi s'occupe du cas où la libéralité a été faite à l'incapable sous le nom d'une personne interposée. La personne interposée est un intermédiaire choisi par le disposant pour faire parvenir la libéralité à l'incapable ; c'est un prête-nom qui reçoit à la charge de transmettre ; il sert de trait d'union entre le disposant et l'incapable : d'où la dénomination de personne interposée. Ainsi un père adultérin, qui a déjà assuré des aliments à son enfant, lui donnant ainsi tout ce qu'il avait le droit de lui donner (nouv. art. 908 in fine), et qui veut l'avantager au delà de cette limite, fait une donation à un ami avec charge secrète de restitution au profit de l'enfant. Il espère donner le change, et soustraire la libéralité à la nullité en la dissimulant. Si la fraude est découverte,

l'enfant sera considéré comme donataire véritable, et par suite, la donation sera nulle. Mais ici, comme dans le cas de donation faite sous le voile d'un contrat à titre onéreux, la fraude ne se présumera pas ; il faudra que son existence soit prouvée par le demandeur en nullité, qui sera d'ailleurs autorisé à faire cette preuve par tous les moyens possibles. Il y a fraude dès que le donataire apparent a été chargé, même secrètement, de restituer à l'incapable. Cette charge de restitution est connue sous le nom de fidéicommiss, ou mieux fiducie. La loi d'ailleurs n'exige pas que la personne interposée ait été complice du disposant. Sa bonne foi ne sauverait donc pas la disposition de la nullité. Cass., 20 juin 1888, S., 90. 1. 118, D., 89. 1. 25.

D'après la jurisprudence, il n'est pas nécessaire que la charge de restitution résulte d'une déclaration expresse. Les disposants, qui savent que l'existence prouvée du fidéicommiss au profit d'un incapable entraîne la nullité de la donation et par suite la ruine de leurs espérances, se gardent avec soin d'imposer la charge de restitution dans un acte écrit ; ils évitent même quelquefois de l'imposer par une déclaration verbale dont l'existence pourrait être prouvée plus tard, principalement par l'aveu du donataire ou par son refus de prêter serment ; ils en agissent ainsi du moins, quand ils ont la certitude que l'intermédiaire auquel ils s'adressent devinera leurs intentions sans qu'ils les expriment : on se comprend quelquefois à demi-mot et même sans se parler. Ce fidéicommiss tacite, si l'existence en est reconnue, entraînera les mêmes conséquences qu'un fidéicommiss exprès. Comme le dit la cour de Bordeaux, le législateur a évité avec intention de définir les fidéicommiss tacites, parce qu'il a voulu que le pouvoir des tribunaux pût se mouvoir dans un cercle aussi large que la fraude. Besançon, 7 juin 1879, S., 80. 2. 14, D., 81. 1. 257, et Bordeaux, 13 mai 1895, D., 95. 2. 438. Cpr. Bordeaux, 21 déc. 1905, D., 07. 2. 345 et la note.

Mais toujours est-il que la fraude devra être démontrée, fût-ce à l'aide de simples présomptions dont le juge appréciera souverainement le mérite et la gravité. Cass., 9 janv. 1906, S., 06. 1. 407, D., 06. 1. 136, et 7 fév. 1912, D., 12. 1. 433. Un des faits les plus probants, parmi ceux qui pourront être invoqués à titre de présomptions, est la restitution faite à l'incapable par celui qu'on prétend être une personne interposée, et à une époque voisine de la disposition.

862. Par exception à la règle qui vient d'être développée, il y a certains cas dans lesquels l'interposition de personne est présumée de plein droit par la loi, de sorte que les intéressés n'ont plus besoin de la démontrer. « Seront réputées personnes interposées », dit l'art. 911 in fine, « les père et mère, les enfants et descendants » et l'époux de la personne incapable ». C'est l'expérience des faits qui a dicté cette présomption légale, comme toutes les autres. *Præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. En fait, les libéralités adressées au père, à la mère, aux enfants, aux descendants ou à l'époux d'une personne incapable, sont presque toujours destinées à l'incapable lui-même : ce sont là les intermédiaires que le disposant choisit ordinairement, comme étant les plus sûrs, pour faire parvenir la libéralité à son adresse. Mais prouver le rôle qui leur est assigné est chose difficile ; car la fraude se cache. Le législateur dispense les intéressés de toute preuve, en élevant la probabilité d'interposition de personne à la hauteur d'une présomption légale.

Cette présomption peut dans certains cas être contraire à la vérité ; les intéressés qui le prétendent seront-ils admis à en fournir la preuve ? Non ; notre présomption est l'une de celles sur le fondement desquelles la loi annule un acte (la donation), et, aux termes de l'art. 1352, les présomptions de cette nature ne sont pas susceptibles d'être combattues par la preuve contraire. Cass., 22 janv. 1884, D., 84. 1. 117, et Poitiers, 27 fév. 1888, S., 89. 2. 8.

863. Les présomptions légales sont de droit étroit, surtout celles qui aboutissent à une incapacité ; on ne saurait donc les étendre en dehors du cas spécial qu'elles prévoient. C'est à la lumière de ce principe qu'il faut interpréter l'art. 911 in fine. Il répute de droit personnes interposées :

1° Les père et mère de l'incapable, mais non les autres ascendants.

D'ailleurs, la loi ne distinguant pas, la présomption d'interposition de personne s'appliquera au père et à la mère naturels, aussi bien qu'au père et à la mère légitimes. Dijon, 26 déc. 1883, S., 84. 2. 163 ; Orléans, 5 fév. 1885, S., 85. 2. 152, D., 86. 2. 166. La cour de Paris a fait une application remarquable de cette déduction dans l'espèce suivante : Un homme, dont la concubine était enceinte, avait reconnu son enfant pendant que celui-ci était encore dans le sein de sa mère ; puis, toujours avant la naissance de l'enfant, il avait fait une donation à la mère. Celle-ci fut déclarée personne interposée à l'égard de l'enfant, par application de l'art. 911.

2° Les enfants et les descendants de l'incapable.

Les enfants. Il est de jurisprudence que cette expression comprend non seulement les enfants légitimes, mais aussi les enfants légitimés (arg. art. 333), les enfants adoptifs (arg., art. 350), et même les enfants naturels, ce qui est un peu plus douteux.

Les descendants, quel que soit leur degré, lex non distinguit.

3° L'époux de la personne incapable, ou son épouse, bien entendu. La loi ne distinguant pas, il faut en conclure que la présomption d'interposition de personne continue à subsister, même après la séparation de corps prononcée entre l'incapable et son conjoint, bien qu'alors le motif qui a fait établir la présomption n'existe plus. Il en serait autrement au cas de divorce.

Mais la présomption ne s'appliquerait pas au fiancé de l'incapable ; la loi dit : l'époux. On maintient en général cette solution, même dans le cas où la donation est faite au futur époux de l'incapable par son contrat de mariage. N'est-ce pas à tort ? La donation par contrat de mariage est faite sous la condition si nuptiæ sequantur ; elle devient par suite caduque, si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088). Alors n'est-il pas vrai de dire qu'elle est faite en réalité à l'époux plutôt qu'au fiancé ? D'autant plus que la donation par contrat de mariage, comme toutes les autres conventions faites en vue du mariage par ledit contrat, ne produit son effet qu'à partir du mariage ; elle s'adresse donc en réalité à l'époux. Aussi remarquera-t-on que, dans les dispositions où elle réglemente les donations faites par contrat de mariage aux futurs époux ou à l'un d'eux, la loi parle toujours de donations s'adressant aux époux. Voyez la rubrique du chap. VIII de notre titre, et les art. 1081, 1082, 1089, 1090. Ainsi jugé par la cour de Lyon, le 24 novembre 1860, au sujet d'une donation qu'un père naturel avait faite par contrat de mariage au futur conjoint de son enfant. En sens contraire, Cass., 21 janv. 1881, S., 81. 1. 404.

On est d'accord pour admettre que la présomption d'interposition de personne dont nous nous occupons ne frappe pas le concubin ou la concubine de l'incapable, ni ses alliés même les plus proches Cpr. Trib. civ. de Valognes, 6 juin 1907. S., 09. 2. 96.

La loi du 1^{er} juillet 1901, art. 17, a établi contre les congrégations religieuses un certain nombre de présomptions légales d'interposition de personnes. Notamment sont réputées de droit personnes interposées, par rapport à la congrégation dont ils font partie, mais sous réserve de la preuve contraire, les membres de la congrégation pour les dons ou legs à eux faits, à moins que le bénéficiaire ne soit héritier en ligne directe du disposant. Avant cette loi, l'interposition de personne n'était jamais

présumée de droit ; il fallait qu'elle fût prouvée pour que la libéralité pût être annulée. Sur l'effet rétroactif de la loi de 1901, V. Cass., 8 fév. 1904, S., 05. 1. 17.

864. La donation, faite à un incapable par personne interposée, est nulle, non seulement à l'égard de l'incapable, mais aussi à l'égard de la personne interposée ; ce n'est pas elle en effet que le disposant a voulu gratifier.

865. Limites de l'art. 911. — Nous avons dit plus haut que les présomptions d'interposition de personnes, écrites dans l'art. 911 in fine, ne sont pas susceptibles d'être combattues par la preuve contraire ; ce sont des présomptions inflexibles. Elles cesseraient cependant de recevoir leur application dans les cas où il serait matériellement impossible que la donation parvînt à l'incapable, par exemple s'il était mort au moment de l'ouverture du droit. Ainsi un père naturel, dont l'enfant est mort, fait une donation entre vifs à la mère de l'enfant ; la donation ne tombera pas sous le coup de l'art. 911 ; car il est matériellement impossible qu'elle profite à l'enfant.

D'autre part, les présomptions d'interposition de personnes qui nous occupent ne s'appliquent qu'aux incapacités dont il est question dans le chapitre II, auquel appartient l'art. 911. En effet ces présomptions n'ont été évidemment écrites qu'en vue des incapacités que le législateur venait d'édicter. Elles ne recevraient donc pas leur application :

1° A l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle (L. 31 mai 1854, art. 3). La solution contraire conduirait à ce singulier résultat, que le père ou la mère du condamné, ses descendants ou son conjoint ne pourraient recevoir à titre gratuit de personne.

2° Aux incapacités édictées par les art. 975, 997 et 1596.

Nos présomptions ne s'appliquent même pas indistinctement à toutes les incapacités édictées dans notre chapitre. Elles demeurent sans application :

a. A l'incapacité dont l'art. 906 frappe les personnes non conçues. Comme elles ne sont pas encore in rerum natura, elles ne peuvent avoir ni parents ni conjoint.

b. A l'incapacité prévue par l'art. 910. Le motif est le même : les personnes de main-morte ne peuvent avoir ni parents ni conjoint.

c. Ni enfin à l'incapacité prévue par l'art. 912, aujourd'hui abrogé : ce qui résulte de la place même qu'occupe l'article.

. De sorte que, finalement, les présomptions d'interposition de personnes de l'art. 911 ne concernent que les incapacités relatives de disposer et de recevoir édictées dans le chapitre II.

Il n'en est pas de même de la règle écrite dans l'alinéa 1 de l'art. 911. Cette règle, qui a pour but de réprimer des fraudes à la loi, dont l'existence est démontrée, a par sa nature même la plus grande généralité, à tel point qu'on aurait peut être pu se dispenser de la formuler. Elle devra donc s'appliquer dans tous les cas, et même quand il s'agira d'incapacités qui ne sont pas édictées dans notre chapitre, par exemple de l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

866. A qui appartient le droit de demander la nullité ou la réduction de la disposition à titre gratuit faite au profit d'un incapable ou par un incapable ? A toute personne intéressée. C'est la seule solution qu'on puisse admettre dans le silence de la loi. L'action appartiendra donc au disposant et à ses héritiers ou successeurs universels. Et toutefois le nouvel art. 908 contient des règles spéciales en ce qui concerne l'action en nullité de la donation excessive faite à un enfant naturel par son père ou sa mère. V. à ce sujet supra, n. 845.

Le legs universel qui aurait été fait par le disposant à une personne de connivence avec lui, en vue d'enlever à ses héritiers tout intérêt à attaquer la disposition faite à un incapable, devrait être annulé comme fait en fraude de la

loi. Toulouse, 2 janv. 1888, S., 90. 1. 193. Cpr. Cass., 10 janv. 1906, D., 06 1. 449.

Appendice. — De l'époque à laquelle doivent exister la capacité de disposer chez le donateur ou le testateur, et la capacité de recevoir chez le donataire ou le légataire.

867. Il ne suffit pas de savoir quelles personnes sont capables de disposer à titre gratuit, quelles autres capables de recevoir ; il faut rechercher à quelle époque doit exister la capacité soit chez le disposant, soit chez le donataire.

Le code est presque muet sur cette question. Mais il n'est pas impossible de la résoudre à l'aide des principes généraux, combinés avec les données que nous fournit l'ancien droit. Une distinction doit tout d'abord être faite entre la donation entre vifs et le testament.

A. Donation entre vifs.

868. Le plus souvent la donation entre vifs se fait par un seul et même acte, qui contient l'offre du donateur et l'acceptation du donataire. Il faut alors que le donateur soit capable de fait et de droit au moment de la donation : — capable de fait, entendez sain d'esprit ; — capable de droit, c'est-à-dire exempt de toute incapacité juridique, soit absolue, telle que l'incapacité qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle (L. 31 mai 1854, art. 3), soit relative, comme celle qui frappe les mineurs devenus majeurs, dans leurs rapports avec leur ancien tuteur, tant que le compte définitif de la tutelle n'a pas été rendu et apuré.

Quant au donataire, il suffit qu'il soit capable de droit au moment de la donation, c'est à-dire qu'il ne soit alors frappé d'aucune incapacité juridique de recevoir à titre gratuit, soit absolue, soit relative (arg. art. 906 al. 1) ; il n'est pas nécessaire qu'il ait la capacité de fait, c'est-à-dire

la santé d'esprit, la donation pouvant être acceptée en son lieu et place par ses représentants légaux.

Ces règles s'appliquent à la donation conditionnelle comme à la donation pure et simple ; en effet, le contrat devient parfait au moment où les parties échangent leurs consentements, même quand la donation est subordonnée à une condition.

Que décider si la donation n'a pas reçu sa perfection par un seul et même acte, l'acceptation du donataire étant intervenue après coup et par acte séparé (art. 932) ? Il y a alors trois phases à considérer dans la donation : 1° la pollicitation faite par le donateur, c'est-à-dire l'offre qu'il adresse au donataire ; 2° l'acceptation de cette pollicitation par le donataire ; 3° la notification de cette acceptation au donateur.

Le donateur doit avoir la capacité de droit et la capacité de fait au moment de la pollicitation. Cette double capacité doit exister au moment de la notification de l'acceptation ; car c'est à ce moment que le contrat devient parfait. Cpr. infra, n. 936 et 937. Mais il n'est pas nécessaire, à notre avis, que la capacité du donateur ait subsisté pendant tout le temps intermédiaire entre la pollicitation et la notification de l'acceptation. *Media tempora non nocent*.

Quant au donataire, il n'est pas nécessaire qu'il soit capable de fait, c'est-à-dire sain d'esprit, à aucune des trois époques qui viennent d'être indiquées. Mais il doit être capable de droit au moment de l'acceptation et même de la notification de cette acceptation, c'est-à-dire qu'il doit n'être alors frappé d'aucune incapacité juridique de recevoir soit absolue, soit relative au disposant ; car c'est alors que le contrat se forme. Cpr. infra, n. 936 et 937.

B. Testament.

869. Nous avons à envisager ici successivement la capacité du testateur et celle du légataire, et il faut les

envisager à deux époques : celle de la confection du testament et celle de la mort du testateur.

a. — Capacité du testateur. Le testateur doit avoir la capacité de droit aux deux époques qui viennent d'être indiquées, savoir : au moment de la confection du testament, car c'est alors qu'il dispose, et au moment de son décès, car c'est alors qu'il transmet. Quant à la capacité de fait (santé d'esprit), il suffit qu'elle existe chez le testateur au moment de la confection du testament ; peu importe qu'il la perde plus tard.

Voici quelques applications de ces principes. Le testament, fait par un condamné à une peine afflictive perpétuelle, est nul, alors même que le testateur aurait recouvré sa capacité lors de son décès, par exemple par suite d'une amnistie. Est nul également le testament de celui qui meurt sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, bien qu'il ait été fait à une époque antérieure à la condamnation. Le premier testateur avait la capacité de droit lors de son décès, mais il ne l'avait pas lors de la confection de son testament ; en sens inverse, le deuxième avait la capacité de droit lors de la confection de son testament, mais il ne la possédait plus lors de son décès. De même, le testament fait par un mineur âgé de moins de seize ans serait nul (arg. art. 903), alors même qu'il mourrait après l'âge de seize ans. De même aussi, le testament fait par un mineur âgé de seize ans accomplis ne serait valable que dans les limites déterminées par l'art. 904, alors même que le testateur mourrait en majorité. De même enfin, la disposition testamentaire, faite par un mineur âgé de plus de seize ans, au profit de son tuteur, serait nulle, alors même que le testateur mourrait majeur.

On admet généralement qu'il n'est pas nécessaire que le testateur ait conservé la capacité de droit pendant tout le temps intermédiaire entre la confection du testament et le décès. *Media tempora non nocent*.

b. — Capacité du légataire. Il n'est pas nécessaire que le légataire ait la capacité de recevoir, à l'époque de la confection du testament. C'est ce que l'on peut induire de l'art. 906 al. 2, ainsi conçu : « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu

» à l'époque du décès du testateur ». Le défaut d'existence est la plus grande de toutes les incapacités. Eh bien ! si l'incapacité résultant du défaut d'existence à l'époque de la confection du testament ne nuit pas au légataire, à plus forte raison les autres incapacités. Mais il faut que le légataire soit capable, de droit au moins, au moment du décès du testateur ; car c'est à ce moment que la transmission des biens s'opère à son profit. Ainsi le legs sera nul, si le légataire se trouve à cette époque sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle. Serait valable au contraire le legs fait à un condamné à une peine afflictive perpétuelle, qui, lors du décès du testateur, aurait recouvré sa capacité.

Cette règle que le légataire doit être capable de recevoir à l'époque du décès du testateur, doit être appliquée même aux legs conditionnels. Il ne suffirait pas, comme quelques-uns l'ont soutenu, que le légataire fût capable lors de la réalisation de la condition, quand la condition se réalise postérieurement au décès. Sans doute, le droit à un legs conditionnel ne peut être définitivement acquis que quand la condition s'est réalisée : aussi l'art. 1040 déclare-t-il que le legs sera caduc, si le légataire, qui a survécu au testateur, ne survit pas à la réalisation de la condition. Mais, s'il résulte de là que le légataire doit être capable lors de la réalisation de la condition (quand cette réalisation a lieu après le décès), il n'en résulte pas que cela suffise. Même dans les legs conditionnels, le légataire acquiert un certain droit au moment du décès du testateur. C'est un droit imparfait sans doute ; mais enfin le droit existe, et il en résulte notamment que le légataire pourrait, aussitôt après le décès du testateur et avant la réalisation

de la condition, avoir recours aux mesures conservatoires dont parle l'art. 1180. Eh bien ! pour que ce droit, tout imparfait qu'il est, puisse se fixer sur la tête du légataire, il faut qu'il soit capable. Cpr. Bordeaux, 16 août 1881, S., 84. 1. 429, D., 84. 1. 247.

870. Les art. 906 et 910 donnent, lieu à des développements intéressants dans leur application aux fondations.

La fondation n'est qu'un cas particulier de libéralité avec charges : les biens donnés sont affectés par le disposant à une œuvre déterminée. On peut réaliser une fondation de deux manières.

La première, qui est à peu près exclusivement pratiquée en France, consiste à faire une donation entre vifs ou testamentaire à une personne morale déjà existante, avec affectation des biens donnés à l'œuvre que veut réaliser le fondateur. Telle est la fondation de M. le sénateur Dupouy, qui a donné par acte entre vifs cent mille francs à l'Université de Bordeaux, pour la fondation d'un cours de gynécologie à la Faculté de Médecine. Les biens donnés entrent dans le patrimoine de la personne morale donataire ou légataire qui, on le suppose, a été habilitée à accepter, et ces biens demeurent affectés à perpétuité à l'œuvre indiquée par le disposant. Il faut que cette œuvre rentre dans les attributions normales de la personne morale donataire. En effet les personnes morales ont une sphère d'action déterminée, en dehors de laquelle elles sont impuissantes. Cpr. L. 9 déc. 1905, art. 7, § 14, mod. par L. 13 avril 1908, art. 3.

On conçoit un autre mode de réaliser une fondation. Il consiste à personnifier l'œuvre elle-même ou plutôt peut-être le patrimoine affecté à cette œuvre. L'œuvre acquiert alors, le plus souvent sous le nom du fondateur, une personnalité indépendante, elle forme une entité juridique spéciale, elle devient autonome, à la différence de ce qui a lieu quand son exécution est confiée à une personne morale

déjà existante, par exemple à une commune ou à une association investie de la personnalité civile. C'est la fondation proprement dite, usitée dans certains pays et notamment en Angleterre ⁹⁸ et en Allemagne où on la désigne sous le nom de Stiftung. Elle répond à merveille au sentiment de vanité sous l'inspiration duquel agit si souvent le fondateur, qui voit surtout dans la perpétuité de son œuvre un moyen d'assurer la perpétuité de son nom.

En fait, il existe des fondations de ce genre en France. Il suffira d'en citer deux exemples bien connus : la fondation Chabrand-Thibaud, dans le département de Seine-et-Oise, et la fondation Rothschild à Paris. Ce sont deux établissements hospitaliers, reconnus d'utilité publique et par suite investis de la personnalité civile, le premier par un décret du 24 février 1859, le second par un décret du 8 avril 1886. Ces deux établissements ont une personnalité distincte et comme conséquence une administration propre et indépendante. En droit, aucun principe ne paraît s'opposer à l'existence de semblables fondations. Le contraire a été avancé à tort. Ce qui est vrai seulement, c'est que, pratiquement, ces fondations sont chez nous d'une réalisation difficile. En effet, c'est un principe constant de notre droit que l'acquisition de la personnalité civile suppose l'intervention de l'autorité publique, qui ici se manifeste régulièrement par un décret de déclaration d'utilité publique. Or, l'Etat dispense avec une extrême parcimonie la personnalité civile. En fait, il ne l'accorde qu'à des œuvres présentant un caractère d'intérêt général, qui ont manifesté par une existence de fait suffisamment prolongée leur utilité et leur vitalité et sont dotées de ressources suffisantes. De là un obstacle souvent insurmontable à la création de fondations analogues aux Stiftungen de l'Allemagne.

Le fondateur en viendra à ses fins avec une facilité relative, s'il consent à se dépouiller de son vivant. Il

organisera en fait l'œuvre qu'il se propose de fonder. Puis lorsqu'un fonctionnement d'une certaine durée aura démontré son utilité et sa vitalité, il viendra dire au gouvernement : Voilà mon œuvre ; je veux la perpétuer et dans cette vue la doter. La dotation est toute prête, elle se trouve contenue dans un acte de donation que je vous adresse. Mais pour que cette donation puisse produire effet, il faut un donataire. Il y en aura un quand vous aurez investi mon œuvre de la personnalité civile en la déclarant d'utilité publique par un décret que je viens solliciter. Le gouvernement rendra le décret. Il y joindra l'autorisation d'accepter la donation, et, cette acceptation faite, la fondation sera réalisée.

La volonté du fondateur sera d'une réalisation beaucoup plus difficile, s'il ne veut se dépouiller que par testament, c'est-à-dire pour le temps qui suivra sa mort. Un legs fait à l'œuvre qu'il s'agit de fonder serait nul, d'après l'opinion générale, par application de l'art. 906, qui exige que le légataire soit au moins conçu au moment du décès du testateur. En effet, l'œuvre n'existe pas encore comme personne juridique au décès du testateur ; elle ne pourra exister comme telle que plus tard, en vertu du décret qui la déclarera d'utilité publique ; elle doit donc être assimilée à une personne non conçue au moment du décès du testateur. Et il en serait ainsi alors même que le legs serait fait sous la condition que l'œuvre projetée acquît la personnalité civile, l'art. 906 s'appliquant aux legs conditionnels comme aux legs purs et simples, ainsi que nous l'avons vu à la fin du numéro précédent ⁹⁹. Cass., 7 fév. 1912, D., 12. 1. 433.

Il y a un moyen de tourner la loi, qui a été consacré par la jurisprudence. Le fondateur lèguera les biens qu'il veut affecter à sa fondation à un particulier ou à une personne morale déjà existante, à la charge de réaliser la fondation. Le légataire fera ce que faisait tout à l'heure le fondateur

lui-même : il organisera en fait l'établissement projeté, le fera fonctionner pendant un certain temps, obtiendra pour lui la personnalité civile en le faisant déclarer d'utilité publique par décret, et alors il donnera à la nouvelle personne ainsi créée les biens qu'il a lui-même reçus du fondateur. V. notamment en ce sens : Cass., 6 nov. 1888, D., 89. 1. 314, S., 90. 1. 241 ; Haute cour de cassation et de justice de Roumanie, 2 mars 1892, S., 92. 4. 17, D., 93. 2. 1 ; Bordeaux, 13 mai 1895, D., 95. 2. 438. — Cpr. Paris, 17 juin 1892, D., 92. 2. 381. V. cep. Besançon, 26 mars 1891, D., 93. 2. 1 ; Cass., 25 janv. 1893, D., 94. 1. 257, et les notes de M. Beudant ; Cass., 12 mai 1902, D., 02. 1. 425, S., 05. 1. 137, et la note de M. Lévy-Ullmann, et Paris, 1^{er} mars 1900, S., 05. 2. 78.

Il faut reconnaître que cette solution ne va pas toute seule ; elle a soulevé deux objections qui ont entraîné en sens contraire quelques cours d'appel. La première n'a pas une très grande portée. On dit que le legs fait au profit d'un particulier ou d'une personne morale à la charge de fonder une œuvre n'est pas sérieux, puisque, la volonté du testateur une fois réalisée, il ne restera plus rien au légataire des biens qui lui ont été transmis par le testateur. Mais d'abord l'objection s'évanouit lorsque la charge de restitution ne s'applique qu'à une partie des biens légués. S'appliquât-elle à tous, cela paraîtrait, importer assez peu. Il n'est pas de l'essence du legs qu'il procure en définitive un bénéfice au légataire. Ainsi nul ne conteste la validité d'un legs universel grevé de legs particuliers dont l'exécution absorbera tous les biens du disposant, ou d'autres charges égalant ou même dépassant la valeur des biens légués. Aix, 9 mars 1909, D., 09. 2. 310, S., 09. 2. 79. Cpr. infra, n. 1047.

La seconde objection est plus grave. La disposition s'analyse en définitive dans un legs fait par personne interposée au profit de l'œuvre à créer, par conséquent au

profit d'une personne incapable comme n'existant pas au décès du testateur. Le legs est nul par application de l'art. 911. — L'objection pourrait conduire un peu loin. Il faudrait notamment déclarer nul le legs fait sous une charge devant profiler en dernière analyse à des personnes non conçues au décès du testateur, par exemple le legs qui a été fait par M^{me} de Beaumont à la Faculté de droit de Paris à la charge de décerner tous les ans un prix à celui des aspirants au doctorat qui fournira le meilleur mémoire : ce que personne n'oserait probablement proposer. Cpr. Caen, 9 juil. 1894, D., 95. 2. 236. Cet arrêt valide le legs d'une rente perpétuelle destinée à doter chaque année une jeune fille pauvre et honnête d'une commune déterminée. D'un autre côté, si l'on y regarde de près, on voit que ce n'est pas ici la personne morale à créer qui est véritablement légataire, mais bien la personne choisie par le disposant, celui auquel les biens ont été légués. La personne morale à créer est si peu légataire que nous ne lui reconnaissons pas le droit, une fois investie de la personnalité civile, d'agir contre le légataire pour exiger l'exécution de la charge, c'est-à-dire la restitution des biens. Il n'y aura pas, à notre avis, d'autre moyen de contrainte contre le légataire que l'action en révocation qui pourra être exercée contre lui par les héritiers du disposant s'il n'accomplit pas la charge ¹⁰⁰. La cour de cassation a bien jugé le contraire (Cass., 21 juin 1870, S., 70. 1. 367, D., 71. 1. 97, et 8 avril 1874, S., 74. 1. 258), mais, à notre avis, c'est une concession fort compromettante. Enfin il n'y a ici nulle fraude à la loi de la part du disposant, à l'inverse de ce qui arrive, par exemple, quand il a donné ou légué à une congrégation religieuse non reconnue, par l'intermédiaire d'une personne interposée. Quand on fait une fondation, dit Laurent, on n'entend certainement pas donner à un établissement reconnu, puisqu'il s'agit de le créer.

CHAPITRE III

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE ET DE LA RÉDUCTION

SECTION PREMIÈRE

DE LA PORTION DE BIENS DISPONIBLE

* 871. — Historique. I. DROIT ROMAIN. Le droit romain, qui avait d'abord admis pour le père de famille la liberté illimitée de disposer à titre gratuit, restreignit plus tard son droit en l'obligeant à laisser à certains parents privilégiés (descendants et ascendants) une portion déterminée de ses biens, *portio legibus debita*, qu'on appela légitime (*legitima pars bonorum*). Cette obligation, qui était fondée sur un devoir de piété, *ex officio pietatis*, avait pour sanction la *querela inofficiosi testamenti*, lorsque le défunt n'avait rien laissé au légitimaire, et dans le cas contraire une action en complément de la légitime. Pour exercer cette dernière action, il n'était pas nécessaire de se porter héritier du défunt.

II. ANCIEN DROIT. Ici comme ailleurs, s'accuse la divergence entre les pays de droit écrit et les pays de coutume.

a. — Pays de droit écrit. La légitime romaine s'y trouve avec ses principaux caractères. Fondée sur le *jus sanguinis*, et attachée à la qualité de parent plutôt qu'au titre d'héritier, elle est considérée comme une portion des biens et non de l'hérédité. D'où cette conséquence qu'il n'est pas nécessaire de se porter héritier pour pouvoir la réclamer, et que les légitimaires n'en sont pas saisis de plein droit. A

une certaine époque les pays de droit écrit, certains d'entre eux du moins, tout en conservant la légitime, empruntèrent aux pays coutumiers la réserve, dont nous allons parler à l'instant même. A Bordeaux, pays de droit écrit, on avait la légitime doublée de la réserve ; il en était de même à Montpellier.

b. — Pays de coutume. La réserve est puisée dans les entrailles mêmes du droit coutumier. La réserve coutumière ne portait que sur les propres. Elle était dite des quatre-quints, parce qu'elle s'élevait généralement aux quatre cinquièmes des propres. Elle était attribuée en masse aux parents de l'estoc et ligne dont provenaient les propres, à titre de succession AB INTESTAT ; il fallait donc être héritier pour la recueillir, et les parts des renonçants accroissaient aux acceptants. La réserve coutumière ne garantissait les héritiers que contre les dispositions testamentaires faites par le de cujus ; elle n'autorisait pas la réduction des donations entre vifs.

La réserve ayant paru insuffisante, on lui superposa à une certaine époque la légitime, empruntée aux pays de droit écrit, mais en modifiant profondément cette institution. D'une part, en effet, la légitime était considérée comme une partie de la succession ab intestat. D'où cette triple conséquence : 1° que les légitimaires en étaient saisis de plein droit ; 2° qu'elle leur était due en corps héréditaires ; 3° qu'ils n'y avaient droit qu'en qualité d'héritiers. Et toutefois, si le légitimaire ne pouvait réclamer sa réserve par voie d'action qu'à la condition de se porter héritier du défunt, il pouvait, sans prendre ce titre, la retenir par voie d'exception. En d'autres termes, le légitimaire, qui, ayant reçu des biens du défunt en avancement d'hoirie, se trouvait nanti, était autorisé à les conserver jusqu'à concurrence de sa légitime, même en renonçant à la succession. D'autre part, la légitime admise en pays de coutume n'était attribuée qu'aux enfants et descendants, et constituait pour chacun d'eux un droit individuel. Le taux

en était invariablement fixé à la moitié de ce que chaque enfant ou descendant aurait eu en l'absence de dispositions à titre gratuit faites par le défunt (coutume de Paris, art. 298). Pour la détermination de la part de chaque légitimaire, on comptait l'enfant qui renonçait aliquo accepto pour s'en tenir à son don, mais non celui qui renonçait nullo accepta.

Il y avait donc des différences importantes entre la légitime admise en pays de coutume et la réserve coutumière : 1° la légitime s'appliquait à tous les biens, même aux meubles et acquêts ; la réserve, aux propres seulement ; 2° la légitime était attribuée à certains parents seulement, aux descendants ; la réserve, à tous les parents de l'estoc et ligne dont les propres provenaient, par conséquent souvent à des parents éloignés ; 3° enfin la légitime garantissait les héritiers contre toutes les aliénations à titre gratuit émanées du défunt, tandis que la réserve ne les garantissait que contre les dispositions testamentaires.

Au surplus, les légitimaires ne pouvaient demander en cette qualité la réduction des dispositions à titre gratuit faites par leur auteur que dans les cas où ils n'obtenaient pas, par le moyen de la réserve des quatre-quints, la portion qui devait leur revenir ; la légitime n'était donc que subsidiaire à la réserve.

III. DROIT INTERMÉDIAIRE. La législation intermédiaire, afin d'empêcher la concentration des biens entre les mains de quelques familles puissantes, apporta des restrictions tout à fait exagérées au droit de disposer à titre gratuit. Nous n'y insisterons pas, parce que ce n'est pas à cette source que notre législateur a puisé. Bien que les discussions qui ont accompagné la confection de cette partie du code civil ne soient pas très nettes, on peut cependant affirmer que le législateur s'est surtout inspiré, en cette matière, des dispositions de notre ancien droit

coutumier, relatives à la réserve et à la légitime ; il les a combinées les unes avec les autres.

IV. CODE CIVIL. La réserve établie par le code civil diffère principalement de la légitime admise en pays de coutume, en ce qu'elle est accordée, non seulement, comme cette dernière, aux descendants, mais aussi aux ascendants (art. 913 à 915). Elle diffère principalement de la réserve coutumière : 1° en ce qu'elle porte sur tous les biens indistinctement, tandis que la réserve coutumière ne portait que sur les propres de succession ; 2° en ce qu'elle est attribuée seulement aux descendants et aux ascendants, tandis que la réserve coutumière était attribuée à tous les parents de l'estoc et ligne dont provenaient les propres ; 3° en ce qu'elle garantit les héritiers réservataires, non seulement, comme la réserve coutumière, contre les donations testamentaires, mais aussi contre les donations entre vifs.

§ 1. Règles générales relatives à la réserve et à la quotité disponible.

872. Le plus beau privilège du propriétaire consiste dans la faculté de disposer de ses biens à titre gratuit. Mais dans certains cas l'usage illimité de ce droit aurait touché à l'abus. Il existe certains parents, auxquels nous devons une partie de nos biens, parce qu'ils leur sont naturellement destinés : ce sont nos descendants et nos ascendants, ceux à qui nous avons donné la vie et ceux de qui nous l'avons reçue. De notre vivant, la loi nous oblige à leur fournir des aliments, s'ils sont dans le besoin ; elle leur réserve, pour l'époque de notre mort, une certaine partie de nos biens, dont elle ne nous permet pas de les dépouiller par des dispositions à titre gratuit. La portion du patrimoine, qui est ainsi réservée à certains héritiers privilégiés, porte le nom de réserve ; l'autre portion, sur laquelle le propriétaire

conserve un droit de libre disposition, s'appelle quotité disponible.

La réserve peut donc être définie : une partie de la succession, dont les héritiers en ligne directe ne peuvent pas être privés par des dispositions à titre gratuit émanées du défunt. La sanction du droit de réserve est l'action en réduction, à l'aide de laquelle les héritiers réservataires peuvent reconquérir les biens dont le défunt a disposé à titre gratuit au delà des limites de la quotité disponible.

Les seules personnes qui aient droit à la réserve sont les descendants du défunt et ses ascendants, quel que soit d'ailleurs leur degré. C'est ce qui résulte de l'art. 916, ainsi conçu : « A défaut

» d'ascendants et de descendants, les libéralités par actes entre vifs

» ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens ». Les frères et sœurs, et à plus forte raison les autres collatéraux, n'ont donc aucun droit de réserve. Toutefois, il semble exister à ce point de vue un défaut d'harmonie dans le système du code civil : les frères et sœurs du défunt et leurs descendants sont appelés à la succession à l'exclusion des aïeuls et autres ascendants plus éloignés ; et cependant la loi refuse aux premiers un droit de réserve qu'elle accorde aux derniers ; de sorte que « le droit héréditaire le plus fort est moins garanti que le droit héréditaire le plus faible », comme le dit fort bien Demolombe.

873. Pour pouvoir réclamer la réserve, il ne suffit pas d'être parent en ligne directe du défunt ; il faut, de plus : 1° être appelé à la succession ; 2° se porter héritier.

1° Il faut être appelé à la succession. Ainsi, en présence de descendants venant à la succession, les ascendants n'ont droit à aucune réserve, parce qu'ils ne sont pas héritiers. Avant d'être héritier réservataire, il faut être héritier.

2° Il faut se porter héritier, c'est-à-dire venir à la succession, l'accepter soit purement et simplement, soit sous bénéfice d'inventaire. D'où il résulte que celui qui renonce à la succession, ou qui en est écarté comme indigne, n'a aucun droit à réclamer la réserve.

Cela est de tradition *Apud nos non habet legitimam nisi qui heres est*, disait Dumoulin. Et tel est bien encore le système admis par notre législateur. Nous voyons en effet que le code civil n'établit pas la réserve par voie de disposition directe, et par voie d'attribution individuelle à chaque héritier réservataire : ce qui permettrait peut être de dire que la réserve est attachée au jus sanguinis, et indépendante par conséquent du titre d'héritier. Le législateur se borne à déterminer la quotité disponible, c'est-à-dire la partie de son patrimoine dont le défunt a pu disposer au préjudice de ses héritiers réservataires. Il laisse donc la réserve dans la succession *ab intestat*, et il faut évidemment être appelé à celle-ci et la recueillir pour y avoir droit ; car la réserve n'est autre chose que la succession *ab intestat* moins la quotité disponible. En d'autres termes, le seul effet des art. 913, 914 et 915 est d'obliger celui qui a des parents en ligne directe à laisser à leur profit dans sa succession la portion des biens dont la loi lui interdit la disposition. D'autre part, dans de nombreux textes, la loi désigne les réservataires sous le nom & héritiers, donnant ainsi à entendre qu'ils ne peuvent réclamer la réserve qu'en se portant héritiers. C'est ainsi que l'art. 917 parle des « héritiers au profit desquels la loi fait une réserve ». Même langage dans l'art. 930, où il est dit que l'action en réduction peut être exercée « par les héritiers... » Voyez aussi les art. 922, 924, 1004, 1006, 1009 et 1011.

874. Les dispositions de la loi relatives à la réserve sont d'ordre public. La volonté des parties ne peut donc en modifier l'application. Arg. art. 6. Ce principe est constant en doctrine et en jurisprudence. Il en résulte notamment

que la réserve doit parvenir au réservataire franche de toute charge imposée par le de cujus. Elle doit aussi lui parvenir intacte. Le réservataire ne serait donc pas lié par une clause d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité, au moyen de laquelle le de cujus aurait voulu restreindre ses droits sur tout ou partie des biens composant la réserve (arg. art. 581 3° C. pr.).

N° 1. De la réserve des descendants.

I. Réserve des descendants légitimes.

875. Aux termes de l'art. 913 al. 1 : » Les libéralités, soit par

» actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié

» des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ;

» le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois

» ou un plus grand nombre ». Ainsi que nous l'avons déjà remarqué, le législateur ne détermine ici, directement au moins, que la quotité disponible. Mais cela suffit pour faire connaître le montant de la réserve. En effet, la quotité disponible et la réserve formant par leur réunion l'unité qui constitue le patrimoine, il est clair que, la première étant connue, la seconde sera égale à la différence qui existe entre la première et l'entier. Ainsi la loi dit que la quotité disponible est de la moitié du patrimoine quand il y a un enfant ; donc la réserve est de l'autre-moitié. Elle ajoute que la quotité disponible est du tiers quand il y a deux enfants ; donc la réserve est des deux autres tiers. Enfin, la quotité disponible étant du quart quand il y a trois enfants ou un plus grand nombre, la réserve est par cela même du surplus, c'est-à-dire des trois quarts. En un mot, la réserve

est le complément de la quotité disponible, c'est-à-dire qu'elle est égale à ce qu'il faut ajouter à la quotité disponible pour former un entier.

L'idée, qui a servi de point de départ au législateur dans l'art. 913 al. 1, est que la quotité disponible doit être égale à une part d'enfant. Nous voyons en effet qu'en présence d'un seul enfant la quotité disponible est de la moitié, par conséquent égale à la part réservée à l'enfant, qui est de l'autre moitié ; s'il y a deux enfants, la réserve de chacun est d'un tiers, et le disponible d'un tiers également ; de même, s'il y a trois enfants, la réserve de chacun est d'un quart et le disponible d'un quart également. En poursuivant l'application de cette idée, on serait arrivé à dire que la quotité disponible doit être d'un cinquième quand il y a quatre enfants, d'un sixième quand il y en a cinq..., d'un douzième quand il y en a onze..., ainsi que le décidait la loi du 4 germinal an VIII, art. 1. Mais notre législateur a considéré que ce serait restreindre dans des limites trop étroites le droit des pères de famille, auxquels il importe de donner, comme l'a dit Tronchet au conseil d'Etat, « la faculté de récompenser et de punir avec discrétion, celle de réparer entre leurs enfants les inégalités de la nature ou les injustices aveugles de la fortune... en outre la faculté d'exercer des actes de bienfaisance et de reconnaissance envers des étrangers ». D'après l'art. 913, qui adopte ainsi comme minimum le taux que le législateur de l'an VIII avait fixé comme maximum, le père de famille pourra toujours disposer au moins du quart de ses biens.

876. Bien que la loi ne parle dans l'art. 913 al. 1 que des enfants légitimes, il est certain que le droit à la réserve appartient aussi à l'enfant légitimé et à ses descendants (arg. art. 333). et à l'enfant adoptif dans la succession de l'adoptant (arg. art. 350).

II. Réserve des enfants naturels reconnus.

877. La question de savoir si les enfants naturels reconnus ont droit à une réserve avait donné lieu à une vive controverse sous l'empire du code civil de 1804. L'affirmative avait fini par triompher à juste titre en doctrine et en jurisprudence. En effet, le code civil assimilait, à la quotité près, le droit héréditaire de l'enfant naturel reconnu à celui de l'enfant légitime. L'enfant naturel reconnu devait donc avoir une réserve ; autrement son droit héréditaire eût été d'une nature autre que celui de l'enfant légitime. Et puis l'art. 761 n'impliquait-il pas nécessairement l'existence d'un droit de réserve au profit de l'enfant naturel ? Ce texte, aujourd'hui abrogé, autorisait le père naturel à réduire son enfant légalement reconnu à la moitié de sa part héréditaire telle qu'elle était fixée par les art. 755 et 758, en lui faisant une donation entre vifs dans laquelle il exprimait cette volonté ; le père ne pouvait pas lui faire subir par ce moyen une réduction plus forte. Comment admettre alors que le père pût exhériter son fils par le moyen de donations entre vifs ou testamentaires faites à d'autres personnes ?

On était donc à peu près d'accord. Et toutefois, pour supprimer jusqu'à l'ombre d'une incertitude, peut-être aussi pour prévenir les conséquences d'un retour possible de jurisprudence, le législateur de 1896 a cru devoir consacrer le principe par un texte formel qui précise également, toujours conformément aux données de la jurisprudence, le mode de calcul de la réserve des enfants naturels. Le nouvel art. 913 al. 2 porte : « L'enfant naturel légalement

- » reconnu a droit à une réserve. Cette réserve est une quotité de

- » celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime, calculée en observant

- » la proportion qui existe entre la portion attribuée à l'enfant naturel

- » au cas de succession ab intestat et celle qu'il aurait eue

dans

» le même cas s'il eût été légitime ».

Ainsi l'enfant naturel reconnu a un droit de réserve ; c'est un principe aujourd'hui incontestable. Cette réserve est une quote-part de celle que l'enfant aurait eue s'il eût été légitime, et une quote-part précisément égale à celle que la loi lui alloue dans la succession tout entière en l'absence de dispositions entre vifs ou testamentaires faites par son auteur. En d'autres termes, la réserve de l'enfant naturel reconnu est calquée sur sa part héréditaire dans la succession ab intestat, ce qui est logique puisque la réserve n'est qu'une partie de la succession et qu'il est naturel d'appliquer à la partie la même règle qu'au tout. Il faudra donc, pour la détermination de la réserve comme pour la détermination de la part héréditaire de l'enfant naturel reconnu, le supposer un instant légitime, rechercher quelle est la réserve à laquelle il aurait eu droit dans cette hypothèse et lui en attribuer la moitié, les trois quarts ou la totalité suivant les distinctions établies dans les art. 758 à 760.

Nous allons faire l'application de notre principe aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

878. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. Le père ou la mère de l'enfant naturel reconnu laisse, outre cet enfant, des descendants légitimes. D'après notre règle, la réserve de l'enfant naturel sera de la moitié de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Arg. art. 758. Elle sera donc du sixième pour l'enfant naturel qui se trouve en présence d'un seul enfant légitime. En effet, si l'enfant naturel eût été légitime, nous aurions eu deux enfants légitimes venant à la succession, et leur réserve eût été des deux tiers, un tiers pour chacun. Un tiers, voilà donc la réserve que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime. Il lui en revient la moitié, soit un sixième.

On trouverait de même que la réserve d'un enfant naturel reconnu, en présence de deux enfants légitimes, serait d'un

huitième, soit la moitié du quart qui aurait formé la réserve de l'enfant s'il eût été légitime.

S'il existe plusieurs enfants naturels, il faut les considérer comme étant tous simultanément légitimes, et leur attribuer la moitié de la réserve qui leur aurait appartenu dans cette supposition. Ainsi deux enfants naturels en présence d'un enfant légitime auront droit chacun à une réserve d'un huitième (la moitié du quart qui aurait formé leur réserve s'ils eussent été légitimes).

879. Il reste à savoir sur quelle partie de la succession devra se prendre la réserve de l'enfant naturel. C'est toujours le même principe qui doit nous servir de guide. Il faut procéder ici (sauf la quotité) comme l'on procéderait si l'enfant naturel était légitime : ce qui conduira à prélever sa réserve, tantôt sur celle des héritiers légitimes seulement, tantôt sur cette réserve et sur la quotité disponible proportionnellement. En d'autres termes, la réserve de l'enfant naturel doit nuire à tous ceux auxquels elle aurait nui dans une plus forte proportion si l'enfant naturel eût été légitime.

Ainsi, il y a trois enfants légitimes, un légataire universel et un enfant naturel. En l'absence d'enfant naturel, les enfants légitimes auraient eu droit aux trois quarts (art. 913 al. 1), et le légataire universel à un quart. D'autre part, si l'enfant naturel eût été légitime, nous aurions eu quatre enfants légitimes, dont la réserve n'aurait pas été plus forte que celle de trois (art. 913 al. 1) ; par suite, le légataire universel aurait toujours pris le quart, et les quatre enfants se seraient partagé le reste. Donc, en supposant l'enfant naturel légitime, sa présence ne nuirait ici qu'aux autres enfants légitimes, elle ne nuirait pas au légataire universel ; par conséquent, la réserve de l'enfant naturel se prélèvera exclusivement sur celle des enfants légitimes. Autrement, le légataire universel obtiendrait moins en présence de trois enfants légitimes et d'un enfant naturel qu'en présence de quatre enfants légitimes, résultat

inadmissible et qui suffit lui seul à condamner l'opinion d'après laquelle la réserve de l'enfant naturel devrait dans tous les cas être considérée comme une dette de la succession tout entière, et prélevée à ce titre sur la masse, par conséquent sur la réserve des héritiers légitimes et sur la quotité disponible proportionnellement.

Supposons maintenant un enfant légitime, un légataire universel et un enfant naturel. En l'absence d'enfant naturel, la succession se serait divisée par moitié entre l'enfant légitime et le légataire universel. D'autre part, si l'enfant naturel eût été légitime, il y aurait eu deux enfants légitimes, qui auraient pris chacun un tiers, et le légataire universel aurait eu droit à un tiers également. En supposant l'enfant naturel légitime, sa présence aurait donc nui également à l'autre enfant légitime et au légataire universel. Sa réserve restreinte doit leur nuire dans la même proportion et se prélever également sur la part de l'un et sur celle de l'autre, ou, ce qui revient au même, sur la masse de la succession.

On trouverait de même que la réserve de l'enfant naturel doit être prélevée sur la masse de la succession quand l'enfant naturel est en présence de deux enfants légitimes.

880. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. L'enfant naturel est en concours avec des ascendants du défunt. L'application du principe posé par l'art. 913 al. 2 aurait conduit à attribuer à l'enfant naturel, dans cette hypothèse, les trois quarts de la réserve à laquelle il aurait eu droit s'il eût été légitime (arg. art. 759), ce qui eût donné les trois quarts de la moitié, soit trois huitièmes, pour un seul enfant naturel ; les trois quarts des deux tiers, soit six douzièmes, pour deux ; les trois quarts des trois quarts, soit neuf seizièmes, pour trois ou un plus grand nombre. Et cette réserve aurait dû, conformément à ce qui vient d'être dit au numéro précédent, être prélevée exclusivement sur la réserve des ascendants quand il y en a dans les deux lignes, et proportionnellement sur cette réserve et sur la quotité

disponible quand il n'y a d'ascendants que dans une seule ligne. Mais, au point de vue pratique, l'application de ce système donnait lieu à des résultats qui n'ont pas paru satisfaisants. Aussi le législateur de 1896 a-t-il adopté un autre système. Le nouvel art. 915 dispose :

« Lorsque, à défaut d'enfants légitimes, le défunt laisse à la fois

» un ou plusieurs enfants naturels et des ascendants dans les deux

» lignes ou dans une seule, les libéralités par actes entre vifs et par

» testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il

» n'y a qu'un enfant naturel, le tiers s'il y en a deux, le quart s'il y

» en a trois ou un plus grand nombre. Les biens ainsi réservés seront

« recueillis par les ascendants jusqu'à concurrence d'un huitième de

» la succession, et le surplus par les enfants naturels ». Ce texte établit une réserve globale qui est calculée sur le nombre des enfants naturels et égale à celle qui serait attribuée à pareil nombre d'enfants légitimes. Sur cette réserve globale, les ascendants, quel que soit leur nombre, prélèvent une part égale au huitième de la succession tout entière. Le reste de la réserve appartient aux enfants naturels qui le partageront entre eux s'ils sont plusieurs. Ainsi, le défunt ayant laissé un seul enfant naturel et des ascendants, la réserve globale sera de la moitié, soit quatre huitièmes, comme elle le serait s'il y avait un seul enfant légitime (art. 913 al. 1). Les ascendants prendront un huitième, et les trois autres formeront la réserve de l'enfant naturel ; les quatre huitièmes restant formeront la quotité disponible. De même, deux enfants naturels se trouvant en présence d'ascendants, la réserve globale sera des deux tiers de la succession, soit seize vingt-quatrièmes,

comme s'il y avait deux enfants légitimes. Sur ces seize vingt-quatrièmes, l'ascendant en prélèvera trois représentant un huitième de la succession. Il restera treize vingt-quatrièmes pour les deux enfants naturels, soit treize quarante-huitièmes pour chacun. De sorte qu'en prenant une succession dont l'actif net s'élève à 48.000 fr., il y aura 6.000 fr. pour l'ascendant, 13.000 pour chaque enfant naturel et 16.000 pour celui auquel la quotité disponible aurait été léguée. S'il y a trois enfants naturels, la quotité disponible sera d'un quart ou deux huitièmes, la réserve des ascendants de un huitième, et celle des enfants naturels de cinq huitièmes. — Personne ne peut se plaindre, ni les ascendants, qui reçoivent une moitié de leur part héréditaire telle qu'elle est fixée par l'art. 759, ni les enfants naturels, qui semblent bien partagés, du moment qu'on leur donne une réserve égale à celle de pareil nombre d'enfants légitimes, défaction faite de la réserve des ascendants, ni le père de famille, qui peut disposer d'une quotité disponible du quart, du tiers ou de la moitié, suivant le nombre de ses enfants.

La réserve des ascendants est toujours d'un huitième de la succession, quel que soit le nombre des ascendants. Ce huitième devra leur être attribué comme le serait la succession tout entière si elle leur était déférée.

Il paraît singulier, au premier abord, que les ascendants du défunt aient droit à une réserve en présence d'un enfant naturel, tandis que toute réserve leur est refusée en présence d'un enfant légitime. Cela s'explique si l'on songe que l'ascendant est exclu de la succession ordinaire par l'enfant légitime, tandis qu'il n'en est pas exclu par un enfant naturel. On a appliqué à la réserve, qui est une partie de la succession, la même règle qu'à la succession tout entière. D'ailleurs, l'exclusion que subit l'ascendant par suite de la présence d'un enfant légitime trouve une certaine compensation dans le droit aux aliments que la loi lui accorde contre cet enfant qui est son petit-fils ou son

arrière-petit-fils. Pareille compensation n'aurait pas eu lieu au profit de l'ascendant, s'il eût été exclu par l'enfant naturel du défunt. Arg. nouv. art. 757.

M. Thézard a fait observer au sénat que la réserve d'un huitième accordée aux ascendants est bien maigre, que souvent elle sera insuffisante pour faire face aux besoins de leur existence. L'honorable sénateur demandait que, dans cette hypothèse, il fût accordé aux ascendants, à titre de complément, une créance alimentaire contre la succession, à l'imitation de ce qui a été fait en faveur du conjoint survivant. On peut regretter que cette proposition si raisonnable ait été repoussée.

881. TROISIÈME HYPOTHÈSE. L'enfant ou les enfants naturels se trouvent en concours avec des frères ou sœurs ou descendants d'eux. L'application de la règle consacrée par l'art. 913 al. 2 conduit à décider que la réserve de chaque enfant naturel sera égale aux trois quarts de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Arg. art. 759. Elle sera donc des trois huitièmes pour un seul enfant naturel (les trois quarts de la moitié) ; des six douzièmes ou la moitié pour deux enfants naturels (les trois quarts de deux tiers) ; enfin des neuf seizièmes (les trois quarts de trois quarts) pour trois enfants naturels.

La comparaison de ces chiffres avec ceux qui précèdent amène les constatations suivantes :

Un seul enfant naturel a, en présence de collatéraux privilégiés, la même réserve qu'en présence d'ascendants : trois huitièmes dans les deux cas ;

Deux enfants naturels ont une réserve plus forte en présence d'ascendants qu'en présence de collatéraux privilégiés : treize vingt-quatrièmes dans un cas, douze vingt-quatrièmes dans l'autre.

Même résultat pour trois enfants naturels : en présence d'ascendants leur réserve est de cinq huitièmes ou dix seizièmes ; en présence de collatéraux, de neuf seizièmes.

* C'est peut-être une anomalie que l'enfant naturel soit ainsi, dans certains cas, mieux traité en présence d'ascendants, auxquels la loi reconnaît un droit de réserve, qu'en présence de collatéraux privilégiés auxquels tout droit à la réserve est refusé. Mais nous croyons qu'il n'appartient pas à l'interprète de corriger le défaut d'harmonie qu'il trouve dans la loi. C'est ce que nous paraît faire M. Campistron (Des droits successoraux des enfants naturels d'après la loi du 25 mars 1896, 2e éd., n. 172 et s.), lorsqu'il attribue dans notre hypothèse aux enfants naturels en concours avec des collatéraux privilégiés la réserve globale de l'art. 915 tout entière, ce qui revient à leur donner la même réserve que s'ils étaient légitimes. Cette solution ne nous paraîtrait acceptable que si les frères et sœurs ou descendants d'eux avaient été exhérédés. L'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime ne pourrait pas alors faire de doute, puisqu'il n'aurait en face de lui ni descendants légitimes ni ascendants ni collatéraux privilégiés.

882. QUATRIÈME HYPOTHÈSE. Les père ou mère de l'enfant naturel laissent des ascendants et des collatéraux privilégiés (frères ou sœurs ou descendants d'eux).

Si les ascendants sont autres que le père ou la mère, ils sont exclus par les collatéraux privilégiés (supra, n. 510) ; l'enfant naturel ne se trouve donc en concours qu'avec des collatéraux privilégiés, et nous retombons ainsi dans la troisième hypothèse. Cependant si les collatéraux privilégiés renonçaient à la succession, alors l'enfant naturel se trouverait en concours avec les ascendants, et nous retomberions dans la seconde hypothèse.

Si les ascendants laissés par le défunt sont le père ou la mère, alors ceux-ci ont seuls droit à la réserve, à l'exclusion des collatéraux privilégiés. La réserve sera toujours d'un huitième de la succession pour les père ou mère, et le surplus de la réserve globale pour l'enfant ou les enfants naturels.

883. CINQUIÈME HYPOTHÈSE. Le défunt ne laisse ni descendants légitimes ni ascendants légitimes ni collatéraux privilégiés. Alors la réserve de l'enfant naturel sera égale à celle de l'enfant légitime. En effet les droits héréditaires de l'enfant naturel dans la succession ab intestat sont dans ce cas les mêmes que ceux d'un enfant légitime ; il doit en être de même, d'après notre règle, du droit de réserve.

Disposition commune à la réserve des enfants légitimes et à celle des enfants naturels.

884. Le nouvel art. 913 al. 3 dispose : « Sont compris dans le

» présent article, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque

» degré que ce soit. Néanmoins, ils ne sont comptés que pour l'enfant

» qu'ils représentent dans la succession du disposant ». Cette disposition aurait dû être renvoyée après l'art. 915 et ainsi rédigée :

« Sont compris dans les art. 913 et 915 sous le nom d'enfants... » On ne verrait en effet aucun motif, malgré les termes restrictifs en apparence de l'art. 913 al. 3, pour que la signification du mot enfant fût autre dans l'art. 915 que dans l'art. 913.

D'un autre côté, ce n'est pas seulement, comme notre texte semble l'indiquer, lorsque les descendants viennent par représentation de leur auteur prédécédé qu'ils doivent être comptés tous pour la tête de l'enfant dont ils sont issus. Il en est de même des descendants qui viennent de leur propre chef par suite de la renonciation ou de l'indignité de leur auteur. Les mots qu'ils représentent signifient certainement ici : qu'ils REMPLACENT, dont ils sont issus. Ainsi trois petits-fils, issus d'un fils unique renonçant ou indigne et arrivant de leur chef à la

succession de leur aïeul, n'auraient droit qu'à une réserve de la moitié et non des trois quarts. Autrement le fils du défunt pourrait, en renonçant pour faire arriver ses enfants à sa place, augmenter le montant de la réserve, ce qui est inadmissible. Rouen, 12 fév. 1887, S., 88. 2. 42, D., 89. 2. 181.

885. Un enfant légitime, légitimé, adoptif ou naturel ne peut être compté pour le calcul de la réserve qu'autant qu'il est capable de recueillir la succession. Ainsi on ne compterait pas l'enfant qui est mort avant l'ouverture de la succession sans laisser de descendants, ni celui dont l'existence n'est pas reconnue, parce qu'il est absent. Mais on compterait l'enfant qui serait sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle ; car s'il est incapable de recevoir par donation entre vifs ou par testament, il n'est pas incapable de recevoir à titre de succession.

Faut-il compter les enfants renonçants ? Une jurisprudence constante, soutenue par le suffrage de la majorité des auteurs, résout cette grave question dans le sens de l'affirmative ¹⁰¹. Elle a conservé toute son autorité depuis l'apparition de la loi du 25 mars 1896 qui ne touche pas la question.

Quelque inébranlable que paraisse cette jurisprudence, nous nous joignons à la minorité qui en sollicite la réformation au nom des textes et des principes, du triomphe desquels il ne faut jamais désespérer.

Pour soutenir que les enfants renonçants doivent être comptés pour le calcul de la réserve, la cour de cassation dit, et les auteurs répètent après elle, que l'art. 913 détermine la quotité disponible, et par suite la réserve, d'après le nombre des enfants que le défunt laisse, sans distinguer s'ils acceptent ou répudient. — Mais nous avons déjà vu la loi employer plusieurs fois cette expression pour désigner les personnes que le défunt laisse comme héritiers

(voyez notamment les art. 746, 748, 749, 758 à 760) ; pourquoi donc n'aurait-elle pas ici le même sens ? — La cour ajoute qu'aux termes de l'art. 786 la part du renonçant accroît à ses cohéritiers ; donc, dit-elle, quand, sur trois enfants, par exemple, l'un renonce, sa part dans la réserve (qui est une portion de la succession) accroîtra aux enfants acceptants ; par conséquent les deux enfants qui acceptent auront à eux deux la réserve de trois. — Mais l'art. 786, ainsi que nous l'avons expliqué (supra, n. 616), n'est qu'une conséquence, et une conséquence mal déduite, du principe posé par l'art. 785, d'après lequel : « L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier ». C'est donc au principe qu'il faut s'attacher, plutôt qu'à la conséquence. Or, si nous appliquons le principe, que voyons-nous ? C'est que, l'héritier qui renonce étant considéré comme n'ayant jamais été héritier, on ne doit pas le compter pour le calcul de la réserve, pas plus qu'on ne le compterait s'il n'avait jamais existé. D'ailleurs l'art. 786 formule deux conséquences du principe posé par l'art. 785, et, si l'on veut appliquer la première, il faut nécessairement, pour être logique, appliquer aussi la seconde : « s'il [le renonçant] est seul, sa part est dévolue au degré subséquent ». Ce qui conduirait à dire que, s'il y a un seul enfant et qu'il renonce, son droit à la réserve sera dévolu aux ascendants ou aux collatéraux appelés à son défaut. C'est inadmissible, et nul ne l'admet. Cpr. Bordeaux, 31 janv. 1893, S., 93. 2. 285, D., 93. 2. 444. Eh bien ! si l'on est obligé de reconnaître que l'art. 786 est inapplicable ici pour la moitié, autant dire qu'il l'est pour la totalité. Cpr. infra, n. 887.

Il est vrai que notre solution conduit à des résultats qui ne sont pas satisfaisante de tous points ; mais ce n'est pas une raison suffisante pour s'en écarter.

N° 2. De la réserve des ascendants.

886. La réserve des ascendants est fixée par l'art. 914 qui reproduit sans modifications le texte de l'ancien art. 915. L'alinéa 1 de ce texte dispose : « Les libéralités, par actes entre vifs ou par

» testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut

» d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune

» des lignes paternelle et maternelle ; et les trois quarts, s'il ne laisse

» d'ascendants que dans une ligne ».

Le mot ascendants qu'emploie ici la loi est générique, et comprend même les père et mère. Cela posé, le législateur, pour déterminer le montant de la réserve des ascendants, ne se préoccupe pas précisément de leur nombre, mais du point de savoir s'il en existe dans une seule ligne ou dans les deux. La réserve est du quart dans le premier cas, et de la moitié dans le second : ce qui revient

à dire que chaque ligne a droit à une réserve d'un quart, quel que soit le nombre des ascendants qui la représentent. Ainsi la réserve de quatre bisaïeuls appartenant à la même ligne ne sera toujours que d'un quart, tandis que la réserve du père et de la mère serait de la moitié, un quart pour chacun.

L'art. 914 ajoute : « Les biens ainsi réservés au profit des ascendants

» seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle

» à succéder ». Ainsi l'aïeul prendrait toute la réserve affectée à la ligne à laquelle il appartient, à l'exclusion des deux bisaïeuls, père et mère de son épouse prédécédée. Les bisaïeuls ne peuvent ici réclamer une part dans la réserve, parce qu'ils ne sont pas appelés à la succession (art. 746 al. 2). Nouvelle preuve que, pour avoir droit à la réserve, il faut être héritier. D'où il faut conclure que les ascendants n'auraient pas droit à la réserve, s'ils étaient exclus de la succession par des collatéraux. Tel serait le cas

d'un aïeul en présence d'un frère du défunt (art. 750 et 752). Avant d'être héritier réservataire, il faut être héritier.

Enfin l'art. 914 dit dans sa partie finale : « Ils [les ascendants]

» auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage

» en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité

» des biens à laquelle elle est fixée ». On sait que, dans plusieurs cas, les ascendants sont appelés à la succession en concurrence avec des collatéraux ; alors le partage ne devra s'opérer entre les uns et les autres, dans les proportions déterminées au titre Des successions, qu'autant que cette opération devra avoir pour résultat de procurer aux ascendants au moins leur réserve. Dans le cas contraire, les collatéraux n'auront droit qu'à ce qui restera une fois que les ascendants seront remplis de leur réserve. Ainsi le défunt laisse un aïeul paternel, un collatéral maternel et un légataire à titre universel de la moitié des biens. La moitié dont le défunt n'a pas disposé se partagera par portions égales, conformément à l'art. 733, entre le collatéral et l'aïeul, qui se trouvera ainsi rempli de sa réserve d'un quart. Mais si, dans la même hypothèse, on suppose un legs des trois quarts, le quart restant devra être attribué tout entier à l'aïeul, qui autrement n'obtiendrait pas sa réserve.

887. Nous avons déjà remarqué que la loi, qui appelle à la succession les frères et sœurs du défunt et leurs descendants, par préférence aux ascendants autres que le père et la mère, refuse cependant aux premiers le droit de réserve qu'elle accorde aux seconds, de sorte que le droit héréditaire le plus fort est moins garanti que le droit héréditaire le plus faible. Cette anomalie devait nécessairement faire naître des difficultés.

Supposons d'abord que le défunt laisse un frère et un aïeul. Si le frère accepte la succession, il est hors de doute

que l'aïeul ne peut réclamer aucun droit de réserve ; car il n'est pas héritier, et pour être réservataire il faut être héritier.

Mais voilà que le frère renonce à la succession, dont l'actif est peut-être épuisé par les dispositions à titre gratuit émanées du défunt ; l'aïeul se trouve ainsi appelé à la succession. Y viendra-t-il comme réservataire, et pourra-t-il à ce titre demander la réduction des donations faites par le défunt ? L'affirmative nous paraît résulter de l'art. 785, d'après lequel : « L'héritier qui renonce, est censé n'avoir jamais été héritier ». Par suite de cette fiction, l'ascendant vient à la succession comme il y serait venu si le frère n'y eût jamais été appelé, donc comme réservataire. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt du 22 mars 1869 (S., 70. 1. 9). Mais ne s'est-elle pas mise ainsi en contradiction avec elle-même ? La cour décide, nous l'avons vu, que le quantum de la réserve des descendants doit être calculé d'après le nombre des enfants laissés par le défunt, sans distinguer s'ils acceptent ou s'ils renoncent : elle n'a donc égard alors qu'à l'état de choses existant lors du décès, et elle ne tient aucun compte des modifications résultant de la renonciation d'un ou de plusieurs héritiers. Le même principe ne doit-il pas conduire aussi à décider que la renonciation des frères ne peut pas faire naître au profit des ascendants un droit de réserve qu'ils n'avaient pas d'après l'état de choses existant lors du décès ? Si la renonciation d'un fils est un fait indifférent au point de vue du calcul de la réserve, pourquoi en est-il autrement de la renonciation d'un frère ? C'est un argument de plus contre le système de la cour suprême.

Voici maintenant une complication : outre un aïeul et un frère, le défunt laisse un légataire universel. L'aïeul pourra-t-il dire : « Le titre d'héritier, attribué par la loi au frère du défunt, est détruit par l'institution du légataire universel (arg. art. 1006) : c'est donc moi qui me trouve appelé à la

succession ab intestat. J'y viens comme réservataire, et je demande la réduction du legs ». Assurément non. Le titre du frère est bien paralysé par l'institution du légataire universel, mais il n'est pas détruit ; c'est toujours à lui que demeure déférée la succession ab intestat ; et si, pour une cause quelconque, le legs ne produit pas son effet, par exemple par suite du refus du légataire, la succession reviendra au frère, qui aurait aussi incontestablement le droit d'attaquer le testament et de profiter de la nullité.

Mais supposons que le frère renonce à la succession ; l'aïeul pourra-t-il dire : « Maintenant l'obstacle qui m'empêchait d'arriver à la succession est levé, l'héritier qui me précédait étant censé par suite de sa renonciation n'avoir jamais été héritier (art. 785). C'est donc à moi que revient ce titre, et qu'il est censé avoir toujours appartenu ; par suite je l'exerce avec les prérogatives que la loi y attache, et j'invoque mon droit de réserve pour faire réduire le legs universel ». La cour de cassation juge cette prétention bien fondée (dernier arrêt : 3 fév. 1897, D., 97. 1. 601, S., 97. 1. 137), et sa solution nous paraît exacte ; mais nous laissons à la cour suprême le soin de la concilier avec son système relatif aux enfants renonçants qu'elle compte pour le calcul de la réserve. Quoi qu'il en soit, cette solution conduit à un résultat bizarre. L'ascendant, dans l'espèce proposée, a intérêt à ce que le frère renonce, puisque cet événement donnera ouverture à son droit de réserve ; le légataire universel, au contraire, a intérêt à ce que le frère accepte, ou tout au moins à ce qu'il ne renonce pas. Alors il pourra bien arriver que l'ascendant offre une somme d'argent au frère pour obtenir qu'il renonce, et que le légataire universel, de son côté, lui fasse des offres pour qu'il accepte ; de sorte que l'acceptation ou la répudiation du frère, qui pourtant est désintéressé dans la question, sera mise en quelque sorte aux enchères, et qu'il pourra même spéculer pour obtenir par ce moyen l'équivalent d'une réserve que la loi lui refuse. Mais le mal n'est peut-

être pas aussi grand qu'on a bien voulu le dire ; car la renonciation que le frère aurait faite moyennant un prix, équivaldrait à une acceptation (art. 780 in fine), et ne profilerait pas par conséquent à l'ascendant qui l'aurait payée. A défaut de cette ressource d'ailleurs, le légataire universel ne serait pas embarrassé la plupart du temps pour démontrer que la renonciation est frauduleuse et en faire prononcer la nullité (arg. art. 1167). Cass., arrêt précité.

888. Les père et mère naturels légalement connus ont-ils droit à une réserve dans la succession de leur enfant décédé sans postérité ? La loi du 25 mars 1896 n'a pas touché à cette question que le code civil n'avait pas résolue en termes exprès. La question reste donc ce qu'elle était auparavant. Or on était à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence pour reconnaître que les père et mère naturels n'ont droit à aucune réserve. Aucun texte n'accorde de réserve aux père et mère naturels ; ni l'art. 765, qui, de même que l'art. 746 en ce qui concerne les ascendants légitimes, ne concerne que le droit de succession ab intestat ; ni l'art. 915 (art. 914 nouveau) manifestement écrit en vue des ascendants légitimes seulement. Arg. des mots : dans chacune des lignes... et de ceux-ci : en concurrence avec des collatéraux. D'ailleurs si l'on admettait la solution contraire, il faudrait nécessairement, à défaut de texte, assimiler les père et mère naturels aux père et mère légitimes quant à la quotité du droit de réserve, et il arriverait ainsi que les père et mère naturels seraient mieux traités que les enfants naturels, qui ont un droit de réserve inférieur à celui des enfants légitimes : ce qui serait contraire à toute raison, les père et mère naturels méritant moins de faveur que les enfants naturels qui ne sont pas responsables du vice de leur origine. Douai, 29 fév. 1912, S., 12. 2. 216.

N° 3. A qui peut être donnée la quotité disponible.

889. Aux termes de l'art. 919 al. 1 (L. 24 mars 1898) :
« La quotité
» disponible pourra être donnée en tout ou en partie, soit par
» acte entre vifs, soit par testament, aux enfants ou autres successibles
» du donateur, sans être sujette au rapport par le donataire
» ou le légataire venant à la succession, pourvu qu'en ce qui touche
» les dons la disposition ait été faite expressément à titre de préciput
» et hors part ».

* = La quotité disponible pourra être donnée..., SOIT PAR ACTE ENTRE VIFS. Cette disposition signifie que l'on peut faire des donations entre vifs dans les limites de la quotité disponible, mais non que la quotité disponible elle-même peut faire comme telle l'objet d'une donation entre vifs. Une donation entre vifs, ainsi conçue : « Je donne à Pierre ma quotité disponible », serait nulle comme portant atteinte à la règle Donner et retenir ne vaut. En effet, une pareille disposition, qui comprend tout et rien — car d'une part elle s'applique à tous les biens que le disposant laissera, par conséquent même à ses biens à venir, et d'autre part elle ne porte déterminément sur aucun bien, le disposant conservant le droit illimité d'aliéner — viole manifestement les art. 943 et 946. Au contraire, serait valable une disposition testamentaire ainsi conçue : « Je lègue à Paul ma quotité disponible », car on peut par testament disposer de ses biens à venir.

= Aux enfants ou autres successibles du donateur. La loi du 17 nivôse de l'an II, art. 16, interdisait toute disposition préciputaire au profit d'un des successives. Notre législateur, qui entendait repousser ce système, a cru devoir s'en expliquer. Il allait de soi au contraire que la

quotité disponible pouvait être donnée à des étrangers, et il suffisait par suite de le sous-entendre.

* Le testateur peut laisser au légataire de sa quotité disponible le choix des biens qui devront lui être attribués en exécution de son legs. En effet le législateur fixe la quotité disponible à la moitié, au tiers..., à une partie aliquote en un mot du patrimoine, sans dire qu'elle doit se composer de telle ou telle nature de biens. Le testateur peut certainement déterminer lui-même les biens qui formeront sa quotité disponible, et on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas déléguer ce droit à son légataire, sauf à celui-ci à en user raisonnablement. Cass., 29 juil. 1890, S., 91. 1. 5. Cpr. Cass., 16 janv. 1912, D., 12. 1. 501. Il n'y a aucun argument à tirer contre cette solution des art. 826, 832 et 834. Ces articles ne sont pas applicables dans les rapports des légataires avec les héritiers réservataires. Mais ils le sont dans les rapports des héritiers réservataires entre eux, et il s'ensuit qu'il y aurait lieu de considérer comme nulle la disposition testamentaire attribuant à l'un des héritiers réservataires le choix des biens qui devront composer sa part dans la réserve. Orléans, 5 juil. 1889, S., 91. 1. 5.

890. Quel sera l'effet du don ou du legs fait par le défunt à l'un de ses successibles ? Il faut distinguer.

a. — Le don entre vifs a été fait sans clause de préciput, ou bien, s'agissant d'un legs, le défunt a exprimé la volonté qu'il fût rapportable. Le successible en devra le rapport, s'il accepte la succession (art. 843). Au cas où il renoncerait, il aurait le droit de conserver son don ou de réclamer son legs, mais seulement dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

b. — Le don entre vifs a été fait par préciput et hors part, ou bien, s'agissant d'un legs, le défunt n'a pas exprimé la volonté qu'il fût soumis au rapport (art. 843). Le successible donataire ou légataire en prélèvera (*præ capere*, préciput) le montant, s'il accepte, sur la masse

héréditaire, dans les limites de la quotité disponible, et viendra ensuite prendre part, avec les autres successibles, au partage du surplus des biens de la succession ; il cumulera donc sa part héréditaire avec son don ou son legs (art. 844). Que s'il renonce, il pourra seulement retenir son don ou réclamer son legs, toujours dans les limites de la quotité disponible (art. 845).

La dispense de rapport est soumise à des formes solennelles qu'indique la partie finale de l'art. 919 : « La déclaration que le

» don est à titre de préciput et hors part, pourra être faite, soit par

» l'acte qui contiendra la disposition, soit postérieurement, dans la

» forme des dispositions entre vifs ou testamentaires ».

* Lorsque la dispense du rapport survient postérieurement à la disposition, le disposant a le choix entre les deux formes indiquées par notre article. S'il choisit la forme testamentaire, la dispense du rapport sera révocable, comme le sont toutes les dispositions testamentaires. Il importe peu que la dispense s'applique à un don entre vifs, irrévocable comme on le sait.

§ II. Hypothèses particulières.

I. Cas prévu par l'art. 917.

891. La quotité disponible peut être donnée soit à des étrangers, soit à des successibles ; mais elle constitue un maximum, que l'ensemble des libéralités faites par le défunt ne doit jamais dépasser. Les héritiers réservataires ont le droit de demander la réduction de toute libéralité qui, excédant la limite légale, porte atteinte à leur réserve.

Le succès de l'action en réduction est évidemment subordonné à la preuve que la réserve a été entamée. Cette

preuve, qui, suivant les règles du droit commun, est à la charge du demandeur, peut soulever une difficulté grave dans un cas particulier, celui où il s'agit de libéralités consistant en usufruit ou en rente viagère. Ainsi le défunt, qui laisse un enfant et un patrimoine dont l'actif net s'élève à 100.000 fr., a légué à un étranger une rente viagère de 3.000 fr., ou l'usufruit d'un bien valant 75.000 fr. Cette libéralité excède t-elle la quotité disponible, qui dans l'espèce est de 50.000 fr. ? En jouissance, oui certainement. Mais la quotité disponible est de 50.000 fr. en propriété, et il faut savoir si l'usufruit ou la rente léguée représente une valeur supérieure à ce chiffre, si en d'autres termes le capital qui forme l'équivalent de la rente ou de l'usufruit légué est supérieur à 50.000 fr., auquel cas seulement il est vrai de dire que la quotité disponible a été dépassée. Or il est impossible de le dire avec certitude ; car il s'agit d'un droit viager, et, pour mesurer exactement sa valeur, il faudrait connaître l'avenir, savoir combien de temps vivra l'usufruitier ou le rentier. Tout ce qu'il est possible de faire, c'est de supputer les chances de vie et de mort de l'usufruitier ou du rentier, d'après son âge, son état de santé... ; mais l'estimation que l'on fera de la valeur du droit d'après cette base sera nécessairement très incertaine.

L'art. 917 a résolu la difficulté d'une manière fort ingénieuse, en donnant à l'héritier réservataire le choix entre l'exécution pure et simple de la disposition et l'abandon de la quotité disponible en pleine propriété. Estime t-il que le droit viager légué par le défunt n'excède pas en réalité la quotité disponible ? Il exécutera la disposition. Estime-t-il au contraire que sa réserve est entamée ? Il abandonnera au légataire la quotité disponible en pleine propriété, 50.000 fr. dans l'espèce proposée tout à l'heure. C'était peut-être le meilleur moyen de tout concilier. L'héritier réservataire ne peut pas se plaindre, puisqu'on le fait juge en sa propre cause. Le donataire ou le

légataire ne le peut pas non plus, puisqu'on lui abandonne au pis aller tout ce dont le défunt a pu valablement disposer. Il est vrai qu'on dénature ainsi la disposition faite à son profit, en le forçant d'accepter un capital à la place de l'usufruit ou de la rente que le défunt lui a donnée ou léguée ; à ce point de vue notre article contient une dérogation grave au droit commun (art. 1243) ; mais elle a paru nécessaire pour concilier équitablement les intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence.

Nous sommes à même de comprendre maintenant l'art 917, ainsi conçu : « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament

- » est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède

- » la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une

- » réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de

- » faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible ».

Pour que l'héritier réservataire puisse exercer le droit d'option dont nous venons d'indiquer les deux termes, notre article exige que la valeur de l'usufruit ou de la rente excède la quotité disponible. Entendez : la quotité disponible en usufruit. En d'autres termes, il faut que la disposition faite au profit de l'usufruitier ou du rentier excède la jouissance, le revenu de la quotité disponible. Ainsi, la quotité disponible étant de 50.000 fr., et par hypothèse son revenu de 2.500 fr., il y aura lieu à l'option dont parle notre article, dès que le défunt aura donné ou légué, soit l'usufruit d'un bien valant plus de 50.000 fr., soit une rente viagère supérieure à 2.500 fr. Mais au-dessous de cette limite, si par exemple la rente léguée n'est que de 2.000 fr., le droit d'option n'existerait plus. La question ne présente d'ailleurs guère d'intérêt pratique ; car l'héritier réservataire ne sera jamais assez mal inspiré pour offrir en pareil cas l'abandon de la quotité disponible en propriété ;

et, à supposer qu'il fût cette offre, le donataire ou le légataire ne manquerait pas de l'accepter. De sorte qu'en définitive la loi aurait aussi bien fait d'accorder le droit d'option sans condition à l'héritier réservataire.

Jusqu'ici nous avons supposé un seul héritier réservataire. S'il y en a plusieurs, le droit d'option établi par l'art. 917 se divisera entre eux — car aucun texte ne le déclare indivisible — , et par conséquent chacun pourra l'exercer dans tel sens qu'il lui plaira. Supposons qu'il y ait deux héritiers réservataires, et que l'un préfère payer la moitié de la rente viagère qui excède la quotité disponible ; il sera loisible à l'autre de faire abandon de la moitié de la quotité disponible en pleine propriété.

892. L'art. 917 déroge au droit commun, nous en avons fait déjà la remarque. Sa disposition ne doit donc pas être étendue en dehors du cas spécial qu'elle prévoit, et, notamment, ainsi que l'a jugé la cour de cassation, à l'hypothèse d'une disposition en nue propriété. Ainsi, dans l'espèce proposée tout à l'heure, l'art. 917 ne s'appliquerait pas, si le défunt, au lieu de léguer l'usufruit d'un immeuble valant 75.000 fr., en avait légué la nue propriété. Le droit commun reprendrait alors son empire, parce qu'on est en dehors de l'hypothèse exceptionnelle prévue par le texte. La jurisprudence est en ce sens. Cass., G mai 1878, D., 80. 1. 346, et Amiens, 26 fév. 1896, S., 98. 2. 130. Nous reconnaissons volontiers d'ailleurs que le législateur aurait dû assimiler sur ce point, comme le faisait Pothier, les dispositions de nue propriété aux dispositions d'usufruit et de rente viagère ; car il y a eadem ratio, ou plutôt ce sont deux faces d'une même question. Aussi comprenons-nous facilement les hésitations qui se sont produites sur ce point dans la doctrine.

893. Il reste à concilier l'art. 917 avec l'art. 1970. Ce dernier texte dit que la rente viagère constituée à titre gratuit est réductible, quand elle excède la quotité disponible. Cpr. art. 1973. Or il semble résulter de l'art.

917 qu'il n'y aura jamais lieu à cette réduction, puisque l'héritier réservataire doit ou exécuter la disposition ou abandonner la quotité disponible. — La réduction peut être nécessaire dans plusieurs cas, et notamment lorsque le legs d'une rente viagère excédant la quotité disponible est accompagné d'autres legs. Ainsi, la quotité disponible étant de 50.000 fr., le défunt a légué une rente viagère de 3.000 fr. à Paul et un capital de 20.000 fr. à Pierre ; l'héritier réservataire fait l'abandon de la quotité disponible. Il faudra nécessairement opérer la réduction proportionnelle des deux legs (art. 926), et pour cela il est nécessaire d'estimer ce que vaut en capital la rente viagère, eu égard à l'âge et à l'état de santé du crédi-rentier. L'évaluation contenue dans l'art. 13 de la loi de finances du 25 février 1901, n'est obligatoire qu'en matière fiscale.

II. Cas prévu par l'art, 918.

894. « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à

» charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit,

» à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la

» portion disponible ; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la

» masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés

» par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti

» à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en

» ligne collatérale » (art. 918).

Cette disposition a son origine dans l'art. 26 de la loi du 17 nivôse de l'an II, qui avait été édicté pour faire respecter la prohibition du préciput. Le but que s'est

proposé notre législateur en décrétant l'art. 918 est tout à fait différent, ainsi qu'on le verra tout à l'heure.

On appelle aliénation à fonds perdu celle qui est faite moyennant un droit viager, tel qu'un usufruit ou une rente viagère. Le bien aliéné est remplacé dans le patrimoine de l'aliénateur par un droit qui s'éteindra le plus souvent avec lui, et dont, régulièrement, il consommera les produits au fur et à mesure qu'il les percevra ; de sorte qu'à sa mort ses héritiers ne retrouveront plus dans son patrimoine ni le bien aliéné ni sa contre-valeur. C'est pour ce motif que l'aliénation est dite à fonds perdu ; expression qui ne signifie pas que le fonds aliéné est perdu pour l'aliénateur — toute aliénation produit ce résultat —, mais bien qu'il est perdu pour ses héritiers qui ne trouveront dans sa succession ni le bien ni son équivalent. Le fonds, c'est-à-dire le capital, est perdu, en ce sens qu'il n'est pas remplacé par un autre fonds. Ainsi j'aliène à votre profit un immeuble qui vaut 100.000 fr., moyennant l'usufruit d'un autre immeuble de 200.000 fr. qui vous appartient. C'est une aliénation à fonds perdu. Mon droit d'usufruit s'éteindra avec moi ; pendant ma vie j'en aurai vraisemblablement consommé les produits *lautius vivendo*, et par conséquent mes héritiers ne retrouveront dans ma succession ni le fonds ni sa contre-valeur. — L'aliénation à charge de rente viagère, que notre article paraît présenter comme distincte de l'aliénation à fonds perdu, n'en est qu'un cas particulier. Il en est autrement de l'aliénation à charge de rente perpétuelle ; en effet la rente perpétuelle ne s'use pas comme la rente viagère, qui s'éteint à la mort d'une personne déterminée, ordinairement du *crédi-rentier*. Celui qui aliène un bien moyennant une rente perpétuelle, acquiert comme contre-valeur du bien aliéné un autre capital, la rente, que ses héritiers retrouveront un jour dans sa succession ; le fonds n'est donc pas perdu pour eux, il n'est que remplacé. — Quant à l'aliénation avec réserve d'usufruit, elle n'est pas autre chose qu'une

aliénation de la nue propriété, et elle peut être faite soit à fonds perdu, soit moyennant un capital.

L'aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, faite par le défunt au profit de tout autre qu'un de ses successibles EN LIGNE DIRECTE, est présumée sincère, et ne peut pas, sauf le cas de fraude prouvée, être attaquée par les héritiers réservataires du disposant, comme contenant une donation déguisée. Ainsi un père de famille vend à un étranger l'unique immeuble dont il est propriétaire, moyennant une rente viagère de 10.000 fr., dont il consomme chaque année les arrérages. Ses enfants, qui ne retrouvent dans sa succession ni l'immeuble ni sa contre valeur, ne pourront pas inquiéter l'acquéreur. Le contrat est présumé sincère ; et si les héritiers réservataires du disposant soutiennent le contraire, s'ils prétendent qu'il n'est en réalité qu'une donation déguisée, ils devront en fournir la preuve. A cette condition seulement ils en obtiendront la réduction aux limites de la quotité disponible.

Il n'en est plus de même, si l'aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit a été faite par le défunt au profit d'un de ses successibles en ligne directe, c'est-à-dire d'un de ses héritiers réservataires présomptifs au jour de la donation ¹⁰². Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse d'un successible en ligne ascendante ou descendante ; car le texte ne distingue pas. L'aliénation est alors présumée frauduleuse. La loi, ne tenant pas compte du nom que les parties ont donné à l'opération, la considère comme une donation déguisée ; elle présume que la rente viagère, ou le prix de la vente faite avec réserve d'usufruit, ont été stipulés par le disposant sans l'intention de les exiger, que le successible n'a jamais payé les arrérages de la rente ou le prix de la nue propriété, et que les quittances qu'il pourrait présenter sont frauduleuses. C'est l'expérience des faits qui a dicté cette présomption, comme toutes les

autres. La plupart du temps, les aliénations à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit masquent une donation, quand elles sont faites par une personne au profit d'un de ses successibles en ligne directe. Il est donc probable que l'opération n'est qu'une donation déguisée. La loi transforme cette probabilité en une présomption, qui dispense de toute preuve ceux au profit desquels elle est établie (art. 1352 al. 1). Mais comme l'intention manifeste du disposant, en admettant qu'il ait voulu faire une donation, n'a pu être que d'avantager au détriment des autres le successible avec lequel il a traité — cette intention résulte du détour même qu'il a pris en déguisant la donation —, et que ce but ne serait pas atteint si, conformément au droit commun, on obligeait le successible au rapport de ce qu'il a reçu, la loi sous-entend ici une dispense de rapport, que le disposant ne pouvait pas exprimer sans se mettre en contradiction avec lui-même, puisqu'il déclarait contracter à titre onéreux et que la dispense du rapport implique une donation. En un mot, la loi, sans tenir compte du nom que les parties ont donné à l'acte, et au risque d'être quelquefois en désaccord avec la réalité des faits, y voit une donation, mais une donation dispensée du rapport. Aussi notre article décide-t-il que la valeur en pleine propriété du bien donné devra s'imputer sur la quotité disponible, et qu'il y aura lieu, non pas précisément au rapport, comme le dit la loi, mais plutôt à la réduction de l'excédent. Ainsi un père laisse deux enfants ; à l'un il a vendu un immeuble valant 25.000 fr. moyennant une rente viagère de 2.000 fr. ; la quotité disponible, calculée au décès du disposant d'après les règles établies dans les art. 913 et s., est de 20.000 fr. ; elle est intacte, nous le supposons, c'est-à-dire qu'elle n'est pas entamée par d'autres donations. En vertu de la présomption établie par notre article, la prétendue vente dont il s'agit sera considérée comme une donation faite par préciput et hors part. Il faudra donc imputer, comme l'exige notre texte, la

valeur de l'immeuble aliéné, soit 25.000 fr., sur la quotité disponible, qui n'est que de 20.000 fr. On trouve ainsi un excédent de 5.000 fr. qui devra être rapporté à la succession.

895. En résumé, notre législateur, craignant qu'un père de famille ne cherche à avantager l'un de ses successibles en ligne directe au delà des limites de la quotité disponible par le moyen d'aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, établit cette double présomption : 1° que l'acte cache une libéralité ; 2° que le disposant a entendu dispenser cette libéralité du rapport.

La deuxième présomption tempère dans une certaine mesure la rigueur de la première, qui sera quelquefois contraire à la réalité des faits ; car le contrat peut être sincère. Grâce à elle, un successible, qui est en réalité acquéreur à titre onéreux, mais qui ne peut se prévaloir de cette qualité, parce qu'on lui oppose la première présomption, pourra quelquefois conserver à titre de donataire le bien qu'il a légitimement et loyalement acquis. Mais cela n'arrivera pas toujours ; car, si la valeur du bien excède la quotité disponible ou seulement la portion de cette quotité qui n'est pas absorbée par des donations antérieures, l'excédent devra être remis à la masse, et le successible, qui est en réalité acquéreur à titre onéreux, se trouvera en perte d'autant ; dans l'espèce proposée tout à l'heure, il perdrait 5.000 fr.

De là est née la question de savoir si le donataire, qui prétend que le contrat est sincère, contrairement à la présomption de la loi, serait recevable à en fournir la preuve, pour échapper à l'application de l'art. 918. La jurisprudence Cass., 26 juil. 1899, S., 00. 1. 177, D., 02. 1. 433, et Rennes, 14 fév. 1901, D., 03. 2. 441) et la majorité des auteurs admettent la négative. On se fonde sur l'art. 1352 al. 2, qui interdit toute preuve contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule un acte ; or, c'est, dit-on, ce qui a lieu ici : sur le

fondement de cette présomption que le contrat déguise une libéralité, la loi l'annule, du moins en tant que contrat à titre onéreux. Inutilement donc offrirait-on de prouver que le contrat est sincère, la présomption de la loi est inébranlable : c'est une de ces présomptions que les commentateurs appellent *juris et de jure*. — M. Laurent a toutefois fortement ébranlé cette solution, en observant qu'à la différence de la loi du 17 nivôse an II, l'art. 918 n'annule pas l'acte, mais se borne à le transformer : d'un acte à titre onéreux il fait un acte à titre gratuit. Il maintient donc l'acte en réalité, mais à un autre titre ; par suite notre présomption n'est pas de celles sur le fondement desquelles la loi annule un acte : ce qui conduit à dire que l'art. 1352 al. 2 n'est pas applicable, et par conséquent que la preuve contraire est admissible.

En supposant qu'elle ne le soit pas, conformément à l'opinion générale, le successible pourra-t-il tout au moins répéter ce qu'il prouverait avoir payé, par exemple les arrérages de la rente viagère, dont il rapporterait les quittances ? La jurisprudence et la majorité des auteurs admettent la négative. Il y a présomption de fraude, et présomption *juris et de jure*. L'acte n'étant pas présumé sincère, il en doit être de même des quittances qui constatent son exécution. Autrement rien ne serait plus facile que d'éluder indirectement la disposition de la loi.

« 896. L'art. 918 transforme, en vertu d'une présomption légale, un acte à titre onéreux en un acte à titre gratuit. Il n'est donc susceptible de s'appliquer qu'à un acte présentant le caractère d'un acte à titre onéreux, et par conséquent il ne devrait pas recevoir son application à la donation pure et simple de la nue propriété d'un bien, ou, ce qui serait à peu près équivalent, à la donation faite moyennant une rente viagère dont les arrérages ne dépasseraient pas le revenu net du bien donné. Dans l'un et l'autre cas le successible devrait le rapport de l'avantage que le donateur lui a procuré, conformément aux termes du

droit commun. En un mot, quand l'art. 918 parle d'une « aliénation à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit », il entend parler d'une aliénation à titre onéreux. Il y a d'autres textes dans lesquels le mot aliénation est certainement pris en ce sens (v. notamment art. 217).

Mais d'ailleurs l'art. 918 ne distinguant pas, sa disposition est applicable quelle que soit la nature des biens aliénés à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit. Peu importe qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Aix, 26 mars 1904, D., 04. 2. 459.

897. Qui peut invoquer l'art. 918. L'art. 918 a été écrit en vue de sauvegarder le droit de réserve des cohéritiers de celui au profit duquel le défunt a fait l'aliénation suspecte. Par conséquent c'est à eux et à eux seuls qu'appartiendra le droit de se prévaloir de notre disposition, et de réclamer l'imputation et le rapport dont elle parle. Et toutefois ce droit n'appartiendrait pas aux successibles en ligne directe, qui auraient consenti à l'aliénation ; car leur consentement implique qu'ils ont considéré l'acte comme sincère, qu'ils l'ont approuvé ; et il serait injuste de leur permettre, en attaquant l'acte, de revenir sur leur approbation.

Il y a donc un moyen de soustraire à l'application de l'art. 918 les aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, faites par une personne au profit d'un de ses successibles en ligne directe : c'est de faire intervenir à l'aliénation ceux-là mêmes qui auraient lors du décès le droit d'en contester la sincérité, c'est-à-dire les autres successibles en ligne directe. Le consentement qu'ils y donneront emportera renonciation tacite de leur part au droit de l'attaquer plus tard. C'est un pacte sur succession future ; mais la loi l'autorise par dérogation aux règles générales. Rennes, 14 fév. 1901, D., 03. 2. 441. — Il faut faire intervenir tous les successibles ; car ceux-là seulement qui auront consenti à l'acte ne pourront pas l'attaquer. Notre texte est très formel sur ce point. Il est si

formel qu'il est difficile de ne pas reconnaître le droit d'attaquer l'acte à tout successible en ligne directe qui n'y a pas figuré, même à ceux qu'il a été impossible d'appeler à y consentir parce qu'ils n'étaient pas encore conçus à l'époque de l'aliénation. La jurisprudence est en ce sens. La majorité des auteurs incline vers la solution contraire. On invoque surtout l'esprit de la loi, qui a voulu, dit-on, donner aux parties, lorsqu'elles ont l'intention de faire un contrat sérieux, le moyen d'échapper à l'application de l'art. 918. La présence à l'acte des héritiers présomptifs actuellement existants doit donc suffire pour le valider ; car il est bien impossible d'appeler ceux qui n'existent pas encore.

Notre article dit, en terminant, que sa disposition ne pourra jamais être invoquée par les successibles en ligne collatérale. Cette disposition a été reproduite, sans réflexion, de la loi de nivôse an II, où elle avait sa raison d'être parce que la législation alors en vigueur accordait une réserve aux collatéraux. Elle constitue presque une naïveté dans le code civil qui refuse tout droit de réserve aux collatéraux : il était trop clair qu'une disposition destinée à sauvegarder un droit de réserve ne peut pas être invoquée par des héritiers qui n'ont pas de réserve.

* 898. De droit commun, les contrats à titre onéreux passés entre une personne et son successible produisent les mêmes effets qu'entre étrangers. Celui qui soutient qu'un semblable contrat contient un avantage indirect au profit du successible doit en fournir la preuve ; à cette condition seulement il pourra en obtenir le rapport. L'art. 918 déroge à ces principes, et, comme toutes les dispositions qui dérogent au droit commun, il doit recevoir l'interprétation restrictive. Il a donc été jugé avec raison que la disposition de l'art. 918, relative à une aliénation avec réserve d'usufruit, ne doit pas être étendue à une aliénation faite avec réserve d'un droit d'usage ou d'habitation. Cass., 14 janv. 1884, S., 84. 1. 97, D., 84. 1. 253, et Rennes, 14 fév. 1901, D., 03. 2. 441.

Mais, d'un autre côté, un héritier réservataire doit être admis à prouver qu'une aliénation à titre onéreux émanée du défunt a été faite en fraude de son droit de réserve. Et il peut faire cette preuve même par témoins et par présomptions. Pau, 8 fév. 1892, D., 93. 2. 214.

SECTION II

DE LA RÉDUCTION DES DONATIONS ET LEGS

I. Généralités.

899. Aux termes de l'art. 920 : « Les dispositions soit entre vifs,

» soit à cause de mort, qui excéderont la quotité disponible, seront

» réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession ».

La loi désigne sous la dénomination de donations à cause de mort les dispositions testamentaires et les donations dont il est question aux art. 1082 et suivants.

Notre article contient la sanction du droit de réserve : si les libéralités faites par le défunt excèdent dans leur ensemble la limite légale, c'est-à-dire la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi établit la réserve peuvent exiger qu'elles soient ramenées à cette limite. Tel est l'objet de la réduction, qui constitue au profit de l'héritier réservataire une arme tout à la fois défensive et offensive : défensive, en ce sens qu'il peut l'opposer aux donataires ou aux légataires qui viennent lui demander l'exécution d'une disposition entamant sa réserve ; offensive, en ce sens qu'il a une action contre le donataire nanti, pour le forcer à restituer ce qui lui a été donné au delà de la quotité disponible : c'est l'action en réduction, ou en retranchement, comme disaient nos anciens.

Ainsi qu'on le verra bientôt, la réduction a quelquefois pour résultat d'anéantir complètement une donation entre vifs ou testamentaire faite par le défunt. L'expression réduction n'est-elle pas alors impropre ? Non ; car l'opération doit être appréciée et par suite dénommée d'après le résultat qu'elle produit sur l'ensemble des libéralités faites par le défunt. Or, si quelques-unes de ces libéralités peuvent succomber en entier sous le coup de la réduction, il n'arrive jamais que toutes aient le même sort ; dans leur ensemble elles seront donc seulement réduites.

900. Quelles libéralités sont réductibles. — L'art. 920 étant conçu dans les termes les plus généraux, on doit en conclure que la réduction peut atteindre en principe toutes les libéralités, même celles faites sur les revenus (Angers, 23 juin 1897, sous Cass., 2 mai 1899, D., 00. 1. 217), même les donations indirectes et les donations déguisées. Et les intéressés qui demandent la réduction peuvent faire la preuve du déguisement par tous les moyens possibles, même par témoins et par présomptions (arg. art. 1348). Cass., 27 mai 1887, S., 89. 1. 426, et 10 mai 1905, D., 08. 1. 276.

D'autre part, il n'y a pas à tenir compte de la date des donations qui portent atteinte à la réserve. Un enfant légitime peut donc, pour se procurer sa réserve, faire réduire au besoin des donations antérieures à sa naissance, de même qu'un enfant naturel peut faire réduire des donations antérieures à sa reconnaissance.

901. La réserve étant un droit de succession (supra, n. 872), et la réduction n'étant que la sanction de la réserve, il en résulte : 1° que le droit de demander la réduction ne peut prendre naissance qu'au moment où s'ouvre le droit à la réserve elle-même, c'est-à-dire au moment du décès du disposant, ou, comme le dit l'art. 920, de l'ouverture de la succession ; 2° qu'avant cette même époque, un héritier réservataire présomptif ne peut pas renoncer valablement au droit d'attaquer les donations qui porteraient atteinte à

sa réserve ; une semblable renonciation constituerait un pacte sur succession future ; or notre loi prohibe de semblables pactes (arg. art. 791, 1130 et 1600). Cass., 10 juin 1902, S., 04. 1. 121, D., 04. 1. 425 ; voyez cependant une exception à cette règle dans l'art. 918. D'ailleurs, le droit de réserve une fois ouvert, l'héritier réservataire peut renoncer à s'en prévaloir, et sa renonciation peut être expresse ou tacite ; 3° qu'un héritier réservataire ne peut demander la réduction des libéralités qui entament sa réserve, qu'à la condition d'accepter la succession du disposant.

Peu importe d'ailleurs qu'il accepte purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. On trouvera peut-être singulier qu'un héritier pur et simple, qui est tenu *etiam ultra vires hereditatis* des obligations contractées par le défunt, et dont les droits sont aussi mesurés sur ceux du défunt, puisse attaquer, par l'action en réduction, des donations que le défunt était obligé de respecter. Mais cette singularité disparaît, si l'on observe qu'il s'agit d'un droit que les héritiers réservataires tiennent de la loi et non du défunt. Ils l'exercent donc *ex persona sua*, et non *ex persona defuncti*. Cass., 29 oct. 1890, D., 91. 1. 76.

902. Qui peut demander la réduction. — « La réduction des

» dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au

» profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant

» cause ; les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt,

» ne pourront demander cette réduction, ni en profiter » (art. 921).

Les héritiers réservataires peuvent demander la réduction des legs, aussi bien que celle des dons entre vifs, quoique la loi ne parle que de ces derniers. Une fois que le droit de demander la réduction s'est ouvert dans la

personne d'un héritier réservataire, il devient transmissible à ses héritiers ou ayant-cause.

Le droit pour un héritier réservataire de demander la réduction est subordonné à cette condition, que sa réserve soit entamée. C'est à lui qu'il appartient de le prouver, suivant la règle qui met à la charge d'un plaideur la preuve de tous les faits par lui invoqués à l'appui de sa demande. Mais il peut d'ailleurs faire cette preuve par tous les moyens possibles, même par présomptions, car il s'agit de démasquer une fraude à la loi. Cass., 1^{er} avril 1885, S., 86. 1. 168.

Un héritier réservataire, qui trouverait dans la succession des sommes ou des valeurs mobilières suffisantes pour parfaire sa réserve, ne pourrait pas intenter l'action en réduction contre les donataires d'immeubles, sous prétexte qu'il a droit à avoir une partie de sa réserve en immeubles, quand le défunt était propriétaire de biens de cette nature. Les art. 826 et 832, qui permettent à chaque héritier de demander sa part en nature des meubles et des immeubles de la succession, ne sont applicables que dans les rapports des cohéritiers entre eux. D'ailleurs l'art. 920 n'autorise l'action en réduction que quand la réserve a été entamée.

903. L'action en réduction est divisible. Chaque héritier peut l'exercer dans la mesure de son droit héréditaire.

904. Ne peuvent pas, d'après notre article, demander la réduction des dons entre vifs ni en profiter :

1° Les donataires ou les légataires. Cela paraît tellement évident qu'on a quelque peine à comprendre que le législateur ait cru devoir le dire. Les donataires n'ont aucun droit de réserve ; comment donc pourraient-ils prétendre à l'action en réduction, qui n'est que la sanction de ce droit ?

Mais un donataire pourrait fort bien soutenir que la réduction ne doit pas l'atteindre, soit parce que l'héritier réservataire est rempli de sa réserve, soit parce qu'il y a

d'autres donataires qui sont désignés par la loi comme devant être réduits avant lui (art. 923). Ce n'est pas là demander la réduction ni en profiter, mais bien demander à n'être pas réduit, ce qui est tout différent. Et il faut bien qu'il en soit ainsi ; autrement l'héritier réservataire pourrait, sans se soucier de l'ordre établi par la loi, faire réduire telle donation qu'il lui plairait.

2° Les créanciers du défunt. Ils ne peuvent pas demander la réduction des dons entre vifs de leur chef, parce qu'ils n'ont pas de réserve, et ils ne peuvent pas la demander du chef du défunt et comme ayant-cause de celui-ci (art. 1166), parce qu'à ce titre ils ne peuvent exercer que les droits qui appartenaient à leur débiteur ; or le défunt n'aurait pas pu demander la réduction des dons entre vifs par lui faits.

A cela d'ailleurs rien d'injuste. De deux choses l'une, en effet : ou il s'agit d'un créancier dont la créance a pris naissance postérieurement à la donation, et alors il n'a jamais pu acquérir ni espérer aucun droit sur un bien qui était définitivement sorti du patrimoine de son débiteur à l'époque où il a traité avec lui ; ou il s'agit d'un créancier dont la créance a pris naissance à une époque antérieure à la donation, et si, en contractant, il ne s'est fait consentir aucune sûreté spéciale, telle que gage ou hypothèque, il doit subir le sort commun de tous les créanciers qui ont suivi la foi de leur débiteur, c'est-à-dire qu'il doit respecter toutes les aliénations, même à titre gratuit, accomplies par son débiteur. A moins toutefois qu'il n'y ait fraude de la part de celui-ci, auquel cas il y aurait lieu à l'action paulienne (art. 1167).

905. Non seulement les créanciers du défunt ne peuvent pas demander la réduction des dons entre vifs faits par le défunt, mais ils n'ont pas le droit d'en profiter quand elle a été effectuée sur la demande des héritiers réservataires. En effet ce n'est pas en leur faveur que les biens donnés rentrent dans la succession, mais bien au profit des

héritiers réservataires ; par rapport à eux, ces biens étaient définitivement sortis du patrimoine du défunt.

Et toutefois, si les héritiers réservataires ont accepté purement et simplement la succession, comme ils sont devenus ainsi débiteurs personnels des créanciers héréditaires (supra, n. 583), il est clair que tout leur patrimoine servira désormais de gage à ces créanciers, sans en excepter les biens recouverts par l'action en réduction (arg. art. 2092). Les créanciers du défunt profiteront donc alors de la réduction obtenue par l'héritier. Bien plus, ils pourraient la demander de son chef par application de l'art. 1166. Quand donc s'appliquera la disposition de notre article, qui refuse aux créanciers héréditaires le droit de demander la réduction et d'en profiter ? Elle s'appliquera, lorsque la qualité de créanciers personnels de l'héritier ne viendra pas se joindre pour eux à celle de créanciers du défunt : ce qui arrive lorsque l'héritier a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, et peut-être aussi lorsque, l'héritier ayant accepté purement et simplement, les créanciers héréditaires demandent la séparation des patrimoines.

* On dit partout que les créanciers, les donataires et les légataires du défunt, qui ne peuvent, pas demander la réduction des dons entre vifs, peuvent au contraire demander la réduction des legs ; et on fait remarquer en ce sens que l'art. 921 ne parle que de la réduction des dispositions entre vifs. Mais, si l'idée qu'on exprime ainsi est exacte, la formule nous paraît défectueuse. Il est parfaitement vrai que les créanciers du défunt doivent être payés avant les légataires, d'après la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*, et que, si les légataires ont été payés à leur préjudice, ils peuvent agir contre ceux-ci (arg. art. 809). Mais est-ce là exercer une action en réduction contre les légataires ? Autant vaudrait dire qu'un créancier privilégié exerce une action en réduction contre les créanciers chirographaires, quand il demande à être-payé par

préférence à eux. De même, il est parfaitement vrai qu'un donataire, qui n'aurait pas encore été payé au décès du donateur, pourrait demander à être payé par préférence aux légataires, et même agir en restitution contre ceux-ci s'ils avaient été payés à son préjudice. Mais encore une fois est-ce là exercer l'action en réduction ? La preuve que non, c'est qu'il en serait exactement de même dans une succession où tous les biens seraient disponibles, le défunt n'ayant laissé aucun héritier réservataire.

906. En résumé, la réduction soit des dons entre vifs, soit des legs peut être demandée par les héritiers à réserve ou par leurs ayant-cause. Les donataires, les légataires et les créanciers du défunt ne peuvent pas la demander, ni même en profiter quand elle a été effectuée sur la demande des héritiers réservataires.

II. Du calcul de la quotité disponible.

907. Pour savoir s'il y a lieu à la réduction des libéralités faites par le défunt, il ne suffit pas de connaître le montant de ces libéralités et la fraction du patrimoine qui représente la quotité disponible ; il faut de plus savoir à quel chiffre s'élève cette fraction du patrimoine. Ainsi le défunt a donné 50.000 fr. à un ami ; il laisse un fils, et la quotité disponible se trouve par suite être de la moitié (art. 913). La donation excède-t-elle la quotité disponible ? Pour répondre à la question, il faut évidemment savoir quelle est la valeur pécuniaire du patrimoine laissé par le défunt, et par suite de la moitié de ce patrimoine qui représente la quotité disponible. Tel est l'objet du calcul de la quotité disponible. L'art. 922 en indique les éléments : « La réduction se détermine en formant une

» masse de tous les biens existants au décès du donateur ou testateur.

» On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations

» entre vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur

» valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces

» biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à

» la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu dis poser ».

Il résulte de là que, pour calculer le chiffre auquel s'élève la quotité disponible, et juger par suite s'il y a lieu de réduire les libéralités faites par le défunt, il faut reconstituer le patrimoine de celui-ci, tel qu'il se serait trouvé au jour de son décès en l'absence de toute disposition à titre gratuit. Pour cela trois opérations sont nécessaires : 1° on fait la masse des biens laissés par le défunt, et on les estime d'après leur valeur au jour de l'ouverture de la succession ; 2° on y réunit fictivement les biens donnés entre vifs par le défunt, estimés d'après leur valeur au jour de l'ouverture de la succession et en faisant abstraction des améliorations ou des détériorations qui proviennent du chef du donataire ; 3° on déduit les dettes du défunt. C'est sur ce qui reste après cette déduction qu'on calcule la quotité disponible, d'après les bases indiquées par les art. 913 et s. Ainsi le défunt laisse à son décès des biens ayant une valeur de 40.000 fr. ; il a fait des donations entre vifs dont le montant total s'élève à 80.000 fr. ; enfin il laisse 20.000 fr. de dettes. A la masse des biens existants au décès, soit 40.000 fr., nous ajoutons fictivement la valeur des biens donnés, 80.000 fr. ; nous obtenons ainsi un total de 120.000 fr., duquel nous déduisons les dettes égales à 20.000 fr. Il reste 100.000 fr., sur lesquels on calculera la quotité disponible. Elle sera donc de 50.000 fr., si le défunt laisse un fils, et par suite les donations devront être réduites de 30.000 fr.

Il faut examiner en détail chacune des trois opérations dont il vient d'être parlé.

908. 1° Formation de la masse des biens EXSTANTS. On désigne sous ce nom les biens existant à l'époque du décès du disposant. Doivent être compris dans cette masse tous les biens du défunt, de quelque nature qu'ils soient, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.

Les créances du défunt donnent lieu ici à quelques observations particulières. On ne doit tenir aucun compte des créances véreuses, c'est-à-dire de celles dont le débiteur est complètement insolvable. Bourges, sous Cass., 19 juin 1901, D., 01. 1. 517, S., 03. 1. 459. Quant aux créances simplement douteuses, le seul moyen d'arriver à un règlement définitif consiste à les évaluer à forfait par une estimation faite d'un commun accord entre les intéressés, réservataires, d'une part, donataires et légataires, d'autre part.

* Les créances du défunt contre l'héritier réservataire doivent être comprises dans la masse des biens exstants, et cela alors même que l'héritier aurait accepté la succession purement et simplement. On objecte que la créance est éteinte par la confusion (art. 1300), et que par suite on ne doit pas en tenir compte, pas plus que d'une créance éteinte par le paiement ou par la novation ou par toute autre cause légale d'extinction des obligations. La réponse est que la confusion apporte un obstacle matériel à l'exécution d'une obligation, plutôt qu'elle n'éteint cette obligation. La créance est donc réputée existante, en tant qu'on ne se heurte pas à l'obstacle matériel d'où résulte la confusion. Il y a même ceci de particulier que la créance du défunt contre l'héritier réservataire devrait être comprise dans la masse des biens exstants pour sa valeur nominale, alors même que cet héritier serait complètement insolvable ; car, ainsi que le dit la loi romaine, au sujet d'une hypothèse voisine de celle qui nous occupe : quod ad se attinet, dives est.

Les biens légués par le défunt doivent aussi être compris dans la masse des biens exstants. Ils figurent encore dans

son patrimoine au moment où il rend le dernier soupir.

Mais il n'y faudrait pas comprendre les droits viagers dont le défunt était titulaire et qui se sont éteints avec lui, par exemple un droit d'usufruit ou de rente viagère constitué sur sa tête. Il en serait autrement, si le droit d'usufruit ou de rente viagère appartenant au défunt était constitué sur la tête d'un tiers encore vivant au jour de l'ouverture de la succession ; car alors ce droit survivrait au défunt, et se retrouverait dans sa succession.

Les biens exstants doivent être estimés d'après leur état et leur valeur au temps du décès du disposant : c'est en effet à cette époque que se fixe le droit des réservataires, qui est un droit de succession. Il ne faut donc tenir aucun compte des augmentations ou des diminutions de valeur, que les biens exstants ont pu subir depuis le décès, par quelque cause que ce soit. Les experts chargés de faire l'estimation doivent se reporter par la pensée à l'époque du décès et estimer les biens d'après la valeur qu'ils avaient alors.

909. 2° Réunion fictive ; à la masse des biens exstants, des biens donnés entre vifs par le défunt. Cette réunion n'est que fictive, parce qu'elle n'est faite qu'en vue du calcul du disponible, et par conséquent sur le papier seulement.

Doivent être compris dans cette réunion fictive tous les biens dont le défunt a disposé par donation entre vifs, et cela : — quelle que soit la nature de ces biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels ; — quelle que soit l'importance de la donation, fût-elle modique, et sauf à excepter les libéralités qui ne sont pas des donations proprement dites, telles que les aumônes et peut-être aussi les présents d'usage ; — quelle que soit la forme de la donation, fût-elle manuelle, indirecte ou déguisée ; — quelle que soit sa nature ou son caractère, fût-elle mutuelle ou faite en faveur du mariage ou pour cause pie ; — quelle que soit l'époque à laquelle la donation a été consentie, fût-

ce avant la naissance du réservataire, ou avant son adoption s'il s'agit d'un enfant adoptif ; — enfin quelle que soit la personne du donataire, eût-elle été faite à un héritier réservataire, avec ou sans dispense du rapport, et sans distinguer s'il vient ou non à la succession. Et la réunion à la masse, des biens donnés au réservataire, peut être réclamée même par les donataires ou par les légataires, sans qu'on puisse leur objecter qu'ils n'ont pas le droit de demander le rapport aux termes de l'art. 857 ; car ce n'est pas un rapport qu'ils demandent, mais seulement une réunion fictive à la masse, en vue du calcul de la quotité disponible, conformément à l'art. 922. Cass., 29 janv. 1890, S., 90. 1. 335. et 8 déc. 1908, D., 12. 1. 100.

D'après quelle base faut-il estimer les biens donnés ? L'art. 922 répond : « d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur ». — D'après leur état à l'époque des donations, c'est-à-dire qu'il faut faire abstraction des améliorations et des détériorations provenant du fait du donataire. — D'après leur valeur au temps du décès du donateur ; car c'est à cette époque, comme nous l'avons déjà noté, que se fixe le droit des réservataires. Ainsi la loi veut que l'on estime les biens donnés au prix qu'ils vaudraient lors du décès du disposant, s'ils n'étaient jamais sortis de son patrimoine. Tel est certainement le sens de la formule que nous venons de transcrire, formule un peu obscure et même à bien dire inexacte ; car, si on l'appliquait à la lettre, on serait conduit à décider qu'il ne faut pas tenir compte, dans l'estimation des biens donnés, des augmentations ou des diminutions de valeur résultant d'une cause accidentelle, par exemple de l'augmentation résultant d'une alluvion (art. 556), ou de la diminution résultant, d'une avulsion (art. 559) : ce qui serait certainement inexact. Cass., 30 juin 1910, S., 10. 1. 529.

La loi ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que les règles qui viennent d'être exposées devraient être

appliquées à l'estimation des meubles donnés par le défunt, comme à celle des immeubles. Cass., supra. Les meubles devront donc être estimés d'après leur état au temps de la donation et leur valeur au moment du décès. Il y a sur ce point une différence entre la réduction et le rapport (v. art. 868). Peut-être cependant y aurait-il lieu d'estimer les meubles donnés d'après leur valeur au temps de la donation, lorsque ce sont des meubles consommables, ou des meubles destinés à être vendus. La raison en est que, si le défunt n'avait pas donné ces meubles, il les aurait vendus ou consommés, et l'on aurait retrouvé dans son patrimoine lors de son décès le prix de la vente ou une somme égale à la valeur qu'avaient les denrées lors de leur consommation.

Il n'y a pas lieu non plus, pour le calcul de la quotité disponible, de tenir compte des fruits des biens existants ou des biens donnés, échus ou perçus depuis l'ouverture de la succession jusqu'à la liquidation des droits des intéressés. Les droits des parties sont, en effet, définitivement fixés d'après l'état de choses existant au moment de l'ouverture de la succession. Cass., 29 avril 1897, D., 97. 1. 409.

Quant aux biens aliénés à titre onéreux par le défunt, il ne faut pas s'en préoccuper pour le calcul de la quotité disponible : ils ont été remplacés dans le patrimoine du défunt par une valeur que l'on suppose équivalente. L'aliénation à titre onéreux dénature le patrimoine et le transforme, mais elle n'est pas censée l'amoindrir.

910. 3° Déduction des dettes. Après avoir calculé la valeur des biens existants et y avoir fictivement réuni la valeur des biens donnés, le tout suivant les règles qui viennent d'être exposées, on doit, d'après l'art. 922, déduire les dettes du résultat de l'opération.

Il n'y a aucun inconvénient à placer la déduction des dettes en dernier lieu, comme le prescrit l'art. 922, lorsque l'actif laissé par le défunt est supérieur au passif. Mais on est d'accord pour admettre que ce mode de procéder ne

peut plus être suivi, quand le passif est supérieur à l'actif. Ainsi le défunt, qui laisse un fils, a donné entre vifs 100.000 fr. ; on trouve dans son patrimoine, au moment de son décès, 100.000 fr. de biens et 200.000 fr. de dettes. Si on procédait suivant le mode indiqué en l'art. 922, on dirait : « Aux 100.000 fr. de biens existants, il faut ajouter fictivement les 100.000 fr. de biens donnés, ce qui fait 200.000 fr., puis déduire les dettes qui s'élèvent à 200.000 fr. Il reste 0 ; par conséquent la quotité disponible est égale à 0 ». Le donataire devrait donc restituer les 100.000 fr. qu'il a reçus. Or ce résultat est inadmissible. En effet, les 100.000 fr. qui reviendraient ainsi dans la succession par suite de la réduction ne pouvant pas, d'après l'art. 921, servir de gage aux créanciers héréditaires (en supposant que l'héritier réservataire ait accepté sous bénéfice d'inventaire, ce qu'il ne manquera pas de faire dans l'espèce), il en résulterait que l'héritier réservataire aurait le droit de les conserver pour lui. Nous aurions donc une réserve égale à 100.000 fr. et une quotité disponible égale à 0, dans un cas où la quotité disponible doit être égale à la réserve (art. 913). D'autre part, en procédant comme il vient d'être dit, on déduit les dettes du défunt sur des biens qui n'en sont pas grevés, savoir les biens donnés, qui étaient définitivement sortis du patrimoine du défunt pour ses créanciers comme pour lui, et qui par suite échappent à leur droit de gage : ce qui n'est pas admissible, les dettes ne devant rationnellement être déduites que sur les biens affectés à leur paiement.

Comment devra-t-on donc procéder ? C'est fort simple : au lieu de déduire les dettes après avoir réuni fictivement les biens donnés aux biens existants, il faut opérer cette déduction auparavant, et par conséquent sur les biens existants seulement qui seuls forment le gage des créanciers du défunt. Ainsi, dans l'espèce proposée, de la valeur des biens existants, 100.000 fr., on déduira les dettes, 200.000 fr. En algèbre, cela donnerait une quantité

négative, — 100.030 fr. En droit cela donne 0 : résultat qui signifie que les dettes héréditaires absorbent tous les biens exstants et qu'il n'en restera rien. Par suite la quotité disponible se calculera uniquement sur les biens donnés ; elle sera donc de 50.000 fr., et le donataire devra restituer la moitié de ce qu'il a reçu. Ce résultat est très conforme à la justice. Dans l'espèce, le défunt n'a rien laissé, puisqu'il est mort insolvable ; la quotité disponible doit donc se calculer uniquement sur les biens donnés. — Reste une objection. Cette manière de procéder ne viole-t-elle pas l'art. 922, qui place la déduction des dettes en dernier lieu ? On peut répondre qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit*. D'ailleurs cette solution est confirmée par les travaux préparatoires. Enfin elle était admise par Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du code. En ce sens, Cass., 11 fév. 1901, D., 01. 1. 349.

III. Dans quel ordre doit s'opérer la réduction des dispositions à titre gratuit.

911. Le grand principe qui domine toute la matière est celui-ci : Les libéralités doivent être réduites par ordre de dates, en commençant par la plus récente. En effet toute donation, dont le montant réuni à celui des autres donations qui précèdent n'excède pas la quotité disponible, est faite dans les limites du droit que la loi reconnaît au disposant, puisqu'elle n'entame pas la réserve de ses héritiers ; elle doit donc être maintenue. Les seules donations qui portent atteinte à la réserve, et qui par suite peuvent être attaquées par les réservataires, sont celles qui ont été faites à partir du moment où la limite légale a été atteinte ou dépassée. Ainsi la quotité disponible, calculée d'après les bases indiquées en l'art. 922, se trouve être de 20.000 fr ; le défunt a fait une première donation entre vifs de 10.000 fr. en 1905, puis une autre de 5.000 fr. en 1910 ; jusque-là il est resté dans les limites de son droit. En 1912

il a donné 10.000 fr. Cette dernière donation entame la réserve, et devra être réduite sur la demande des réservataires.

Cela posé, toutes les donations testamentaires avant nécessairement pour date le décès du disposant, puisque le testament n'est qu'un projet jusqu'à cette époque (supra, n. 807), il s'ensuit que ces donations sont les dernières dans l'ordre des dates et doivent par conséquent être réduites les premières. C'est ce que dit l'art. 923, 1^{re} partie : « Il n'y aura jamais lieu à réduire les donations

- » entre vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris

- » dans les dispositions testamentaires ». Et l'art. 925 ne fait que tirer une conséquence de ce principe, quand il dit : « Lorsque

- » la valeur des donations entre vifs excédera ou égalera la quotité

- » disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques

- ». Dans ce cas, les dispositions testamentaires ne sont pas seulement réductibles ; elles sont non avenues, caduques, dit énergiquement notre article. Pour qu'il y ait lieu à la réduction proprement dite des donations testamentaires, il faut supposer que les donations entre vifs n'épuisent pas la quotité disponible, mais que les legs excèdent la portion de cette quotité qu'elles laissent libre.

912. En pareil cas, d'après quelles règles les legs devront-ils être réduits ? L'art. 926 répond : « Lorsque les dispositions testamentaires

- » excéderont, soit la quotité disponible, soit la portion de

- » cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations

- » entre vifs, la réduction sera faite au marc le franc, sans

- » aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers ». Ainsi tous les legs devront être réduits au

marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement. L'ordre des dates ne pouvait pas servir à déterminer la préférence entre les divers légataires ; car toutes les dispositions testamentaires, alors même qu'elles sont contenues dans des testaments faits à diverses époques, sont considérées comme ayant une date unique, celle du décès du testateur.

La réduction proportionnelle doit être opérée, dit notre article, sans distinction entre les legs universels et les legs à titre particulier. Le législateur s'est écarté sur ce point des traditions de notre ancien droit coutumier, qui faisait porter la réduction d'abord et jusqu'à épuisement sur les légataires universels. Il a pensé sans doute que la réduction proportionnelle entre tous les légataires sans distinction était plus conforme aux intentions probables du défunt. Son silence ne permet pas de savoir s'il entendait que tel legs fût exécuté de préférence à tel autre ; le mieux n'est il pas alors de maintenir entre tous ses légataires l'égalité proportionnelle qu'il a lui-même établie, c'est à-dire de les réduire tous sans distinction, proportionnellement au montant de leur legs, au marc le franc, comme dit notre article ?

L'opération de la réduction proportionnelle des legs donne lieu à une difficulté particulière au cas où, parmi les dispositions à réduire, se trouvent des legs d'usufruit. Il faut nécessairement en pareil cas évaluer en propriété les legs d'usufruit, afin de réduire au même dénominateur, si l'on peut ainsi parler, les quantités auxquelles la réduction proportionnelle doit être appliquée. Il y a un mode d'évaluation particulier qui est prescrit en matière fiscale. V. L. 22 frim. an VII, art. 14-11° et 15-6°, qui évalue l'usufruit à la moitié de la propriété. L'art. 13 de la loi de finances du 25 février 1901 a remplacé ce mode d'évaluation par un autre basé sur l'âge de l'usufruitier. Mais, à notre avis, ces dispositions ne sont pas obligatoires en dehors du domaine fiscal. Elles s'offrent seulement comme indication au juge chargé d'évaluer une disposition

d'usufruit au point de vue de la réduction proportionnelle de l'art. 926, lorsque les intéressés ne s'entendent pas pour cette évaluation.

La règle de la réduction proportionnelle de tous les legs est établie par l'art. 926 in fine dans des termes tellement absolus, qu'elle doit être appliquée même aux legs de corps certains ; et d'ailleurs eadem est ratio. On objecte que le légataire d'un corps certain en devient propriétaire dès l'instant du décès du testateur (art. 711 et 1014), qu'il doit par suite avoir le droit de revendiquer ce qui lui a été légué, sans se préoccuper de savoir si les légataires de quotité obtiendront, eux aussi, l'exécution intégrale de leur legs. Il faut répondre que, par suite des dispositions combinées des art. 711 et 926, le légataire d'un corps certain n'en devient propriétaire que pour partie, pour la partie que l'application des règles de la réduction proportionnelle lui permet de conserver. Le surplus appartient aux héritiers réservataires qui se trouvent ainsi dans l'indivision avec le légataire, et il y a lieu par suite entre eux à un partage ou à une licitation.

Bien que l'art. 926 ne statue qu'en vue du cas où la réduction des legs est rendue nécessaire par suite de l'atteinte qu'ils portent à la réserve des héritiers, sa disposition, du moins la partie de cette disposition qui ordonne la réduction de tous les legs particuliers sans distinction, paraît devoir être appliquée par analogie, et aussi par identité de motifs, au cas où la réduction devient nécessaire par suite de l'insuffisance de l'actif héréditaire, les legs particuliers dépassant dans leur ensemble la valeur des biens de la succession. Grenoble, 11 fév. 1902, D., 02 2. 58. Il est donc difficile d'approuver un certain nombre de décisions judiciaires qui ont autorisé en pareil cas les légataires de corps certains à obtenir l'exécution intégrale de leur legs, faisant ainsi retomber sur les légataires de sommes d'argent ou de quantités tout le poids de la

réduction à laquelle donnait lieu l'insuffisance de l'actif héréditaire.

913. Bien que l'opération matérielle de la réduction proportionnelle soit principalement une question d'arithmétique, il ne sera pas inutile d'indiquer comment elle doit être effectuée. Voici la règle à suivre. Il faut : 1° rechercher ce que chaque légataire aurait obtenu, si tout le patrimoine du défunt eût été disponible, c'est-à-dire si le défunt n'avait pas laissé d'héritier réservataire ; 2° voir quelle est la somme qui manque aux réservataires pour parfaire leur réserve ; 3° enfin prélever cette somme proportionnellement sur le montant de chaque legs.

Donnons quelques applications : — a. Le défunt laisse un fils et un patrimoine de 100.000 fr., dettes déduites ; il a légué 45.000 fr. à Paul et 30.000 fr. à Pierre, total 75.000fr. En supposant tout le patrimoine du défunt disponible, chaque légataire obtiendrait le montant intégral de son legs, et il resterait 25.000 fr. pour les héritiers légitimes. Le fils héritier réservataire n'est pas obligé, lui, de se contenter de cette somme, qui est inférieure de 25.000 fr. à sa réserve. Eh bien ! il prélèvera ces 25.000 fr. proportionnellement sur le montant de chaque legs. Les legs s'élevant dans leur ensemble à 75.000 fr, et la somme à prélever sur leur montant total étant de 25.000 fr., c'est-à-dire du tiers de 75.000 fr., chaque legs sera réduit d'un tiers, et nous aurons finalement : 50.000 fr. pour l'héritier réservataire, 30.000 fr. pour Paul et 20.000 fr. pour Pierre. — b. Le défunt laisse un fils et un patrimoine de 100.000 fr., dettes déduites ; par son testament il a institué Paul légataire universel, et légué 20.000 fr. à Pierre. S'il n'y avait pas d'héritier réservataire, Paul, légataire universel, paierait à Pierre les 20.000 fr. qui lui ont été légués et garderait le reste pour lui, soit 80.000 fr. Eh bien ! la réserve du fils, qui est de 50.000 fr., sera prélevée proportionnellement sur chacun des deux legs dont l'ensemble s'élève à 100.000 fr., c'est-à-dire que chaque

legs sera réduit de moitié. Finalement Paul aura donc 40.000 fr., Pierre 10 000 fr., et l'héritier réservataire 50.000 fr.

* Il va de soi que les légataires universels ou à titre universel sont désintéressés dans la réduction résultant de l'insuffisance de l'actif héréditaire. Tenus de l'exécution des legs particuliers, les légataires d'universalité n'ont évidemment rien à réclamer quand l'ensemble de ces legs égale et à plus forte raison quand il dépasse l'actif héréditaire. Grenoble, 11 fév. 1902, D., 02. 2. 58. V. cep. Nancy, 28 nov. 108, D., 12. 2. 305, S., 10. 2. 33. Nous n'avons pas dans notre droit d'institution analogue à la quarte Falcidie qui permettait à l'héritier institué de retenir un quart de l'hérédité en faisant subir une réduction correspondante aux légataires, et c'est inutilement que le légataire universel chercherait à se procurer dans l'espèce quelque chose d'équivalent en invoquant l'art. 926.

914. La règle de la réduction proportionnelle étant fondée sur l'intention présumée du défunt, elle ne devait plus recevoir son application lorsque le défunt a manifesté une volonté contraire.

Aussi l'art. 927 dispose-t-il : « Néanmoins, dans tous les cas où le

» testateur aura expressément déclaré qu'il entend qu'un tel legs soit

» acquitté de préférence aux autres, cette préférence aura lieu ; et

» le legs qui en sera l'objet, ne sera réduit qu'autant que la valeur

» des autres ne remplirait pas la réserve légale »

Ce texte exige une déclaration expresse de volonté ; il n'y aurait donc pas lieu de tenir compte de la volonté que le testateur n'aurait manifestée que tacitement. On a redouté vraisemblablement les difficultés et l'incertitude de la preuve d'une pareille intention ; en proscrivant cette preuve d'une manière absolue, la loi a voulu tarir une

source féconde de procès. D'après cela, on ne saurait admettre avec quelques auteurs que certains legs, tels que les legs d'aliments ou ceux faits à titre de restitution, devraient, à raison de leur seule nature, être acquittés de préférence aux autres.

En ce qui concerne les legs faits à titre de restitution, il faut supposer, bien entendu, que le légataire n'a pas d'autre titre que le testament pour demander la restitution ; autrement il serait créancier de la succession, peut-être même propriétaire, et devrait être payé avant les légataires, mais alors il agirait comme créancier ou comme propriétaire, non comme légataire.

D'ailleurs, du moment que le testateur a exprimé clairement sa volonté, peu importe la formule dont il s'est servi, celle de l'art. 927 ou toute autre équivalente. Paris, 9 juil 1901, D., 02. 2. 132.

915. Après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires, on réduit les donations entre vifs, si cela est nécessaire pour parfaire la réserve des héritiers. Cette réduction s'opère en suivant l'ordre inverse de celui des dates ; c'est ce que dit l'art. 923, 2^o partie : « et lorsqu'il y aura lieu à

» cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation,

» et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes ». On devra donc annihiler complètement la donation la plus récente avant d'attaquer celle qui précède, et ainsi de suite. Cette solution était seule compatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations ; toute autre aurait permis au disposant de révoquer en tout ou en partie par de nouvelles donations celles faites antérieurement. Et comme le principe de l'irrévocabilité des donations est d'ordre public, et qu'en conséquence il n'est pas permis d'y déroger (art. 6), on doit en conclure que la réduction des donations s'opérerait dans l'ordre qui vient d'être indiqué,

malgré l'expression la plus formelle d'une volonté contraire du donateur. Cpr. Cass., 10 août 1870, S., 72. 1. 180.

916. Le donataire, atteint par la réduction, est insolvable ; nous supposons d'autre part que l'héritier réservataire n'a pas la ressource d'exercer son action en réduction contre un tiers détenteur des biens donnés v. art. 930) : ce qui arrivera toutes les fois qu'il s'agira d'une donation de somme d'argent, et dans d'autres cas encore. L'héritier réservataire peut-il alors demander à un donataire antérieur ce qu'il ne peut obtenir du donataire insolvable, ou bien ce recours doit-il lui être refusé ? En d'autres termes, l'insolvabilité du donataire, que la réduction devait atteindre, retombe-t-elle sur les donataires antérieurs ou bien sur l'héritier réservataire ? La question est vivement controversée. Polhier a écrit à ce sujet : « Ce donataire ayant dissipé les biens, c'est par rapport à la légitime la même chose que si le défunt qui les lui a donnés les eût dissipés lui-même ». De là il résulterait que la donation dont il s'agit devrait être considérée comme non avenue Par conséquent il n'en faudrait pas tenir compte pour le calcul de la réserve, ce qui diminuera le montant de cette dernière. Mais d'autre part le réservataire pourrait, afin d'obtenir la réserve ainsi calculée, agir en réduction contre les donataires antérieurs, toujours en suivant l'ordre des dates. Cela revient à dire que l'insolvabilité du donataire que la réduction devait atteindre, doit être répartie proportionnellement entre les donataires antérieurs et l'héritier réservataire. Bien que cette solution si équitable soit susceptible de graves objections, elle est peut-être encore la meilleure dans notre droit actuel. Mettre l'insolvabilité du donataire que la réduction devait atteindre à la charge des donataires antérieurs exclusivement, comme le veulent plusieurs auteurs (Cpr. Cass., 11 janv. 1882, S., 82. 1. 129), c'est fournir au disposant un moyen de révoquer des donations par lui faites dans les limites de son disponible : il lui suffira pour

cela de faire une donation de somme d'argent à un nouveau donataire insolvable. Et la solution opposée qui met cette insolvabilité à la charge exclusive de l'héritier réservataire, permet au disposant de détruire par le même moyen la réserve de ses héritiers. En définitive la créance contre le donataire insolvable est une non-valeur, et on n'en doit pas plus tenir compte pour le calcul de la quotité disponible qu'on ne tiendrait compte de la créance qui appartiendrait au défunt contre un débiteur insolvable. Il est entendu au surplus qu'il s'agit seulement de l'insolvabilité existant à l'époque de l'ouverture de la succession ; celle qui surviendrait ensuite nuirait certainement à l'héritier réservataire.

IV. Des effets de la réduction.

917. Nous les connaissons en partie.

a. En ce qui concerne les legs, la réduction les rend caducs pour le tout dans le cas de l'art. 925, et pour partie seulement dans celui de l'art. 926.

b. En ce qui regarde les donations entre vifs, le droit du donataire atteint par la réduction est résolu pour le tout ou pour partie, suivant que le montant de la donation est inférieur ou supérieur à ce qui manque à l'héritier pour parfaire sa réserve. En effet toute donation est consentie sous cette condition implicite, qu'elle sera résolue, si, lors du décès du donateur, elle se trouve dépasser la quotité disponible. Et cette condition, une fois accomplie, rétroagit au jour de la donation (art. 1179) : de sorte que le titre du donataire atteint par la réduction est résolu dans le passé comme dans l'avenir : le droit que la donation a fait naître à son profit est censé n'avoir jamais existé.

Tel est le principe. Etudions maintenant les applications qu'il comporte et les limitations dont il est susceptible.

918. 1° Le réservataire a le droit d'exercer la réduction en nature, c'est-à-dire qu'il peut exiger du donataire la

restitution de tout ou partie de la chose même qu'il a reçue, sans que le donataire puisse obliger le réservataire à accepter à la place une somme d'argent.

Cette règle s'applique en principe aux meubles comme aux immeubles. Elle souffre cependant exception : 1° au cas où la donation a pour objet des choses quæ ipso usu consumuntur, telles que des denrées ; 2° dans l'hypothèse prévue par l'art. 924 (infra, n. 930) ; 3° dans celle prévue par l'art. 930 (infra, n. 920).

919. 2° L'art. 929 contient une deuxième application de notre règle : « Les immeubles à recouvrer par l'effet de la réduction, le

» seront sans charge de dettes ou hypothèques créées par le donataire ». La résolution du droit du donataire d'un immeuble devait nécessairement entraîner par voie de conséquence la résolution de toutes les charges réelles établies de son chef sur cet immeuble (art. 2125). Nous disons : de toutes les charges réelles ; donc non seulement des hypothèques, mais aussi des droits de servitude, d'usufruit, etc. C'est probablement à ces diverses charges que notre article fait allusion par le mot dettes placé à côté du mot hypothèques. L'expression charges eût été plus précise ; on n'a pas voulu l'employer, sans doute pour éviter de dire : sans charge de charges.

« L'art. 929 reçoit son application, même dans le cas où la donation réductible a été déguisée sous le masque d'un contrat à titre onéreux, tel qu'une vente par exemple. Lex non distinguit. La bonne foi du créancier hypothécaire ne le sauverait même pas de la résolution, non plus que l'acceptation pure et simple de la succession par l'héritier. Bordeaux, 29 déc. 1887, D., 89. 2. 225, S., 88. 2. 41, et la noie. Et le créancier hypothécaire, ainsi atteint dans ses droits, ne pourrait pas se porter dans la succession du de cujus créancier d'une indemnité égale au montant du préjudice qu'il éprouve, sous prétexte qu'il subit ce préjudice par le fait du défunt qui l'a induit en erreur en

déguisant la donation et l'a ainsi déterminé à prêter sur hypothèque, alors qu'il se serait abstenu s'il eût connu la vérité. En effet, s'il avait ce droit, la dette, dont la succession serait ainsi tenue envers lui, devant être déduite de la masse des biens sur laquelle on calcule la quotité disponible (art. 922), l'héritier réservataire éprouverait un préjudice précisément égal à celui qu'il subirait s'il était tenu de respecter l'hypothèque. La réserve doit échapper à toute atteinte provenant même indirectement du chef du de cujus. Cass., 29 oct. 1890, D., 91. 1. 76.

920. 3° Ce que nous venons de dire des constitutions de droits réels est également vrai des aliénations consenties par le donataire : elles sont résolues, conformément à la règle *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* ; par suite les héritiers réservataires peuvent revendiquer le bien aliéné par le donataire, contre l'acquéreur ou ses ayant-cause. Le législateur n'a toutefois admis cette conséquence qu'en tempérant sa rigueur par une importante limitation : l'héritier réservataire ne peut agir contre les tiers détenteurs qu'en cas d'insolvabilité constatée du donataire, de sorte que, si le donataire est solvable, le réservataire devra se contenter d'une somme d'argent représentative de la valeur du bien ou de la portion de ce bien nécessaire pour compléter sa réserve. C'est ce qui résulte de l'art. 930, ainsi conçu : « L'action en réduction ou revendication

- » pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs

- » des immeubles faisant partie des donations et aliénés par
- » les donataires, de la même manière et dans le même ordre que

- » contre les donataires eux-mêmes, ET DISCUSSION PRÉALABLEMENT FAITE

- » DE LEURS BIENS. Cette action devra être exercée suivant l'ordre des

- » dates des aliénations, en commençant par la plus

récente ». Quel est le motif de ce tempérament ? Il y a ici deux intérêts en présence : celui du réservataire, qui réclame sa réserve en nature, et celui du tiers détenteur, qui demande à conserver le bien qu'il a légitimement acquis. On ne peut disconvenir que l'héritier réservataire n'a qu'un intérêt secondaire à obtenir sa réserve en nature plutôt qu'en argent : l'important pour lui, c'est d'en être rempli ; le tiers détenteur, au contraire, a un intérêt majeur à ne pas être évincé. Si l'on ajoute à cela que, d'une part, il importe aussi au donataire que l'éviction n'ait pas lieu, à cause du recours en garantie qu'elle peut engendrer contre lui, et que, d'autre part, l'intérêt général, qui exige la libre circulation des immeubles, est aussi en jeu dans la question, on comprendra facilement que la loi ait apporté quelque adoucissement à la rigueur de la solution que dictaient les principes. Cpr. Cass, 10 juin 1902, D., 04. 1. 425, S., 04. 1. 121.

L'insolvabilité du donataire étant une condition nécessaire de la recevabilité de l'action en revendication contre les tiers détenteurs, l'héritier qui intente ladite action doit, d'après les principes généraux, établir cette insolvabilité. Il l'établira en discutant les biens du donataire. La discussion se fera suivant les règles du droit commun, sans qu'il y ait lieu d'appliquer les dispositions restrictives de l'art. 2023, spéciales au bénéfice de discussion qui appartient à la caution.

Le tiers détenteur, poursuivi par l'action en revendication, pourrait y échapper en payant à l'héritier réservataire la somme que celui-ci a inutilement demandée au donataire dont il a discuté les biens. Comprendrait-on que le tiers détenteur, qui peut forcer l'héritier à se contenter d'une somme d'argent payée par le donataire, ne pût pas offrir lui-même cette somme à l'héritier ?

Est-il besoin de dire que le tiers détenteur, évincé par l'héritier réservataire, aura, s'il est acquéreur à titre onéreux, un recours en garantie contre le donataire dont il

tient ses droits, recours qui pourra devenir utile, si le donataire revient à meilleure fortune ?

Même restreinte dans les limites qui viennent d'être indiquées, la disposition de la loi, qui accorde à l'héritier réservataire un recours contre les tiers détenteurs, n'est-elle pas d'une rigueur excessive ? Non ; car les tiers acquéreurs ont pu prévoir ce recours : en consultant le titre de l'aliénateur, ils auraient vu que celui-ci était donataire, que par suite son droit était résoluble pour le cas où la donation se trouverait porter atteinte à la réserve des héritiers du donateur, et qu'en conséquence il ne pouvait conférer que des droits affectés de la même chance de résolution.

921. L'art. 930 ne parle que des immeubles ; en faut-il conclure que sa disposition est inapplicable aux meubles, et que par suite les meubles, faisant l'objet d'une donation qui excède la quotité disponible, ne pourront jamais être revendiqués contre les tiers détenteurs, en cas d'insolvabilité du donataire ? Dans la plupart des cas, les tiers acquéreurs des meubles donnés seront protégés par la maxime En fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279), qui s'oppose en principe à la revendication des meubles. Mais il y a des hypothèses où cette maxime n'est pas applicable. D'abord elle ne s'applique pas aux meubles incorporels. D'autre part, son application aux meubles corporels suppose la bonne foi chez le possesseur et peut-être un juste titre. Eh bien ! dans les divers cas où l'acquéreur des meubles donnés ne sera pas protégé par notre maxime, pourra-t-il être inquiété par l'héritier réservataire, si le donataire est insolvable ? Nous adoptons l'affirmative. En effet ici, comme dans le cas où la donation porte sur un immeuble, le donataire n'a acquis qu'un droit résoluble ; comment donc aurait-il pu conférer un droit incommutable ? On objecte que l'art. 930 ne parle que des immeubles. Il faut répondre qu'ici comme ailleurs *lex statuit de eo quod plerumque fit* : les cas où la

revendication d'un meuble sera possible contre un tiers acquéreur étant infiniment rares, le législateur ne s'en est pas préoccupé. Et quant à l'objection qui consiste à dire que « le donateur peut être censé en donnant les meubles avoir conféré au donataire le pouvoir de les vendre irrévocablement », elle perd toute sa force, si l'on considère que le donateur, qui n'aurait pas pu, s'agissant d'une donation qui excède le disponible, rendre le donataire propriétaire irrévocable, en eût-il exprimé la volonté de la manière la plus formelle, n'a pas pu davantage conférer au donataire le droit d'aliéner irrévocablement.

922. Evidemment, l'action en réduction ne peut être dirigée contre les acquéreurs d'un donataire qu'autant que ce donataire est lui-même sujet à la réduction. Tel est le sens de ces expressions de l'art. 930 : de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux mêmes. Si un donataire, sujet à réduction pour partie, a fait successivement plusieurs aliénations partielles qui ne laissent plus entre ses mains une portion du bien suffisante pour parfaire la réserve, le réservataire devra, après avoir discuté préalablement le donataire, attaquer d'abord l'aliénation la plus récente, puis celle qui précède immédiatement, et ainsi de suite (art. 930 in fine). Les premières aliénations seront ainsi maintenues. Et en effet, devenu propriétaire irrévocable dans les limites de la quotité disponible, le donataire a pu dans cette limite conférer des droits irrévocables sur le bien donné.

923. La disposition de l'art. 930 est applicable aux sous-acquéreurs, qui ne sont que des acquéreurs en sous-ordre, des acquéreurs de seconde main. Les sous-acquéreurs ne peuvent donc être attaqués que dans l'ordre où pourraient l'être les acquéreurs dont ils tiennent leurs droits.

924. La loi n'a pas parlé des améliorations ou des détériorations résultant du fait du donataire ou du tiers détenteur. Ces améliorations ou ces détériorations

donneraient lieu à une indemnité soit au profit du donataire, soit à sa charge. On pourrait appliquer par analogie pour le calcul de cette indemnité, les règles écrites dans les art. 861 à 864, qui paraissent être l'expression du droit commun en cette matière.

925. 4° L'application rigoureuse de notre principe aurait conduit à décider que le donataire est tenu de restituer, avec la chose donnée, tous les fruits qu'il en a retirés. Le législateur n'a pas admis cette conséquence. En effet, l'art. 928 dispose que : « Le donataire

» restituera les fruits de ce qui excédera la portion disponible, à

» compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction

» a été faite dans l'année ; sinon, du jour de la demande ». Ainsi, le donataire pourra conserver dans tous les cas les fruits par lui perçus naturellement ou civilement avant l'ouverture de la succession : ce qui s'explique, soit par cette considération qu'en général la résolution ne s'applique pas aux jouissances du temps passé, soit parce que, dans ses rapports avec le donateur, le donataire était propriétaire incommutable, soit enfin et surtout parce que, si la donation n'avait pas été faite, le donateur aurait probablement consommé les fruits *lautius vivendo*, au fur et à mesure de leur perception, de sorte qu'on ne les aurait pas retrouvés dans sa succession. Quant aux fruits perçus postérieurement au décès, la loi distingue : le donataire doit les restituer intégralement, si la demande en réduction a été faite dans l'année du décès ; dans le cas contraire, il ne les doit que du jour de la demande. Le donataire, qui voit s'écouler une année à partir du décès sans que l'action en réduction soit intentée contre lui, est autorisé à croire que la donation dont il a été l'objet n'excède pas la quotité disponible, ou, si elle l'excède, que les héritiers réservataires ont renoncé au droit d'en demander la réduction ; dans cette persuasion il aura probablement

consommé les fruits : voilà pourquoi la loi le dispense de les restituer. Que les héritiers réservataires ne se plaignent pas, ils subissent la peine de leur négligence. Voyez dans l'art. 1005 une disposition analogue.

L'art. 928 ne parle que des fruits des choses sujettes à réduction, à la différence de l'art. 856 qui parle des fruits et intérêts des choses sujettes à rapport. Et de la quelques auteurs ont conclu qu'il ne faut pas, en matière de réduction, appliquer aux intérêts ce que la loi dit des fruits ; que par suite les intérêts ne sont jamais dus, conformément à l'art. 1153, qu'à compter de la demande en justice (aujourd'hui une sommation suffit, L. 7 avril 1900). Nous préférons la solution contraire. La loi parle des fruits, en général ; elle ne distingue pas entre les fruits naturels et les fruits civils ; or les intérêts sont des fruits civils (art. 584). Et d'ailleurs eadem est ratio. Cass., 10 juin 1902, D., 04. 1. 425, S., 04. 1. 121.

V. Nature de l'action en réduction.

926. L'action en réduction est personnelle. Quelle est en effet la prétention du demandeur en réduction ? Il soutient que la donation, excédant la quotité disponible, doit être résolue pour le tout ou pour partie, que dès lors le bien donné doit rentrer en tout ou en partie dans la succession. C'est donc une action en résolution qu'il intente ; or les actions en résolution sont personnelles.

Par suite de la résolution qui l'atteint, le donataire doit être considéré comme n'ayant jamais été propriétaire du bien donné ou de la partie de ce bien qui excède le disponible ; l'héritier réservataire peut donc réclamer ce bien ou cette partie du bien au donataire, ou agir contre les tiers acquéreurs en vertu de la maxime *Resolutio jure dantis resolvitur jus accipientis*, sauf à discuter préalablement les biens du donataire. L'action qui est exercée contre les tiers détenteurs se trouve être ainsi une action en

revendication ; aussi l'art. 930 la qualifie-t-il d'action en réduction ou revendication. Dès lors, il faut, en ce qui concerne la restitution des fruits, appliquer au tiers détenteur les art. 549 et 550 C. civ. Cass., 15 janv. 1908, D., 09.1. 153, S., 09. 1.289, et les notes. Bref, nous voyons se produire ici ce qui se produit dans la plupart des actions en résolution, par exemple dans l'action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, et il était inutile de dire, comme l'ont fait quelques auteurs, en empruntant au droit romain une formule qui n'exprimerait peut-être pas chez nous une idée bien nette, que l'action en réduction est une action *personalis in rem scripta*.

927. L'action en réduction est prescriptible, comme toutes les actions en général. En l'absence de disposition spéciale, la prescription s'accomplirait par trente ans, conformément aux règles du droit commun. Quant au point de départ du délai, il donne lieu à une difficulté que nous avons examinée sous l'art. 2257 (t. I, n. 1463).

VI. Différences entre le rapport et la réduction.

928. 1° Le rapport a été institué pour servir de sanction au principe d'égalité entre les héritiers ; la réduction sert de sanction au principe de la réserve ;

2° Le donateur peut dispenser le donataire du rapport ; il ne peut pas l'affranchir de la réduction.

3° Le rapport peut être demandé par tout héritier ; la réduction, par les héritiers réservataires seulement.

4° Le donataire peut se soustraire au rapport en renonçant à la succession du donateur (art. 845) ; il ne peut pas par le même moyen échapper à la réduction.

5° Les fruits des choses sujettes à rapport sont dus à compter de l'ouverture de la succession, à quelque époque que le rapport soit demandé (art. 856) ; au contraire, les fruits des choses sujettes à réduction ne sont dus à

compter de l'ouverture de la succession qu'autant que la demande en réduction a été formée dans l'année (art. 928).

Cette différence se justifie par les considérations suivantes : l'héritier soumis au rapport ne peut se faire aucune illusion sur l'obligation qui lui incombe de remettre à la succession les biens que le défunt lui a donnés et leurs fruits depuis l'ouverture de la succession ; tandis que le donataire sujet à la réduction est fondé à croire, quand les réservataires ont laissé passer l'année sans agir, soit que sa donation n'est pas réductible, parce qu'elle n'excède pas la quotité disponible, soit, si elle l'excède, que les héritiers entendent respecter la volonté de leur auteur et se contenter de ce qu'il leur a laissé, renonçant ainsi au droit de demander la réduction. D'ailleurs le donataire peut ignorer l'ouverture de la succession. Dans ces conditions, il eût été très dur de l'obliger à restituer des fruits qu'il a probablement consommés.

6° L'aliénation, consentie par un donataire sujet au rapport, est toujours maintenue (art. 860) ; il en est autrement de l'aliénation consentie par un donataire sujet à la réduction (art. 930).

Cette différence s'explique aisément si l'on considère que, lorsqu'il s'agit d'une donation rapportable, on peut presque toujours donner satisfaction aux cohéritiers du donataire qui a aliéné, en imposant à celui-ci le rapport en moins prenant. Il n'en est pas de même quand il s'agit d'une donation réductible : si la loi n'avait pas accordé aux réservataires une action subsidiaire contre les tiers détenteurs, leur droit de réserve aurait souvent été compromis par l'insolvabilité du donataire.

* Appendice. — De la rétention et de l'imputation des dons et legs faits à des successibles.

929. Le défunt a fait, au profit de l'un de ses héritiers réservataires présomptifs, une donation ou un legs qui

excède la quotité disponible. Deux questions s'élèvent : — 1° Dans quelle limite l'héritier est-il autorisé à retenir son don ou à réclamer son legs ?

— 2° Sur quelle partie de la succession le don ou le legs devra-t-il être imputé ? sera ce sur la réserve ou sur la quotité disponible ? — Pour résoudre cette double question, il faut distinguer si l'héritier accepte la succession ou s'il la répudie.

A. L'héritier réservataire, donataire ou légataire, accepte la succession.

930. Il faut sous-distinguer si cet héritier est soumis au rapport ou s'il en est dispensé. On sait que la dispense du rapport doit être expresse pour les dons entre vifs. Pour les legs, elle résulte suffisamment du silence gardé par le testateur (nouvel art. 843, et supra, n. 686 et 687).

a. — L'héritier donataire ou légataire est soumis au rapport. — Alors il devra rapporter à la succession le montant de son don ou de son legs suivant les règles du droit commun (art. 843). D'autre part, la libéralité s'imputera sur la réserve du donataire, c'est-à-dire qu'elle sera considérée comme ayant été faite à titre d'avance sur cette réserve : idée contenue dans l'expression *avancement d'hoirie*, dont on se sert pour désigner les libéralités dont il s'agit quand elles sont faites par acte entre vifs. Si elles devaient s'imputer sur la quotité disponible, un père, en dotant généreusement ses enfants, absorberait tout son disponible, et se mettrait ainsi dans l'impossibilité de donner quelque chose à un étranger. Résultat manifestement inacceptable ! Cpr. Cass., 13 mars 1907, D., 10. 1. 309, S., 11. 1. 189, et trib. civ. de la Seine, 17 mars 1908, D., 10. 2. 126, et les notes.

b. — L'héritier réservataire, donataire ou légataire, est dispensé du rapport. — Cet héritier, venant à la succession, pourra retenir son don, ou réclamer son legs jusqu'à

concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve réunies ; il cumulera son don avec sa réserve. Ainsi le défunt laisse deux enfants ; la masse des biens, formée suivant les prescriptions de l'art. 922, est de 36.000 fr. : par conséquent la quotité disponible est de 12 000 fr., et la réserve de chaque enfant de pareille somme ; Primus, l'un des deux enfants, est donataire par préciput et hors part d'une somme de 24.000 fr., dont il a reçu le paiement. Il gardera ces 24.000 fr., et les 12.000 fr. restant seront attribués à son frère pour sa réserve. La libéralité faite à son profit s'exécutera donc pleinement.

Modifions un peu l'espèce précédente : Au lieu d'être donataire d'une somme de 24.000 fr., Primus est donataire d'un immeuble, valant 24.000 fr., toujours par préciput. Pourra-t-il conserver cet immeuble ? Qu'il ait le droit de le conserver jusqu'à concurrence de la quotité disponible, qui est de 12.000 fr., par conséquent pour la moitié puisque l'immeuble vaut 24.000 fr., c'est incontestable. Mais a-t-il le droit de garder aussi l'autre moitié de l'immeuble, qui représente une valeur égale à sa part dans la réserve ? ou bien doit-il la remettre dans la masse, sauf à venir au partage de cette masse avec son cohéritier ? L'art. 866 résout la question dans ce dernier sens, au moins pour le cas où l'immeuble est susceptible de division. La loi dit : « ...le rapport de l'excédent se fait en nature, si le retranchement de cet excédent peut s'opérer commodément ». Mais l'art. 924 déroge à cette règle pour le cas où il existe dans la succession d'autres biens de la même nature : « Si la donation entre vifs réductible a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir

- » sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier,

- » dans les biens non disponibles s'ils sont de la même nature ». Ainsi, dans notre espèce, Primus pourra garder tout l'immeuble, moitié comme donataire de la quotité disponible et moitié comme réservataire, s'il existe dans la

succession un autre immeuble, valant 12.000 fr. ou à peu près, dont on formera le lot de Secundus.

L'art. 924 se concilie donc d'une manière fort simple avec l'art. 866. Ce dernier texte permet au réservataire, donataire par préciput d'un immeuble, de le garder jusqu'à concurrence de la quotité disponible, et l'art. 924 lui permet en outre, dans le cas particulier qu'il prévoit, de retenir ce même immeuble jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve. L'héritier, donataire d'un immeuble par préciput, pourra donc le retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible cumulée avec sa part de réserve, s'il y a dans la succession des biens de même nature. L'art. 924 est venu compléter ainsi l'art. 866, et ces deux textes se trouvent en harmonie parfaite avec l'art. 859. La question n'est donc pas insoluble, comme le dit Levasseur.

Les partisans de la théorie du cumul, qui sera examinée bientôt, ont proposé une autre conciliation. L'art. 866 serait écrit en vue de l'héritier acceptant, et l'art. 924 en vue de l'héritier renonçant : ce dernier texte autoriserait l'héritier renonçant, même quand il n'est pas donataire par préciput, à conserver le don qui lui a été fait, jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part de réserve cumulées, au moins quand il y a dans la succession d'autres biens de la même nature. — Mais, outre que rien n'annonce dans les termes de l'art. 924 qu'il ait en vue le cas d'un héritier renonçant, on se demande comment le législateur aurait pu avoir la singulière idée de subordonner le droit, si considérable pour un héritier renonçant, de cumuler sa part de réserve avec le disponible, à cette circonstance, assez insignifiante en soi, on en conviendra, qu'il y ait dans la succession des biens de la même nature que ceux donnés au successible.

Il est sans difficulté que la libéralité, faite par préciput à un héritier acceptant, s'impute d'abord sur la quotité disponible.

B. L'héritier réservataire, donataire ou légataire, répudie la succession.

931. Il n'y a plus à distinguer ici si le don ou le legs a été fait avec ou sans dispense du rapport ; on est d'accord sur ce point. Mais dans la pratique il n'arrivera guère qu'un héritier réservataire, donataire ou légataire par préciput et hors part, renonce à la succession ; il l'acceptera presque toujours, et en pareil cas nul ne lui contestera le droit de conserver son don ou de réclamer son legs jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve cumulée avec la quotité disponible. Souvent au contraire l'héritier réservataire, donataire en avancement d'hoirie, renoncera à la succession pour se soustraire au rapport. Nous ne nous occuperons donc que de ce dernier, mais en faisant observer que la situation serait la même pour l'héritier donataire par préciput qui renoncerait à la succession.

Ici reviennent les deux questions que nous venons de résoudre pour l'héritier acceptant : 1° Dans quelle mesure l'héritier renonçant peut-il conserver son don ou réclamer son legs ? 2° Sur quelle partie de la succession s'impute ce don ou ce legs ?

Que l'héritier renonçant ait le droit de conserver son don ou de réclamer son legs dans les limites de la quotité disponible, c'est incontestable (art. 845). Mais a-t-il le droit en outre, de même que l'héritier donataire par préciput qui accepte, de le conserver ou de le réclamer jusqu'à concurrence de sa part dans la réserve ? C'est la célèbre question du cumul de la réserve et de la quotité disponible. Prenons une espèce : Le défunt laisse deux enfants, Primus et Secundus : la masse des biens, formée selon les prescriptions de l'art. 922, est de 36.000 fr., par conséquent la quotité disponible est de 12.000 fr., et la réserve de chaque enfant, de 12.000 fr. également ; de plus, Primus est donataire en avancement d'hoirie de 24.000 fr., et le défunt a légué 12.000 fr. à un étranger, à

Paul ; Primus renonce à la succession. Pourra-t-il retenir les 24.000 fr. qui lui ont été donnés, cumulant ainsi le disponible avec sa part dans la réserve ? ou bien pourra-t-il seulement retenir son don jusqu'à concurrence de la quotité disponible ? D'autre part, sur quelle partie de la succession faut-il imputer le don ? sur la réserve ? ou sur la quotité disponible ? Il y a sur cette double question trois systèmes principaux.

PREMIER SYSTÈME. Le réservataire renonçant ne peut retenir son don ou réclamer son legs que dans les limites de la quotité disponible ; d'autre part, la libéralité qui lui a été faite doit être imputée sur la quotité disponible. On l'assimile donc complètement à un donataire ou à un légataire étranger. Appliqué à notre espèce, ce système conduit aux résultats suivants : Primus ne conservera que 12.000 fr. sur les 24.000 qui lui ont été donnés ¹⁰³, l'excédent devra être remis à la masse ; le legs fait à Paul sera caduc, parce que le don fait à Primus s'impute sur la quotité disponible et l'épuise : Secundus prendra les 24.000 fr. restant.

DEUXIÈME SYSTÈME. Le réservataire renonçant ne peut retenir son don ou réclamer son legs que dans les limites de la quotité disponible ; mais la libéralité s'impute sur la réserve du donataire et subsidiairement sur la quotité disponible. Théorie fantastique ! dit le procureur général Dupin. Appliquée à notre espèce, elle conduit au résultat que voici : Primus renonçant conserve 12.000 fr. ; le legs fait à Paul s'exécute, et Secundus obtient les 12.000 fr. restant.

TROISIÈME SYSTÈME. Le réservataire renonçant peut retenir son don ou réclamer son legs jusqu'à concurrence de la quotité disponible et de sa part dans la réserve cumulées ; d'autre part le legs s'impute sur la quotité disponible. Ce qui donne dans notre espèce les résultats

suivants : Primus garde les 24.000 fr. qu'il a reçus ; le legs fait à Paul est caduc ; Secundus obtient 12.000 fr.

932. C'est en 1818 que la question s'est présentée pour la première fois devant la cour de cassation. Par un arrêt en date du 18 février (arrêt Laroque de Mons), la cour consacra le premier système, le système du non-cumul. Cet arrêt, fort bien motivé, paraissait devoir fixer irrévocablement la jurisprudence ; il en fut autrement. En 1829, la cour consacra le deuxième système (non-cumul avec imputation sur la réserve). C'était une brèche qui ne devait pas manquer, à courte échéance, de donner passage au troisième système. Et en effet la cour consacra le système du cumul par une série d'arrêts dont le premier date de 1843. Cette nouvelle jurisprudence rencontra une vive opposition tant de la part des cours d'appel que du côté de la doctrine. M. Demolombe, partisan de la théorie du non-cumul, faisait des vœux pour que la question se présentât devant les chambres réunies de la cour de cassation. Ce vœu s'est réalisé en 1863, et la cour a donné raison à M. Demolombe ou plutôt aux véritables principes. Par un arrêt en date du 27 novembre, la cour, condamnant sa jurisprudence antérieure, en est revenue au premier système, au système du non-cumul. La question semble donc aujourd'hui définitivement résolue. Cpr. Cass., 10 nov. 1880, D., 81. 1. 81, et 2 mai 1899, D., 00. 1. 217, S., 01. 1. 449. Aussi indiquerons-nous très sommairement les motifs principaux sur lesquels cette solution est fondée.

1° La réserve n'est qu'une portion de la succession ab intestat, vérité déjà acquise (supra, n. 872 et 873) ; il faut donc être héritier pour y avoir droit. Par suite, l'héritier qui renonce perd par cela même tout droit à la réserve ; car il est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785) ; il ne peut donc plus avoir droit qu'à la quotité disponible. On objecte dans la théorie du cumul que, s'il en est ainsi de l'héritier renonçant qui réclame sa réserve par voie d'action, il en est autrement de celui qui la réclame par voie d'exception,

étant déjà nanti. Il suffit de répondre que la loi ne fait nulle part cette distinction.

2° Aux termes de l'art. 845 : « L'héritier qui renonce à la succession peut cependant retenir le don entre vifs, ou réclamer le legs à lui fait, jusqu'à concurrence de la portion disponible ». Voilà qui est topique. En assimilant complètement le successible qui renonce à un étranger, cet article prouve deux choses : 1° que le réservataire qui renonce ne peut pas cumuler sa réserve avec la quotité disponible ; 2° que la libéralité qui lui a été faite doit s'imputer sur la quotité disponible. Il est curieux de voir ce que les partisans de la théorie du cumul ont fait d'efforts désespérés pour échapper à l'autorité écrasante de ce texte, qui est limpide à force d'être clair, comme l'a dit M. Faustin Hélie. Nous ne ferons pas l'histoire de leurs vaines tentatives.

3° La théorie du cumul autorise un enfant, qui n'est donataire qu'en avancement d'hoirie, à transformer la libéralité que le défunt lui a faite en une libéralité précipitaire : il lui suffit pour cela de renoncer à la succession. Est-ce admissible ? De plus elle conduit à consacrer, contrairement à la volonté bien évidente du père de famille, une inégalité marquée entre plusieurs enfants, dont l'un est donataire en avancement d'hoirie. L'enfant sera précipitaire sans clause de préciput, et réservataire quoiqu'il ait renoncé à la succession. Est-ce là le code civil ? s'écrie le procureur général Dupin. Le successible, donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession dans l'espoir de cumuler le disponible avec sa part dans la réserve, est un mauvais fils et un mauvais frère : — un mauvais fils, car sa renonciation a quelque chose d'offensant pour la mémoire du défunt ; — un mauvais frère, parce qu'il cherche à s'enrichir au détriment de ses frères. Le code civil a-t-il pu vouloir favoriser un calcul à la fois aussi impie et aussi égoïste ?

CHAPITRE IV

DES DONATIONS ENTRE VIFS

933. Ce chapitre est divisé en deux sections. La première traite de l'irrévocabilité des donations entre vifs, et par conséquent de leur forme qui a été prescrite principalement en vue d'assurer cette irrévocabilité ; la deuxième est consacrée aux exceptions à la règle de l'irrévocabilité.

SECTION PREMIÈRE

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE VIFS

§ I. De la solennité des donations entre vifs.

N° 1. Règles générales.

934. La donation entre vifs, nous l'avons déjà dit (supra, n. 803), est un contrat solennel : ce qui signifie qu'elle est soumise à certaines formes prescrites à peine de nullité, disons mieux : à peine d'inexistence du contrat. Arg. art. 893 in fine et art. 1339. La forme présente donc ici une importance capitale, puisqu'elle est nécessaire pour vivifier le consentement des parties, qui, s'il n'est pas revêtu de cette enveloppe légale, ne produira aucun effet de droit. C'est ici la forme qui donne l'existence à la chose, *format esse rei*, à la différence de ce qui a lieu dans les contrats consensuels, qui sont parfaits par le seul consentement des parties.

La solennité du contrat de donation consiste principalement en ce que la volonté du donateur de se dépouiller au profit du donataire, et la volonté de celui-ci d'accepter la donation, doivent être constatées par acte notarié. Le notaire est le seul officier public compétent pour recevoir les donations et en dresser acte. C'est ce qui résulte des art. 931 et 932, ainsi conçus :

Art. 931. Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité.

Art. 932. La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. — L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

Les actes notariés en général devaient, d'après la législation en vigueur au moment de la promulgation du code civil (L. 25 ventôse an XI, art. 9), être reçus par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins (témoins instrumentaires). L'art. 931 soumettait expressément les donations à cette règle. Arg. des mots « dans la forme ordinaire des contrats ». Elles y demeurent soumises encore aujourd'hui, mais par exception aux règles du droit commun. Le droit commun, en effet, a été changé sur ce point par la loi du 12 août 1902, qui a modifié plusieurs articles de la loi du 25 ventôse de l'an XI et notamment l'art. 9. D'après le nouveau texte de cet article, les actes notariés en général peuvent être reçus par un seul notaire. Exceptionnellement, certains actes, dont la loi donne une énumération limitative, doivent être reçus « à peine de nullité » par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins, conformément à l'ancienne pratique. Les actes contenant donation entre vifs figurent dans

l'énumération légale, ainsi que la procuration ou autorisation pour consentir ces actes.

Le nouvel art. 9, reproduisant avec quelques modifications de détail la disposition correspondante de la loi du 21 juin 1843, art. 2, détermine le moment auquel est requise la présence réelle du notaire en second ou des témoins instrumentaires (au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature des parties ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer). Mention de cette présence doit être faite dans l'acte, à peine de nullité. Enfin le nouvel art. 9 détermine les conditions auxquelles doivent satisfaire les témoins instrumentaires : ils doivent être « Français et majeurs, savoir signer et avoir la jouissance de leurs droits civils. Ils pourront être de l'un ou de l'autre sexe, mais le mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans le même acte ». Cette dernière disposition met le nouvel art. 9 en harmonie avec la loi du 7 décembre 1897 qui permet aux femmes d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général.

935. Le plus souvent, le donateur et le donataire se présenteront ensemble devant un même notaire pour faire dresser acte de leurs consentements respectifs. Alors l'offre du donateur, d'une part, et l'acceptation du donataire, d'autre part, seront constatées simultanément dans le même acte, et le contrat recevra immédiatement sa perfection. — En ce qui concerne l'acceptation du donataire, la loi exige qu'elle soit faite en termes exprès. Une acceptation tacite, par exemple celle que l'on prétendrait induire de la présence du donataire à l'acte et de sa signature, ne suffirait donc pas : ce qui ne peut s'expliquer que par la défaveur dont les donations ont été l'objet. Notre législateur les autorise comme à regret et semble chercher, en multipliant les formalités, à multiplier les chances de nullité. La meilleure preuve en est qu'il se départit de ses exigences pour certaines donations qu'il

voit d'un œil favorable, celles qui sont faites en faveur du mariage (art. 1087). Et toutefois la rigueur de la loi ne va pas jusqu'à imposer des termes sacramentels pour l'acceptation : notre droit actuel n'en comporte plus. Le mot accepter pourrait donc être remplacé par toute autre formule équivalente ; mais le plus sûr est encore de s'en tenir à cette expression ; on évite ainsi toute difficulté.

936. Quelquefois la volonté du donateur et celle du donataire dont le concours forme le consentement, indispensable à l'existence de la donation comme de tout autre contrat, seront manifestées séparément : c'est ce que suppose l'art. 932 al. 2. Dans ce cas, l'offre du donateur, la pollicitation, comme on dit, et l'acceptation du donataire, celle-ci en termes exprès, devront être l'une et l'autre constatées par acte notarié satisfaisant aux conditions de forme que nous avons indiquées au numéro précédent. Il n'y a plus de doute sur ce point depuis la loi du 12 août 1902 qui a donné une rédaction nouvelle à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI. On lit en effet dans le nouveau texte : « Les actes contenant donation entre vifs... acceptation de donation... ».

Quand la volonté du donateur de donner, d'une part, et celle du donataire d'accepter, d'autre part, ont été ainsi constatées par deux actes séparés, elles existent légalement l'une et l'autre ; mais elles ne forment pas encore un consentement, base essentielle de la donation, comme de tout contrat. En effet le consentement est un concours de volontés ; or ici les deux volontés coexistent, mais elles ne concourent pas encore. Pour qu'elles concourent, il faut qu'elles s'unissent, qu'elles se fondent en un seul tout, et ce résultat ne se produira que lorsque le donateur aura connaissance de l'acceptation du donataire : alors les deux volontés se seront touchées, et il y aura consentement. Si la donation était un contrat ordinaire, un contrat consensuel, il suffirait que le donateur eût connaissance par une voie quelconque de l'acceptation du

donataire. Mais la donation étant un contrat solennel, le législateur prescrit encore ici une forme particulière pour porter l'acceptation du donataire à la connaissance du donateur : il faut que cette acceptation soit notifiée au donateur. Jusqu'à cette notification, qui se fait ordinairement par acte d'huissier, le donateur est considéré comme ignorant légalement l'acceptation ; par suite le contrat n'est pas parfait. Le donateur demeure donc propriétaire, et le donataire ne l'est pas encore.

De là résultent deux conséquences : — 1° Jusqu'à la notification, le donateur peut rétracter son offre soit expressément, *expressis verbis*, soit tacitement, par exemple en vendant la chose donnée ; — 2° Si le donateur meurt avant la notification, le contrat ne pourra plus se former. La volonté du donataire ne s'était pas encore légalement unie à celle du donateur au moment de sa mort, et cette union n'est plus possible aujourd'hui ; car, ainsi que le dit Pothier, un peu naïvement peut-être, un mort ne peut pas consentir. Il en serait de même si le donateur venait à perdre la capacité de disposer à titre gratuit, par exemple s'il était frappé d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle ; — 3° Enfin la notification ne pourrait pas être faite utilement après la mort du donataire, ni après qu'il aurait perdu la capacité de recevoir.

937. On voit que nous considérons la notification de l'acceptation faite par acte-séparé, comme une condition de l'existence même de la donation, de sorte que, jusqu'à l'accomplissement de cette formalité, il n'y a rien de fait soit à l'égard du donateur, soit à l'égard du donataire. Dans une autre opinion, qui est généralement suivie, on soutient que, si la donation n'existe pas à l'égard du donateur tant que l'acceptation, régulièrement faite par acte séparé, ne lui a pas été notifiée, elle existe au contraire à l'égard du donataire, sous la condition suspensive de la notification ; et cette condition, une fois accomplie, rétroagirait au jour de l'acceptation (arg. art. 1179), de sorte que la donation

serait alors réputée parfaite à l'égard du donataire à dater du jour même de l'acceptation, ce qui conduirait notamment à décider que la notification peut être faite utilement après le décès du donataire, et à valider les aliénations ou hypothèques par lui consenties dans l'intervalle entre l'acceptation et la notification (Cass., 4 mars 1902, D., 02. 1. 214, S., 02. 1. 161). Toute cette théorie est fondée sur ces mots de l'art. 932 : « ... la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié » A l'égard du donateur ; donc, dit-on, il n'en est pas de même à l'égard du donataire ; par rapport à lui la donation aura son effet du jour de l'acceptation, alors même que la notification ne se produirait que plus tard, mais sous la condition toutefois qu'elle ait lieu à une époque où l'offre du donateur existe encore légalement, par conséquent avant qu'il l'ait retirée ou qu'elle soit devenue caduque par sa mort ou par son incapacité de disposer. — Ce n'est là qu'un argument a contrario, dont il faut par cela même se défier. D'ailleurs, il est tout simple que la loi n'ait envisagé les effets de la donation qu'au point de vue du donateur ; car lui seul doit être obligé par le contrat, et, dire que la donation ne produit aucun effet par rapport à lui, c'est dire qu'elle n'en produit par rapport à personne. La formule dont le texte se sert nous paraît être l'équivalent de celle-ci ; le donateur n'est aucunement obligé. S'il n'est aucunement lié, comment le donataire pourrait-il avoir un droit, puisque son droit ne peut résulter que de l'obligation du donateur ? Nier l'obligation du donateur, c'est nier le droit du donataire. Enfin, comment comprendre un contrat qui existerait pour l'une des parties sans exister en même temps pour l'autre ? Un contrat existe ou n'existe pas, il ne saurait exister à demi.

938. En résumé, le consentement des parties contractantes est requis dans la donation comme dans tout autre contrat ; mais ce consentement ne suffit, pas : les

volontés par le concours desquelles il se forme doivent, à peine de nullité, ou mieux d'inexistence du contrat, être manifestées en termes exprès avec les solennités prescrites par la loi, car la donation est un contrat solennel. Quand la volonté du donateur et celle du donataire sont manifestées séparément, ce que la loi permet, le contrat n'existe que lorsque ces deux volontés se sont touchées, lorsque par leur union elles sont devenues un consentement : ce qui n'arrive que lorsque le donateur a eu connaissance de l'acceptation du donataire. Et encore ne suffit-il pas qu'il en ait eu connaissance par une voie quelconque : il faut, toujours à peine d'inexistence du contrat, que cette acceptation lui ait été notifiée ; jusque-là il est réputé légalement en ignorer l'existence, et par conséquent au point de vue légal il n'y a pas consentement, par suite pas de donation.

Des donations qui échappent à la règle de la solennité.

939. L'art. 931 ne soumet à la règle de la solennité que les « ACTES PORTANT donations entre-vifs ». Il résulte de ce texte, qui certainement comporte l'interprétation restrictive, que le principe de la solennité n'est pas applicable : 1° aux donations faites sans acte, c'est-à-dire aux dons manuels ; 2° aux actes contenant mais ne portant pas donation, c'est, à-dire aux donations indirectes et peut-être aux donations déguisées. En outre un texte spécial, l'art. 1087, dispense les donations faites par contrat de mariage de la solennité de l'acceptation. Nous ne parlerons ici que des dons manuels et des donations indirectes et déguisées.

940. I. Dons manuels. La donation d'une somme d'argent ou de tout autre objet mobilier corporel devient parfaite par le seul consentement des parties suivi de tradition réelle. La validité des dons manuels, ou de la main à la main, que nos anciens appelaient aussi donations de main

chaude, ne saurait être contestée dans notre droit actuel. L'art. 931 ne dit pas : Toutes donations seront faites par acte notarié, mais bien, ainsi que nous venons de le noter : « Tous ACTES portant donation entre vifs seront passés devant notaires ». C'est la reproduction littérale de l'art. 1 de l'ordonnance de 1731, et ce texte a toujours été entendu comme ne s'appliquant qu'aux donations faites par acte, et non au cas de la tradition réelle qui n'a besoin d'aucune loi ; ce sont les paroles de d'Aguesseau, l'auteur de l'ordonnance. D'ailleurs la validité des dons manuels est aujourd'hui implicitement consacrée par l'art. 6 de la loi de finances du 18 mai 1850, qui soumet au droit de donation « les actes renfermant soit la déclaration par ¹⁰⁴ le donataire ou ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel ». Cpr. Cass., 26 juil. 1910, D., 11. 1. 202.

Les dons manuels échappent aussi à la nécessité de l'état estimatif qui n'est prescrit par l'art. 948 que pour les donations faites par acte.

L'exception, admise en faveur des dons manuels, se rattachait dans notre ancien droit à la maxime *Res mobilis res vilis*. La solennité des donations avait principalement pour but d'assurer la conservation des biens dans les familles ; elle ne devait donc pas s'appliquer à des biens réputés sans valeur. Aujourd'hui la fortune mobilière a acquis une importance considérable ; dans l'état actuel des choses, la maxime *Res mobilis res vilis* n'est plus que l'expression d'une contre-vérité, et cependant nous avons conservé l'institution du don manuel, qui n'en est qu'une conséquence, sans même la limiter, comme on le faisait, paraît-il, autrefois, aux dons modiques. Il est vrai que, si la loi soumettait les donations d'objets mobiliers corporels à des formes particulières, il serait peut-être difficile d'assurer l'observation de ses prescriptions.

Le don manuel n'est autre chose qu'une donation dispensée de la solennité prescrite par le droit commun. Mais s'il échappe aux règles de forme de la donation ordinaire, il demeure soumis aux règles de fond. Il en résulte notamment que le dépouillement du donateur doit être actuel et irrévocable. Cass., 14 mai 1900, S., 05. 1. 438, et 20 janv. 1903, D., 03. 1. 205, S., 03. 1. 174. Il y aurait donc lieu de déclarer nul le don manuel fait par un malade à son domestique ou à toute autre personne, sous cette condition que le donateur reprendra la chose donnée, en cas de retour à la santé. Nîmes, 16 nov. 1903, S., 06. 2. 105, et la note. Une semblable disposition présenterait les caractères de la donation à cause de mort, que notre loi proscriit. Arg. art. 893. De même le don manuel demeure soumis aux règles ordinaire des donations, en ce qui concerne la capacité de disposer et de recevoir, le rapport 105, la réduction et la révocation pour les diverses causes énumérées en l'art. 953. D'ailleurs le don manuel est, comme la donation ordinaire, compatible avec une réserve d'usufruit. Cass., 22 déc. 1891, D., 92. 1. 510, S., 92. 1. 246, et Paris, 17 avril 1894, D., 95. 2. 278.

La tradition réelle est un élément essentiel du don manuel, et non, comme cela a lieu d'ordinaire, un mode d'exécution du contrat. Elle est nécessaire pour vivifier le consentement des parties, qui, jusque-là, n'a aucune force légale. En ce sens, le don manuel est un contrat réel, qui re perficitur.

Il en résulte que le don manuel ne peut s'appliquer qu'à des objets mobiliers susceptibles de tradition réelle. Les meubles incorporels, ou droits mobiliers, ne sauraient donc faire l'objet d'un don manuel. Il n'y a d'exception à cette règle que pour ceux constatés par des titres au porteur. Le droit s'incarne alors dans le titre avec lequel il paraît se confondre ; il est présumé appartenir au détenteur du titre, et il suffit de transférer le titre pour transférer le droit. Arg.

art. 35 C. co. Cass., 22 déc. 1891, précité, et Lyon, 2 avril 1901, D., 04. 2. 169.

D'ailleurs la tradition peut valablement être faite soit au donataire lui-même, soit à son mandataire.

* Supposons que le donateur ait remis la chose à une tierce personne qu'il a chargée d'en faire tradition au donataire et qui n'est pas mandataire de celui-ci. La donation ne deviendra parfaite que lorsque l'intermédiaire choisi par le donateur aura rempli sa mission, lorsqu'il aura exécuté son mandat, car il est mandataire du donateur. Jusque là en effet il n'y a pas tradition au donataire ; peut-être même n'y a-t-il pas consentement du donataire, s'il ignore les intentions du donateur. D'ailleurs, le donateur peut révoquer le mandat qu'il a donné à l'intermédiaire, en reprenant la chose, ou mourir avant que le mandat ait été exécuté, ce qui en rendra également l'exécution impossible (arg. art. 2003 al fin.). Il n'est donc pas dépouillé irrévocablement, et par suite la donation n'existe pas.

* Il a été fait une application très juste de ces principes dans l'espèce suivante. Une somme d'argent avait été remise, enfermée dans un sac, à un ecclésiastique pour être distribuée en bonnes œuvres après la mort du donateur ; les héritiers de celui-ci demandèrent la restitution de la somme. La cour de Douai déclara que leur réclamation était fondée. En effet l'ecclésiastique ne pouvait pas être considéré comme donataire de la somme ; il n'en était que dépositaire. Les vrais donataires étaient les pauvres, auxquels la libéralité devait profiter, ou le bureau de bienfaisance qui est leur représentant légal. La tradition n'avait pas été faite au donataire, et elle ne pouvait plus lui être faite utilement, l'art. 1939 al. 1 disposant qu'en cas de mort du déposant la chose doit être restituée à ses héritiers. Cpr. t. II, n. 1126, et Cass., 7 mars 1899, S., 00. 1. 167.

En ce qui concerne la preuve, le don manuel demeure soumis aux règles du droit commun, qui sont applicables

par cela seul que la loi n'y a pas dérogé. Il en résulte que la preuve est à la charge de celui qui allègue en justice l'existence du don manuel soit à l'appui de sa demande, soit à l'appui de son exception. Ainsi la preuve du don manuel incombera au donateur qui en demande la révocation pour l'une des causes énumérées en l'art. 953 ou pour inaccomplissement de la condition tacite prévue par l'art. 1088, au donataire dessaisi de la chose donnée et en demandant la restitution au donateur qui en a repris la possession, au cohéritier du donataire qui lui demande le rapport du don (Cass., 2 déc. 1903, S., 04. 1. 72), à l'héritier réservataire qui en demande la réduction, à la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté, qui réclame comme lui appartenant des meubles qu'elle prétend lui être advenus pendant le mariage à titre de don manuel (Angers, 4 mars 1903, S., 04. 2. 281, D., 03. 2. 421). Il en résulte encore qu'au-dessus de 150 fr. et en l'absence d'un commencement de preuve par écrit, le don manuel ne pourra pas être prouvé par témoins ou par présomptions, à moins qu'il ne soit l'œuvre de la fraude. Il ne restera à celui qui allègue son existence que la ressource du serment ou de l'aveu qui, ici comme ailleurs, devrait être considéré comme indivisible. Cpr. Cass., 9 août 1887, S., 87. 1. 313, D., 88. 1. 133, et 12 janv. 1909, D., 09. 1. 387, S., 09. 1. 208. D'ailleurs le donataire qui est en possession se trouve protégé contre toute réclamation de la part des héritiers du donateur ou autres ayant-droit, s'il est en situation d'invoquer la maxime. En fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279). Il n'a pas à démontrer l'existence du don manuel qu'il allègue. Sauf à ses adversaires à prouver, même par témoins et par présomptions, que sa possession est entachée de dol, de fraude, d'équivoque ou de précarité et que par conséquent elle ne lui confère pas le bénéfice de l'art. 2279. Jurisprudence constante. V. notamment Aix, 3 fév. 1902, S., 03. 2. 41, D., 04. 2. 289, Cass., 30 juin 1908, D., 08. 1. 440, 18 mars 1907, S., 10. 1. 558, 12 janv. 1909,

supra, 17 janv. 1910, D., 11. 1. 52, et Douai, 17 nov. 1910, D., 13. 2. 4, et les notes et renvois.

941. II. Donations indirectes. Donations déguisées. Il n'est pas douteux que les dons indirects échappent à la règle de la solennité. Outre l'argument que nous a déjà fourni dans ce sens le texte même de l'art. 931, qui édicte la règle de la solennité non pour les actes contenant mais pour ceux portant donation, c'est-à-dire pour les actes qui s'annoncent comme donation, on peut invoquer en faveur de notre solution l'art. 843, qui ordonne le rapport des dons indirects comme des dons directs, et les art. 780, 1099, 1121 et 1595.

Nous comprenons sous le nom de donation indirecte toute libéralité résultant d'un acte juridique autre qu'une donation proprement dite, mais qui est vraiment ce qu'il paraît être. Telle est la libéralité résultant de la renonciation à un droit d'usufruit ou de succession ou à un legs, avec intention de gratifier le nu-propriétaire, ou l'héritier appelé à défaut du renonçant. Bordeaux, 22 mars 1899, D., 00. 2. 72. Nous voulons parler d'une renonciation purement abdicative ; car la renonciation in favorem, par exemple celle qu'un cohéritier ferait au profit d'un seulement ou de quelques-uns de ses cohéritiers, serait une donation directe, soumise comme telle à la règle de la solennité (arg. art. 780). Telle est encore la libéralité adressées un tiers comme condition d'un contrat à titre onéreux que l'on fait pour soi-même ; une semblable libéralité ne requiert pas pour sa validité d'autres conditions de forme que celle du contrat à titre onéreux dont elle est un accessoire (art. 1121). Voyez une application remarquable de ce principe dans l'art. 1973. La jurisprudence en a fait une autre, beaucoup plus importante pour ses conséquences pratiques, en matière d'assurances sur la vie. V. t. II, n. 1176 s. Nous considérons aussi le paiement de la dette d'autrui et l'expromissio comme une libéralité indirecte. Il en est de même de la

remise de la dette. Qu'on la tienne pour une libéralité directe ou indirecte, on est obligé de reconnaître qu'elle échappe à la règle de la solennité. V. art. 1282 et 1283, et t. II, n. 336. Enfin il y a encore donation indirecte dans la vente d'un bien faite à un prix inférieur à sa véritable valeur, avec intention de la part du vendeur de gratifier l'acquéreur.

De la donation indirecte à la donation déguisée, la transition est insensible. Je vous vends pour 5.000 fr. un immeuble qui en vaut 100.000 avec intention de vous gratifier de la différence. C'est une donation indirecte. Si je déclare vous vendre ce même immeuble pour 100.000 fr. et que je vous donne dans l'acte quittance du prix, sans que vous l'ayez payé, nous avons une donation déguisée. Ici l'acte d'où résulte la libéralité n'est pas ce qu'il paraît être : l'apparence annonce une vente ; la réalité nous montre une donation. Dans la donation indirecte, au contraire, l'apparence est conforme à la réalité.

Les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont-elles valables ? L'affirmative est consacrée par une jurisprudence si solidement assise, qu'il y a peut-être quelque témérité à protester contre elle. D'après cette jurisprudence, la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux est valable indépendamment des solennités prescrites par les art. 931 et 932 ; elle est valable par cela seul qu'il y a volonté des parties de faire un contrat de donation, et qu'on trouve réunies les conditions de fond essentielles pour la donation, notamment le dessaisissement irrévocable du donateur, et les conditions de forme requises pour la perfection du contrat sous le voile duquel la donation se cache ¹⁰⁶. La difficulté de préciser où finit la donation indirecte et où commence la donation déguisée peut, jusqu'à un certain point, expliquer cette solution. Validant la donation indirecte, on s'est trouvé conduit par une pente insensible

à valider la donation déguisée, qui en est la puissance la plus élevée. D'un autre, côté la jurisprudence a pu se préoccuper aussi des intérêts des tiers qui traiteront avec l'acquéreur. Comment ces tiers sauront-ils que cet acquéreur, dont le titre annonce une acquisition à titre onéreux, est dans la réalité des choses un acquéreur à titre gratuit, et qui ne voit les mécomptes auxquels on les exposera si on leur applique la doctrine de la nullité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux ? Ils seront sacrifiés comme ayant acquis a non domino, sans que leur bonne foi puisse les sauver. Ce sont probablement ces considérations pratiques qui ont entraîné la jurisprudence ¹⁰⁷.

Les considérations juridiques qu'elle invoque à l'appui de sa thèse sont assez faibles. Elle se fonde principalement : 1° sur cette prétendue règle qu'il est permis de faire indirectement ce que la loi permet de faire directement ; 2° sur un argument tiré de l'art. 911 qui ne déclare nulle la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux que lorsqu'elle est faite au profit d'un incapable : ce qui donne à entendre que, faite à une personne capable, elle sera valable. Cpr. art. 1099 ; 3° enfin sur un argument tiré de l'art. 918 déclarant valable comme donation, dans un cas particulier, un contrat qui a les apparences d'un contrat à titre onéreux.

La doctrine en général proteste. Que va devenir avec ce système la règle de la solennité ? Et puis que répondre à cet argument : Si l'acte est valable, ce ne peut être que comme vente ou comme donation ; or, comme vente, il est nul faute de prix, et, comme donation, il est nul aussi pour absence des solennités prescrites ?

Il est d'ailleurs sans difficulté que les donations indirectes demeurent soumises aux règles de fond des donations, et il faut admettre la même solution pour les

donations déguisées, si on les considère comme valables. Lyon, 11 mai 1904, sous Cass., D., 10. 1. 286.

Les donations rémunératoires échappent à la règle de la solennité lorsque la chose donnée est la contrevaletur exacte du service récompensé. La raison en est que l'acte n'a de la donation que le nom ; au fond, c'est un acte à titre onéreux. Paris, 8 nov. 1892, S., 94. 2. 191. Si la chose donnée a une valeur supérieure à celle du service rendu, alors il y a véritablement donation, mais, dans ce cas comme dans les autres, la donation peut être déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux.

N° 2. Règles spéciales aux actes portant donation d'effets mobiliers.

942. Pour mieux assurer l'irrévocabilité des donations portant sur des effets mobiliers, le législateur exige, à peine de nullité, qu'un état estimatif de ces effets soit annexé à la minute de la donation. « Tout acte de donation d'effets mobiliers », dit l'art. 948,

» ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du

» donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura

» été annexé à la minute de la donation ». Sans cette disposition, le donateur aurait pu facilement révoquer pour partie la donation, en détournant quelques-uns des objets qu'elle comprend ou en les détériorant ou en les remplaçant par d'autres de moindre valeur.

L'art. 15 de l'ordonnance de 1731 n'exigeait qu'un état, sans préciser autrement, par conséquent, un état simplement énumératif ; notre article exige en outre que l'état soit estimatif. L'estimation servira tout d'abord à déterminer le montant de la somme à payer par le donateur, à raison des objets dépendant de la donation qu'il aurait fait disparaître ; elle pourra servir encore, soit pour

fixer la somme à rapporter, le cas échéant, par le donataire venant à la succession du disposant, soit pour calculer, s'il y a lieu, la quotité disponible du donateur.

L'état, dont parle notre article, peut être authentique ou sous seing privé. Dans cette dernière hypothèse, la loi exige qu'il soit signé du donateur et du donataire ou de ceux qui acceptent pour lui. Il doit dans tous les cas être annexé à la minute de la donation.

L'esprit de la loi conduit à décider que l'état exigé par l'art. 948 doit être contemporain de l'acte de donation ; car, s'il était rédigé après coup, le donateur pourrait, dans l'intervalle entre la donation et la confection de l'état, faire disparaître quelques-uns des objets donnés.

Il est bien entendu d'ailleurs que, si l'acte de donation contient l'énumération et l'estimation des objets mobiliers donnés, il ne sera pas nécessaire de dresser en outre un état estimatif distinct. Le vœu de la loi paraît même alors plus complètement rempli. Il semble l'être aussi, quand les effets mobiliers compris dans la donation se trouvent énumérés et estimés dans un titre authentique antérieur à la donation, tel qu'un inventaire notarié, auquel se réfère l'acte de donation.

La formalité de l'état estimatif n'est requise par notre article que pour les donations d'effets mobiliers faites par acte. Elle ne serait donc pas nécessaire pour les donations manuelles, qui se font sans acte et qui peuvent s'appliquer, comme on le sait, aux choses mobilières corporelles (supra, n. 940).

Mais elle est requise pour toutes les donations d'effets mobiliers faites par acte (Pau, 13 mai 1890, D., 90. 2. 345, S., 91. 2. 228, et Rennes, 14 fév. 1901, D., 0 :3. 2. 441), par conséquent même pour les donations de meubles incorporels ; et toutefois, pour les meubles de cette espèce qui portent avec eux-mêmes leur propre estimation, comme la créance d'une somme fixe, il suffira d'en indiquer le

montant, sans qu'il y ait lieu à une estimation proprement dite. Pau, précité.

943. L'absence de l'état estimatif requis par l'art. 948 entraîne la nullité de la donation : le donateur peut s'en prévaloir pour refuser d'exécuter sa promesse. Mais supposons qu'il l'ait exécutée en faisant tradition au donataire ; pourra-t-il encore invoquer la nullité et demander au donataire la restitution de ce qu'il a reçu ? Il ne l'aurait pas pu sous l'empire de l'ordonnance de 1731 (art. 15'. Le projet de l'art. 948 reproduisait sur ce point la disposition de l'ordonnance ; il contenait ce membre de phrase : s'il n'y a point tradition réelle. Ces mots ne se retrouvent plus dans la rédaction définitive. Faut-il conclure de leur suppression que la nullité dont il s'agit ne sera jamais couverte par la tradition ? Quelques-uns l'ont pensé, et ils ont fortifié l'induction tirée du silence significatif de l'art. 948 par un argument emprunté à l'art. 1339, aux termes duquel : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs » ; or l'exécution volontaire de la donation n'est qu'un acte confirmatif. — Et toutefois, cette solution paraîtrait trop absolue. Dans plusieurs cas, en effet, la tradition faite volontairement par le donateur pourra être considérée comme constituant une donation manuelle, qui serait certainement valable si elle était isolée, et dont on ne comprendrait guère qu'il pût y avoir lieu de prononcer la nullité parce qu'elle se rattache à une donation antérieure, faite par acte, qui est nulle en la forme. D'autant plus qu'on peut fort bien dire alors que la donation a été refaite en la forme légale, conformément à l'art. 1339 in fine. L'opinion que nous critiquons comme formulée dans des termes beaucoup trop généraux semble donc devoir être restreinte au cas où la nature de l'objet s'oppose à ce qu'il puisse en être fait donation manuelle, par exemple s'il s'agit d'une créance constatée par un titre nominatif, et à celui où les conditions dans lesquelles la tradition a été faite sont

exclusives de la volonté chez le donateur de faire une nouvelle donation, par exemple si le donateur n'a livré que sur une sommation du donataire, et ignorant la nullité de la donation, croyant par suite être tenu de l'exécuter. Cpr. Pau, 13 mai 1890, précité.

N° 3. Particularités relatives à l'acceptation des donations entre vifs.

944. A. Le donataire est majeur et capable. — Il peut accepter la donation par lui-même ou par un fondé de pouvoir. L'art. 933 al. 1 dit à ce sujet : « Si le donataire est majeur, l'acceptation doit

» être faite par lui, ou, en son nom, par la personne fondée de sa

» procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un

» pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui

» pourraient être faites ». Donc une procuration générale de gérer toutes les affaires du mandant ne contiendrait pas un pouvoir suffisant pour accepter une donation entre vifs.

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « Cette procuration devra être

» passée devant notaires ; et une expédition devra en être annexée

» à la minute de la donation, ou à la minute de l'acceptation qui

» serait faite par acte séparé ».

Le donateur pourrait, lui aussi, bien que la loi ne le dise pas, se faire représenter par un mandataire muni d'une procuration spéciale et authentique.

La procuration soit du donateur, soit du donataire est soumise à la condition particulière de forme prescrite par le nouvel art. 9 al. 3 de la loi du 25 ventôse an XI (L. 12 août 1902), et qui consiste dans la réception de l'acte par

deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. V. le texte précité.

945. B. Le donataire est incapable. — Nous avons à étudier successivement les cas où le donataire est une femme mariée, un mineur ou un interdit, un sourd-muet, une personne morale.

a. Le donataire est une femme mariée. — « La femme mariée ne

» pourra accepter une donation sans le consentement de son mari,

» ou, en cas de refus du mari, sans autorisation de la justice, conformément

» à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au

» titre du Mariage » (art. 934). Nous connaissons les motifs de cette disposition (t. I, n. 551-4°). Elle n'est plus applicable à la femme séparée de corps depuis la loi du 6 février 1893 (nouvel art. 311 al. 3).

b. Le donataire est mineur ou interdit. — « La donation faite à un

» mineur non émancipé ou à un interdit, devra être acceptée par

» son tuteur, conformément à l'article 463 au titre de la Minorité.

» de la Tutelle et de l'Emancipation » (art. 935 al. 1).

= Devra. C'est une obligation pour le tuteur ; il pourrait être condamné à des dommages et intérêts envers le mineur pour n'y avoir pas satisfait (art. 942). Si la donation émane du tuteur, il devra, sous la même sanction, en provoquer l'acceptation par le subrogé tuteur (arg. art. 420) ou par un tuteur ad hoc qu'il fera nommer par le conseil de famille. Cass., 27 juil. 1892, S., 93. I. 121, D., 92. I. 457.

= Conformément « l'article 463. C'est-à-dire avec l'autorisation du conseil de famille ; nous en connaissons les motifs (v. t. I, n. 1096).

L'alinéa 2 de l'article ajoute : « Le mineur émancipé pourra

» accepter avec l'assistance de son curateur ».

Enfin on lit dans l'alinéa 3 : « Néanmoins les père et mère du

» mineur émancipé ou non émancipé, ou les autres ascendants,

» même du vivant des père et mère, quoiqu'ils ne soient, ni tuteurs,

« ni curateurs du mineur, pourront accepter pour lui ».

= Pourront accepter pour lui. Ce qui est une obligation pour le tuteur est une faculté pour les ascendants. Aussi voyons-nous que le défaut d'acceptation peut donner lieu à un recours au profit du mineur contre son tuteur, mais non contre ses ascendants (art. 942).

L'autorisation du conseil de famille n'est plus ici requise ; la loi a toute confiance dans les ascendants pour apprécier la donation au point de vue moral : ils refuseront certainement d'accepter toute donation qui leur paraîtrait suspecte. Le tuteur, en cette qualité, ne méritait pas la même confiance ; il peut être un étranger.

Le pouvoir d'accepter la donation offerte au mineur est conféré par notre article à tous les ascendants collectivement, sans qu'aucun ordre hiérarchique soit établi entre eux ; la présence d'un ascendant plus proche, qui n'accepte pas, ne fait donc pas obstacle à l'acceptation d'un ascendant plus éloigné. La mère elle-même pourrait accepter sans l'autorisation du père, et même contre son gré. Cass., 22 janv. 1896, D., 96. 1. 184, S., 96. 1. 344. On s'étonnera, si l'on veut, que la mère puisse ainsi faire pour le compte de son enfant ce qu'elle ne pourrait pas faire pour son propre compte (art. 934). La mère agit ici comme mandataire de son enfant, son mandat est écrit dans l'art. 935 ; or le mandat peut donner à une personne le pouvoir d'accomplir pour autrui un acte qu'elle ne pourrait pas valablement accomplir pour son propre compte. C'est ainsi

qu'un mineur peut être choisi comme mandataire, et alors il oblige valablement le mandant dans les limites du mandat, tandis qu'il ne peut pas s'obliger personnellement (art. 1990).

La disposition de l'art. 935 in fine étant exceptionnelle (arg. du mot Néanmoins), on doit lui appliquer l'interprétation restrictive. Il ne faudrait donc pas reconnaître aux ascendants de l'interdit la faculté que notre texte n'accorde, à tort ou à raison, qu'aux ascendants du mineur.

La donation dûment acceptée a le même effet à l'égard du mineur qu'à l'égard du majeur (art. 463 al. 2). D'où nous concluons que le donataire mineur ne pourrait pas se faire restituer contre une acceptation régulière qui lui causerait préjudice : ce qui peut arriver si la donation contient des charges.

On admet en général que l'inaccomplissement des formalités ou conditions prescrites par les art. 934 et 935 pour l'acceptation d'une donation offerte à une femme mariée, à un mineur ou à un interdit, rend la donation inexistante, et non pas seulement nulle ou annulable. D'où la conséquence que le donateur lui-même peut, en invoquant l'irrégularité de l'acceptation, se dispenser d'exécuter la donation. En matière de donations, dit-on, la forme prescrite par la loi est requise pour l'existence même de l'acte ; or l'acceptation, faite par une femme mariée non autorisée, par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur... n'est pas faite dans la forme légale ; donc la donation ainsi irrégulièrement acceptée est inexistante. La place même qu'occupent les art. 934 et 935, dans la section De la forme des donations entre vifs, prouve bien que le législateur considère l'autorisation maritale, l'assistance du curateur... comme une condition de forme et non comme une condition de capacité ; or, nous venons de le dire, la forme en matière de donations est essentielle à l'existence de l'acte. C'est bien ainsi que l'entendait d'Aguesseau,

l'auteur de l'ordonnance de 1731. La jurisprudence est fixée dans ce sens. Cass., 15 juil. 1889, S., 89. 1. 412, D., 90. 1. 100, et 30 nov. 1896, S., 97. 1. 89, D., 97. 1. 449 ¹⁰⁸.

Cette solution est vivement combattue par plusieurs auteurs. Il faut bien se garder, disent ils, de confondre, en ce qui regarde l'acceptation, comme en ce qui regarde la donation, les conditions de forme et les conditions de capacité. L'authenticité de l'acte qui constate l'acceptation est une condition de forme, et il est incontestable que son inobservation entraînerait l'inexistence de la donation. Mais l'autorisation maritale, l'assistance du curateur... sont des conditions de capacité ; or l'absence d'une condition de capacité entraîne seulement la nullité de l'acte, et non son inexistence (arg. art. 225 et 1125). La donation, acceptée par une femme mariée sans autorisation, par un mineur émancipé sans l'assistance de son curateur..., sera donc simplement nulle ou annulable, et la nullité ne pourra être invoquée que par les personnes indiquées dans les art. 225 et 1125 ; ce droit n'appartiendra pas au donateur. La donation qu'une femme mariée ferait sans l'autorisation de son mari, serait certes nulle seulement, et non pas inexistante : seuls la femme, le mari et leurs héritiers pourraient se prévaloir de la nullité (arg. art. 225 et 1125), le donataire ne le pourrait pas. Alors comment comprendrait-on que la donation, acceptée par une femme mariée sans autorisation, fût inexistante, et que le donateur lui-même pût se prévaloir de cette inexistence ?

c. Le donataire est sourd-muet. — Cette hypothèse est prévue par l'art. 936, ainsi conçu : « Le sourd-muet qui saura écrire, pourra

» accepter lui même ou par un fondé de pouvoir. — S'il ne sait

» pas écrire, l'acceptation doit être faite par un curateur nommé à

» cet effet, suivant les règles établies au titre de la

Minorité, de la

» Tutelle et de l'Emancipation ».

d. La donation est offerte à une personne morale (du droit administratif). — « Les donations faites au profit d'hospices, des pauvres

» d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, seront

» acceptées par les administrateurs de ces communes ou établissements,

» après y avoir été dûment autorisés » (art. 937).

Rappelons ici qu'une loi générale, la loi du 4 février 1901, est venue déterminer par qui l'autorisation d'accepter doit être accordée (supra, n. 835). Cette même loi, généralisant un système dont quelques lois particulières avaient consacré des applications, accorde à l'établissement gratifié le droit d'accepter par anticipation la libéralité qui lui est offerte. « Tous les établissements peuvent, sans autorisation préalable, dit l'art. 8 de cette loi, accepter provisoirement ou à titre conservatoire les dons ou legs qui leur sont faits ». On évite ainsi que la libéralité devienne inefficace par la mort ou par un changement de volonté du donateur avant que l'autorisation d'accepter ait été régulièrement accordée.

§ II. Effets de la donation entre vifs.

946. La donation, devenue parfaite par l'accomplissement des formalités que la loi prescrit, fait naître des obligations entre le donateur et le donataire. Eu outre, mais dans certains cas seulement, elle rend le donataire, indépendamment de toute tradition, propriétaire de la chose donnée, ou l'investit du droit que la donation a eu pour objet de créer.

PREMIER EFFET. Création d'obligations.

947. La donation fait naître à la charge du donateur diverses obligations dont la nature varie suivant les cas. Ainsi la donation d'un corps certain, en propriété ou en usufruit, oblige le donateur à en faire la délivrance au donataire ; la donation d'une somme d'argent oblige le donateur à payer la somme convenue... Pour obtenir l'exécution de ces diverses obligations, le donataire a une action personnelle contre le donateur.

Mais le donateur n'est pas garant de l'éviction envers le donataire, sauf bien entendu de celle qui résulterait de son fait personnel. La garantie ne peut avoir d'autre fondement que la volonté des parties contractantes. La loi présume avec raison l'existence de cette volonté dans les contrats à titre onéreux, la vente par exemple ; mais il n'y avait aucun motif pour la présumer dans la donation.

On doit naturellement supposer que le donateur, qui se dépouille gratuitement, entend donner la chose telle qu'il l'a, par conséquent avec les chances d'éviction auxquelles elle peut être soumise, et sans vouloir assumer aucune responsabilité à cet égard.

Exceptionnellement, le donateur doit la garantie : 1° s'il s'y est engagé par une clause du contrat ; 2° si la donation a été faite à titre de constitution de dot (art. 1440 et 1547).

948. Le contrat de donation est unilatéral, c'est-à-dire qu'il n'engendre d'obligations que d'un seul côté, du côté du donateur. En principe, le donataire ne s'oblige pas envers le donateur. Cependant cette règle reçoit certaines exceptions. D'abord le donataire contracte éventuellement l'obligation de fournir des aliments au donateur (arg. art. 955-3°). Ensuite il peut arriver que le contrat impose des charges au donataire : en acceptant la donation, il s'oblige à les remplir, et le donateur a par conséquent action contre lui pour en obtenir l'exécution. Nous pensons même que, la donation une fois devenue parfaite, le donataire, qui trouverait les charges trop lourdes, ne pourrait pas se

soustraire à leur exécution en offrant de renoncer au bénéfice de la donation. Arg. art. 1134.

* Le donataire est-il tenu, en cette qualité, de payer les dettes du donateur ?

* La négative est certaine. On ne peut être obligé de payer les dettes d'autrui qu'en vertu de la loi ou d'une convention.

* En aucun cas, la loi n'oblige le donataire, au moins le donataire de biens présents, à payer les dettes du donateur. En effet, dans notre droit, les successeurs universels sont seuls tenus des dettes de leur auteur, *æ alienum universi patrimonii non certarum rerum onus est* ; or, il n'y a de successeurs universels que ceux qui succèdent au patrimoine considéré comme universalité, savoir : les héritiers et les légataires universels ou à titre universel, auxquels il y a lieu d'assimiler les héritiers contractuels ou donataires de biens à venir (art. 1082 et s.). Le donataire de biens présents est toujours un successeur à titre particulier ; il a cette qualité, même quand la donation porte en fait sur tous les biens du donateur : auquel cas on le désigne fort improprement sous le nom de donataire universel, car il ne recueille que les biens appartenant au donateur lors de la donation, donc des biens particuliers. En donnant tous ses biens présents, le donateur n'aliène pas son patrimoine, car le patrimoine est inaliénable. « L'idée de l'aliénation du patrimoine, disent MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 242, 4^e édit.), présenterait un véritable contre-sens, puisque, n'ayant pas d'existence propre et indépendante, il ne saurait se comprendre détaché de la personne à laquelle il appartient ». Le donataire, dit universel, ne succédant pas au patrimoine, ne peut être qu'un successeur à titre particulier ; donc il n'est pas tenu en cette qualité des dettes du donateur. Après avoir adopté la solution contraire, la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée dans ce sens. Grenoble, 12 mai 1882, S., 82. 2. 246.

* Mais, si le donataire de tous les biens présents, appelé improprement donataire universel, n'est pas tenu en vertu de la loi du paiement des dettes du donateur, il peut y être obligé par une convention, et, conformément au droit commun, cette convention peut être tacite aussi bien qu'expresse. Au juge il appartient de décider, en cas de difficulté, si cette convention tacite existe. Elle existera la plupart du temps ; et, dans les cas où elle n'existera pas, il sera rare que le donateur n'ait pas agi en fraude des droits de ses créanciers : ce qui donnera à ceux-ci le droit d'attaquer la donation par l'action paulienne. Voyez l'arrêt précité.

DEUXIÈME EFFET. Translation de la propriété.

949. A. Dans ses rapports avec le donateur, le donataire devient propriétaire de la chose donnée par le seul effet de la donation. On lit à ce sujet dans l'art. 938 : « La donation dûment acceptée

» sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété

» des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit

» besoin d'autre tradition ». Cpr. art. 711.

Dans notre ancien droit, le seul consentement des parties, manifesté dans la forme légale, ne suffisait pas pour rendre le donataire propriétaire de la chose donnée ; il fallait en outre la tradition. Plusieurs coutumes exigeaient une tradition réelle ou tradition de fait ; d'autres se contentaient d'une tradition feinte ou tradition de droit, résultant, soit d'une constitution de précaire, soit de la clause de dessaisine-saisine, par laquelle le donateur déclarait se dessaisir de la chose donnée et en saisir le donataire. Notre article sous-entend dans tous les contrats de donation la clause de dessaisine-saisine, qui opère une tradition de droit, et déclare qu'il n'y aura pas besoin

d'autre tradition. Cela revient à dire que le consentement des parties, exprimé dans la forme légale, suffit, indépendamment de la tradition, pour transférer au donataire la propriété de la chose donnée. Cpr. art. 1138 et t. I, n. 1362.

Et toutefois, on le conçoit facilement, pour que le seul consentement des parties puisse ainsi rendre le donataire propriétaire, il faut nécessairement que la donation ait pour objet un corps certain. Si donc la donation porte sur une somme d'argent ou une chose déterminée quant à son espèce seulement, comme un cheval in geuere, vingt hectolitres de froment, il n'y aura translation de la propriété au profit du donataire que lorsque la chose aura été déterminée individuellement, d'un commun accord entre les parties. Cet accord se produira le plus souvent au moment même de la tradition ; aussi dit-on quelquefois que c'est la tradition qui transfère en pareil cas la propriété.

B. Comment le donataire devient-il propriétaire à l'égard des tiers ? On entend ici par tiers tous ceux qui ont intérêt à contester l'efficacité de la donation, et qui ne sont pas tenus de la respecter comme ayant-cause universels du donateur, par exemple celui au profit duquel le donateur aurait hypothéqué l'immeuble donné, postérieurement à la donation, ou celui auquel il l'aurait vendu. Nous avons résolu cette question dans notre tome I, n. 1365 s. Rappelons en deux mots que le donataire devient propriétaire à l'égard des tiers par la transcription de son titre, si la donation a pour objet un immeuble susceptible d'hypothèques (art. 939) et par le seul effet du consentement s'il s'agit d'un objet mobilier corporel, sauf l'application de la règle En fait de meubles, la possession vaut titre au profit du possesseur qui aurait juste titre et bonne foi (art. 1141).

§ III. De la règle Donner et retenir ne vaut.

N° 1. Des applications de cette règle.

950. Ainsi que nous l'avons déjà dit (supra, n. 805), la défaveur attachée aux donations paraît avoir été, dans notre ancien droit, le principal fondement de la règle Donner et retenir ne vaut. On avait voulu retenir le donateur par le frein de son propre intérêt : en l'obligeant à se dépouiller irrévocablement, on espérait qu'il hésiterait et finalement qu'il reculerait. Cette règle, à laquelle il est difficile de trouver un fondement juridique, a cependant été consacrée par notre législateur moderne qui en fait quatre applications dans les art. 944 à 946. Etudions les successivement.

95. PREMIÈRE APPLICATION. — « La donation entre vifs ne pourra

» comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend

» des biens à venir, elle sera nulle à cet égard » (art. 943).

Il résulte de ce texte que la donation de biens présents est valable, celle de biens à venir nulle.

Les biens présents sont ceux qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, ou qui doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit alors existant. Ces biens peuvent faire, d'après notre article, l'objet d'une donation. Ainsi je puis valablement donner les fruits que mon fonds produira l'année prochaine : ce sont des biens présents *hoc sensu*, parce que j'ai dès maintenant un droit à ces fruits. Il en est de même des biens sur lesquels j'ai un droit de propriété conditionnel.

Les biens à venir sont ceux qui n'appartiennent pas au donateur au temps de la donation, et auxquels il n'a pour le moment aucun droit, même conditionnel, ceux qui ne pourront entrer dans son patrimoine qu'en vertu d'un acte dépendant de sa volonté. La donation est nulle, quand elle porte sur de semblables biens, parce que, le donateur étant libre de ne pas les acquérir, la donation se trouve

entièrement subordonnée à sa volonté. Donner et retenir ne vaut.

Seraient nulles comme portant sur des biens à venir :

a. La donation de tel bien que le donateur se propose d'acquérir ;

b. La donation de biens que le donateur est appelé éventuellement à recueillir en qualité d'héritier présomptif d'une personne encore vivante. En effet, il n'a aucun droit, même conditionnel, à ces biens : *viventis non est hereditas*. Sans doute ils entreront de plein droit dans son patrimoine lors de l'ouverture de la succession, s'il s'y trouve appelé en vertu des dispositions de la loi (art. 711). Mais cette acquisition est subordonnée en définitive à sa volonté ; car il dépend de lui de l'empêcher de se produire en répudiant la succession, faculté à laquelle il ne peut même pas renoncer à l'avance (art. 791), en vertu de la règle qui interdit les pactes sur succession future. c. La donation de tous les biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. En effet aucun des biens appartenant au donateur n'est compris dans cette donation comme bien présent, puisqu'il ne les donne que sous la condition qu'ils lui appartiendront encore lors de son décès ; il se réserve donc le droit d'anéantir la donation en dissipant ces biens et en négligeant d'en acquérir d'autres. Une semblable disposition peut bien être faite par testament, parce que par cet acte on ne se dépouille pas irrévocablement ; mais elle ne saurait être faite par donation entre vifs, parce que donner et retenir ne vaut.

d. La donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que le donateur laissera à l'époque de son décès. Cette restriction indique en effet que le donataire n'aura droit à la somme donnée qu'autant que le donateur laissera à son décès des biens d'une valeur suffisante pour en procurer le paiement. Le donateur se réserve donc le droit de rendre la donation inefficace en dissipant son patrimoine.

Il en serait autrement, suivant l'opinion générale, de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur. Incontestablement on peut donner une somme d'argent payable à terme ; et pourquoi le terme fixé ne pourrait-il pas être la mort du donateur ? En ce sens, Caen, 5 mars 1879, S., 80. 2. 68. On objecte que le donateur est maître de rendre la donation inutile en dissipant son patrimoine, que par suite la donation doit être nulle comme dans l'hypothèse qui précède et pour le même motif. Mais la différence est grande entre les deux cas. Quand je donne une somme d'argent à prendre sur les biens que je laisserai à l'époque de mon décès, je ne me dépouille pas irrévocablement : car le droit de créance que je confère au donataire est subordonné à une condition dépendant de ma volonté, savoir : que je laisserai lors de mon décès des biens d'une valeur suffisante ; de sorte que, si je ne laisse rien, le donataire n'aura aucun droit, il n'aura même pas une créance nominale contre ma succession insolvable. Au contraire, quand je donne une somme d'argent payable à mon décès, je me dépouille actuellement et irrévocablement ; car je confère immédiatement au donataire un droit de créance qu'il ne m'appartient plus de lui enlever. Si je meurs insolvable, le donataire n'aura pas moins une créance contre ma succession, créance que mon héritier sera tenu de payer s'il accepte purement et simplement.

* La donation d'une somme d'argent payable au décès du disposant ne cesserait même pas d'être valable par suite de cette circonstance que les biens appartenant au donateur lors de la donation seraient d'une valeur insuffisante pour en assurer le paiement. Cela n'empêche pas que le donateur devienne actuellement et irrévocablement débiteur de la somme promise. Aussi faut-il décider que les autres créanciers chirographaires du donateur n'auraient, lors de son décès, aucun droit de préférence sur le donataire. Celui-ci viendrait donc en concurrence avec eux,

au cas d'insuffisance des biens du donateur (art. 2093 ; ; il leur serait même préféré, s'il avait une hypothèque. Le tout pourvu que la donation n'ait pas été faite en fraude des droits des créanciers, auquel cas ils pourraient la faire annuler (art. 1167).

* Que décider, si un même donateur a fait successivement plusieurs donations de sommes d'argent payables à son décès, et qu'à cette époque le patrimoine du disposant se trouve ne pas avoir une valeur suffisante pour payer tous les donataires ? Viendront-ils tous au marc le franc ? Ou bien suivra t-on l'ordre des dates des donations, en payant d'abord le donataire le plus ancien, puis celui qui vient immédiatement après, et ainsi de suite ? La jurisprudence est fixée dans ce dernier sens (Caen, 5 mars 1879, S., 80. 2. 68) ¹⁰⁹. Celle solution se fonde sur les motifs suivants : 1° Elle est seule compatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations. L'opinion contraire, d'après laquelle tous les donataires sont payés au marc le franc, permet au disposant de révoquer en partie une première donation en en faisant de nouvelles ; — 2° L'art. 1083 décide que les donations de biens à venir, qui sont exceptionnellement permises en faveur du mariage (art. 1082, ne pourront recevoir aucune atteinte de donations postérieures faites par le donateur. Ce que la loi dit des donations de biens à venir, qui sont moins irrévocables que les donations ordinaires, doit évidemment s'appliquer à plus forte raison à ces dernières : — 3° Enfin l'art. 923, qui, au cas d'atteinte portée à la réserve, ordonne de réduire les donations en commençant par la plus récente, fournit en faveur de cette solution un puissant argument d'analogie. Qu'importe en effet que la réduction des donations soit rendue nécessaire par suite de cette circonstance qu'elles dépassent la quotité disponible, ou par suite de cette autre que les biens du donateur sont insuffisants pour payer tous les donataires ?

952. Si une donation comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est nulle à l'égard des biens à venir seulement (art. 943).

L'ordonnance de 1731 (art. 13) annulait la donation tout entière, même quant aux biens présents.

953. DEUXIÈME APPLICATION. — « Toute donation entre vifs faite

» sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du

» donateur, sera nulle » (art. 944). Ce texte signifie que la donation est nulle, lorsqu'elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher.

C'est ce qu'il faut démontrer.

Les conditions, dans l'accomplissement desquelles la volonté du donateur joue un rôle, peuvent être classées en trois catégories :

1° La condition purement potestative, qui dépend de la seule volonté du donateur. C'est la condition si voluero ou toute autre équivalente, par exemple si je lève le bras ;

2° La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et du hasard : nous l'appellerons condition potestative. Tel serait le cas où le donateur aurait subordonné la donation à la condition qu'il aille à Paris, ou qu'il se marie. Des circonstances indépendantes de sa volonté peuvent l'empêcher de mettre à exécution son projet, et en ce sens la réalisation de la condition dépend dans une certaine mesure du hasard ;

3° La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et de celle d'une autre personne déterminée. Par exemple si le donateur a subordonné la donation à la condition qu'il épouse telle personne. Dans l'art. 1171, le législateur désigne cette condition sous le nom de condition mixte.

Qu'une donation soit nulle quand elle est faite sous une condition purement potestative de la part du donateur,

c'est incontestable. Ce qui ne le paraît guère moins, c'est que ce n'est pas à cette hypothèse que se réfère l'art. 944, bien qu'il parle de conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Une obligation quelconque est nulle quand elle est contractée sous une condition purement potestative (art. 1174), parce que ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut ; le législateur n'avait certes pas besoin de dire que cette règle s'applique à la donation. D'ailleurs l'art. 947 nous annonce par anticipation que les donations prohibées en principe par l'art. 944 sont autorisées exceptionnellement dans certains cas, et si l'art. 944 visait la condition purement potestative, il en résulterait que certaines donations peuvent valablement être faites sous une pareille condition, ce qui est inadmissible. Enfin l'art. 1086, qui autorise exceptionnellement les donations que l'art. 944 défend en principe, et qui peut servir par suite à déterminer la portée de la règle formulée par l'art. 944, l'exception étant de la même nature que la règle, parle de conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et non plus de sa seule volonté. Nous concluons que les conditions auxquelles fait allusion l'art. 944 ne sont pas des conditions purement potestatives.

Restent les conditions potestatives et les conditions mixtes.

Un admet généralement que la donation est nulle, à la différence d'un contrat ordinaire, si elle est faite sous une condition potestative de la part du donateur. L'art. 944 reproduit presque littéralement l'art. 16 de l'ordonnance de 1731 ; or, Pothier, expliquant cet article, dit que la donation est nulle, « quand elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher ».

Il y a plus de difficulté relativement aux donations faites sous une condition mixte, par exemple sous cette condition : si le donateur se marie avec telle personne. L'opinion générale est qu'elles sont valables. Les mots de la

seule volonté du donateur (art. 944) ont été employés, dit-on, pour faire antithèse aux conditions dont l'exécution dépend d'une double volonté, celle du donateur et celle d'une tierce personne déterminée ; ce sont seulement les premières qui annulent la donation. En ce sens, Douai, 25 mai 1881, S., 83. 2. 215. — Il nous paraît difficile d'admettre cette solution. Sur quoi se fonde en effet, au point de vue juridique, la distinction qu'on établit ici entre les conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et du hasard, et celles dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et de celle d'une personne déterminée ? Dans un cas comme dans l'autre, la volonté du donateur semble jouer un rôle prépondérant, en ce sens que, si elle ne suffit pas pour faire accomplir la condition, elle suffit du moins pour la faire défaillir. Il a donc donné et retenu. La donation est nulle.

Au contraire une donation peut être faite sous une condition casuelle, c'est à-dire sous une condition dont la réalisation dépend du hasard et nullement de la volonté du donateur (art. 1169), par exemple sous la condition de survie du donataire au donateur.

954. TROISIÈME APPLICATION. « Elle [la donation] sera pareillement

» nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres

» dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation,

» ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit

» dans l'état qui devrait y être annexé » (art. 945). De ce texte, dont la formule est un peu trop elliptique, résultent les trois propositions suivantes :

1° Le donateur peut imposer au donataire, comme charge de la donation, l'obligation de payer ses dettes présentes en tout ou en partie ;

* Et il n'est pas nécessaire que les dettes soient énumérées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé ; les mots qui seraient exprimées soit dans l'acte... font allusion aux dettes à venir, ainsi que cela résulte de la disjonctive ou et de l'esprit de la loi qui fait ici une application de la règle Donner et retenir ne vaut. Serait donc valable la donation faite à la charge par le donataire de payer toutes les dettes présentes du donateur, sans autre explication. Sauf le droit pour le donataire de se refuser à payer les dettes qui n'auraient pas date certaine antérieure à la donation (arg. art. 1328) ; autrement le donateur pourrait augmenter les charges de la donation en antedatant les nouvelles obligations qu'il contracterait.

2° Le donateur peut imposer au donataire l'obligation de payer une dette à venir, mais à la condition qu'elle soit exprimée dans l'acte de donation ou dans un acte y annexé. Ainsi serait valable la donation faite à la charge par le donataire de payer une dette de 20.000 fr., que le donateur se propose de contracter. Seulement le montant de la donation sera, quoi qu'il arrive, diminué de 20.000 fr. ; en d'autres termes, il faudra déduire de la donation le montant de la dette, que le donateur la contracte ou ne la contracte pas. Et en effet il y a pour le donateur faculté de révocation jusqu'à concurrence de 20.000 fr. ; il a donc donné et retenu jusqu'à concurrence de cette somme ; la donation est nulle dans cette mesure. Tel était notre ancien droit, et c'est au surplus ce qui résulte très nettement de l'art. 946 ;

3° La donation est nulle pour le tout, si elle est faite avec charge pour le donataire de payer les dettes à venir du donateur sans limitation, par exemple les dettes de sa succession ; car le donateur s'est réservé la faculté de révoquer la donation pour le tout.

955. QUATRIÈME APPLICATION. — « En cas que le donateur se soit

» réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation,

» ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en

« avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers

» du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce

» contraires » (art. 946). « C'est donner et retenir, dit l'art. 174 de la coutume de Paris, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer de la chose par lui donnée ». — La donation est nulle dans la mesure où le donateur a retenu. Elle sera donc nulle pour le tout, si le donateur s'est réservé le droit de disposer de la totalité du bien donné, par exemple, dit Pothier, s'il s'est réservé la faculté d'en aliéner ce qu'il jugerait à propos. Au contraire, la donation est nulle, pour partie seulement, si le donateur s'est réservé le droit d'aliéner certains biens parmi ceux qu'il a donnés, ou s'il s'est réservé la faculté de disposer d'une somme fixe à prendre sur ces biens. Et remarquez qu'il n'y a pas à distinguer si le donateur a usé ou non de cette faculté. La réserve du droit de disposer est considérée comme équivalant à la disposition elle-même, et la donation est nulle dans la mesure de cette réserve. Les héritiers du donateur pourront donc réclamer l'effet ou la somme, alors même que le donateur n'en aurait pas disposé. Pareil droit appartient évidemment au donateur lui-même. Si la loi ne parle que de ses héritiers, c'est parce qu'elle présume, ce qui arrivera en effet le plus souvent, que le donateur ne se prévaudra pas lui-même de la nullité. — Toute clause, qui aurait pour but d'empêcher l'application des règles qui viennent d'être établies, serait nulle et de nul effet.

956. Les donations faites par contrat de mariage au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur union, ainsi que les donations entre époux pendant le mariage, échappent, en vertu de la faveur dont la loi les entoure, à la règle Donner et retenir ne vaut. C'est ce qui résulte de l'art. 947, ainsi conçu : « Les quatre

» articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est

» mention aux chapitres VIII et IX du présent titre ».

N° 2. Des stipulations qui ne sont pas incompatibles avec la règle Donner et retenir ne vaut.

957. Les art. 949 à 952 en indiquent deux : la première est la réserve de l'usufruit des biens donnés (art. 949 950) ; la deuxième, le retour conventionnel (art. 951-952).

1. De la réserve de l'usufruit des biens donnés.

958. « Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit,

» ou de disposer au profit d'un autre, de la jouissance ou de l'usufruit

» des biens meubles ou immeubles donnés » (art. 949). Quand le donateur se réserve l'usufruit des biens donnés, il y a seulement donation de la nue propriété, et il était bien clair que cette stipulation ne porte pas atteinte à la règle Donner et retenir ne vaut, car ce que le donateur retient n'est pas la même chose que ce qu'il donne. Il était non moins clair que le donateur peut disposer de l'usufruit des biens donnés au profit d'une autre personne : il y a alors deux donations, une de la nue propriété, l'autre de l'usufruit.

On peut se demander pourquoi le législateur a pris la peine d'exprimer des vérités aussi évidentes. L'art. 949 a son origine dans l'art. 275 de la coutume de Paris, ainsi conçu : « Ce n'est pas donner et retenir quand on donne la propriété d'aucun héritage, retenu à soi l'usufruit à vie ou à temps... et vaut telle donation ». Cette disposition avait sa raison d'être dans la coutume de Paris, parce que notre ancien droit coutumier, pour imprimer la sanction la plus

énergique aux réserves, n'admettait pas la validité des donations faites deducto usufructu : on exigeait, sans doute pour entraver les donations, que le donateur se dépouillât, non seulement de la propriété, mais encore de la jouissance de la chose donnée. Dans notre droit actuel, aucun doute ne pouvait s'élever sur la validité de la réserve d'usufruit au profit du donateur, et en conséquence une sévère critique peut taxer l'art. 949 d'inutilité.

D'ailleurs le donateur peut se réserver un droit d'usufruit plus étendu que celui qui est réglé par le code civil, notamment un usufruit comportant le droit de couper des hautes futaies non aménagées. Cpr. Cass., 1^{er} avril 1895, D., 95. 1. 335. Mais la donation serait nulle comme portant atteinte à la règle Donner et retenir ne vaut, si le droit d'usufruit réservé par le donateur à son profit avait une étendue telle qu'il lui donnât le droit de porter atteinte à la substance de la chose.

959. Aux termes de l'art. 950 : « Lorsque la donation d'effets

» mobiliers aura été faite avec réserve d'usufruit, le donataire sera

» tenu, à l'expiration de l'usufruit, de prendre les effets donnés qui

» se trouveront en nature, dans l'état où ils seront ; et il aura action

» contre le donateur ou ses héritiers, pour raison des objets non

» existants, jusqu'à concurrence de la valeur qui leur aura été

» donnée dans l'état estimatif ».

La première partie de ce texte n'a guère plus d'utilité que l'article précédent. Elle se borne à reproduire, et d'une manière incomplète, la disposition de l'art. 589, qui cependant, de l'avis de tous, doit être appliquée en totalité. Quant à la disposition finale, qui déclare le donateur avec

réserve d'usufruit tenu de payer la valeur des objets qu'il ne représenterait pas à la fin de l'usufruit, d'après l'estimation faite dans l'état annexé à la donation, quelques auteurs l'ont déclarée d'une rigueur excessive. Elle le serait en effet, si elle obligeait, comme on l'a prétendu, le donateur à payer dans tous les cas la valeur estimative des objets qu'il ne représente pas en nature, même quand ils ont péri par cas fortuit. Mais il serait impossible de comprendre comment le donateur avec réserve d'usufruit pourrait être tenu des cas fortuits, dont personne ne répond, pas même un vendeur avec réserve d'usufruit, qui est moins favorable. Aussi l'art. 950 in fine semble-t-il devoir être restreint au cas où les meubles donnés avec réserve d'usufruit ont péri par la faute du donateur : ce que l'on supposera d'ailleurs, s'il ne fait pas la preuve du cas fortuit qu'il allègue (arg. art. 1302). Ainsi entendue, la disposition de l'art. 950 n'offre plus rien d'injuste. Il reste cependant qu'en obligeant le donateur avec réserve d'usufruit à payer la valeur donnée dans l'état estimatif aux objets qu'il ne représente pas en nature, on lui fait payer plus que la valeur de ces objets lors de la cessation de l'usufruit, les meubles perdant en général de leur valeur par le temps. Mais où est le mal ? C'est une légère peine infligée au donateur pour la faute qu'il a commise. Ne peut-on pas d'ailleurs justement le soupçonner d'avoir vendu, à une époque voisine de la donation, les objets qu'il ne représente pas en nature, auquel cas il aura dû en retirer une somme égale à celle portée dans l'état estimatif ?

On se souvient que le donateur avec réserve d'usufruit est dispensé de donner caution (art. 601). Cette exception au droit commun est assez difficile à concilier avec le principe de l'irrévocabilité des donations.

Les règles générales de l'usufruit s'appliqueraient à l'usufruit réservé au profit du donateur, sauf les modifications dont il vient d'être parlé.

II. Du retour conventionnel.

960. Le donataire, devenant propriétaire du bien qui fait l'objet de la donation, le transmet à sa mort à ses héritiers ou légataires. Il en est ainsi même quand le donataire meurt avant le donateur. Ce résultat peut être contraire aux vues du donateur. Le plus souvent la donation est inspirée par une affection toute personnelle du donateur pour le donataire : alors le donateur préfère le donataire à soi-même, mais il se préfère personnellement aux héritiers ou ayant-cause du donataire. Aussi la loi permet-elle au donateur de stipuler que le bien donné lui fera retour, si le donataire meurt avant lui. Cette stipulation, qui porte le nom de retour CONVENTIONNEL, par opposition au retour LÉGAL (art. 351-352, 747 et 766), est régie par les art. 951 et 952.

L'art. 951 est ainsi conçu : « Le donateur pourra stipuler le droit

» de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire

» seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses

» descendants. — Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du

» donateur seul ».

Le retour conventionnel constitue une condition résolutoire de la donation : le donataire devient propriétaire sous la condition résolutoire de la survie du donateur. L'accomplissement de cette condition ne dépendant pas de la volonté du donateur, la stipulation du droit de retour ne porte pas atteinte à la règle Donner et retenir ne vaut. Aussi était-elle déjà autorisée dans notre ancien droit.

La clause de retour conventionnel déroge au droit commun ; c'est pourquoi elle ne peut résulter que d'une stipulation formelle insérée dans le contrat. Peu importe d'ailleurs les termes employés, pourvu qu'ils ne laissent

aucun doute sur la volonté des parties contractantes d'établir cette cause de résolution. Ici comme ailleurs, la loi ne prescrit pas de termes sacramentels. Toulouse, 16 janv. 1907, D., 09. 2. 222.

961. La stipulation du droit de retour conventionnel peut offrir diverses modalités ; les plus usitées sont les suivantes, dont les deux premières seulement sont prévues par l'art. 951.

1° Stipulation du droit de retour « pour le cas du prédécès du donataire SEUL ». — En pareil cas le retour s'effectuera, par cela seul que le donataire mourra avant le donateur, alors même qu'il laisserait des héritiers de l'ordre le plus favorable. Ici le donateur préfère le donataire à soi-même ; mais il se préfère à tous les héritiers du donataire, sans excepter ses enfants.

On devrait considérer comme ne constituant qu'une variante de la stipulation dont nous venons de parler, celle par laquelle le donateur aurait stipulé le droit de retour pour le cas de prédécès du donataire, sans ajouter le mot seul (Cass., 10 nov. 1875, D., 76. 1. 480, S., 76. 1. 16), ou même la simple stipulation du droit de retour sans autre explication.

2° Stipulation du droit de retour pour le cas du prédécès du donataire ET DE SES DESCENDANTS. — Ici le donateur préfère à soi-même non seulement le donataire, comme dans l'hypothèse précédente, mais aussi tous ses descendants ; le retour ne s'opérera donc qu'autant que le donataire et tous ses descendants seront morts avant le donateur.

3° Stipulation du droit de retour pour le cas du prédécès du donataire SANS DESCENDANTS. — Cette modalité, qui n'est pas prévue par l'art. 951, sans doute parce qu'elle est peu usitée, diffère de la précédente, en ce que la présence d'un ou de plusieurs descendants du donataire au décès de celui ci rend le retour définitivement impossible, alors même que le donateur survivrait à tous les descendants du

donataire prédécédé ; tandis que, dans l'hypothèse précédente, le donateur qui a survécu au donataire verra le retour s'effectuer à son profit s'il survit en outre aux descendants du donataire.

Que faut-il entendre ici par descendants ? Nul doute que cette expression comprenne les enfants et descendants légitimes ou légitimés du donataire, ces derniers alors même qu'ils auraient été légitimés depuis la donation (arg. art. 333). Comprend-elle aussi les enfants adoptifs et les enfants naturels ? Question de fait plutôt que de droit, à résoudre par le juge en cas de contestation. Il s'agit de rechercher quelle a été sur ce point la volonté des parties contractantes ; les termes dans les quels la clause est conçue fourniront le principal élément de décision.

962. Le droit de retour, dit l'art. 951 in fine, ne peut être stipulé qu'au profil du.. donateur seul. La clause offrirait tous les caractères, d'une substitution prohibée, si elle contenait stipulation du droit de retour au profil d'une personne déterminée autre que les donateur. Voilà pourquoi le législateur la presonit dans l'un et l'autre cas. Cpr. Cass. Naples, 22 avril 1907, S., 09. 4. 9, et infra,. n.. 1154 in fine.

V. une intéressante étude de M. H. Monnier sur l'art. 951. Rev. crit., 1880, p. 108.

963. Les effets du retour conventionnel — « L'effet du droit

« de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés

» et de faire revenir ces biens au donateur. francs et quittes de

» toutes charges et hypothèques, sauf néanmoins l'hypothèque de la

» dot et des conventions matrimoniales, si les autres biens de l'époux

» donataire ne suffisent pas, et dans le cas seulement où la

donation

» lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent

» ces droits et hypothèques » (art. 952). Le retour conventionnel opère, comme on le voit, la résolution du droit du donataire. Cette résolution a lieu ipso jure, sans, que le donateur ait besoin de s'adresser à la justice pour la faire prononcer.

Cependant, si les héritiers du donataire refusaient de restituer au donateur les biens dont la propriété lui est revenue par suite du retour, le recours aux tribunaux serait nécessaire, nul n'ayant le droit de se faire justice à soi-même. Mais, le juge n'aura pas alors à prononcer la résolution de la donation ; il confiera seulement l'existence de cette résolution, et ordonnera la restitution des biens.

964. La résolution résultant de l'ouverture du droit de retour se produit avec effet rétroactif, c'est-à-dire qu'elle a lieu, non seulement dans l'avenir, *ex nunc* mais aussi dans le passé, *ex tunc*. De là plusieurs conséquences :

1° Si les biens donnés sont encore entre les mains du donataire, le donateur peut en exiger la restitution en nature, toutes les fois au moins que la donation avait pour objet un corps certain. Cette règle s'applique, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les biens donnés sont meubles ou immeubles.

Dans tous les cas le donateur reprend les biens dans l'état où ils sont, sans pouvoir demander compte au donataire de la diminution de valeur provenant d'un usage régulier, ni à plus forte raison de celle qui résulte du seul effet du temps ou d'un cas fortuit. Si la donation consistait en une somme d'argent, le donataire devrait restituer une somme égale à celle qu'il a reçue, sans que le donateur pût réclamer ni que les héritiers du donataire pussent offrir les biens qui auraient été achetés avec l'argent donné. Peut-être y aurait-il lieu cependant d'excepter le cas où le

contrat de donation imposait au donataire un emploi déterminé que celui-ci a effectué.

2° Si le bien donné est un immeuble, toutes les aliénations et constitutions de droits réels, tels que servitudes, usufruit, hypothèques, émanées du donataire ou de ses ayant-cause, tombent en vertu de la règle *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Le donateur pourra donc reprendre l'immeuble donné, franc et quitte de toutes ces charges, entre les mains du détenteur quel qu'il soit.

Cette disposition est rigoureuse pour les tiers détenteurs, mais elle n'est pas injuste ; car ils ont pu prévoir le malheur qui les frappe. En consultant, comme l'exigeait la prudence, le titre du donataire dont ils sont les ayant-cause, ils auraient découvert l'existence de la stipulation du droit de retour, dont il leur eût été dès lors facile de mesurer des conséquences.

Le tout, bien entendu, sauf les recours en garantie, tels que de droit.

965. La règle, que le droit du donataire est résolu rétroactivement par suite du retour, souffre deux exceptions.

966. PREMIÈRE EXCEPTION. — Elle est relative à l'hypothèque légale de la femme du donataire. Cette hypothèque s'imprime sur l'immeuble donné avec stipulation du droit de retour, comme sur tous les autres immeubles du mari (art. 2122). Le droit de retour se réalisant, elle devrait tomber, comme toutes les autres charges qui se sont assises du chef du donataire sur le bien donné, conformément à la règle *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Mais précisément notre article apporte ici une exception à la règle. L'hypothèque légale de la femme sera maintenue, toutefois sous les trois conditions suivantes :

1° Qu'il s'agisse pour la femme du recouvrement de sa dot, ou de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire des

divers avantages qui résultent pour elle de son contrat de mariage, exemple : un préciput ;

La femme du donataire ne pourrait donc pas exercer son hypothèque légale sur le bien donné, pour le recouvrement de ses autres créances contre son mari, par exemple pour le recouvrement de la créance du prix d'un propre aliéné.

2° Que les autres biens du mari donataire soient insuffisants ;

En d'autres termes, l'hypothèque dont il s'agit n'est que subsidiaire sur le bien donné. La femme doit discuter préalablement les autres biens de son mari, et ce n'est qu'autant que leur insuffisance est démontrée par le résultat de cette discussion qu'elle peut exercer son hypothèque légale sur le bien donné.

3° Que la donation ait été faite par le contrat de mariage d'où résultent les droits et hypothèques dont il vient d'être parlé. En faisant la donation par le contrat de mariage même du donataire, le donateur est censé avoir voulu qu'au cas de retour le bien donné lui soit affecté, au moins subsidiairement, à la garantie des différentes créances résultant pour la femme de ce contrat, du moins de celles relatives à sa dot et à ses conventions matrimoniales

Mais ce n'est là qu'une présomption, à l'application de laquelle le donateur pourrait échapper en stipulant dans le contrat que les biens lui retourneront francs et quittes de toute hypothèque du chef du donataire, même de l'hypothèque légale de sa femme ; comme aussi, en sens inverse, le donateur pourrait déclarer qu'il entend donner à l'hypothèque légale de la femme du donataire sur les biens donnés plus d'étendue que ne lui en accorde l'art. 952, par exemple que cette hypothèque garantira toutes les créances de la femme contre son mari, sans exception, ou qu'elle ne sera pas subsidiaire.

Si le bien donné par le contrat de mariage du donataire avec stipulation du droit de retour est mobilier, il n'est pas affecté, même subsidiairement, échéant le cas du retour, au

paiement des créances résultant pour la femme du donataire de son contrat de mariage. Et, effet les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques (art. 2118) ; et, pour qu'ils pussent être affectés d'un privilège au profit de la femme, il faudrait une disposition législative, qui n'existe pas (arg. art. 2095). Paris, 5 avril 1911, S., 12. 2. 69, et, sur pourvoi Cass., 2 juil. 1912, D., 12. 1. 360.

967. DEUXIÈME EXCEPTION. — L'application rigoureuse de la règle *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*, conduirait à décider que le donateur peut réclamer, outre le bien donné, la restitution des fruits perçus par le donataire ou ses ayant-cause jusqu'à l'ouverture du droit de retour. Mais on est d'accord, bien que la loi ne le dise pas formellement, pour reconnaître que le donateur n'a droit aux fruits du bien donné qu'à dater de la réalisation de l'événement qui donne ouverture au retour.

On a toutefois produit un mauvais, argument à l'appui de cette solution, en invoquant à son soutien les art. 549 et 550 qui permettent au possesseur de bonne foi de conserver les fruits par lui perçus. Ces articles supposent un possesseur qui n'est pas propriétaire et qui possède en vertu d'un titre, translatif de propriété par sa nature, mais infecté de certains vices qu'il ignore et qui l'ont empêché de devenir propriétaire. Telle n'est pas la situation du donataire qui nous occupe. Il est propriétaire, bien que sous condition résolutoire, et propriétaire en vertu d'un titre non vicié ; car on ne peut pas considérer la stipulation du droit de retour comme un vice du titre, et, en tout cas, ce ne serait pas un vice ignoré du donataire. Les art. 549 et 550 sont donc hors de cause. Le droit, que l'on reconnaît au donataire ou à ses ayant-cause, de conserver les fruits perçus jusqu'à l'ouverture du droit de retour, se justifie : 1° par un argument tiré de l'art. 962 ; 2° par celle considération que telle a été vraisemblablement l'intention du donateur. A quoi l'on peut ajouter, d'une part, que la résolution ne produit pas en général son effet quant aux

jouissances du temps passé, et, d'autre part, que la solution contraire aurait souvent pour résultat de faire succomber les héritiers du donataire sous le poids de restitutions écrasantes.

Le donataire soumis au droit de retour, ayant la jouissance du bien donné, a par cela même le droit de l'administrer. Aussi le donateur, exerçant le droit de retour, doit-il respecter les actes d'administration accomplis par le donataire.

968. Le donateur peut, par une clause insérée dans l'acte de donation, limiter les effets de son droit de retour. Cass., 29 juil. 1907, D., 09. 1. 271. Il peut également renoncer à son droit, en tout ou en partie, par un acte distinct, soit après l'ouverture de ce droit, soit même avant, car il ne s'agit pas d'un droit de succession, et il ne peut être question d'appliquer la règle qui défend de renoncer à une succession non ouverte (art. 791). Conformément aux règles du droit commun, la renonciation du donateur peut être expresse ou tacite. Parmi les cas de renonciation tacite, un des plus remarquables est celui qui résulte du concours du donateur à l'aliénation du bien donné, consentie par le-donataire ; encore faut-il supposer que ce concours soit de telle nature qu'il implique nécessairement la volonté du donateur de renoncer à son droit de retour.

* 969. Dans le silence de la loi, la prescription du droit de retour demeure soumise aux règles du droit commun : ce qui conduit aux solutions suivantes :

Contre les héritiers du donataire ou de ses descendants, le donateur peut agir pendant trente ans à compter du jour où le droit de retour s'est ouvert. La prescription de dix ans de l'art. 1304 n'est pas applicable ici, parce que cet article n'est relatif qu'aux actions en nullité ou en rescision ; or le donateur n'agit ni en nullité ni en rescision. La donation, étant résolue de plein droit, il se trouve avoir à exercer tantôt une action en revendication, tantôt une action personnelle en restitution.

Contre les tiers détenteurs des biens donnés, l'action du donateur pourra se trouver éteinte avant l'expiration du délai dont il vient d'être parlé. En effet, s'il s'agit de meubles, l'action du donateur sera la plupart du temps paralysée par la maxime En fait de-meubles la possession vaut titre ; et s'il s'agit d'un immeuble, le tiers détenteur pourra invoquer, suivant les cas, soit la prescription de trente ans (art. 2202), soit celle de dix à vingt ans s'il a juste titre et bonne foi (art. 2265). La prescription aura pour point de départ, dans l'une et l'autre hypothèse, l'entrée en possession du tiers détenteur. On a objecté qu'avec cette solution l'action du donateur contre les tiers détenteurs pourra se trouver prescrite avant l'ouverture du droit de retour, avant par suite que le donateur ait pu agir : ce qui est contraire à l'équité et à la règle *Contra non valentem agere non currit præscriptio*. Mais d'abord, c'est une question fort discutée que celle de savoir si la règle qui vient d'être citée reçoit son application dans notre droit actuel. En tout cas, le donateur ne se trouve pas dans la situation en vue de laquelle cette règle a été introduite ; car, ayant un droit conditionnel avant l'événement qui donne lieu au retour, il peut faire des actes conservatoires (art. 1180) et par conséquent interrompre la prescription qui le menace.

970. Parallèle entre le retour légal et le retour conventionnel.

1° Le retour légal a sa source dans les dispositions de la loi, qui ne l'établit qu'au profit de certaines personnes (art. 351, 747, 766). Le retour conventionnel naît de la convention des parties et peut être stipulé par tout donateur.

2° Le retour légal ne peut être exercé qu'à la charge de respecter les aliénations et les constitutions de droits réels émanées du donataire. Au contraire, le donateur, exerçant le droit de retour conventionnel, reprend les biens donnés

francs et quilles de toutes charges consenties par le donataire ou établies de son chef

3° Le donateur ou ses descendants, exerçant le droit de retour légal, ne peuvent pas réclamer d'indemnité pour les détériorations imputables au donataire. Il en est autrement du donateur exerçant le droit de retour conventionnel.

4° Le retour légal constitue un titre successif : c'est pour ce motif qu'on l'appelle quelquefois retour successoral. Il en résulte, d'une part, que l'ascendant qui exerce ce droit de retour doit contribuer pro modo emolumenti au paiement des dettes de la succession du donataire, et d'autre part, qu'il ne peut pas renoncer à son droit de retour du vivant du donataire : une semblable renonciation constituerait un pacte sur succession future proscrit par l'art. 791. V. supra, n. 519-2°. Au contraire le donateur qui exerce le droit de retour conventionnel reprend le bien donné à titre de propriétaire ; il ne contribue donc pas au paiement des dettes de la succession du donataire et peut renoncer à son droit du vivant du donataire.

On voit qu'à divers points de vue le retour conventionnel est plus avantageux pour le donateur que le retour légal ; aussi l'ascendant donateur stipule-t-il souvent le retour conventionnel.

SECTION II

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ENTRE VIFS

971. Il existe trois causes de révocation des donations. L'art. 953 les indique dans les termes suivants : « La donation entre vifs ne

» pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions

» sous lesquelles elle aura été faite, pour cause

d'ingratitude, et

» pour cause de survenance d'enfants ».

La règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs signifie que le sort de la donation doit être indépendant de la volonté du donateur (supra, n. 805). Par conséquent l'exception à la règle ne peut consister que dans la faculté pour le donateur de détruire la donation par l'effet de sa volonté. Or c'est ce qui n'a lieu dans aucun des cas prévus par l'art. 953. L'inexécution des conditions, ou mieux des charges de la donation, est un fait indépendant de la volonté du donateur. Il en est de même de l'ingratitude du donataire. Et quant à la survenance d'enfants, elle n'est pas uniquement au pouvoir du donateur. Il s'ensuit que le législateur n'aurait pas dû présenter les trois cas de révocation dont il s'agit comme des exceptions à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs, ainsi qu'il le fait dans la rubrique de notre section.

§ I. De la révocation pour cause d'inexécution des conditions.

972. La donation entre vifs pourra être révoquée, dit l'art. 953. « pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite ». Par conditions la loi entend ici les charges qui accompagnent la donation et qui, ainsi que le dit Demante, « en sont en effet la condition en ce sens que le maintien de la donation dépend de leur accomplissement ». Le contrat de donation est de sa nature unilatéral, c'est-à-dire qu'il ne produit d'obligations que d'un seul côté, ex uno latere, du côté du donateur (art. 1103). Il devient bilatéral ou synallagmatique, quand il impose des charges au donataire, parce qu'il y a alors obligation des deux côtés, ex utroque latere (art. 1102). Aussi notre article lui applique-t-il alors la règle générale écrite dans l'art. 1184 al. I, aux termes duquel : « La

condition résolutoire est toujours sous entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Ainsi je vous ai fait donation de la moitié de mon jardin, à la charge par vous d'établir à vos frais un mur de séparation entre la partie que je conserve et celle dont je me dépouille à votre profit ; vous refusez de construire le mur. Je pourrai agir contre vous en révocation de la donation, c'est-à-dire que j'aurai le droit de demander que cette donation soit résolue. La loi suppose que cela a été tacitement convenu entre nous : se faisant l'interprète de notre volonté, elle sous-entend dans le contrat une clause de résolution, une condition résolutoire, comme dit l'art. 1184, contre celle des deux parties qui manquera à son engagement.

La révocation pour cause d'inexécution des conditions, ou mieux des charges, nous apparaissant ainsi comme un cas particulier de la résolution établie par l'art. 1184, il faut en conclure qu'elle sera régie de tous points par les règles qui gouvernent cette dernière. De ce principe résultent entre autres les conséquences suivantes :

1° La révocation pour cause d'inexécution des charges n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être demandée à la justice, qui ne la prononcera que cognita causa, c'est à-dire s'il lui est démontré que le donataire a manqué à ses engagements en n'exécutant pas ou en exécutant mal la charge qui lui était imposée ¹¹⁰. Cpr. Bourges, 4 déc. 1905, D., 06. 2. 159.

D'ailleurs. il ne nous semble pas nécessaire, comme on l'enseigne en général, que le donateur, préalablement à la demande en révocation, mette le donataire en demeure d'exécuter la charge. La loi ne l'exige pas ; et puis la demande en révocation n'est-elle pas une mise en demeure suffisante Poitiers, 16 fév. 1885, S, 87. 2. 67, D., 86. 2. 38

2° Le juge saisi de la demande en révocation peut accorde. un délai au donataire pour exécuter la charge

(arg. art. 1184 in fine) Cpr. Cass, 5 juil. 1905, S. 06. 1. 39 D., 05. 1. 456.

3° Au lieu. de demander la révocation de la donation, le donateur peut, s'il y trouve son intérêt, exiger par les voies de droit l'accomplissement ses charges disposées au donataire, sans que celui ci puisse s'y soustraire en renonçant au bénéfice de la donation.

On comprend difficilement qu'il puisse y avoir controverse sur ce point. L'art. 1184, dont l'art. 953 n'est qu'une application particulière, est tout à fait formel. D'autre part, aux termes de l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

Qu'importe après cela que la solution contraire triomphât dans notre ancien droit ? Notre législateur s'en est écarté sur ce point, voilà tout. Qu'importe aussi que la donation implique une idée de libéralité, et qu'elle semble par suite ne pas pouvoir devenir la source d'un préjudice pour le donataire ? Ce point de vue cesse d'être exact, quand, des charges ayant été imposées au donataire, il y a *negotium mixtum cum donatione*. La donation devient alors un contrat intéressé de part et d'autre ; et, si les charges égalent ou dépassent le profit, il y a tout simplement un contrat à titre onéreux sous le faux nom de donation. Le donataire doit en subir les conséquences ; car il est lié par son consentement.

4° Les parties peuvent convenir que la révocation aura lieu de plein droit au cas d'inexécution de la charge. Sur les effets de cette stipulation, v. t. II, n. 177. Cpr. Cass., 27 juil. 1886, S. 89. I. 295, D., 87. 1. 107, et Pau, 21 fév. 1889, S., 89. 2. 152, D., 90. 2. 176.

973, Par qui peut être demandée la révocation pour cause d'inexécution des charges. — Ce droit n'appartient qu'au donateur. Cass., 2 avril 1912, D., 12. I. 524. Cpr. Cass., 16

nov. 1909, D. 10. 1 353, S 11. 1. 249. Il en est ainsi non seulement lorsque la charge a été stipulée à son profit, mais aussi lorsqu'elle doit profiter à un autre : celui-ci n'aurait que le droit de poursuivre l'exécution de la charge (arg. art. 1121).

Il est sans difficulté que l'action en révocation passe, après la mort du donateur, à ses héritiers ou ayant-cause. Cpr. Poitiers, 18 janv. 1904, D., 05. 2. 211, et Bourges, 20 avril 1909, S., 09. 2. 72. Il ne paraît pas douteux non plus qu'elle puisse être exercée par les créanciers soit du donateur, soit de ses héritiers, agissant en vertu de l'art. 1166. V. cep. L. 9 déc. 1905, art. 7 et 9 et L. 13 avril 1908, art. 2 et 3.

974. L'action en révocation ne peut être intentée que contre le donataire ou ses ayant-cause, et elle peut être exercée pendant trente ans à dater du jour où elle est née (arg. art. 2262). Quant aux tiers détenteurs des biens donnés, ils ne peuvent être poursuivis que par l'action en revendication, qui appartient au donateur par suite de la résolution du droit du donataire. Dijon, 20 mai 1908, D., 09. 2. 53. Le tiers détenteur peut d'ailleurs opposer au donateur revendiquant la prescription acquisitive qui se serait accomplie à son profit, conformément aux régies du droit commun, qui sont ici applicables.

975. Effets de la révocation pour cause d'inexécution des charges. — Ce sont ceux de la condition résolutoire accomplie. La révocation une fois prononcée, il faut donc considérer la donation comme n'ayant jamais eu lieu (arg. art. 1183 al. 1), et par suite le donataire comme n'ayant jamais été propriétaire des biens donnés. De là il suit que toutes les aliénations consenties par le donataire, et tous les droits réels qui se sont assis de son chef sur le bien donné, sont anéantis par voie de conséquence, conformément à la règle *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. C'est ce que dit en substance l'art. 954 : « Dans le cas de la révocation pour

» cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les

» mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du

» chef du donataire ; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs

» des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire

» lui-même ». Que les tiers qui subissent le contre-coup de la révocation ne se plaignent pas ! ils auraient pu aisément en effet lire dans l'avenir. En consultant le titre de propriété du donataire, il leur eût été facile d'apercevoir le germe de ruine qu'il contenait, et de prévoir les conséquences que cette ruine pouvait entraîner. Cass., 1^{er} juil. 1896, D., 98. 1. 397, S., 02. 1. 350, et Limoges. 12 janv. 1906, D., 06. 2. 258, S., 07. 2. 25.

D'ailleurs les tiers, contre lesquels doit rejaillir la révocation, peuvent échapper à ses conséquences en offrant d'accomplir la charge à laquelle le maintien de la donation est subordonné ; comme ayant-cause du donataire, ils sont autorisés à exercer tous les droits de celui-ci. Et toutefois, cette faculté ne leur appartiendrait pas, si la charge était de telle nature que, dans l'intention du donateur, elle dût nécessairement être remplie par le donataire en personne : ce qui, en cas de difficulté, est une question de fait à résoudre par le juge.

La règle, que la révocation pour cause d'inexécution des charges opère avec effet rétroactif, conduit logiquement à décider que le donataire atteint par cette révocation doit restituer avec le bien tous les fruits qu'il en a retirés. Mais plusieurs auteurs rejettent cette conséquence, qui est, on ne saurait en disconvenir, extrêmement rigoureuse, et autorisent le donataire à conserver tous les fruits par lui perçus. Paris, 3 juil. 1890, S., 91. 2. 74. On peut dire en faveur de cette solution, à l'appui de laquelle beaucoup de

mauvaises raisons ont été invoquées, que la résolution, en règle générale, ne produit pas d'effet quant aux jouissances du temps passé.

Les impenses que le donataire aurait faites sur le bien donné devraient lui être bonifiées conformément aux règles du droit commun. Cpr. Cass., 22 juin 1887, S., 87. 1. 244, D., 87. 1. 305.

§ II. De la révocation pour cause d'ingratitude.

976. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas, comme la révocation pour cause d'inexécution des charges, fondée sur une condition résolutoire tacite. On ne peut guère supposer en effet que le donateur se soit réservé implicitement clans le contrat le droit de révoquer la donation pour le cas où le donataire se montrerait ingrat : si l'ingratitude du donataire était entrée dans les prévisions du donateur, il n'aurait pas fait la donation. La révocation dont il s'agit a exclusivement sa source dans la loi qui l'inflige à titre de peine au donataire ingrat ; elle a donc un caractère pénal. C'est dire que les dispositions législatives qui la régissent doivent recevoir l'interprétation restrictive.

977. Quelles donations peuvent être révoquées pour cause d'ingratitude. — La cause de révocation qui nous occupe peut atteindre en principe toutes les donations, même les donations manuelles et les donations indirectes, même les donations rémunératoires, les donations mutuelles, les donations onéreuses et les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, par exemple sous la forme d'un bail d'immeuble consenti intentionnellement pour un prix très inférieur à la véritable valeur locative de l'immeuble. Cass., 20 juil. 1893, S., 93. 1. 424, D., 93. 1. 598. Cpr. infra, n. 991.

La règle ne comporte qu'une seule exception formulée par l'art. 959 dans les termes suivants : « Les donations en

faveur du mariage

» ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ». Les donations en faveur du mariage ne s'adressent pas seulement à l'époux donataire ; elles sont faites aussi en vue de son conjoint, qui profitera pendant la durée du mariage de l'augmentation de bien-être procurée par la donation, et en vue des enfants à naître du mariage, qui trouveront plus tard le bien donné dans la succession du donataire. La révocation d'une semblable donation aurait donc nui non seulement au donataire ingrat, mais encore à son conjoint et à ses enfants : la faute du coupable aurait rejailli sur des innocents. Voilà pourquoi notre article soustrait les donations dont il s'agit à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude. Les travaux préparatoires de la loi ne laissent aucun doute sur ce point.

* Ce motif ne se rencontre plus, lorsque la donation en faveur du mariage a été faite par l'un des futurs époux à l'autre. La révocation de la donation pour cause d'ingratitude du donataire ne rejaillirait plus ici sur des innocents, puisque, le donateur étant l'autre conjoint, c'est lui qui reprendra le bien, à la suite de la révocation, et que les enfants nés du mariage le retrouveront plus tard dans sa succession. Aussi la majorité des auteurs, appliquant l'adage *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio* et faisant prévaloir cet argument sur celui que fournit en sens contraire la généralité des termes de la loi, estiment-ils que les donations, faites par l'un des futurs époux à l'autre en faveur du mariage, échappent à l'exception établie par l'art. 959, et demeurent par conséquent soumises à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude. Solution excellente au point de vue moral, puisqu'elle ne laisse pas impunie l'ingratitude du donataire dans le cas précisément où elle est le plus odieuse. Après variations, la jurisprudence paraît aujourd'hui définitivement fixée dans ce sens (voyez notamment Cass., 17 fév. 1873, D., 73. 1. 483, S., 73. 1. 52, et Bordeaux, 27 nov. 1890, D., 92. 2.

539) ; et elle ne pouvait guère admettre une autre solution, du moment qu'elle étendait à la séparation de corps la disposition de l'art. 299, qui dit en substance que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, perd de plein droit tous les avantages que son conjoint lui a faits soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Cette extension est principalement fondée sur la supposition que l'art. 299 contient une révocation légale, pour cause d'ingratitude, des donations faites par l'époux innocent à l'époux coupable. Or, au point de vue de l'ingratitude, la situation de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, est exactement la même que celle de l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, puisque les causes de divorce et les causes de séparation de corps sont les mêmes (art. 306). Eh bien ! si la loi, au cas de divorce ou de séparation de corps, révoque de plein droit pour cause d'ingratitude les donations faites par l'époux innocent à l'époux coupable, c'est qu'elle considère ces donations comme n'échappant pas à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude, c'est donc par conséquent qu'elle n'a pas entendu les comprendre clans l'exception établie par l'art. 959 ; car on ne concevrait pas que la loi révoquât de plein droit, pour cause d'ingratitude du donataire, une donation qu'elle déclare non susceptible d'être atteinte par cette cause de révocation. La conclusion est que les donations en faveur du mariage, faites par l'un des époux à l'autre, demeurent ici soumises à la règle générale, et que par conséquent la révocation peut en être demandée pour cause d'ingratitude du donataire, même en dehors de toute action en divorce ou en séparation de corps. On le voit, le système de la jurisprudence sur ce point, système qui a du moins le mérite d'être logique, peut se résumer à ceci : Les donations faites en faveur du mariage par l'un des époux à l'autre, échappent à l'exception écrite en l'art. 959 ; elles sont donc révocables pour cause d'ingratitude, et elles sont même révoquées de

plein droit au préjudice de l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps a été prononcée. Cpr. t. I, n. 742.

978 Quelles sont les causes légales d'ingratitude. — Elles étaient très nombreuses dans notre ancien droit. Notre législateur en a considérablement rétréci le cercle ; il en donne une énumération limitative dans l'art. 955, ainsi conçu : « La donation entre

» vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans

» les cas suivants : — 1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

» — 2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou

» injures graves ; — 3° S'il lui refuse des aliments ».

Si l'on compare ce texte avec l'art. 727, on voit du premier coup d'œil qu'il existe une grande analogie entre les causes d'ingratitude du donataire et les causes d'indignité de l'héritier. Un examen plus approfondi montre, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, que la loi autorise plus facilement la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude que l'exclusion d'une succession pour cause d'indignité. Elle est donc plus sévère pour le donataire que pour l'héritier. La raison en est, dit Laurent, que l'ingratitude du donataire est plus noire que celle de l'héritier, parce que le donataire tient tout du donateur, tandis que l'héritier tient son droit de la loi ou mieux du sang qui coule dans ses veines.

979. Eludions successivement les divers cas d'ingratitude prévus par notre article.

PREMIER CAS. « Si le donataire a attenté à la vie du donateur ». — La loi n'exige pas ici, comme le fait en matière d'indignité l'art. 727-1°, que le donataire ait été « condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort » au donateur. Il n'est donc pas nécessaire, pour que le donataire soit passible de la révocation pour cause d'ingratitude, que l'attentat par lui commis contre la vie du

donateur ait été suivie d'une condamnation, ni même que cet attentat constitue une tentative punissable aux termes de l'art. 2 du code pénal. Mais au moins faut-il qu'il y ait eu de la part du donataire une intention homicide. Argument des mots attenté à la vie. Cass., 1^{er} déc. 1885, S., 86. 1. 100. D., 86. 1. 222. Le donataire, qui aurait donné la mort au donateur par maladresse ou imprudence, ou sous l'empire de la démence, n'encourrait pas la révocation. Voyez au surplus ce qui a été dit au sujet de l'art. 727-1^o, supra, n 477.

DEUXIÈME CAS. « S'il [le donataire] s'est rendu coupable envers lui [le donateur] de sévices, délits ou injures graves ». — Nous connaissons déjà le sens des mots sévices et injures (t. I, n. 604). Quant à l'expression délits, elle désigne ici tous les faits prévus et punis par la loi pénale. Peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de délits relatifs à la personne ou aux biens du donateur. Mais, dans tous les cas, le délit doit avoir un certain caractère de gravité, qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement : le mot graves de l'art. 955 2^o, s'applique aux délits aussi bien qu'aux injures : ainsi un délit de chasse, commis par le donataire sur les propriétés du donateur, ne devrait pas être considéré comme une cause de révocation de la donation. Cpr. Cass., 10 déc. 1906, D., 07. 1. 234, S., 09. 1. 574, et Bastia, 31 juil. 1907, D., 09. 2. 266.

TROISIÈME CAS. « S'il lui refuse des aliments ». — Il résulte implicitement de cette disposition que le donataire doit des aliments au donateur, puisqu'il peut être privé du bénéfice de la donation pour avoir refusé de lui en fournir.

Il faut qu'il y ait refus du donataire : ce qui implique une demande formée par le donateur, et une demande légale, par conséquent au moins une sommation. De plus, il faut que le refus du donataire ne soit pas fondé : il le serait si le donateur n'était pas dans le besoin, ou si ses prétentions en

ce qui concerne le montant de la pension alimentaire étaient évidemment exagérées. Le donataire pourrait, en pareil cas, sans refuser les aliments en principe, demander que le montant en fût fixé par la justice. D'après quelle base le juge devra-t-il opérer cette fixation ? On enseigne en général qu'il ne peut pas allouer au donateur une pension supérieure aux revenus du bien donné. Mais cette limitation nous paraît, comme à Laurent, complètement arbitraire, et nous préférons décider que le juge a toute latitude pour la fixation de la pension. Sauf au donataire à cesser de la servir quand il aura preslé sous forme d'arrérages une valeur équivalente au profit retiré par lui de la donation ; car alors il a restitué au donateur tout ce qu'il a reçu de lui, et la dette de reconnaissance dont il est tenu ne peut pas l'obliger à faire davantage. D'ailleurs, à partir de ce moment, le refus du donataire de fournir des aliments au donateur n'a plus de sanction possible, puisqu'il ne peut plus être question de révoquer une donation qui par le fait a cessé d'exister.

On enseigne généralement que le refus du donataire de fournir des aliments au donateur serait fondé, si celui-ci a des parents ou alliés tenus envers lui de l'obligation alimentaire et en état de satisfaire à cette obligation. C'est supposer tout à fait gratuitement (car la loi ne le dit pas) que l'obligation alimentaire du donataire n'est que subsidiaire. Nous préfererions appliquer la solution, que nous avons indiquée d'une manière générale, t. I, n. 516, el qui consiste à laisser au juge, dans le silence de la loi, le soin de décider ex æquo et bono quel est celui des divers débiteurs tenus de la dette alimentaire qui devra la payer.

Tels sont les seuls cas dans lesquels il peut y avoir lieu à la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude. Et, comme la question de savoir si le donataire se trouve dans l'un de ces cas donne nécessairement lieu à une appréciation, comme d'autre part la révocation constitue pour le donateur un droit, auquel il faut lui laisser la faculté

de renoncer en pardonnant au donataire ingrat, la loi décide avec raison que la révocation devra être demandée à la justice, décision qu'elle applique aussi à la révocation pour cause d'inexécution des charges : « La révocation pour cause

» d'inexécution des conditions, ou pour cause d'ingratitude, n'aura

» jamais lieu de plein droit », dit l'art. 956.

Malgré le mot jamais, on doit admettre que la révocation se produirait de plein droit, si cela avait été stipulé par une clause formelle de la donation. La formule de l'art. 956 doit être considérée comme l'équivalent de la formule employée par l'art. 1184 al. 2. Or cette dernière disposition ne fait pas obstacle à ce que la résolution ait lieu de plein droit en vertu d'une stipulation formelle (t. II, n. 177-2°). Cass., 18 juin 1890, S., 93. 1. 425.

980. Du délai dans lequel doit être intentée l'action en révocation pour cause d'ingratitude. — « La demande en révocation

» pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année à compter

» du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour

» que le délit aura pu être connu par le donateur » (art. 957 al. 1).

Il suffit au donataire, qui soutient que l'action en révocation n'est plus recevable, de prouver qu'il s'est écoulé une année depuis le jour où le donateur a pu connaître le délit, sauf au donateur à prouver de son côté qu'en fait il n'en a pas eu connaissance, et que par suite le délai n'a pas pu courir contre lui.

Lorsque les faits d'ingratitude allégués par le donateur sont multiples et qu'ils forment un tout indivisible, le délai d'un an ne court qu'à compter du dernier fait. Cass., 21 déc. 1897, D., 98. 1. 347, et Aix, 19 oct. 1909, S., 10. 2. 212.

984. A qui appartient l'action en révocation pour cause d'ingratitude. — Cette action, qui rentre dans la catégorie de celles que les Romains appelaient *vindictam spirantes*, offre un caractère tout particulier de personnalité. Il en résulte :

1° Que les créanciers du donateur ne peuvent pas l'exercer de son chef (arg. art. 1166 in fine) ;

2° Qu'elle s'éteint par la mort du donataire et ne peut plus être exercée contre ses héritiers (art. 957 al. 2). Le tribunal de Beauvais a fait une application rigoureuse de ce principe dans un cas où le donataire s'était suicidé après avoir donné la mort au donateur.

Mais l'action, commencée contre le donataire, pourrait-elle être suivie contre ses héritiers, si le donataire était mort pendente lite ? On ne faisait nulle difficulté pour admettre l'affirmative dans notre ancien droit, par application de la règle romaine : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ iudicio salvæ permanent*. L'art. 957 al. 2 ne contredit pas cette solution ; car il dispose seulement que la révocation ne peut pas être demandée contre les héritiers du donataire : ce qui ne paraît pas s'opposer à ce que l'action commencée soit continuée. Il y a toutefois des dissidences sur ce point.

3° Il semblerait devoir résulter aussi du caractère de personnalité de l'action dont il s'agit qu'elle ne peut pas être exercée après la mort du donateur par ses héritiers. Et toutefois l'art. 957 al. 2, après avoir formulé cette dernière déduction, la détruit immédiatement par une disposition qui accorde en définitive aux héritiers du donateur les mêmes droits qu'au donateur lui-même. « Cette

» révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les

» héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le

» donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été

» intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du

» délit ». On voit que les héritiers du donateur peuvent agir toutes les fois qu'il est mort maître de son action ; ils ont donc un droit d'action aussi étendu que le donateur, et par suite il ne fallait pas commencer par établir en principe qu'ils ne peuvent pas agir.

Au cas où le donateur est mort dans l'année du délit sans connaître ce délit, ses héritiers ont un an pour intenter l'action en révocation, à dater du jour où ils ont eu personnellement connaissance du délit. Si le donateur est mort ayant connaissance du délit et sans avoir intenté l'action, ses héritiers n'ont plus pour agir que la portion du délai qui restait encore au donateur lui-même, mais ce temps ne court qu'à compter du jour où les héritiers ont eu personnellement connaissance du délit. V. cep. Paris, 20 fév. 1893, S., 93. 2. 127, D., 93. 2. 517. Cet arrêt accorde dans tous les cas un délai d'un an aux héritiers du donateur mort maître de son action.

982. Des effets de la révocation pour cause d'ingratitude. — Ils sont réglés par l'art. 958, ainsi conçu : « La révocation pour

» cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par

» le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il

» aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout

» soit antérieur à l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la

» demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par

» l'article 939. — Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné

» à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps

» de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande ».

Deux propositions résultent de ce texte : 1° A l'égard des tiers, la révocation pour cause d'ingratitude ne produit pas d'effet rétroactif ; du moins elle ne rétroagit qu'au jour de la demande, et encore ce résultat ne se produit-il pas toujours ; 2° Entre les parties, c'est-à-dire dans les rapports du donataire avec le donateur, la révocation rétroagit au jour de la donation. Développons successivement ces deux points.

983. PREMIÈRE PROPOSITION : A l'égard des tiers, la révocation pour cause d'ingratitude ne rétroagit pas ; du moins elle ne rétroagit qu'au-jour de la demande, et encore cette rétroactivité ne se produit pas toujours. Au contraire, nous avons vu que la révocation pour cause d'inexécution des charges a, même à l'égard des tiers, un effet rétroactif au jour de la donation, et nous verrons bientôt qu'il en est de même de la révocation pour cause de survenance d'enfant. La raison de cette différence est que la révocation pour cause d'inexécution des charges et la révocation pour cause de survenance d'enfant sont l'une et l'autre le résultat de l'accomplissement d'une condition résolutoire, tacitement convenue dans un cas et due à la prévoyance de la loi dans l'autre ; or la condition résolutoire accomplie rétroagit (art. 1183). Au contraire la révocation pour cause d'ingratitude est une peine, et une peine ne produit d'effet que du jour où elle est prononcée, ou tout au plus du jour où la justice a été saisie de la demande tendant à en obtenir la prononciation.

984. La révocation pour cause d'ingratitude ne produisant ses effets à l'égard des tiers qu'à compter de la demande, il en résulte que, dans ses rapports avec eux, le donataire doit être considéré comme ayant été propriétaire jusqu'au jour de la demande en révocation, et que par suite toutes les aliénations consenties par lui avant cette époque, comme aussi tous les droits réels qui se sont assis de son

chef sur le bien donné, ne seront pas atteints par la révocation. Supposons par exemple que le donataire ait vendu le bien donné, avant la demande en révocation ; exécutée ou non, la vente tiendra, alors même que la donation serait révoquée plus tard.

Quel sera maintenant le sort des droits acquis du chef du donataire à partir de la demande en révocation ? Notre principe conduit logiquement à décider que ces droits seront considérés comme non avenus, si la révocation est prononcée. C'est en effet ce que décidait le projet. Mais on fit observer au tribunal que la révocation pourrait ainsi atteindre des tiers qui auraient traité avec le donataire sans connaître la demande en révocation, et auxquels cependant il n'y aurait pas lieu de reprocher leur ignorance, la demande en révocation n'étant entourée d'aucune publicité. La critique était fondée ; il y a été fait droit dans une certaine mesure. Il résulte de notre article que, lorsque la donation a pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques, auquel cas elle a dû être transcrite (art. 939), les tiers sont réputés ignorer la demande en révocation, tant que le donateur n'a pas fait inscrire cette demande en marge de la transcription de la donation, et cela alors même qu'ils en auraient eu connaissance par une autre voie. Les tiers peuvent donc traiter en toute sécurité avec le donataire, même après la demande en révocation et tant qu'elle n'a pas été rendue publique par l'inscription qu'exige l'art. 958, et dont ils peuvent facilement découvrir l'existence en consultant le registre des transcriptions, qui est public.

Toutefois, pour que les tiers puissent opposer au donateur les droits qu'ils ont acquis du chef du donataire sur le bien donné, il ne suffit pas que l'acquisition de ces droits soit antérieure à l'inscription requise par l'art. 968 ou même à la demande ; il faut en outre qu'avant cette inscription ils aient eux-mêmes rempli les formalités prescrites par la loi pour la conservation de leurs droits.

Ainsi, à un moment où la demande en révocation n'est pas encore inscrite, le donataire a vendu l'immeuble donné, et l'acheteur a fait immédiatement transcrire son titre. La révocation une fois prononcée, il ne pourra pas être inquiété. Il pourrait l'être au contraire, si, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'aliénation et la transcription de son titre, le donateur lui-même avait effectué l'inscription ordonnée par l'art. 968.

985. On voit qu'il est du plus haut intérêt pour le donateur de faire opérer le plus promptement possible l'inscription prescrite par l'art. 968 ; car c'est seulement à partir du moment où cette formalité sera remplie qu'il n'aura plus à redouter l'effet des aliénations ou des constitutions de droits réels provenant du chef du donataire. Cette inscription devant être faite en marge de la TRANSCRIPTION de la donation, il en résulte que, si la donation n'est pas encore transcrite, le donateur devra la faire transcrire.

986. L'inscription dont nous venons de parler n'est requise par notre article que lorsque la donation porte sur un immeuble susceptible d'hypothèques.

Dans tous les autres cas, les tiers sont réputés connaître la demande en révocation aussitôt qu'elle a été formée et indépendamment de toute publicité, conformément au système du projet qui se trouve nécessairement maintenu pour tous les cas où il n'y a pas été dérogé ; or nous venons de voir que l'art. 958 n'établit de dérogation qu'en ce qui concerne les immeubles susceptibles d'hypothèques.

Il pourra donc arriver que la révocation rejaillisse sur des tiers, qui, avec une entière bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance d'une demande en révocation dont rien ne leur a révélé l'existence, ont acquis du donataire des droits sur le bien donné. Ainsi, la donation portant sur un objet mobilier corporel, le donataire a vendu cet objet après la demande en révocation ; au moment où la révocation est prononcée, la vente n'est pas exécutée : le donataire est

encore en possession de la chose. Le donateur pourra la reprendre au préjudice de l'acheteur, fût-il de bonne foi. Si la vente est exécutée, le donateur ne pourra pas revendiquer la chose entre les mains de l'acheteur, au moins si celui-ci l'a reçue de bonne foi ; car il serait alors protégé par la règle En fait de meubles la possession vaut titre, qui ne permet pas la revendication du propriétaire contre un possesseur de bonne foi. Arg. art. 1141.

987. DEUXIÈME PROPOSITION : Entre les parties, la révocation rétroagit au jour de la donation. Par conséquent le donataire est censé n'avoir jamais été propriétaire du bien donné Il en résulte que le donataire doit restituer au donateur le bien donné, s'il le possède encore, avec tous les accroissements naturels qui ont pu lui survenir, tels que l'alluvion. Il en résulte encore que le donataire doit indemniser le donateur à raison des charges réelles dont il aurait grevé le bien donné et que le donateur serait tenu de respecter par application de l'art. 958 al. 1. Au cas d'aliénation, « le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande... » (art. 958 al. 2).

Cette dernière disposition doit être entendue en ce sens que la somme à payer par le donataire devra être égale à la valeur que l'objet donné aurait eue au temps de la demande si la donation n'avait pas été faite. Il faudra donc faire abstraction des améliorations et des détériorations provenant du fait du donataire ou de ses ayant-cause. De même si le donataire a grevé le bien donné d'une charge réelle que le donateur soit tenu de respecter, l'indemnité à payer au donateur devra être égale à la moins-value résultant de la charge, calculée à l'époque de la demande.

988. L'application rigoureuse de notre règle aurait conduit à décider que le donataire ingrat, atteint par la révocation, doit restituer, avec la chose ou sa valeur, tous les fruits qu'il en a retirés jusqu'à l'époque de la demande. Mais notre législateur n'a pas voulu appliquer au donataire

ingrat cette décision sévère, qu'il n'a pas hésité cependant à appliquer à l'héritier exclu de la succession pour cause d'indignité (art. 729) ; il autorise le donataire à conserver les fruits par lui perçus jusqu'au jour de la demande art. 958 in fine). On s'en étonnera peut-être ; car la loi, comme nous l'avons dit, se montre en général plus rigoureuse pour le donataire ingrat que pour l'héritier indigne. La différence dont il s'agit ne pourrait-elle pas s'expliquer par cette considération que la demande en déclaration d'indignité sera presque toujours formée à une époque très voisine de l'ouverture de la succession, de sorte que la restitution des fruits ne s'appliquera qu'à une jouissance de courte durée ; tandis que la demande en révocation pour cause d'ingratitude surviendra souvent après un long espace de temps écoulé depuis la donation, auquel cas l'obligation pour le donataire de restituer les fruits perçus pendant un grand nombre d'années, fruits qu'il aura ordinairement consommés, aurait pu entraîner sa ruine ?

§ III. De la révocation pour cause de survenance d'enfant.

989. Historique. — La révocation pour cause de survenance d'enfant a son origine dans la loi *Si unquam* (L. 8, C., De revoc, donat., VIII, 56), qui l'établissait en vue d'un cas tout à fait particulier, celui d'une donation faite par un patron à son affranchi. Nos anciens parlements généralisèrent la disposition de cette loi en l'étendant à toutes les donations, et l'ordonnance de 1731 consacra leur jurisprudence sur ce point. Le projet du titre Des donations du code civil supprimait cette cause de révocation : il contenait un article ainsi conçu : « La survenance d'enfant n'opérera plus la révocation des donations, mais seulement leur réduction à la quotité disponible » (art. 60). La commission chargée de la rédaction du projet partageait

sans doute l'avis de Vinnius, qui pensait qu'il n'y avait rien de plus absurde, quo nihil absurdius dici potest, que de suspendre indéfiniment sur la tête du donataire et des tiers une semblable cause de révocation ! La section de législation du conseil d'Etat ne réclama pas contre cette innovation. Mais elle fut l'objet de très-vives critiques au sein de l'assemblée générale de ce conseil. La révocation pour cause de survenance d'enfant y trouva d'ardents défenseurs, notamment Cambacérès : ils réussirent à faire prévaloir leurs vues. Le procès-verbal de la séance porte : « Le conseil adopte le droit établi par l'ordonnance de 1731 ». Effectivement les art. 960 à 966, qui organisent cette cause de révocation, sont la reproduction à peu près littérale des art. 39 à 45 de l'ordonnance. L'interprétation que ces articles avaient reçue dans notre ancien droit acquiert ainsi une importance considérable pour fixer le sens des articles correspondants du code civil.

990. Toute donation, faite par une personne sans enfant, est révoquée de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur. L'art. 960 développe ce principe en ces termes : « Toutes

- » donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants

- » ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la

- » donation, de quelque valeur que ces donations puissent être et à

- » quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent

- » mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites

- » en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints,

- » ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées

- » de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du

donateur,

- » même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant
- » naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation ».

Et comme il aurait été à craindre que beaucoup de donateurs imprévoyants ne fussent disposés à renoncer au bénéfice de la révocation établie par notre article, et qu'une semblable clause serait bientôt devenue de style dans les actes portant donation, la loi, protégeant en quelque sorte le donateur contre lui-même, dispose que

« Toute clause ou convention par laquelle le donateur

- » curait renoncé à la révocation de la donation pour survenance

- » d'enfant, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun

- » effet » (art. 965).

Quel est le fondement de cette révocation ? « Celui qui n'a pas encore eu d'enfants », dit un ancien auteur, « ne connaît pas l'amour que la nature met au cœur des pères » ; s'il l'eût connu, il n'eût probablement pas fait la donation. Cette raison n'est pas suffisante ; car nous voyons la loi accorder le secours de la révocation à tout donateur qui n'a pas d'enfants au moment de la donation, par conséquent même à celui qui en a déjà eu, s'ils sont décédés : la survenance d'un nouvel enfant à ce donateur révoquera la donation, et cependant il connaît la force de l'amour paternel ! Il nous paraît plus vrai de dire avec Pothier : « Celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants ; s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas ; d'où on a tiré la conséquence que la donation devait être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation ».

* Et toutefois, la révocation pour cause de survenance d'enfant est peut-être le résultat, moins d'une condition résolutoire tacitement convenue entre les parties, que

d'une condition résolutoire imposée par la loi, qui suppose que le donateur n'aurait pas fait la donation si cogitasset de liberis. En un mot, la révocation dont il s'agit est plutôt le fruit d'une condition résolutoire légale que d'une condition résolutoire tacite. Nous voyons en effet d'une part, que cette révocation a lieu de plein droit (art. 960), et d'autre part, que le donateur ne peut pas y renoncer (art. 965) ; or, sur ces deux points, il en est autrement de la condition résolutoire tacite (art. 1184).

N° 1. Quelles donations sont révocables pour cause de survenance d'enfant.

991. L'art. 960 est conçu dans des termes aussi généraux que possible. Toute donation, en principe, est donc sujette à la cause de révocation qui nous occupe, même la donation manuelle, la donation indirecte et la donation déguisée. Poitiers, 27 janv. 1902, D., 02. 2. 413, S., 03. 2. 13. Il n'y a pas à se préoccuper non plus de l'importance de la donation ; la révocation atteindra, le cas échéant, toute donation de quelque valeur qu'elle puisse être, dit l'art. 960, par conséquent même les donations modiques. La distinction entre les donations modiques et celles qui ne le sont pas eût été la source de procès et de décisions arbitraires. Il y aurait lieu cependant d'excepter les présents d'usage, que la loi ne paraît pas considérer comme de véritables donations mais plutôt comme des charges que nos mœurs rendent obligatoires (arg. art. 852).

Notre article applique le principe, même aux donations mutuelles et aux donations rémunératoires ; il faut mettre sur la même ligne les donations onéreuses.

a. On appelle rémunératoire la donation qui est faite en récompense ou rémunération d'un service rendu.

Elle constitue une libéralité pour la valeur totale du bien donné, si le service en récompense duquel elle a été faite

n'est pas |appréciable à prix d'argent ; en ce cas, la survenance d'un enfant du donateur la révoquera pour le tout. Si au contraire le service en rémunération duquel la donation a été faite est appréciable à prix d'argent, il n'y a libéralité que pour ce qui excède la valeur pécuniaire du service, et par suite la donation ne sera révoquée, le cas échéant, que dans cette mesure. Nous ne disons pas, comme le font la plupart des auteurs, que la donation est alors révoquée pour le tout, sauf au donataire à exercer l'action qui lui appartenait pour le paiement de ses services ; car cette action peut être éteinte par la prescription, auquel cas le donataire se trouverait sans recours contre le donateur.

b. La donation onéreuse est celle qui est faite sous certaines charges.

Une semblable donation ne contient de libéralité que pour ce qui excède la valeur pécuniaire des charges imposées au donataire ; elle ne sera donc révoquée, le cas échéant, que dans cette mesure.

c. Enfin les donations mutuelles sont celles que plusieurs personnes se font réciproquement par le même acte.

Pour qu'il y ait donation, en pareil cas, il faut que chaque contractant ait été mû par l'intention de faire une libéralité à l'autre. En effet, si chacun n'a entendu donner que l'équivalent de ce qu'il a reçu, l'acte est en réalité un contrat à titre onéreux, un échange, et comme tel il échapperait à la révocation, alors même qu'il aurait été qualifié donation ; car le nom que les parties donnent à un acte ne saurait en changer le caractère juridique.

* En admettant qu'il y ait donation mutuelle, chaque donation sera révocable pour cause de survenance d'enfant ; notre article est formel. Mais, la donation faite par l'un des donateurs étant révoquée, l'autre tombera-t-elle par voie de conséquence ? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur ce que les deux libéralités sont la cause l'une de l'autre ; d'où il résulte, dit-on, que l'une ne saurait

subsister sans l'autre. C'est oublier que la cause d'une donation réside exclusivement dans l'intention chez le donateur de gratifier le donataire (t. II, n. 70). Si chacune des parties a été mue par une pensée autre qu'une pensée de libéralité, il y a, nous venons de le dire, contrat à titre onéreux, et par suite il ne peut être question de révocation. Du moment qu'on reconnaît qu'il y a donation, il faut dire que les deux donations sont indépendantes l'une de l'autre, et que par suite la révocation de l'une n'entraînera pas celle de l'autre. Cette solution devrait être appliquée a fortiori au cas de révocation pour cause d'ingratitude, qui est une peine et qui ne doit atteindre que le coupable.

992. La révocation pour cause de survenance d'enfant peut atteindre même les donations faites en faveur du mariage ; malgré les privilèges dont elles jouissent. Et toutefois notre article excepte :

1° Les donations faites par les ascendants aux conjoints. Ainsi la donation qu'un père fait par contrat de mariage à son fils, ou un aïeul à son petit-fils ne sera pas révocable pour cause de survenance d'enfant au donateur. Exception qu'il était à vrai dire inutile de formuler, puisqu'elle s'applique à un cas non compris dans la règle, les seules donations révocables pour cause de survenance d'enfant étant celles faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants (art. 960).

2° Les donations faites par les conjoints l'un à l'autre. Celui qui fait une donation à son futur époux en considération du mariage projeté, doit être considéré comme ayant entendu préférer le donataire, même à ses propres enfants. On ne peut pas raisonnablement supposer en pareil cas que le donateur n'aurait pas donné si cogitasset de liberis, puisque fait la donation précisément à la personne à laquelle il associe son existence en vue de procréer des enfants. A quoi l'on peut ajouter qu'il y aurait

eu des inconvénients graves, au point de vue social, à ce que l'un des époux fût intéressé à ne pas avoir d'enfants.

L'exception, établie par l'art. 960 relativement aux donations que les conjoints se font l'un à l'autre, n'a trait qu'aux donations faites en faveur du mariage, par conséquent avant le mariage. Mais l'art. 1096 étend l'exception aux donations que l'un des époux fait à l'autre pendant le mariage ; voyez cet article.

N° 2. Conditions requises.

993. Pour qu'une donation soit atteinte par la révocation qui nous occupe, il faut : 1° que le donateur n'eût ni enfants ni descendants légitimes à l'époque de la donation ; 2° qu'il lui en survienne un

994. PREMIÈRE CONDITION. Il faut que le donateur n'eût point « d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation » (art. 960). Bien que la loi emploie ici le pluriel, il est certain que la présence d'un seul enfant ou descendant au moment de la donation ferait obstacle à la révocation.

La nécessité de notre première condition s'explique aisément. Le fondement de la révocation manque, lorsque le donateur avait un ou plusieurs enfants à l'époque de la donation ; comment admettre en effet que non cogitavit de libenis ? Dira-t-on qu'il n'aurait pas donné, s'il eût prévu qu'il lui surviendrait de nouveaux enfants ? Ce serait supposer, contre toute vraisemblance, que le donateur aura plus d'affection pour ses enfants à naître que pour ses enfants déjà nés. Comment le donateur, qui n'a pas été arrêté par la présence d'enfants déjà nés, aurait-il pu l'être par la perspective d'enfants à naître ?

Ce n'est pas à dire cependant que la survenance de nouveaux enfants au donateur, qui en avait déjà lors de la donation, sera toujours sans influence sur le sort de cette donation ; car cet événement pourra, en faisant baisser la

quotité disponible du donateur (art. 913), rendre la donation réductible.

995. Voici maintenant, au sujet de notre première condition, toute une série de questions plus ou moins controversées.

PREMIÈRE QUESTION. — La présence au moment de la donation d'un enfant naturel reconnu fait-elle obstacle, comme la présence d'un enfant légitime, à la révocation pour cause de survenance d'enfant ? La loi dit : « Toutes donations entre vifs laites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants... » Le mot descendants ne peut s'appliquer qu'aux descendants légitimes ; car une personne ne peut pas avoir d'autres descendants naturels légalement connus que ses enfants (arg. art. 757). C'est déjà une forte présomption que le mot enfants, qui précède immédiatement, ne s'applique qu'aux enfants légitimes. Cette présomption devient presque une certitude, si l'on observe que telle était l'interprétation donnée par nos anciens auteurs à l'art. 39 de l'ordonnance, dont l'art. 960 n'est que la reproduction. Tous admettaient que la présence d'un enfant naturel reconnu, à l'époque de la donation, ne faisait pas obstacle à la révocation par la survenance d'un enfant légitime ; or, nous l'avons vu, c'est le droit établi par l'ordonnance que notre législateur a entendu consacrer.

* Mais supposons que la donation ait été faite à l'enfant naturel lui-même ; sera-t-elle révoquée par la survenance d'un enfant légitime ? En législation, nous reconnaissons qu'il y aurait de très graves raisons pour soustraire cette donation à la révocation. Mais cette solution nous semble bien difficile à admettre en présence des termes absolus de l'art. 960. La loi ne considère pas qui est donataire, mais uniquement s'il y a ou non des enfants légitimes lors de la donation. S'il n'en existe pas, la donation est révoquée par la survenance d'un enfant, quel que soit le donataire, lex non distinguit.

DEUXIÈME QUESTION. — La présence, lors de la donation, d'un enfant adoptif du donateur fait-elle obstacle à la révocation ? Cette question doit recevoir une solution négative, de même que la précédente, et elle fait peut-être encore moins de doute. La loi parle d'enfants ou de descendants ; or c'est à peine si elle désigne l'adopté sous le nom d'enfant, et la qualification de descendant lui est encore moins applicable. D'ailleurs l'esprit de la loi exclut l'adopté non moins que son texte.

* Nous appliquerions d'ailleurs aux donations laites à l'adopté lui-même ce que nous venons de dire des donations faites à l'enfant naturel. Eadem est ratio. Elles seraient donc révoquées par la survenance d'un enfant légitime du donateur.

TROISIÈME QUESTION. — L'enfant absent lors de la donation doit-il être assimilé à un enfant décédé ? En d'autres termes, le père dont l'unique enfant est absent, et qui, dans la persuasion du décès de cet enfant, fait une donation, doit-il être considéré comme sans enfant, de telle sorte que la donation sera révoquée par la survenance d'un nouvel enfant ? Non ; car la révocation n'a lieu qu'au profit du donateur qui n'avait pas d'enfant lors de la donation. Or il est certain que le donateur a eu un enfant et il n'est pas démontré que cet enfant fût mort lors de la donation.

996. DEUXIÈME CONDITION. Il faut qu'il survienne au donateur un enfant soit légitime, soit naturel, et, si c'est un enfant naturel, qu'il soit légitimé.

997. a. — Survenance d'un enfant légitime. Peu importe que l'enfant naisse pendant la vie du donateur ou après sa mort. La loi dit que la donation est révoquée, même par la survenance d'un enfant posthume.

Ce point était controversé avant l'ordonnance de 1731. Plusieurs auteurs trouvaient inadmissible que la révocation pût se produire après la mort du donateur, c'est-à-dire à un moment où il ne peut plus acquérir aucun droit. L'objection

disparaît, si l'on observe que la révocation rétroagit au jour de la donation.

La survenance d'un petit-enfant du donateur entraînerait la révocation de la donation, aussi bien que la survenance d'un enfant. — Mais, dira-t-on, comment cela peut-il arriver ? La survenance d'un petit-enfant du donateur implique nécessairement qu'il y a un enfant : ce qui rend la révocation impossible. — Il faut supposer qu'à l'époque de la donation le fils unique du donateur était mort, laissant sa femme enceinte ; le donateur n'avait donc alors ni enfant, ni petit-enfant ; du moins son petit-enfant n'était encore que conçu. Sa naissance révoquera la donation.

La solution qui précède implique que l'on ne doit pas, en matière de révocation pour cause de survenance d'enfant, considérer comme déjà né l'enfant qui est seulement conçu. C'est en effet ce que dit d'une manière générale l'art. 961 : « Cette révocation aura lieu

» encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au

» temps de la donation ». Ainsi un homme marié, qui n'a pas d'enfant, mais est à la veille d'en avoir un, ou même une femme mariée dont la grossesse est avancée, fait une donation entre vifs. Cette donation sera révoquée de plein droit par la naissance de l'enfant du donateur ou de la donatrice, cette naissance survînt-elle le lendemain de la donation. Et cependant on ne peut pas dire ici que le donateur, et surtout la donatrice non cogitavit de liberis. Le motif qui a fait établir la révocation semble donc ne plus exister, et Pothier a raison de dire qu'en principe c'est la solution contraire qui aurait dû être admise.

Pour que la survenance d'un enfant légitime du donateur entraîne la révocation de la donation, il faut, dit Furgole, « que l'enfant soit venu à bon port ». Nous dirions aujourd'hui qu'il doit être né vivant et viable.

998. b. — Survenance d'un enfant naturel. La survenance d'un enfant naturel du donateur n'entraîne la révocation de

la donateur qu'autant que cet enfant est légitimé par mariage subséquent (art. 960, dernière partie). D'après le texte de l'art. 39 de l'ordonnance, la légitimation par mariage subséquent d'un enfant naturel du donateur entraînait la révocation de la donation, alors même que l'enfant ainsi légitimé était né avant la donation. Cette disposition fut vivement critiquée par le tribunat dans les termes suivants : « La naissance de l'enfant légitime ne donnant lieu à la révocation qu'autant qu'il naît après la donation, il paraît impossible de donner plus de faveur à l'enfant naturel qui dans la suite est légitimé ». Bien que l'exactitude de cette observation fût contestable — car la naissance de l'enfant légitimé est fictivement reportée au jour du mariage qui le légitime, comme nous l'avons dit, t. I, n. 852 — , le législateur y a fait droit, en inscrivant dans le texte les mots s'il est né depuis la donation. Ce changement se justifie d'ailleurs par cette considération qu'autrement la légitimation aurait pu être conférée à l'enfant, non dans son intérêt, mais uniquement en vue de révoquer la donation. Cpr. trib. civ. de Toulouse, 26 mai 1908, S, 09. 2. 125.

En résumé, deux conditions sont ici requises pour que la révocation se produise ; il faut : 1° que l'enfant naturel soit né depuis la donation ; 2° qu'il soit légitimé.

999. Nous allons maintenant retrouver une série de questions controversées, qui-sont la contre-partie de celles que nous avons étudiées au n. 995.

PREMIÈRE QUESTION. — L'adoption d'un enfant par le donateur peut-elle entraîner la révocation de la donation ? Doit-elle être assimilée à la naissance d'un enfant légitime ? La négative est presque unanimement admise en doctrine et en jurisprudence. D'abord l'hypothèse de l'adoption paraît étrangère aux prévisions de la loi qui parle de la survenance d'un enfant : le donateur qui fait une adoption peut-il dire qu'il lui est survenu un enfant ? D'un autre côté, permettre au donateur de révoquer la

donation en adoptant un enfant, c'eût été subordonner le sort de la donation à une condition dépendant de sa volonté, contrairement à l'art. 944. Enfin la paternité fictive n'engendre pas la même affection que la paternité naturelle, et par conséquent le motif, qui a fait admettre la révocation pour cause de survenance d'enfant, n'existe plus ici, tout au moins avec la même force.

DEUXIÈME QUESTION. — Le retour de l'enfant unique du donateur, qui était absent au moment de la donation et que le donateur croyait mort, entraîne-t-il la révocation de la donation ? L'événement prouve que le donateur avait un enfant au moment de la donation, circonstance qui fait obstacle à la révocation. D'ailleurs, n'est-ce pas abuser des mots que d'appeler survenance d'enfant le retour d'un enfant absent ?

Sur la question de savoir si la survenance d'un enfant issu d'un mariage putatif peut révoquer une donation, voyez t. I, n. 468.

N° 3. Comment s'opère la révocation pour cause de survenance d'enfant.

1000. La révocation pour cause de survenance d'enfant a lieu de plein droit, ipso jure (art. 960), dès que les conditions requises par la loi se trouvent réunies. — De plein droit, c'est-à-dire en vertu de la toute-puissance de la loi, sans le ministère du juge, et même sans que le donateur ait besoin de manifester sa volonté de révoquer la donation. L'intervention de la justice ne serait nécessaire qu'autant qu'il y aurait contestation entre les parties sur le point de savoir si les conditions requises pour la révocation se trouvent réunies ; et alors le juge, si l'affirmative lui paraît démontrée, ne prononcera pas la révocation, mais se bornera à constater qu'elle s'est opérée en vertu des dispositions de la loi. Le donateur devrait encore recourir à la justice, si le donataire, tout en reconnaissant que la

révocation s'est opérée, refusait de restituer les biens donnés. Mais ici encore le juge ne prononcera pas la révocation ; il ne fera qu'ordonner l'exécution de l'obligation qu'elle entraîne pour le donataire.

L'art. 964 se borne à tirer une conséquence de notre principe :

« Les donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de

» nouveau leur effet, ni par la mort de l'enfant du donateur, ni par

» aucun acte confirmatif ; et si le donateur veut donner les mêmes

» biens au même donataire, soit avant ou après la mort de l'enfant

» par la naissance duquel la donation avait été révoquée, il ne le

» pourra faire que par une nouvelle disposition ».

La révocation ayant lieu de plein droit, indépendamment de toute manifestation de volonté de la part du donateur, et même malgré la manifestation qu'il aurait faite d'une volonté contraire, elle constitue un fait accompli contre lequel il n'est pas possible de revenir. Inutilement donc le donateur déclarerait-il renoncer au bénéfice de la révocation ; cette renonciation ne serait autre chose qu'une confirmation de la donation, et la loi déclare toute confirmation impossible. Il ne pouvait en être autrement. La donation révoquée n'existe plus ; la loi a détruit l'œuvre du donateur ; à quoi pourrait donc s'appliquer la confirmation de celui-ci ? On peut confirmer un acte imparfait ; mais on ne confirme pas le néant ; or ici nous sommes en face du néant : il n'y a plus de donation, puisque la loi l'a révoquée. Et, comme de raison, la loi n'admet pas plus la confirmation tacite que la confirmation expresse. Ainsi, la donation n'étant pas encore exécutée au moment où la survenance d'un enfant en opère la révocation, le donateur l'exécute volontairement en livrant

la chose donnée au donataire ; ou bien, la donation étant exécutée, il laisse le donataire en possession. La donation n'en demeurera pas moins révoquée (art. 962, 1^{re} partie). Il était plus évident encore que la mort de l'enfant, dont la naissance a produit la révocation, n'en détruirait pas les effets, et la loi aurait pu se dispenser de le dire. La révocation constitue, aussitôt qu'elle s'est produite, un droit acquis, sur lequel les événements ultérieurs doivent rester sans influence.

La conclusion qui résulte de tout cela, c'est que, si le donateur persiste dans sa volonté de gratifier le donataire, un seul moyen s'offre à lui : refaire la donation dans la forme légale, ainsi que le dit notre article.

N° 4. Dans l'intérêt de qui la révocation est établie.

1001. Aubry et Rau disent à ce sujet : « La révocation est établie bien moins au profit du donateur en cette qualité, que dans son intérêt comme père des enfants qui lui sont survenus et dans l'intérêt de ces derniers ». Ce n'est peut-être pas une réponse très nette à notre question, mais il paraît difficile d'en donner une meilleure, car le législateur a enveloppé sur ce point sa pensée d'une certaine obscurité. Il a été dit et répété au conseil d'Etat que la révocation est établie dans l'intérêt des enfants du donateur. Voilà une affirmation très nette. Malheureusement elle paraît démentie par les textes. Si la révocation est établie dans l'intérêt des enfants du donateur, comment se fait-il qu'elle continue à subsister même après la mort de ces enfants ? Comment se fait-il surtout que le père puisse disposer même à titre gratuit au préjudice de ces enfants des biens recouvrés par l'effet de la révocation ? Comment enfin les enfants n'ont-ils droit aux biens compris dans la donation révoquée qu'en qualité d'héritiers du donateur et seulement s'ils acceptent sa

succession ? Tout cela tendrait à prouver que la révocation a lieu dans l'intérêt du donateur. En définitive on ne sait ce que le législateur a voulu.

N° 5. Effets de la révocation pour cause de survenance d'enfant.

1002. La révocation pour cause de survenance d'enfant produit les effets d'une condition résolutoire accomplie, c'est-à-dire qu'elle rétroagit au jour du contrat : elle a lieu ex tunc. La donation est donc révoquée non seulement dans l'avenir, mais encore dans le passé : elle est censée n'avoir jamais eu lieu ; par suite le donateur est considéré comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire des biens donnés, et le donataire comme n'ayant jamais eu ce titre. La loi ne formule pas ce principe ; mais elle le sous-entend dans l'art. 963, qui en déduit plusieurs conséquences : « Les biens compris dans la

- » donation révoquée de plein droit, rentreront dans le patrimoine

- » du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du

- » donataire, sans qu'ils puissent demeurer affectés, même subsidiairement,

- » à la restitution de la dot de la femme de ce donataire,

- » de ses reprises ou autres conventions matrimoniales ; ce qui aura

- » lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du

- » mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur

- » se serait obligé, comme caution, par la donation, à l'exécution

- » du contrat de mariage ».

Ainsi donc, la donation une fois révoquée, on applique la maxime *Resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Par

conséquent toutes les aliénations consenties par le donataire tombent : ce qui permet au donateur de revendiquer les biens donnés contre les tiers détenteurs, sauf l'application de la maxime En fait de meubles la possession vaut titre, s'il s'agit d'objets mobiliers corporels. Tous les droits réels, qui se sont assis du chef du donataire sur le bien donné, ont le même sort ; le donateur n'est donc pas obligé de les respecter. La loi n'admet même pas ici, comme elle le fait au cas de retour conventionnel (art 952), d'exception à cette règle en faveur de l'hypothèque légale de la femme du donataire, sans qu'il soit bien facile de rendre raison de cette différence.

* Bien plus la loi ajoute : « ce qui aura lieu quand même la donation aurait été faite en faveur du mariage du donataire et insérée dans le contrat, et que le donateur se serait obligé comme caution, par la donation, à l'exécution du contrat de mariage ». Cette disposition demande à être bien comprise. Le cautionnement en principe n'est pas révoqué par la survenance d'un enfant à la caution. Ainsi je me suis porté caution de l'exécution d'un contrat de mariage ; l'obligation que j'ai ainsi contractée ne sera pas révocable pour cause de survenance d'enfant. « Le cautionnement en lui-même, dit Demante, peut bien, à certains égards, être considéré comme un acte de bienfaisance, mais ce n'est pas une donation ». Si, au contraire, n'ayant pas d'enfants, j'interviens à un contrat de mariage pour y faire une donation aux futurs époux ou à l'un d'eux et que je déclare en même temps me porter caution de l'exécution du contrat de mariage, non seulement la donation sera révoquée s'il me survient un enfant, mais il en sera de même du cautionnement qui l'accompagne. Pourquoi cela ? Parce que la loi voit dans le cautionnement un appendice de la donation, un moyen indirect et détourné de la faire valoir malgré la révocation dont elle serait atteinte, ou, si l'on veut, une renonciation

déguisée au droit de profiter de la révocation pour cause de survenance d'enfant.

* 1003. Par quelle action le donateur agira-t-il pour obtenir la restitution des biens compris dans la donation révoquée ? Contre le donataire, il agira par l'action personnelle ; car l'action a ici sa source dans la résolution d'un contrat auquel le donataire a été partie. Il en sera de même contre les ayant-cause universels du donataire, héritiers, légataires universels... Contre les tiers détenteurs des biens donnés, le donateur agira par l'action réelle. Par suite de la révocation de la donation, il est censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire du bien donné, et il agit en cette qualité, donc en revendication.

1004. Poussé jusqu'à ses extrêmes conséquences, le principe que la révocation a lieu ex tunc conduirait à décider que le donataire doit restituer au donateur, avec le bien donné, tous les fruits qu'il en a retirés. Mais nous avons déjà dit qu'en général la résolution ne porte pas atteinte aux jouissances du temps passé, et en effet l'art. 962 dispose : « La donation demeurera pareillement révoquée,

- » lors même que le donataire serait entré en possession des biens

- » donnés, et qu'il y aurait été laissé par le donateur depuis la survenance

- » de l'enfant ; sans néanmoins que le donataire soit tenu

- » de restituer les fruits par lui perçus, de quelque nature qu'ils

- » soient, si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa légitimation

- » par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit

- » ou autre acte en bonne forme ; et ce, quand même la demande

- » pour rentrer dans les biens donnés n'aurait été formée que postérieurement

- » à cette notification ». Le donataire qui aurait appris par

toute autre voie que la notification dont parle notre article, l'événement donnant lieu à la révocation, ne deviendrait pas pour cela comptable des fruits ; il est censé ignorer cet événement tant qu'il n'a pas été informé par la voie légale.

* A partir de quelle époque les tiers détenteurs des biens donnés seront-ils tenus de la restitution des fruits ? La question est controversée. Nous pensons qu'il faut appliquer aux tiers détenteurs ce que la loi dit du donateur lui-même, et que par suite, de même que celui-ci, ils ne seront comptables des fruits qu'à dater du jour où le donateur leur aura adressé la notification dont parle notre article. En effet, à défaut de cette règle, on ne pourrait leur appliquer que celle des art. 549 et 550. Mais, outre que ces articles ne paraissent pas écrits en vue de la situation qui nous occupe (car ils supposent un possesseur dont le titre est vicié, et ici le possesseur a un titre résoluble, ce qui est bien différent), leur application serait plus défavorable aux tiers détenteurs que celle de l'art. 962 ; car elle les obligerait à la restitution des fruits à dater du jour où ils auraient eu connaissance par une voie quelconque de l'événement qui a opéré la révocation. Sans compter que cette rigueur rejaillirait souvent sur le donataire lui-même, qui, en sa qualité de garant, pourrait être tenu d'indemniser les détenteurs de la perte qu'ils subissent de ce chef.

N° 6. De la prescription.

1005. Aux termes de l'art. 966 : « Le donataire, ses héritiers ou

» ayant cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront

» opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par

» la survenance d'enfant, qu'après une possession de trente années,

» qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance

» du dernier enfant du donateur, même posthume ; et ce, sans préjudice

» des interruptions, telles que de droit ».

= Sans préjudice des interruptions. Ajoutez : et des suspensions.

Ce texte consacre plusieurs dérogations au droit commun, qui ne peuvent s'expliquer que par la faveur tout exceptionnelle dont la loi entoure la révocation pour cause de survenance d'enfant.

PREMIÈRE DÉROGATION. — L'action que la révocation fait naître au profit du donateur, soit contre le donataire ou ses ayant-cause, soit contre les tiers détenteurs, se prescrit dans tous les cas par trente ans. Les tiers détenteurs ne pourront donc jamais opposer au donateur la prescription de dix à vingt ans de l'art. 2265.

DEUXIÈME DÉROGATION. — De droit commun, une action commence à se prescrire à dater du jour où elle est née. D'après cela, les trente ans accordés pour l'exercice de l'action qu'engendre la révocation, auraient dû courir à dater de la naissance du premier enfant du donateur ; car cet événement, en révoquant la donation de plein droit, fait naître l'action du donateur. Or notre article dispose que les trente ans ne courront qu'à compter de la naissance du dernier enfant, même posthume, de sorte que le point de départ de la prescription peut se trouver ainsi indéfiniment retardé. Le législateur a sans doute considéré que le donateur hésitera le plus souvent à se prévaloir lui-même de la révocation, et il a voulu, en prolongeant la durée de l'action, la mettre en quelque sorte en réserve pour ses héritiers, afin qu'ils puissent l'intenter après son décès.

* Les deux dérogations qui viennent d'être signalées, et qui constituent l'économie tout entière de l'art. 966, doivent être considérées comme applicables, vu la généralité des termes de ce texte ; non seulement, comme

tout le monde l'admet, aux tiers détenteurs qui tiennent leurs droits du donataire, par exemple à ses acheteurs, mais aussi, ce que quelques-uns contestent, aux tiers détenteurs qui n'ont pas de titre ou dont le titre émane d'un autre que le donataire. Les doutes que l'on a élevés sur ce point semblent devoir disparaître devant cette considération : que nos anciens auteurs interprétaient généralement en ce sens l'art. 45 de l'ordonnance, dont l'art. 966 est la reproduction littérale.

1006. Effets de la prescription. — L'art. 966 dit très nettement qu'elle FAIT VALOIR la donation révoquée. C'est impossible, dit-on ; car la donation est révoquée de plein droit, ce qui la rend, comme on l'a vu, non susceptible de confirmation ; elle ne peut pas plus être confirmée par la prescription que de toute autre manière. — Impossible, c'est trop dire : car le législateur est tout puissant dans le domaine du droit. Sa toute puissance va jusqu'à manquer de logique : ce qu'il nous paraît avoir fait dans la circonstance, en autorisant dans un cas particulier la confirmation d'une donation révoquée de plein droit, c'est-à-dire du néant.

La prescription ayant pour résultat de faire valoir la donation révoquée, il s'ensuit que le titre du donataire est conservé, ou, si l'on veut, remplacé par un autre équivalent. Il demeure donc toujours donataire, et pourrait être soumis, le cas échéant, au rapport, à la réduction et à la révocation pour cause d'ingratitude.

CHAPITRE V

DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES

1007. Ce chapitre est divisé en huit sections. Les deux premières sont consacrées à la réglementation de la forme des testaments. La forme est ici essentielle, car le testament est un acte solennel ; par suite il n'a pas d'existence légale, si les formes prescrites n'ont pas été observées. C'est ce qui résulte de l'art. 1001, ainsi conçu :

« Les

» formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis par les

» dispositions de la présente section et de la précédente, doivent être

» observées à peine de nullité ».

Au point de vue de la forme, les testaments se divisent en ordinaires et privilégiés. Le testament ordinaire est le testament de droit commun ; le testament privilégié est un testament d'exception, plus simple dans la forme en général, que la loi autorise dans certains cas particuliers où elle suppose qu'il serait impossible ou tout au moins difficile de tester suivant les règles du droit commun.

Les dispositions des art. 967 et 968, qui ouvrent la section I, sont communes à tous les testaments, ordinaires ou privilégiés. Ils auraient été mieux à leur place dans un proœmium placé en tête du chapitre V et qu'on aurait pu intituler Dispositions générales. Etudions les tout d'abord.

1008. I. Aux termes de l'art. 967 : « Toute personne pourra disposer

» par testament, soit sous le titre d'institution d'héritier, soit

» sous le titre de legs, soit sous toute autre dénomination propre

» à manifester sa volonté ».

En droit romain, le testament ne pouvait être valable qu'à la condition de contenir une institution d'héritier ; c'était la base du testament, *caput alque fundamentum totius testamenti*. Des codicilles ne contenant pas d'institution d'héritier, mais seulement des legs ou des fidéicommiss, pouvaient d'ailleurs être rattachés au testament dont ils formaient alors le complément. Ces règles furent suivies dans les pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, au contraire, on admettait un principe tout à fait opposé : Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut. De là il résultait que le testament ne devait pas contenir d'institution d'héritier. Cette règle était écrite dans la plupart des coutumes, et Loysel l'a formulée dans ces termes : Institution d'héritier n'a de lieu. Est-ce à dire que le testament était nul, s'il contenait une institution d'héritier ? Quelques coutumes poussaient la rigueur jusque-là ; mais la plupart maintenaient le testament, sauf à faire produire à l'institution d'héritier les effets d'un legs universel. Ce système, qui donne effet à la volonté du testateur sans tenir compte de la formule dont il s'est servi, a été reproduit par l'art. 967. Ainsi se trouve supprimée la différence admise par le droit romain et par nos pays de droit écrit entre le testament et le codicille.

1009. Il. Aux termes de l'art. 968 : « Un testament ne pourra

» être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit

» au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et

» mutuelle ».

Notre texte prohibe les testaments dits conjonctifs, c'est-à-dire ceux qui seraient faits par deux ou plusieurs personnes dans un seul et même acte. En d'autres termes,

un seul et même testament ne peut pas contenir l'expression de la volonté de plusieurs testateurs. Quel en est le motif ? Le testament est un acte (art. 895). Il participerait de la nature du contrat, s'il pouvait contenir l'expression de plusieurs volontés ; car les dispositions faites par les divers testateurs dans un seul et même acte pourraient, devraient même être considérées comme étant la condition les unes des autres et comme convenues par suite entre les divers testateurs. De là résulterait pour l'acte une couleur indécise, qui rendrait difficile la détermination de son véritable caractère et de ses effets. Ainsi, en admettant la validité des testaments conjonctifs, chaque testateur conservera-t-il le droit de révoquer *ad nutum* les dispositions qu'il a faites ? Si on résout la question négativement, on violera la règle que les testaments sont essentiellement révocables ; si on la résout affirmativement, on violera cette autre règle que les conventions ne peuvent être révoquées que d'un commun accord (art. 1134). Il fallait, dit l'exposé des motifs, interdire une forme incompatible soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. V. dans l'art. 1097 une disposition analogue. Elle a le même but : assurer la révocabilité absolue de dispositions qui sont révocables par leur nature.

Notre ancien droit autorisait les testaments conjonctifs ; mais les plus grandes divergences existaient sur le point de savoir quels effets ils devaient produire. C'est sans doute pour ce motif qu'ils furent proscrits par l'ordonnance de 1735, art. 77, sauf deux exceptions : la première relative aux partages faits par des ascendants entre leurs enfants et descendants ; la deuxième concernant les dispositions entre conjoints, dans les pays où les époux pouvaient se faire des donations mutuelles à cause de mort. Ces deux-exceptions n'ayant pas été reproduites par le législateur de 1803, la règle de l'interdiction des testaments conjonctifs demeure absolue. Cpr. *infra*, n. 1188 al. fin.

Pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 968, il faut que deux ou plusieurs personnes aient testé dans un seul et même acte, c'est-à-dire dans un contexte unique, de telle sorte que les dispositions faites par les divers testateurs se trouvent enchevêtrées les unes dans les autres, et ne forment qu'un seul et même testament. Tel serait le cas où chaque testateur aurait écrit à tour de rôle ses dispositions, puis, l'œuvre commune une fois achevée, daté et signé le testament (Cpr. Paris, 27 janv. 1911, D., 13. 2. 96, S., 11. 2. 135) ; tel encore le cas où deux testateurs auraient dicté à tour de rôle leurs dispositions à un même notaire, qui aurait confondu le tout en un seul et même acte. Mais deux testaments distincts, parfaits chacun de son côté, et par lesquels deux personnes disposeraient l'une au profit de l'autre ou au profit d'un tiers, ne constitueraient pas un testament conjonctif. Il en serait ainsi, alors même que les deux testaments seraient écrits sur la même feuille de papier.

SECTION PREMIERE

DES RÈGLES GÉNÉRALES SUR LA FORME DES TESTAMENTS

1010. Les règles que nous allons étudier dans cette section sont applicables aux testaments ordinaires ; c'est dans la section suivante que le législateur s'occupe de la forme des testaments privilégiés.

« Un testament pourra être olographe, ou fait par acte public ou

» dans la forme mystique » (art. 969). Il existe donc trois formes de testaments : le testament olographe, le testament par acte public et le testament mystique. Fait dans toute autre forme, un testament serait sans existence légale (arg. art. 1001). Loin d'être un obstacle à la liberté

de tester, les formes prescrites par la loi sont plutôt une garantie sérieuse de cette liberté.

Ainsi se trouve proscrit le testament verbal ou nuncupatif. En usage dans notre ancien droit, ce testament fut aboli par l'art. 1 de l'ordonnance de 1735.

* Le testament nuncupatif étant nul, ou pour mieux dire non existant, il en résulte : 1° que l'aveu, fait par l'héritier, de l'existence d'une déclaration verbale du défunt, le chargeant d'exécuter certaines dispositions de dernière volonté, ne créerait aucune obligation contre lui (cpr. t. II, n. 246) ; 2° que le serment ne pourrait pas être déféré à l'héritier sur le point de savoir si le défunt a fait une déclaration de ce genre ; frustra probatur quod probatum non relevat ; 3° que les instructions verbales, données par le testateur relativement à l'exécution de son testament, sont de nulle valeur : toute déclaration de dernière volonté non écrite est inexistante ; 4° qu'on ne peut pas recourir à la preuve testimoniale pour créer, modifier ou altérer une disposition de dernière volonté.

* Mais si un testament régulier dans la forme a été détruit par cas fortuit, la preuve de l'existence du testament, de son contenu et de sa régularité, pourra être faite par témoins (arg. art. 1348), et aussi par présomptions (arg. art. 1352). Cette preuve une fois faite, le testament devra être exécuté comme s'il était représenté. Ici, la volonté du défunt a été manifestée conformément à la loi. Seulement, la représentation du testament est impossible ; on y supplée par le moyen qui vient d'être indiqué. Il en sera de même, si un testament régulier dans la forme a été détruit par le fait de l'héritier ou d'un tiers : ce qui constitue suivant les cas un délit ou un quasi-délit. En outre, l'auteur de la destruction pourra être condamné à des dommages et intérêts envers ceux auxquels cette destruction cause préjudice. Arg. art. 1382 et 1383. Cass., 12 juin 1882, S., 83. 1. 127, D., 82. 1. 299 ; Pau, 14 fév.

1882, S., 84. 2. 129, et Nancy, 2 juin 1899, S., 00. 2. 94, D., 99. 2. 263.

§ I. Dispositions particulières à chaque espèce de testament.

N° 1. Du testament olographe.

1011. « Le testament olographe ne sera point valable s'il n'est

» écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : il n'est

» assujetti à aucune autre forme » (art. 970).

Le testament olographe (de ολος, tout entier, et γραφειν, écrire) est donc celui qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

Le testament olographe était admis dans les pays de coutume ; il était proscrit au contraire dans les pays de droit écrit, sauf pour les dispositions faites au profit des enfants du testateur, conformément à la novelle 107. Le chancelier Michel de Marillac, auteur de l'ordonnance de 1629, tenta, au moyen de la disposition de l'art. 126 de ladite ordonnance, d'étendre aux pays de droit écrit les bienfaits du testament olographe, et d'en généraliser ainsi l'usage en France ; mais ses bonnes intentions furent paralysées à peu près complètement par les parlements de droit écrit qui refusèrent pour la plupart d'enregistrer l'ordonnance en tout ou en partie. L'ordonnance de 1735 ne modifia pas cet état de choses. Le code civil a fait ce que n'avait pu faire le chancelier Michel de Marillac ; on ne peut que l'en applaudir. Le testament olographe est la forme la plus simple et la plus usitée de tester, et l'expérience n'a pas justifié les appréhensions de ses adversaires.

Les formalités, exigées pour la perfection du testament olographe, sont au nombre de trois : écriture du testateur, date et signature (art. 970).

1012. 1° Ecriture du testateur. Le testament doit être écrit en entier de sa main. Par conséquent, il ne suffit pas, pour pouvoir tester dans la forme olographe, de savoir signer ; il faut savoir écrire.

Pothier enseigne « qu'un seul mot qui serait écrit d'une main étrangère rendrait le testament nul, quand même ce mot serait superflu dans le testament ». Presque tous les auteurs approuvent cette décision, quoiqu'elle soit rigoureuse. Elle peut se justifier par cette considération, que l'indépendance, du testateur ne paraît plus suffisamment garantie, lorsqu'un tiers participe à la confection du testament : on peut craindre que ce tiers n'ait exercé quelque influence sur l'esprit du testateur. Caen, 6 juil. 1908, S., 09. 2. 166.

Bien entendu, pour que l'intervention d'une personne étrangère puisse vicier le testament, le testateur doit avoir eu connaissance de cette intervention ; il faut que ce soit par son ordre, ou tout au moins de son aveu, que cette personne ait écrit quelque chose dans le testament. Il va de soi qu'un testament olographe, devenu parfait par l'accomplissement de toutes les formalités légales, ne pourrait pas être rendu nul par le fait d'un tiers, qui, à l'insu du testateur, viendrait y écrire quelque chose après coup. On ne pourrait plus dire que ce tiers a participé à la confection du testament : ce qu'il a écrit serait sans valeur. La question de savoir si l'écriture étrangère qui se trouve dans le testament a été apposée au su ou à l'insu du testateur, offre donc une importance capitale ; elle devra être résolue en cas de difficulté par le juge du fait, qui trouvera la plupart du temps dans l'état matériel du testament des éléments certains de décision. Cpr. Orléans, 15 mai 1889, S., 89. 2. 207, D., 90. 2. 242, et Rouen, 13 juin 1893, S., 94. 2. 229, D., 94. 2. 207.

D'autre part, l'intervention d'un tiers qui a tenu la main au testateur aveugle ou impotent n'annulerait pas le testament, si le tiers s'est borné à soutenir et diriger la main du testateur et n'a pas substitué sa personnalité à celle du de cujus. Rouen, 17 janv. 1900, D., 00. 2. 247, et Nancy, 22 oct. 1904, S., 05. 2. 165.

1013. 2° Date. Le testament olographe doit être daté, c'est-à-dire qu'il doit contenir l'indication du temps où il a été fait.

D'après la plupart de nos anciennes coutumes, la date n'était pas nécessaire pour la validité du testament olographe. L'ordonnance de 1735 (art. 20 et 38) l'exigea à peine de nullité et le code civil a reproduit avec raison cette disposition. La date offre en effet une importance capitale à plusieurs points de vue. D'abord, elle permet de vérifier si le testateur était capable à l'époque de la confection du testament. D'un autre côté, lorsque le défunt laisse plusieurs testaments, il serait impossible de savoir, en l'absence de date, dans quel ordre ils ont été faits, quel est le plus ancien et le plus récent ; or, c'est là un point d'une extrême importance, au moins quand les divers testaments contiennent des dispositions qui ne sont pas susceptibles d'exécution simultanée ; car ce sont alors les plus récentes qui s'exécutent de préférence aux plus anciennes (art. 1036).

La date doit contenir l'indication des jour, mois et an. Le code civil ne le dit pas, mais cela est exprimé dans l'art. 38 de l'ordonnance de 1735 auquel notre législateur a certainement entendu se référer sur ce point. Telle est d'ailleurs la signification ordinaire du mot date. Cass., 7 mars 1898, S, 98. 1. 320.

Peu importe du reste la formule employée par le testateur, pourvu qu'elle ne laisse aucun doute sur le jour, le mois et l'année de la confection du testament, comme s'il

a écrit : « le jour de Noël 1898 ; le 1^{er} de l'an 1909 ; le lendemain de la mort de ma femme ».

La date peut d'ailleurs être écrite en chiffres, la loi n'exigeant pas qu'elle soit écrite en toutes lettres.

1014. Il peut se faire que la date du testament soit inexacte et que l'inexactitude soit démontrée. Ainsi le testament est daté de 1898, et il est écrit sur un papier timbré qui n'a été émis qu'en 1900, ainsi que le constate le millésime gravé dans le filigrane du papier. C'est l'antidate évidente : le cas s'est souvent présenté. Ou bien le testament est daté de 1909, et le testateur est mort en 1908. C'est la postdate, évidente encore. Le testament sera-t-il valable ? Non. L'inexactitude dans la date équivaut à l'absence de date. Evidemment, quand le législateur, exige une date, il n'entend pas se contenter d'une date quelconque ; il veut une date exacte. Jurisprudence constante ; v. notam. Cass., 16 juil. 1895, D., 96. 1. 196 ; d. janv. 1900, D., 00. 1. 97 ; 12 fév. 1906, D., 07. 1. 247 ; 21 fév. 1906, D., 06. 1. 168 ; 16 fév. 1909, D., 11. 1. 189 ; Amiens, 3 juil. 1912, S., 13. 2. 73, et les nombreuses décisions citées sous ces arrêts.

Il en est ainsi, soit que l'inexactitude dans la date ait été commise volontairement, soit qu'elle ait été commise involontairement par le testateur. Il y a toutefois une différence entre les deux cas. Quand l'inexactitude commise par le testateur est involontaire, elle peut être réparée, mais seulement avec des documents tirés du testament lui-même, ex ipsomet testamento, et non d'ailleurs, non aliunde, non extrinsecus. On se sert ainsi de l'une des parties du testament pour corriger l'autre, et le testament, se suffisant à lui-même, doit être maintenu. V. les arrêts cités plus haut. Si au contraire l'inexactitude dans la date a été commise volontairement par le testateur, le testament est nul, alors même que des éléments puisés dans l'acte lui-même permettraient de reconstituer la date

véritable. Ici le testateur a violé sciemment la loi, qui, en imposant la date, exige évidemment une date sincère. Qu'il l'ait fait, comme cela s'est vu, avec l'intention d'introduire une cause de nullité dans son testament dicté par une influence à laquelle il n'a pas su résister ou pour tout autre motif, par exemple pour braver la loi, dans tous les cas le résultat sera le même.

Ce qui vient d'être dit de la date inexacte doit être appliqué à la date incomplète, par exemple celle qui indique le mois et l'année, mais non le jour (Cass., 2 mars 1903, S., 03. 1. 280, D., 03. 1. 152), et à la date incertaine, par exemple celle qui est surchargée de telle façon qu'on lit deux dates à la fois. Cass., 7 mars 1898, S., 98. 1. 320, et 1^{er} fév. 1905, S., 06. 1. 36, D., 05. 1. 184. Le testament, dont la date est incomplète ou incertaine, sera donc nul, comme le testament qui n'est pas daté, sauf à réparer le vice de la date avec les indications puisées dans le testament lui-même, si l'irrégularité, reprochée à la date, a été commise involontairement par le testateur.

1015. Le législateur n'ayant pas déterminé la place que doit occuper la date, il s'ensuit qu'elle peut être mise au commencement du testament aussi bien qu'à la fin. Rien ne s'opposerait même à ce qu'elle fût placée dans le corps de l'acte, pourvu toutefois qu'il résultât du contexte de l'acte que la date s'applique à toutes ses dispositions ; autrement celles qu'il serait impossible de faire participer à la date seraient nulles. Ordinairement on met la date à la fin du testament ; elle doit alors régulièrement précéder la signature. Pothier dit : « La signature doit être à la fin de l'acte, parce qu'elle en est le complément et la perfection ». Or la date fait partie de l'acte : donc elle doit être certifiée par la signature. Il y a cependant une tendance manifeste dans la jurisprudence à considérer le testament comme valable, lorsque la date se trouve après la signature, sur la même ligne, et même un peu au-dessous si la signature

paraît se rapporter à la date. La jurisprudence la plus récente décide même qu'il n'est pas nécessaire que la signature soit apposée au bas du testament, la loi ne l'exigeant pas : elle peut venir avant la date. Elle peut même être apposée sur l'enveloppe du testament, si cette enveloppe peut être considérée comme une dépendance du testament, formant avec lui « un tout inséparable » ; ce qui est une question de fait à résoudre par le juge eu cas de contestation. Cass., 9 janv. 1900, D., 00. 1. 97, S., 01. 1. 486 ; Paris, 17 mai 1900, D., 02. 2. 266 ; Bourges, 15 janv. 1908, D., 09. 2. 120 ; Grenoble, 17 fév. 1911, S., 11. 2. 79, et les renvois. Cette jurisprudence trouve son excuse, sinon sa justification, dans cette considération : que le testament olographe constitue la forme la plus usitée de l'ester, que souvent il émane de gens peu lettrés, et qu'il convient par suite de se montrer aussi libéral que possible relativement à l'accomplissement des formalités légales Cpr. Bruxelles, 19 janv. 1905, S., 06. 4. 8.

1016. 3° Signature du testateur. Elle met le sceau au testament, qui jusque-là n'est qu'un simple projet.

La signature consiste dans l'apposition, faite par le testateur de sa propre main, de son nom de famille avec ou sans ses prénoms. C'est ainsi que l'entendait l'art. 211 de l'ordonnance de 1629. Cpr. Cass., 20 janv. 1897, D, 97. 1. 128.

Ici encore la jurisprudence, soutenue par un grand nombre d'auteurs, se montre d'une indulgence peut-être excessive. Sa tendance est de considérer la signature mise au bas du testament comme valable, toutes les fois qu'elle est conforme à celle que le testateur avait l'habitude d'apposer dans les actes civils. On arrive ainsi à déclarer valable le testament fait par une femme mariée, quand il est signé du prénom de la testatrice suivi du nom de famille de son mari, bien que régulièrement la femme doive signer de son nom de famille, qu'elle ne perd pas en se mariant. Il y a plusieurs décisions judiciaires en ce sens. En partant du

même principe, la cour de Pau, dont l'arrêt a été confirmé par la cour de cassation, a refusé d'annuler le testament d'un évêque, signé J.-B., évêque de Bayonne. Pareille décision avait déjà été rendue par le tribunal de Clermont relativement au testament de Massillon. Enfin la cour de Paris est allée jusqu'à valider un testament, signé Saint-Angè, sobriquet du testateur, alors que son véritable nom était Michallet ; mais il faut convenir que cette décision n'est pas de celles qui peuvent recommander le principe.

1017. Telles sont les seules formalités auxquelles le testament olographe est soumis à peine de nullité (art. 970 in fine). — De là nous tirerons plusieurs déductions :

1° L'indication du lieu où le testament a été fait n'est pas nécessaire, et par suite l'erreur qui aurait été commise dans cette indication serait sans conséquence.

2° Le testament peut être rédigé en une langue quelconque. — Il peut être écrit sur papier libre, sauf l'amende qui sera due en ce cas lors de l'enregistrement du testament. Le testateur peut se servir de l'encre ou du crayon. Trib. civ. de Beauvais, 1^{er} juil. 1897, D., 98. 2. 502. Le testament pourrait même être valable, s'il était gravé sur une vitre avec un diamant ou charbonné sur un mur, et sauf à examiner si les circonstances, dans lesquelles a été fait un semblable testament, permettent de le considérer comme une œuvre sérieuse du testateur.

3° Le testament peut être fait sous forme de lettre missive.

Cette solution, qui est acceptée par la grande majorité des auteurs et consacrée par une jurisprudence constante (Cass., 28 juil. 1909, D., 10. 1. 44, S., 12. 1. 81), ne va pas cependant toute seule, soit parce qu'elle est contraire à la décision de l'art. 3 de l'ordonnance de 1735, soit à cause des paroles prononcées par Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs de la loi. — Il faut, bien entendu, que la lettre missive contienne un véritable testament, et non un simple

projet. Rennes, 19 mai 1891, D., 92. 2. 438. Cpr. Cass., 17 juil. 1906, D., 07. 1. 121, et 6 déc. 1909, D., 10. 1. 142, S., 10. 1. 455, et Besançon, 15 juil. 1908, D., 10. 2. 313.

4° Il n'est pas nécessaire que le testateur écrive ses dispositions en une seule séance, ni même en un seul jour ; et quand il l'aura fait en plusieurs jours, il suffira que le testament porte la date du jour où il a été parachevé ; cette date unique et la signature qui la suit s'appliquent à toutes les dispositions. Cass., 14 avril 1890, S., 90. 1. 264, D., 91. 1. 215, et Nîmes, 30 mars 1892, S., 92. 2. 284, D., 93. 2. 559. Cpr. Lyon, 30 mars 1900, D., 01. 2. 202, et les décisions rapportées dans S., 05. 4. 9.

Le testament peut être écrit sur plusieurs feuilles séparées dont une seule, la dernière, porte la date et la signature. Mais il faut que les dispositions écrites sur ces diverses feuilles se fassent suite, de manière qu'il y ait un lien nécessaire entre les feuilles et qu'on puisse les considérer comme formant un seul tout. Cass., 28 mai 1894, S., 96. 1. 277 ; 9 janv. 1900, D., 00. 1. 97, S., 01. 1. 406, et Lyon, 26 mai 1904, D., 05. 2. 216.

5° Le testateur peut copier un projet rédigé par une personne de confiance, qu'il a chargée de ce soin, après lui avoir exprimé verbalement ses volontés. Il fait même œuvre de prudence en employant ce moyen, quand il ignore la loi, ou quand il n'a pas une instruction suffisante pour exprimer clairement sa volonté. En copiant le projet qu'il a sollicité, le testateur se l'approprie. Lyon, 23 mars 1904, S., 05. 2. 303, D., 05. 2. 262.

6° On est d'accord pour reconnaître que les dispositions de la loi du 25 ventôse de l'an XI proscrivant les surcharges, interlignes et additions dans le corps de l'acte (art. 16, 1^{re} partie) ainsi que celles soumettant à des prescriptions particulières les renvois et apostilles (art. 15) et les ratures (art. 16, 2^e partie) ne sont pas applicables

aux testaments olographes ; elles sont spéciales aux actes notariés. Cass., 1^{er} fév. 1905, S., 06. 1. 36, D., 05. 1. 184.

Est-il nécessaire que les renvois soient datés et signés ? Non, s'ils ont été faits en même temps que le testament : ils en sont alors une partie intégrante, et la date du testament leur est applicable. Mais, s'ils sont postérieurs et qu'ils contiennent ou révoquent des legs, ils doivent incontestablement être datés et signés ; car ils constituent alors une disposition nouvelle qui ne peut emprunter la date ni la signature du testament. Trib. civ. de Toulouse, 11 nov. 1905, D., 07. 2. 87. Cpr. Cass., 12 mai 1890, S., 92. 1. 86, et 29 déc. 1908, D., 09. 1. 399, S., 12. 1. 322. Doivent-ils l'être encore, s'ils contiennent une simple explication ? La cour de cassation résout la question négativement (Cass., 22 nov. 1870, D., 72. 1. 272, S., 71. 1. 104). La solution contraire serait peut-être plus conforme à la rigueur des principes.

7° Il n'est pas nécessaire que le testament contienne la mention qu'il a été entièrement écrit, daté et signé par le testateur.

1018. Force probante du testament olographe. — Le testament olographe n'est qu'un acte sous seing privé. En effet, outre que l'art. 999 lui donne formellement cette qualification, il est impossible de lui appliquer la définition que l'art. 1317 donne de l'acte authentique. V. cep. Toulouse, 5 juin 1899, D., 99. 2. 343. De là il suit que les héritiers du testateur, auxquels ou oppose un pareil testament, peuvent méconnaître l'écriture ou la signature de leur auteur (art. 1323 al. 2), et cette simple méconnaissance aura pour résultat d'obliger les intéressés à fournir la preuve de la sincérité du titre, preuve qui se fait à l'aide de la vérification d'écriture (art. 1324). Cass., 27 juil. 1909, D., 11, 1. 424, S., 12. 1. 207. Cpr. Cass., 7 août 1912, D., 12. 1. 448.

C'est toujours au légataire, qui se prévaut du testament, qu'incombe la charge de la preuve en cas de méconnaissance des héritiers. — Toutefois une jurisprudence à peu près-constante admet une exception à cette règle en faveur du légataire universel qui se trouve saisi, aux termes de l'art. 1006, parce qu'il n'existe pas d'héritier réservataire, et qui a obtenu de la justice l'envoi en possession conformément à l'art. 1008. En pareil cas, dit-on, le légataire possède, et il joue le rôle de défendeur à l'action qu'intente contre lui l'héritier du défunt pour obtenir la restitution des biens de celui-ci ; or, d'après un principe constant, c'est au demandeur à faire la preuve, *actoris est probare* ; donc l'héritier, qui réclame la restitution des biens du défunt, devra prouver que le titre, en vertu duquel le légataire les délient, est sans valeur, parce qu'il n'a pas été écrit en entier, daté et signé, par le testateur. V. notamment Cass., 21 avril 1902, S., 02. 1. 340, D., 02. 1. 310. et 29 mars 1904, S., 04. 1. 448, D., 04. 1. 311. — Sans doute l'héritier est demandeur, et doit prouver à ce titre le fondement de sa demande ; mais il le prouve en établissant que c'est lui qui est appelé à la succession ab intestat, en qualité de parent ou de conjoint du défunt. Le légataire, qui à son tour se prévaut du testament pour repousser la prétention de l'héritier, oppose ainsi une exception à la demande de celui-ci ; et conformément à la règle *Reus in exceptione est actor*, il doit prouver le bien fondé de son exception : ce qu'il ne peut faire qu'en établissant la sincérité du testament. Arg. art. 1315. La cour de cassation admet du reste à sa théorie une exception, que Demolombe trouve avec raison fort compromettante : elle laisse la preuve à la charge du légataire universel saisi et envoyé en possession, lorsque les circonstances du fait paraissent rendre le testament suspect.

1019. Le testament olographe ne cesse pas d'être un acte sous seing privé, soumis comme tel à la vérification d'écritures, le cas échéant, lorsqu'il a été déposé par le testateur chez un notaire, alors même que l'acte de dépôt contiendrait la déclaration faite par le testateur que le testament a été entièrement écrit, daté et signé de sa main. Inutilement invoquerait-on en sens contraire l'art. 1322 aux termes duquel : « L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique ». En effet cet article exige que l'acte sous seing privé ait été reconnu par celui auquel on l'oppose (or on l'oppose à l'héritier, et il a été reconnu par le testateur), ou légalement tenu pour reconnu, et il est clair qu'il ne l'est pas. Notons cependant que Pothier était d'un avis contraire, ce qui jette un certain doute sur l'exactitude de notre solution.

1020. Une jurisprudence constante (dernier arrêt : Cass., 15 fév. 1909, D., 11. 1. 189, S. 09. 1. 295), soutenue par un parti important dans la doctrine, décide que le testament olographe, reconnu ou tenu pour tel, fait par lui-même foi de sa date, indépendamment des conditions prescrites par l'art. 1328 qui ne reçoit pas ici son application. Cette solution, qui était admise dans notre ancien droit, trouve son point d'appui principal dans l'art. 970, in fine : « il n'est assujetti à aucune autre forme » Or le testament olographe serait assujetti à d'autres formes (l'enregistrement ou le dépôt chez un notaire), si, ayant été rédigé conformément aux prescriptions de l'art. 970, il ne faisait pas loi par lui-même de sa date, qui est un des éléments constitutifs de sa validité. De là il suit notamment : 1° qu'un testament olographe révoquerait un testament par acte public de date antérieure, avec lequel il se trouverait être incompatible (art. 1036) ; 2° qu'entre plusieurs testaments olographes, la date indiquée par le testateur dans chaque testament servirait à régler la question d'antériorité ; 3° que, si le

testateur a été frappé d'incapacité pendant une certaine période de son existence, il faudra s'en tenir à la date du testament pour décider s'il a été fait en temps de capacité. — Le tout, bien entendu, sauf aux intéressés à prouver la fausseté de la date : ce qu'ils pourront faire sans avoir en aucun cas recours à l'inscription en faux. D'après la jurisprudence, cette preuve ne peut être faite, sauf dans le cas où une fraude est alléguée, qu'en se fondant sur l'état matériel du testament ou les énonciations qu'il contient (Cpr. supra, n. 1014).

N° 2. Du testament par acte public.

1021. L'art. 971 nous en donne cette définition : « Le testament

» par acte public est celui qui est reçu par deux notaires, en présence

» de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre

» témoins ». D'après la loi du 25 ventôse de l'an XI, art. 9, en vigueur lors de la promulgation du code civil, les actes notariés en général devaient être reçus par deux notaires sans témoins ou par un notaire assisté de deux témoins. Le code civil, on le voit, exige davantage pour le testament par acte public : il doit être reçu par deux notaires en présence de deux témoins ou par un notaire en présence de quatre témoins. Il a pu paraître nécessaire de multiplier le nombre des surveillants, afin d'assurer l'indépendance du testateur trop souvent assiégé par l'intrigue et la cupidité. La disposition de l'art. 971 et celles des autres textes relatifs aux testaments par acte public n'ont reçu aucune modification ni de la loi du 21 juin 1843, sur la forme des actes notariés, ni de celle du 12 août 1902 qui a modifié sur plusieurs points les lois des 25 ventôse an XI et 21 juin 1843. « Les testaments... resteront soumis aux règles spéciales du code civil », dit le nouveau législateur, après

avoir établi ce principe que désormais les actes notariés peuvent en général être reçus par un seul notaire sans témoins (art. 9 al. 2 L. 25 ventôse an XI, modifié par la loi du 12 août 1902).

D'ailleurs le code civil ne contient pas, en ce qui concerne les testaments par acte public, un système complet de législation spéciale ; c'est ainsi qu'il ne parle pas de la date ¹¹¹ de ces testaments ni de la signature du notaire. Aussi est-on d'accord pour admettre que le code civil ne se suffit pas ici à lui même ; il doit être complété par la loi générale qui régit les actes notariés (loi du 25 ventôse de l'an XI). Bien entendu, cette loi ne devra être appliquée que sur les points qui n'ont pas été réglementés d'une manière spéciale par le code civil : c'est une application de la règle *Specialia generalibus derogant*. En d'autres termes, la loi du 25 ventôse de l'an XI ne devra être appliquée aux testaments par acte public que dans celles de ses dispositions auxquelles il n'a pas été dérogé explicitement ou implicitement par le code civil.

Les principales sont celles des art. 6, 8, 12, 13, 15, 16, et la disposition de l'art. 14, en ce qui concerne seulement la signature du notaire ou des notaires, mais non la signature du testateur et des témoins, qui est spécialement réglementée par le code civil.

I. Formes du testament par acte public.

1022. Ces formes, qui sont prescrites à peine de nullité (ad, 1001), sont relatives à la dictée, à l'écriture, à la lecture du testament, à la mention de l'accomplissement de ces formalités, enfin à la signature du testament. Elles sont réglementées par les textes suivants.

ART. 972. Si le testament est reçu par deux notaires, il leur est dicté par le testateur, et il doit être écrit par l'un de ces notaires, tel qu'il est dicté. — S'il n'y a qu'un notaire, il

doit également être dicté par le testateur, et écrit par ce notaire. — Dans l'un et l'autre cas, il doit en être donné lecture au testateur, en présence des témoins. — Il est fait du tout mention expresse.

ART. 973. Ce testament doit être signé par le testateur : s'il déclare qu'il ne sait ou ne peut signer, il sera fait dans l'acte mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer.

ART. 974. Le testament devra être signé par les témoins ; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire.

A. De la dictée.

1023. « Dicter, c'est prononcer mot à mot ce qu'un autre écrit en même temps » (dictionnaire de l'académie). Les actes notariés ordinaires ne sont pas assujettis à la formalité de la dictée ; le notaire peut les rédiger chez lui, sur des notes qu'il a prises en conversant avec le client. Il en est autrement du testament par acte public. Le testateur doit dicter ses dispositions, ce qui en garantit la spontanéité. Le vœu de la loi ne serait pas rempli, et le testament devrait être annulé, si le testateur s'était borné à répondre par monosyllabes ou par un signe de tête à des interrogations que le notaire lui aurait adressées. Il en serait autrement si, en réponse aux interrogations du notaire, le testateur avait exprimé clairement sa volonté en désignant les personnes auxquelles il voulait faire des legs. Toulouse, 24 nov. 1896, sous Cass., 28 nov. 1898, D., 99. 1. 273. Le notaire peut aussi adresser des questions au testateur, qui lui dicte ses dispositions, pour inviter celui-ci à éclaircir sa pensée lorsqu'elle ne paraît pas suffisamment nette. Cass, 7 janv. 1890, S., 90. 1. 120, D., 91. 1. 438.

Quand le testament est reçu par deux notaires, ils doivent assister tous deux à la dictée : « Il leur est dicté », dit l'art. 972. Les témoins doivent aussi être présents. La dictée peut d'ailleurs être faile en une langue autre que la langue française ; mais il faut alors que le notaire et les témoins comprennent l'idiome dans lequel s'exprime le testateur.

La dictée constitue une formalité substantielle du testament par acte public. Cpr. Caen, 17 nov. 1884, S., 85. 2. 171.

Il en résulte qu'un muet ne pourrait pas tester en cette forme, alors même qu'il serait en mesure d'exprimer très nettement sa pensée par le langage des signes ou par l'écriture (arg. art. 1001). Trib. civ. du Vigan, 15 nov. 1894, D., 95. 2. 263 ; Nancy, 3 janv. 1903, D., 03. 2.213, S., 04. 2. 209.

Il en résulte encore que le testament serait nul, si le notaire s'était borné à copier un projet écrit que lui aurait remis le testateur. Caen, 17 nov. 1884, S., 85. 2. 171. La décision devrait être différente, si le testateur avait lu lui-même son projet au notaire en présence des témoins et que Le notaire, sans désemparer, eût reproduit les dispositions dont il venait d'entendre la lecture, alors même que, pour celle reproduction, il se serait aidé du projet écrit. Cass., 6 nov. 1890, S., 90. 1. 72. Cpr. trib. de l'Empire (Allemagne), 10 juil. 1903, S., 05. 4. 6.

B. De l'écriture.

1024. Le testament doit être écrit par le notaire ou par l'un des notaires s'il y en a deux ; dans ce dernier cas, rien ne s'oppose à ce qu'ils tiennent la plume à tour de rôle. Le testament serait nul, à la différence d'un acte notarié ordinaire, s'il était écrit par toute autre personne, par un clerc par exemple : ce qui toutefois ne s'applique pas au préambule.

Le notaire doit écrire le testament tel qu'il lui est dicté (art. 972).

Est-ce à dire qu'il doit reproduire servilement les expressions mêmes dont le testateur s'est servi ? Non. Au point de vue de la correction et de la clarté, il peut y avoir intérêt à ce que la rédaction du notaire diffère de la dictée du testateur. Ce qui doit être reproduit fidèlement, c'est surtout la pensée du disposant. La loi fait du notaire qui tient la plume le secrétaire du testateur, mais elle ne lui défend pas d'être un secrétaire intelligent. Cass., 7 janv. 1890, D., 91. 1. 438, et 3 ou 4 mars 1890, D., 90. 1. 354, S., 90. 1. 160.

Mais, du moins, le notaire doit reproduire fidèlement et complètement tout ce qui lui est dicté. L'omission d'une seule clause du testament (par exemple d'une condition imposée par le testateur à son légataire, cette condition fût-elle illicite) entraîne la nullité du testament tout entier. Pau, 17 mars 1890, D., 91. 2. 124.

La cour de cassation a décidé avec raison que le notaire peut écrire les dispositions qui lui sont dictées sur papier libre et les transcrire ensuite sur timbre. Le testament doit, à peine de nullité, être écrit en présence du testateur et des témoins. Cass., 17 juil. 1884, S., 85. 1. 127, D., 86. 5. 414.

Si le testateur parle une langue autre que la langue française, comment procédera le notaire ? Il semble difficile de donner ici satisfaction, d'une part à l'art. 972, qui exige que le testament soit écrit tel qu'il est dicté, et d'autre part à un arrêté des consuls du 24 prairial an XI, ayant force de loi, qui prescrit d'écrire tous les actes publics en français, sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome des parties quand elles le réclament. Toutefois, si l'on observe que la nullité est attachée à la violation de l'art. 972 (art. 1001), tandis qu'elle ne l'est pas à la violation de l'arrêté du 24 prairial an XI (Cass., 22 janv. 1879, S., 79. 1. 170, D., 79. 1. 219), on se trouve

naturellement conduit à s'attacher principalement à l'observation de l'art. 972. Nous conseillerions donc au notaire, dans l'espèce proposée, d'écrire le testament tel qu'il lui est dicté, c'est-à-dire dans l'idiome du testateur, et de faire à mi-marge une traduction du testament en français ; et, en cas de divergence entre le texte et la traduction, c'est au texte que la préférence nous semblerait devoir être accordée. Cette manière de procéder, qui respecte l'arrêté du 24 prairial an XI dans la mesure du possible, nous paraît à la fois plus simple et plus juridique que celle qui est conseillée par la plupart des auteurs et consacrée par la jurisprudence. D'après cette dernière, le notaire doit écrire le testament en français (ce qui l'oblige à traduire mentalement à mesure qu'il écrit), sauf à faire à mi-marge une traduction dans l'idiome du testateur, traduction dont il est donné lecture au testateur en présence des témoins et qui ne constitue pas le véritable testament, car, en cas de divergence, c'est au texte français qu'on s'en tient. Il est vrai que cette manière de procéder est conforme à une circulaire du grand juge du 4 thermidor an XII ; mais, outre que cette circulaire est adressée aux notaires de Bruxelles, elle n'a pas en tout cas force de loi. D'ailleurs la marche qu'elle conseille offre un très grave inconvénient : le testateur ne peut contrôler que la traduction dont il est donné lecture, de sorte que, si le notaire a mal interprété sa pensée dans le texte français, le testateur ne pourra pas faire réparer l'erreur, et sa définitive sa volonté ne sera pas exécutée. V. sur cette question, Cass. Belg., 5 mai 1887, D., 88. 2. 120, S., 88. 4. 9, et Cass., 3 août 1891, D., 93. 1. 31, S., 92. 1. 566.

C. De la lecture.

102 5 Dans tous les cas, le testament doit être lu au testateur en présence des témoins (art. 972). Il y aurait

nullité, si lecture du testament avait été donnée au testateur et aux témoins séparément.

La loi ne disant pas par qui la lecture doit être faite, et bien que le notaire semble tout naturellement désigné pour cet office, il paraîtrait difficile de prononcer la nullité du testament sur ce fondement que la lecture en aurait été donnée par une autre personne que le notaire, par un clerc par exemple. Il faut même admettre, quoique ce point soit plus délicat, que le vœu de la loi serait rempli, si la lecture du testament était faite à haute voix par le testateur lui-même, le notaire et les témoins étant présents : ce qui permettrait à un sourd qui n'est pas muet, de tester par acte public ; autrement il ne le pourrait pas, incapable qu'il est d'entendre la lecture du testament. La jurisprudence paraît se former en ce sens. Paris, 21 fév. 1879, S., 79. 2. 150. Cpr : Nancy, 3 janv. 1903, D., 03, 2. 213, et Cass., 7 juil. 1910, D., 12. 1. 469, S., 12. 1. 222.

Le testament doit être lu en entier à peine de nullité. Arg. art. 1001. D'où il résulte que si, après avoir lu le testament, le notaire y ajoutait une nouvelle disposition dictée par le testateur, sans en donner lecture, le testament serait nul tout entier.

D. De la mention des formalités ci-dessus.

1026. Le testament doit contenir la mention expresse qu'il a été dicté par le testateur, qu'il a été écrit par le notaire ou par l'un des notaires tel qu'il a été dicté et qu'il en a été donné lecture au testateur en présence des témoins (art. 972 in fine). La mention a pour but d'assurer l'accomplissement des formalités prescrites. Le notaire qui ferait une fausse mention se rendrait coupable d'un faux en écritures publiques, et deviendrait comme tel passible de la peine des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 146). Il est donc à peu près certain qu'une formalité a été remplie, lorsque le notaire l'affirme par une mention expresse ; il

jouerait trop gros jeu en faisant une affirmation contraire à la vérité. La garantie de l'honneur du notaire était la plus forte de toutes : c'est celle que le législateur a choisie.

C'est le plus souvent pour défaut de mention ou pour mention insuffisante que les testaments par acte public sont annulés. On aurait tort de blâmer les tribunaux de la sévérité qu'ils déploient en cette matière, car c'est le respect dû à l'autorité de la loi qui inspire leurs décisions. Le blâme doit remonter plutôt au législateur, qui a peut-être dépassé la juste mesure de la rigueur à l'endroit des formalités. Combien de testaments ont été annulés, qui étaient cependant l'expression fidèle de la volonté des testateurs ? Citons quelques espèces.

La mention relative à l'écriture du testament par le notaire, et conçue dans ces termes : « Le présent testament... a été passé et rédigé par moi, notaire... », a été trouvée insuffisante, et le testament qui la contenait annulé. Elle ne prouve pas en effet que le testament ait été écrit par le notaire, ainsi que l'exige l'art. 972 ; le testament peut avoir été rédigé par le notaire et écrit par un autre que lui : rédiger indique une opération de l'esprit ; écrire, une opération de la main. Cpr. Cass., 3 juin 1891, D., 92. 1. 317, et Angers, 28 déc. 1891, D., 92. 2. 307.

De même la cour de cassation juge insuffisante la mention relative à la lecture du testament, quand elle est ainsi formulée : Le testament a été lu au testateur et aux témoins. Cette mention ne prouve pas, dit la cour, que les témoins étaient présents lors de la lecture faite au testateur, comme l'exige à peine de nullité l'art. 972 (arg. art. 1001) ; on peut soutenir, sans incriminer le notaire de faux, que le testament a été lu au testateur et aux témoins séparément.

Est-ce à dire que la mention doive être faite exactement dans les termes employés par la loi ? C'est assurément le plus prudent ; mais ce n'est pas chose nécessaire, car nous n'avons pas de termes sacramentels dans notre droit. Il

suffit que la mention prouve d'une manière indubitable l'accomplissement de la formalité prescrite, quels que soient d'ailleurs les termes dans lesquels elle est conçue. Cpr. Cass., 10 janv. 1888, D., 88. 1. 56, S., 88. 1. 215, 3 juin 1891, précité, et 23 janv. 1893, D., 93. 1. 83.

La mention doit être expresse (art. 972) ; par suite il ne suffirait pas qu'on puisse induire de l'ensemble des clauses du testament que la formalité a été remplie. Une chose, dit la cour de cassation, peut bien résulter implicitement des clauses d'un acte, mais de cet ensemble la chose ne peut pas résulter d'une manière expresse.

Au surplus, la loi n'ayant pas indiqué la place que la mention doit occuper, il en résulte que cette place est indifférente, pourvu bien entendu que la mention vienne avant les signatures.

E. De la signature du testament.

1027. Nous avons à parler successivement de la signature du testateur, de celle des témoins et de celle du notaire ou des notaires.

a. — Signature du testateur. Le testament doit être signé par le testateur (art. 973). Si le testateur ne sait pas signer ou s'il ne le peut pas, il doit le déclarer au notaire. La déclaration, faite par le testateur, qu'il ne sait pas écrire, ne satisferait pas au vœu de la loi ; car il peut ne pas savoir écrire et savoir signer. Si le testateur sachant, signer a déclaré qu'il ne le savait pas, cette fausse déclaration équivaut à un refus de signer, refus qui peut d'ailleurs s'expliquer quand le testateur a été victime d'obsessions, et par suite le testament est nul. V. cep. Paris, 19 janvier 1903, D., 04. 2. 133. Il ne suffit pas que le testateur ait déclaré au notaire ne savoir ou ne pouvoir signer ; le notaire doit mentionner cette déclaration. Il doit mentionner en outre la cause qui empêche le testateur de

signer. Cpr. Cass., 13 août 1883, S., 84. 1. 56, D., 84. I. 118, et 7 juil. 1910, D., 12. 1. 469, S., 12. 1. 222.

Cette cause est suffisamment indiquée, quand la mention porte que le testateur a déclaré ne savoir signer, mais non, en général du moins, lorsqu'il est exprimé que le testateur a déclaré ne savoir écrire ; car il peut savoir signer quoiqu'il ne sache pas écrire. A moins qu'il ne résulte du contexte du testament que le mot écrire a été pris dans le sens de signer. La cour de cassation considère la mention, que le testateur a déclaré ne savoir ni lire, ni écrire, comme équivalant à la mention qu'il a déclaré ne savoir signer.

La mention que le testateur a déclaré ne pouvoir signer serait insuffisante comme ne faisant pas connaître la cause qui l'a empêché de signer ; il faut ajouter que le testateur n'a pas pu signer à cause de sa faiblesse, de sa cécité... Mais il paraît difficile, vu le silence de la loi, d'exiger à peine de nullité que la cause soit déclarée par le testateur lui-même ; il suffit qu'elle soit indiquée par le notaire.

La loi exigeant comme conditions distinctes : 1° que le testateur déclare ne savoir ou ne pouvoir signer ; 2° que le notaire fasse mention expresse de cette déclaration, ainsi que de la cause qui empêche le testateur de signer, il en résulte que le testament serait nul, si le notaire s'était borné à constater l'impossibilité où est le testateur de signer, sans faire mention de sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer, s'il était dit par exemple : « et, le testateur n'ayant pu signer vu son état de faiblesse, les témoins ont seuls signé avec le notaire ». La déclaration du testateur qu'il ne sait ou ne peut signer est essentielle ; c'est elle qui remplace la signature, et le testament doit fournir, par une mention expresse, la preuve que cette déclaration a été faite. Nîmes, 7 nov. 1898, D., 99. 2. 287.

L'art. 973 n'exige pas la mention de la signature du testateur quand elle a été apposée ; il faut en conclure que cette mention ne serait pas nécessaire. Le code civil, ayant réglé ce qui concerne la signature du testateur, se suffit à

lui-même sur ce point ; l'art. 14 de la loi de ventôse, qui exige la mention de la signature des parties, ne serait donc pas ici applicable.

b. — Signature des témoins. En principe tous les témoins doivent signer le testament. Toutefois le législateur a considéré qu'il pourrait être difficile, dans certaines localités, de se procurer deux ou quatre témoins sachant signer ; aussi l'art. 974 décide-t-il que, « dans les campagnes », il suffira que le testament soit signé par la moitié des témoins. Bien entendu, même à la campagne, tous les témoins doivent signer, s'ils le savent et peuvent.

Le tribunal avait proposé de considérer comme campagne toute localité ayant une population de moins de mille âmes. Cette proposition n'ayant pas été érigée en loi, il en résulte que la question de savoir si telle localité est une campagne hoc sensu demeure une question de fait. Le juge, chargé de la résoudre en cas de contestation, devra tenir compte, non seulement de la population, mais encore et surtout du nombre de personnes sachant signer dans la localité.

Les témoins doivent signer en présence du testateur (arg. art. 971). Mais il n'est pas nécessaire que la signature des témoins soit mentionnée, la loi ne l'exigeant pas.

c. — Signature du notaire. Elle est prescrite à peine de nullité par les art. 14 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI, qui sont applicables ici, le code civil n'ayant pas réglementé ce point. Ces mêmes articles exigent à peine de nullité la mention de la signature du notaire ou des notaires ; mais il résulte d'un avis du conseil d'Etat, approuvé par l'empereur le 20 juillet 1810, que cette disposition n'est pas applicable en matière de testaments.

Le testament n'est parfait qu'après l'apposition de toutes les signatures requises par la loi. Si donc le testateur venait à mourir avant que toutes ces signatures fussent apposées, le testament ne pourrait pas recevoir son exécution. Il en

serait de même si le notaire ou l'un des témoins mourait avant d'avoir signé.

1028. Il y a controverse sur le point de savoir si le testament par acte public peut être rédigé en brevet. La négative paraît bien résulter de l'art. 20 de la loi du 25 ventôse de l'an XI. D'après ce texte, la règle, que les actes notariés doivent être rédigés en minute, ne souffre exception qu'en ce qui concerne les actes simples ; or il paraît bien difficile de considérer comme tel le testament, surtout si l'on admet la définition que le rapporteur de la loi au tribunaat a donnée des actes simples : « ceux dont le contenu, la nature et les effets ne présentent qu'un objet ou un intérêt simple en lui-même et passager ».

II. De la force probante du testament par acte public.

1029. Le testament par acte public est un acte authentique ; sa force probante est donc celle des actes authentiques en général. Par conséquent il fait foi jusqu'à inscription en faux de toutes les énonciations conformes à la loi ¹¹²) qu'il contient, et qu'on ne peut prétendre fausses sans attaquer la véracité du notaire en sa qualité d'officier public, sans soutenir en d'autres termes qu'il a commis un faux en écritures publiques. Quant aux autres énonciations, elles ne peuvent tout au plus faire foi que jusqu'à preuve contraire. Voyez à ce sujet, t. II, n. 500, et t. I, n. 188.

N° 3. Du testament mystique ou secret.

1030. Cette forme de testament, ainsi que son nom l'indique, offre principalement l'avantage d'assurer le secret des dispositions testamentaires ; elle assure aussi leur conservation. Au premier point de vue, le testament mystique l'emporte sur le testament par acte public ; au deuxième, il l'emporte sur le testament olographe, sur

lequel il offre aussi cet autre avantage de pouvoir être fait par un testateur qui ne sait pas écrire, mais seulement lire. Malgré cela, le testament mystique est peu usité ; la faute en est peut-être au législateur, qui exige pour la perfection de cet acte un trop grand nombre de témoins.

On peut donner du testament mystique la définition suivante C'est celui que le testateur, sachant lire, écrit lui-même ou fait écrire par un autre, et qu'il présente ensuite, clos et scellé, à un notaire assisté de six témoins, qui en dresse l'acte de suscription.

Inconnu dans les pays de coutume, le testament mystique était en usage dans les pays de droit écrit, qui l'avaient emprunté au droit romain. L'ordonnance de 1735 en réglementa les formes. Les dispositions de cette ordonnance ont été presque littéralement reproduites par le code, sauf quelques modifications de détail.

I. Des formes du testament mystique.

1031. Elles sont indiquées par l'art. 976, ainsi conçu :
« Lorsque

» le testateur voudra faire un testament mystique ou secret, il sera

» tenu de signer ses dispositions, soit qu'il les ait écrites lui-même,

» ou qu'il les ait fait écrire par un autre. Sera le papier qui contiendra

» ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il

» y en a une, clos et scellé. Le testateur le présentera ainsi clos et

» scellé au notaire, et à six témoins au moins, ou il le fera clore

» et sceller en leur présence ; et il déclarera que le contenu en ce

» papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un

» autre et signé de lui ; le notaire en dressera l'acte de suscription,
» qui sera écrit sur ce papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ;
» cet acte sera signé tant par le testateur que par le notaire,
» ensemble par les témoins. Tout ce que dessus sera fait de suite et
» sans divertir à autres actes ; et en cas que le testateur, par un
» empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse
» signer l'acte de suscription, il sera fait mention de la déclaration
» qu'il en aura faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter
» le nombre des témoins ».

Les formalités prescrites par cet article sont relatives à l'écriture, à la clôture et au scel, à la présentation du testament, à la rédaction de l'acte de suscription, à l'unité de contexte.

1032. a. Ecriture. — Le testament mystique peut être écrit soit par le testateur, soit par une autre personne quelconque. Il peut même être écrit en partie par le testateur et en partie par un autre, sauf à déclarer cette particularité au notaire lors de la présentation du testament. Le testateur doit signer ses dispositions (voyez toutefois l'art. 977) ; mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient datées, la loi ne l'exigeant pas, à la différence de l'ordonnance de 1735, art. 38 ; la date du testament sera celle de l'acte de suscription, que les dispositions testamentaires soient ou non datées.

1033. b. Clôture et scel. — La loi dit : « Sera le papier qui contiendra ses dispositions, ou le papier qui servira d'enveloppe, s'il y en a une, clos et scellé ». — Clos, c'est-à-dire fermé de manière qu'on ne puisse pas lire ce qui est

écrit dans le testament ni l'ouvrir sans qu'il reste trace de l'ouverture (Paris, 3 déc. 1897, D., 98. 2. 59) ; ainsi le testament sera clos, si l'enveloppe qui le contient est collée avec de la gomme. — Scellé, c'est-à-dire revêtu d'un sceau ou cachet portant une empreinte spéciale, telle qu'initiales ou armoiries ; cette empreinte est ordinairement appliquée sur de la cire. Il n'est pas nécessaire que le testateur se serve d'un cachet à lui appartenant ; il peut en emprunter un, même celui du notaire qui dressera l'acte de suscription. Mais il serait imprudent de faire usage d'une empreinte banale, comme celle d'un dé à coudre ou d'une pièce de monnaie.

On voit que la clôture et le scel constituent deux formalités distinctes. Elles sont requises l'une et l'autre à peine de nullité (arg. art. 1001) ; le testament serait donc nul, s'il était clos sans être scellé. On l'a toujours entendu ainsi sous l'ordonnance de 1735, et il est bien probable que le législateur, qui a littéralement reproduit sur ce point les termes de l'ordonnance, n'a pas entendu en changer le sens. La jurisprudence semble cependant incliner vers la solution contraire ; mais les raisons qu'elle invoque sont d'une faiblesse extrême. Elle dit que le mot scellé n'implique pas nécessairement l'idée de l'apposition d'un cachet portant une empreinte particulière. Cpr Nîmes, 12 juin 1911, D., 12. 2. 183, S., 12. 2. 70. — Mais alors il fait double emploi avec le mot clos, car apparemment tout ce qui est scellé est clos, et ce dernier mot demeure sans explication.

1034. c. Présentation du testament. — Le testament, rédigé comme il vient d'être dit, doit être présenté par le testateur à un notaire et à six témoins au moins (art. 976).

Pourquoi ce luxe inusité de témoins ? On n'en voit pas d'autre raison que la tradition. Mais quand la tradition est mauvaise, il convient de rompre avec elle. C'est ce que fera probablement le législateur de l'avenir. Il supprimera une exigence que rien ne justifie et qui n'a d'autre résultat que

de détourner les particuliers de cette forme de testament, qui, dans un certain nombre de cas, peut présenter des avantages incontestables. Ainsi le testament mystique est tout indiqué lorsque le testateur, affaibli par la maladie, ne peut pas faire un testament olographe, et que, d'autre part, la complication des dispositions testamentaires en rend la dictée difficile et ne permet pas de songer au testament par acte public. En pareil cas le testateur fera rédiger ses dispositions par un notaire ou par toute autre personne à laquelle il exposera verbalement sa volonté, et, après avoir lu l'écrit, il se l'appropriera en le faisant revêtir de la forme du testament mystique.

La présentation du testament doit être faite par le testateur lui-même. La loi veille surtout à ce que l'écrit qui contient les dispositions testamentaires ne soit pas soustrait et remplacé par un autre ; tout intermédiaire serait ici suspect.

Le testateur doit ensuite déclarer « que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui ». Cette déclaration constitue la formalité la plus importante du testament mystique. Les dispositions, que contient le papier présenté au notaire, peuvent n'être pas écrites en entier, datées et signées de la main du testateur, auquel cas elles ne constituent pas encore un testament (arg. art. 970) ; c'est la déclaration dont nous venons de parler qui leur donnera ce caractère.

1035. d. Rédaction de l'acte de suscription. — » Le notaire en dressera l'acte de suscription », dit l'art. 976. La particule en se rapporte aux formalités qui précèdent ; on l'a toujours ainsi entendu sous l'empire de l'ordonnance de 1735, dont notre législateur a reproduit fidèlement les termes. L'acte de suscription n'est donc qu'un procès-verbal, constatant l'accomplissement des formalités légales. Son but principal est d'assurer la conservation et le secret des dispositions testamentaires, *ut exteriores, scripturæ fidem interiori servant*.

L'acte de suscription doit donc constater : 1° la présentation par le testateur au notaire et aux témoins du papier qui contient les dispositions testamentaires ; 2° la déclaration faite par le testateur que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui, ou écrit en partie par un tiers, en partie par le testateur ; 3° l'état dans lequel se trouvait le papier au moment de sa présentation : s'il était clos et scellé par avance, ou s'il a été clos et scellé en présence du notaire et des témoins.

* A la différence de ce qui a lieu dans le testament par acte public (art. 172), il n'est pas nécessaire que l'acte de suscription mentionne expressément l'accomplissement des diverses formalités dont il vient d'être parlé ; il suffit que la preuve de cet accomplissement résulte, même implicitement, des termes de l'acte de suscription. En d'autres mots, l'art. 972 exige une mention expresse ; l'art. 976, une simple constatation. La jurisprudence est en ce sens.

* Il n'est pas nécessaire non plus que l'acte de suscription constate l'accomplissement des autres formalités que la loi prescrit pour la validité du testament mystique, et qui sont indiquées dans la partie finale de l'art. 976, à partir de ces mots : en dressera l'acte de suscription. Ces expressions ne peuvent évidemment se référer qu'aux formalités qui précèdent, non à celles qui suivent. Parmi ces dernières, la seule qui doive être mentionnée, parce que la loi le dit, c'est la déclaration que fait le testateur de ne pouvoir signer l'acte de suscription.

Il résulte de l'art. 976 que l'acte de suscription ne peut être écrit que par le notaire lui-même, et sur le papier ou sur l'enveloppe du testament ; c'est même de là que lui vient son nom (*supra scribere*). Exception remarquable à la règle que les notaires doivent écrire sur timbre tous les actes qu'ils reçoivent.

L'acte de suscription doit être signé par le testateur, par le notaire et par les témoins (art. 976). Tous les témoins doivent signer, même à la campagne : l'art. 974 est inapplicable au testament mystique. Si le testateur, par suite d'un empêchement survenu depuis la signature du testament, ne peut signer l'acte de suscription, le notaire mentionne la déclaration qu'il en fait, sans qu'il soit besoin d'augmenter le nombre des témoins.

Autre est le cas où le testateur n'a pas signé ses dispositions, parce qu'il ne le savait ou ne le pouvait ; il faut alors un témoin de plus à l'acte de suscription, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle il a été appelé. C'est ce que dit l'art. 977 ainsi conçu : « Si le testateur ne sait signer, ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a

- » fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'acte de suscription

- » un témoin, outre le nombre porté par l'article précédent, lequel

- » signera l'acte avec les autres témoins ; et il sera fait mention de

- » la cause pour laquelle ce témoin aura été appelé ». Il est difficile de dire quelle est l'utilité de ce septième témoin.

Outre les formalités dont il vient d'être parlé, l'acte de suscription demeure soumis aux règles générales prescrites par la loi du 25 ventôse de l'an XI, en tant qu'il n'y est pas dérogé explicitement ou implicitement par le code civil. C'est ainsi qu'il y aurait lieu d'appliquer les dispositions de cette loi concernant la capacité du notaire et la date, dont le code civil ne parle pas.

On tient assez généralement que le testateur peut, aussitôt que le testament a été revêtu de l'acte de suscription, exiger que le notaire lui en fasse la remise, et qu'il peut même, après l'avoir laissé entre les mains du notaire, lui en réclamer à toute époque la restitution. Telle était notre ancienne jurisprudence, et la nouvelle paraît se former dans le même sens. Outre ce précédent, elle trouve

un point d'appui soit dans l'art. 976, qui dispose que le testament sera présenté au notaire, et non pas remis, comme il aurait fallu dire si le notaire avait du nécessairement conserver le testament, soit dans les art. 1007 et 1008 qui impliquent que le testament mystique n'est pas toujours en dépôt chez un notaire.

1036. e. Unité de contexte. — « Tout ce que dessus », dit l'art. 976 in fine, « sera fait de suite et sans divertir à autres actes ». C'est l'unité de contexte des Romains, uno contextu.

= De suite, c'est-à-dire en une seule séance.

= Sans divertir à autres actes. Ces mots signifient qu'il ne faut pas interrompre la séance pour faire un autre acte, negotium, un acte de vente par exemple. Mais la séance pourrait être suspendue pendant quelques instants pour satisfaire à quelque nécessité pressante, par exemple pour administrer un remède au testateur qui est malade ; ce n'est pas là un acte, dans le sens de l'art. 976.

Les diverses opérations, dont l'ensemble est constaté par l'acte de suscription et qui doivent être accomplies sans désemparer, commencent à la présentation du testament. Le but principal de l'unité de contexte est d'empêcher la substitution d'un autre papier à celui qui a été présenté par le testateur et qui contient ses dispositions testamentaires.

1037. Telles sont les formes du testament mystique. Pour pouvoir tester de cette manière, il n'est pas nécessaire de savoir écrire, ni même signer ; mais il faut savoir et de plus pouvoir lire, condition à laquelle l'aveugle ne satisfait pas ¹¹³. « Ceux qui ne

» savent ou ne peuvent lire », dit l'art. 978, ne pourront faire de

» dispositions dans la forme du testament mystique ». Le testateur doit pouvoir lire, parce qu'il faut qu'il puisse s'assurer par lui-même que le papier qu'il présente au notaire contient bien l'expression de ses volontés.

Mais la loi n'exige pas que le testateur ait lu le testament, et, comme il n'y a pas de nullité sans texte, on doit en conclure que le testament ne pourrait pas être annulé par cela seul qu'il serait démontré que le testateur n'en a pas pris lecture. La jurisprudence est en ce sens.

Si le testateur ne sait lire que l'écriture moulée, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse écrire son testament en lettres imitant cette écriture. De là à admettre que le testateur pourrait faire écrire à la machine ou faire imprimer ses dispositions testamentaires, il n'y a qu'un pas ; et pourquoi ne le ferait-on point ? Après tout l'impression n'est qu'une écriture perfectionnée.

1038. Un muet peut-il tester dans la forme mystique ? Oui s'il sait écrire, non dans le cas contraire. On lit à ce sujet dans l'art. 979 : « En cas que le testateur ne puisse parler

- » mais qu'il puisse écrire, il pourra faire un testament mystique, à la charge que le

- » testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au

- » notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrira, en leur présence

- » que le papier qu'il présente est son testament ; après quoi le notaire écrira

- » l'acte de suscription, dans lequel il sera fait mention que le testateur a écrit ces mots

- » en présence du notaire et des témoins : et sera, au surplus, observé tout ce qui est

- » prescrit par l'article 976 ».

La déclaration verbale, que doit faire le testateur, en présentant son testament au notaire (art. 976), est, on le voit, remplacée ici par une déclaration écrite. Rien de mieux. Beaucoup moins facile à expliquer est la disposition qui exige que le testament soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur : ce qui revient à dire que l'écrit présenté par le testateur au notaire, doit satisfaire à

toutes les conditions requises pour la validité du testament olographe. Il est difficile surtout de justifier l'exigence de notre article en ce qui concerne la date. Quel rapport cette exigence, qui dépasse les termes du droit commun, a-t-elle avec l'infirmité dont le testateur est atteint ? Notre législateur a reproduit ici littéralement, par distraction peut-être, la disposition de l'art. 12 de l'ordonnance de 1735. Dans le système de l'ordonnance, les dispositions testamentaires, auxquelles un testateur voulait faire appliquer la forme mystique, devaient dans tous les cas être datées (art. 38). Notre législateur a jugé avec raison cette formalité inutile, comme faisant double emploi avec la date de l'acte de suscription, et il l'a supprimée dans l'art. 916. Mais alors il n'y avait aucune raison de la maintenir dans le cas prévu par l'art. 979. On l'a fait cependant ; et comme la loi doit être respectée, même quand elle n'est pas logique, il en résulte que le testament mystique fait par un muet serait nul, si les dispositions n'en étaient pas datées (arg. art. 1001).

Celui qui est à la fois sourd et muet peut tester dans la forme prescrite par l'art. 979, s'il sait écrire. Le mutisme est le plus souvent la conséquence de la surdité, et c'est principalement en vue des sourds-muets que notre texte paraît avoir été écrit. Quant à ceux qui sont sourds sans être muets, ils peuvent tester dans la forme prescrite par l'art. 976.

1039. Une question importante reste à résoudre.

Supposons qu'un testament mystique soit nul pour inobservation d'une des formalités particulières à cette espèce de testament, par exemple parce qu'il n'est pas clos et scellé, ou parce que l'un des témoins n'a pas signé l'acte de suscription ; il se trouve que les dispositions testamentaires, que le testateur a voulu faire revêtir de la forme mystique, sont entièrement écrites, datées et signées de sa main. L'écrit vaudra-t-il comme testament olographe ? En deux mots, le testament qui est nul comme mystique

peut-il valoir comme olographe, s'il satisfait aux conditions de forme prescrites par l'art. 970 ? L'affirmative, admise aujourd'hui par presque tous les auteurs et la jurisprudence, trouve un point d'appui d'une solidité inébranlable dans l'art. 1318, aux termes duquel : « L'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties ». Ce texte ruine par la base l'unique argument un peu sérieux du système contraire, qui consiste à dire que le testament mystique est indivisible, qu'on ne peut par suite le dédoubler, en quelque sorte, pour en faire un testament olographe, quand l'acte se trouve nul comme testament mystique. La solution indiquée est en outre on ne peut plus conforme à l'intention probable, pour ne pas dire certaine, du testateur, qui doit être supposé, à moins qu'il n'ait dit le contraire, avoir voulu avant tout laisser un testament valable, et par conséquent avoir voulu tester omni meliore modo.

II. De la force probante du testament mystique.

1040. L'acte de suscription du testament mystique est incontestablement un acte authentique (art. 1317) ; sa force probante est par conséquent celle des actes authentiques en général. Il n'en est pas de même de l'écrit qui contient les dispositions testamentaires ; cet acte, q à peut être d'une main autre que celle du testateur, qui peut même ne pas être signé de lui, n'est et ne peut être qu'un acte privé. Bordeaux, 4 juil. 1900, D., 01. 2. 447, S., 03. 1. 285, sous Cass. On a dit, il est vrai, en sens contraire, que la déclaration faite par le testateur lui imprime le caractère de l'authenticité. Mais c'est là une affirmation purement gratuite ; elle serait au besoin démentie par l'art. 1008, qui, au point de vue de la force exécutoire, assimile le

testament mystique, non au testament par acte public, mais au testament olographe.

* De là il résulte notamment que, si la signature du testateur, apposée au bas de l'écrit qui contient les dernières dispositions, est méconnue par ses héritiers, les intéressés sont tenus d'en poursuivre la vérification en justice. L'acte de suscription peut bien faire foi jusqu'à inscription de faux, en tant qu'il affirme que le testateur a déclaré au notaire avoir signé son testament ; mais il ne peut pas faire foi jusqu'à inscription de faux de l'exactitude de cette déclaration, que le notaire n'a ni la mission ni la possibilité de contrôler. La jurisprudence et les auteurs sont divisés.

§ II Des témoins testamentaires.

1041. Les témoins appelés à figurer dans les testaments doivent satisfaire à certaines conditions d'aptitude, dont l'absence constitue l'incapacité. L'incapacité d'être témoin dans un testament peut être-naturelle ou légale.

A. Les incapacités naturelles résultent de l'absence des facultés physiques ou morales, sans lesquelles les témoins ne peuvent pas être en état de remplir leur fonction ; ainsi les idiots, les aveugles, les sourds ne peuvent pas être témoins dans un testament. Il en est de même de celui qui n'entend pas la langue française, dans laquelle le testament authentique est dicté et écrit. Bordeaux, 7 mai 1907, D., 08. 2. 55. — La loi ne s'est pas occupée des incapacités naturelles.

B. Les incapacités légales sont celles qui résultent d'un texte de loi. Elles sont absolues ou relatives, suivant que celui qui en est frappé est incapable d'être témoin dans un testament quel qu'il soit, ou dans certains testaments seulement.

a. — Incapacités absolues. Elles sont déterminées par l'art. 980, dont la disposition est applicable au testament mystique aussi bien qu'au testament par acte public. Ce texte, dont la rédaction a été modifiée par la loi du 7 décembre 1897, est ainsi conçu :

« Les témoins appelés pour être présents aux testaments devront

» être majeurs, Français, sans distinction de sexe. Toutefois, le

» mari et la femme ne pourront être témoins ensemble dans un

» même testament ».

Les témoins doivent donc d'abord être majeurs. Les mineurs sont exclus ob defectum consilii.

Ils doivent ensuite être Français.

La première édition du code civil, celle de 1804, disait républicoles ; celle de 1807 sujets de l'Empereur, et enfin, celle de 1816, la dernière : sujets du Roi. Le sens de toutes ces formules était le même : comme l'expression régnicoles, employée par l'ordonnance de 1735, elles signifiaient que les témoins devaient être Français. Il était beaucoup plus simple de le dire en toutes lettres, comme le fait le nouvel art. 980, ce qui, outre la clarté, a l'avantage de rendre le texte indépendant de la forme du gouvernement.

Les femmes peuvent être témoins aussi bien que les hommes. Le code civil de 1804 les excluait, sans qu'il fût bien facile de donner de bonnes raisons à l'appui de cette exclusion. On disait que les témoins participent à la puissance publique comme représentants de la société, en concourant à donner l'authenticité à l'acte, et que les femmes n'avaient pas la participation à la puissance publique. Mais la vérité est que les témoins dans les actes interviennent pour constater certains faits ou pour remplir une mission de surveillance. Or, les femmes sont aptes à remplir ce rôle tout aussi bien que les hommes. On

s'expliquait d'autant moins que leur témoignage fût repoussé dans les actes civils qu'il était admis en matière criminelle. Ce qui peut surprendre, c'est qu'il ait fallu attendre jusqu'en 1897 pour que l'égalité de l'homme et de la femme fût législativement établie sur ce point. La loi du 7 décembre 1897, qui a réalisé cette œuvre, établit d'ailleurs cette sage restriction que le mari et la femme ne pourront pas être témoins ensemble dans un même acte. Effectivement, ces deux témoignages n'en valent qu'un, à raison de l'influence que l'un des époux exerce presque toujours sur l'autre, ordinairement le mari sur la femme.

La suppression des mots jouissant des droits civils, de l'ancien art 980, se justifie facilement. Ils n'avaient plus leur raison d'être depuis l'abolition de la mort civile qui, seule, entraînait la perte de tous les droits civils en général. Mais aujourd'hui, comme sous l'empire de l'ancien art. 980, un Français peut encourir, par suite de diverses condamnations judiciaires, la perte de certains droits civils, parmi lesquels peut figurer le droit d'être témoin dans un testament. C'est ce qui arrive pour ceux qui ont été frappés de la dégradation civique (C. pén., art. 34-3°). La même incapacité peut atteindre ceux qui sont frappés de l'interdiction civique (C. pén., art. 42-7°).

b. — Incapacités relatives. L'art. 975, applicable seulement au testament par acte public, en donne l'énumération : « Ne pourront

» être pris pour témoins du testament par acte public, ni les légataires,

» à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parents ou alliés jusqu'au

» quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires

» par lesquels les actes seront reçus ».

Sont donc incapables :

1° Les légataires. La loi craint que l'intérêt n'obscurcisse chez eux la notion du devoir. L'incapacité atteint tous les légataires. Peu importe que le legs soit modique ou fait à

titre rémunératoire (Montpellier, 10 déc. 1883, D., 85. 1. 406, S., 88. 1. 116), pourvu bien entendu que le legs soit contenu dans le testament auquel ils coopèrent. Mais elle n'atteint pas les exécuteurs testamentaires qui ne sont pas en même temps légataires ;

2° Les parents ou alliés des légataires, jusqu'au quatrième degré inclusivement. Cette incapacité, dont la rigueur dépasse toute mesure, atteint aussi les conjoints des légataires. En effet, si le conjoint n'est pas à proprement parler un allié, il est au moins la source de l'alliance, et on ne comprendrait pas qu'il fût admis là où les alliés sont exclus. Mais l'incapacité qui nous occupe n'atteint pas les parents et alliés, même les plus proches, du testateur, ni son conjoint. Elle ne frappe pas non plus les alliés des alliés des légataires. Paris, 19 janv. 1903, D., 04. 2. 133.

3° Les clercs des notaires par lesquels les actes seront reçus. Cette incapacité est fondée soit sur l'état de dépendance du clerc à l'égard de son patron, soit surtout sur la crainte que les notaires n'abusent dans la pratique de la faculté de prendre leurs clercs comme témoins.

Les incapacités édictées par l'art. 975 ne sont pas applicables aux témoins qui figurent dans un testament mystique. Cela résulte, non seulement des termes de l'art. 975 et de la place qu'il occupe, mais aussi de l'historique de sa rédaction. Les dispositions qui constituent aujourd'hui les art. 975 et 980 étaient primitivement confondues dans un seul texte, l'art. 69 du projet ; c'est pour faire droit à une observation de Treilhard, qui fit remarquer qu'une partie des incapacités édictées par ce texte ne devait pas recevoir d'application au testament mystique, qu'on a dédoublé l'article. Cpr. Cass., 4 juin 1883, S., 84. 1. 233, D., 84. 1.51.

Le code civil contient, on le voit, un système complet de législation relativement à la capacité des témoins testamentaires ; aussi tient-on en général que les

dispositions de la loi du 25 ventôse de l'an XI, relatives à la capacité des témoins instrumentaires, ne reçoivent pas ici leur application. C'est ainsi qu'on n'appliquerait pas la disposition de l'art. 10 al. 2 qui déclare incapables certains parents ou alliés du notaire et ses serviteurs.

Par application de la maxime *Error communis facit jus*, maxime qu'il faudrait se garder d'ériger en une règle générale et absolue, on admet généralement que la présence au testament d'un témoin incapable ne serait pas une cause de nullité, si ce témoin était universellement considéré comme capable, de telle façon que le notaire et le testateur qui l'ont choisi ou accepté eussent été victimes d'une erreur invincible. Cpr. Douai, 13 août 1884, S., 84. 2. 189. La bonne foi de ceux qui ont employé le témoin incapable ne suffit pas, remarquons-le, pour créer cette capacité putative ; il faut que la bonne foi soit fondée sur les documents les plus authentiques, principalement sur des actes de l'autorité publique, tels que l'inscription du témoin sur les listes électorales.

SECTION II

DES RÈGLES PARTICULIÈRES SUR LA FORME DE CERTAINS TESTAMENTS

1042. Le législateur traite dans cette section : 1° des testaments privilégiés ; 2° du testament fait par un Français en pays étranger.

§ 1. Des testaments privilégiés.

1043. On désigne sous le nom de testaments privilégiés certains testaments pour lesquels la loi accorde au testateur, à raison de la situation exceptionnelle où il se

trouve, le privilège de formes particulières généralement plus simples que celles du testament ordinaire.

Il y a trois testaments privilégiés : 1° le testament militaire (art. 981 à 984) ; 2° le testament fait en temps de peste (art. 985 à 987) ; 3° le testament fait pendant un voyage en mer (art. 988 à 996). Voyez ces articles, et en outre les art. 997 et 998 qui contiennent des dispositions communes aux divers testaments privilégiés. Tous ces textes, à l'exception des art. 981 et 982 qui ont été remaniés par la loi du 17 mai 1900 et des art. 985 à 987 qui sont demeurés tels que les avait faits le législateur de 1803, doivent leur rédaction actuelle à la loi du 8 juin 1893.

§ II. Testament fait en pays étranger par un Français.

1044. Aux termes de l'art. 999 : « Un Français qui se trouvera

» en pays étranger, pourra faire ses dispositions testamentaires

» par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article

» 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le

» lieu où cet acte sera passé ».

Un Français qui se trouve en pays étranger peut donc tester de deux manières différentes :

1° Dans la forme olographe, conformément aux prescriptions de l'art. 970. Il importerait peu que la loi du pays n'admît pas cette forme de testament.

2° Par acte authentique, passé suivant les formes prescrites par la loi du lieu où se trouve le testateur. D'ailleurs l'intervention d'un officier public ne sera nécessaire qu'autant que cette condition sera requise par la loi locale pour l'authenticité des actes. En un mot, il faut et il suffit que l'acte satisfasse aux conditions requises par

la loi du lieu pour l'authenticité, alors même que ces conditions seraient moins rigoureuses que celles de notre loi.

Supposons qu'un Français se trouve dans un pays dont la loi admet une forme de testament qui n'est ni la forme olographe, telle qu'elle est réglée par l'art. 970, ni la forme authentique, par exemple le testament nuncupatif ou fait verbalement devant témoins. Pourra-t-il valablement tester dans cette forme ? Nous ne le croyons pas. L'art. 999 ne dit pas que le Français, se trouvant en pays étranger, peut tester dans la forme prescrite par la loi de ce pays, ce qui eût été la consécration pure et simple de la règle *Locus regit actum*, il dit que le Français peut tester « par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'art. 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé ». Le Français n'a donc que le choix entre l'une ou l'autre de ces formes. S'il veut tester en une forme autre que la forme olographe, il devra nécessairement prendre la forme authentique, et alors se conformer aux prescriptions de la loi étrangère. Le texte de la loi est clair, et il ne faut pas, sous prétexte de pénétrer son esprit, que nous ne pouvons connaître qu'imparfaitement, vu le silence des travaux préparatoires, dire, comme le font plusieurs auteurs, que les mots par acte authentique de l'art. 999 sont pris par opposition aux mots par acte sous signature privée, et désignent toute forme de testament autre que la forme olographe.

Le testament, fait par un Français en pays étranger en la forme authentique et conformément aux prescriptions de la loi du pays, demeure valable après le retour du testateur en France, et quelle que soit l'époque à laquelle il décède. Nous n'avons pas ici de disposition analogue à celle des art. 984, 985 et 994. Mais, d'après l'art. 1000 : « Les testaments

» faits en pays étranger ne pourront être exécutés sur les biens situés en France,

» qu'après avoir été enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé
» un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France ; et dans le cas où le
» testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il devra
» être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse
» être exigé un double droit ».

SECTION III

DES INSTITUTIONS D'HÉRITIERS, ET DES LEGS EN GÉNÉRAL

1045. « Les dispositions testamentaires sont ou universelles, ou à
» titre universel, ou à titre particulier. — Chacune de ces dispositions,
» soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution
» d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs,
» produira son effet suivant les règles ci-après établies pour les legs
» universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs particuliers » (art. 1002). La loi, on le voit, laisse au testateur le choix des expressions qu'il juge les plus propres à manifester sa volonté. Ainsi il peut disposer sous la dénomination d'institution d'héritier, qui répugnait à nos anciennes coutumes, dire par exemple : « J'institue un tel mon héritier ». Cpr. Besançon, 31 mars 1909, D., 12. 2. 302, S., 11. 2. 81.

Serait nulle la disposition par laquelle le testateur aurait déclaré exhériter tous ses héritiers et tous ses successeurs

irréguliers, y compris l'Etat, sans désigner aucun légataire pour les remplacer. En effet, cette disposition, en la supposant valable, aurait pour résultat de mettre les biens du défunt hors du commerce.

Si le testateur a simplement exhérédé certains héritiers sans mettre personne à leur place, ses biens reviendront aux autres héritiers ou successeurs irréguliers appelés par la loi à défaut des exhérédés, qu'il sera considéré comme ayant institués implicitement. La jurisprudence est en ce sens. Cass., 15 avril 1885, S., 86. 1. 453 ; Paris, 11 fév. 1898, S., 98. 2. 165, et 13 déc. 1901, S., 02. 2. 37, D., 02. 2. 177. V. cep. Rouen, 22 déc. 1897, S., 99. 2. 97, D., 98. 2. 318.

Voici une hypothèse plus délicate. Le testateur, après avoir exhérédé tous ses héritiers à l'exception de l'Etat, a institué un légataire universel ; le legs universel devient caduc. A qui les biens reviendront ils ? A l'Etat ? Ou bien aux héritiers les plus proches, que le testateur a exhérédés ? A notre avis, c'est une question d'interprétation de volonté, rentrant dans le domaine du juge, au cas de contestation. Lyon, 29 juil. 1885, D., 86. 2. 229, S., 87. 2. 101. V. cep. Cass., 10 fév. 1869, D., 69. 1. 175, S., 69. 1. 153. Cpr. Cass., 10 janv. 1906, D., 06. 1. 449, et Bourges, 13 fév. 1911, S., 12. 2. 140.

Le testament doit être l'œuvre de la volonté propre et exclusive du testateur. Serait donc nulle la disposition qui conférerait à un tiers la faculté de désigner le légataire. Douai, 1^{er} mai 1894, D., 95. 2. 249, et Paris, 28 oct. 1896, D., 97. 2. 342. C'est ce qu'on appelait autrefois la faculté d'élire, abolie par la loi du 17 nivôse de l'an II, art. 23, et par la loi du 9 fructidor de l'an II, art. 3. En outre, le testament doit désigner d'une manière certaine la personne du légataire. Le testament serait nul s'il était fait au profit d'une personne incertaine. Il importe en effet que le légataire soit connu pour que sa capacité puisse être

judiciairement vérifiée en cas de contestation. Ainsi jugé au sujet d'un testament dans lequel le testateur disposait que sa fortune serait employée en bonnes œuvres, et désignait le curé de la paroisse pour exécuter sa volonté, sans conférer d'ailleurs à celui ci la qualité de légataire universel. Dijon, 1^{er} juin 1883, S., 85. 2. 175. V. aussi Douai, 1^{er} mai 1894, D., 95. 2. 249, et la note, S., 95. 2. 1, et la note. Dans l'hypothèse de ce dernier arrêt, le testateur avait désigné un légataire universel ; celui-ci était chargé d'employer la fortune du testateur en bonnes œuvres à son choix, sans aucun contrôle La cour de Douai a annulé le testament ; mais, pour arriver à ce résultat, elle est obligée de dénier la qualité de légataire universel à celui que le défunt avait désigné comme tel, et de le considérer comme personne interposée par rapport à ceux auxquels le legs devait profiter en définitive. Ceux là seuls, d'après la cour, étaient les vrais légataires, et comme le testament ne permettait pas de les connaître, le legs devait être déclaré nul comme fait à personnes incertaines. La décision que nous venons de rapporter est en contradiction avec celles que la cour de cassation et diverses cours ont données dans des espèces analogues. V. notam. Cass., 27 nov. 1876, D., 77. 1. 152, Amiens, 16 fév. 1893, D., 93. 2. 67, et Cass., 28 juil. 1903, D., 05. 1. 425. Cpr. supra, n. 833. Mais d'ailleurs il n'est pas nécessaire que le nom patronymique du légataire soit indiqué, s'il est désigné d'une manière non équivoque. Riom, 12 mai 1891, D., 92. 2. 519.

Toute disposition testamentaire, en quelques termes qu'elle soit conçue, est comprise sous la dénomination générique de legs. Notre loi distingue trois espèces de legs, savoir : le legs universel, le legs à titre universel et le legs particulier ou à titre particulier. On peut donner une idée superficielle de chacune de ces dispositions, en disant que le legs universel est le legs de l'universalité des biens ; le legs à titre universel, celui d'une partie aliquote de

l'universalité, comme la moitié, le tiers, et enfin le legs particulier, celui d'objets déterminés, par exemple de telle maison, de tel fonds de terre.

Pour savoir à laquelle de ces trois catégories appartient une disposition testamentaire déterminée, il ne faut pas toujours s'en tenir à la qualification que le testateur lui a donnée. Tel legs, qu'il a qualifié de legs universel, peut n'être qu'un legs à titre universel, ou même un legs particulier. Il faut rechercher quelle est, d'après l'intention du testateur, l'étendue des droits conférés au légataire, et déterminer, d'après cette base, et en se référant au texte de la loi, la nature de la disposition. Ainsi un testateur a dit : « J'institue Pierre légataire universel de tous mes immeubles » ; cette disposition ne constituera qu'un legs à titre universel (v. art. 1010, *infra*, n. 1064).

1046. Dans le silence des textes, l'acceptation et la répudiation des legs demeurent soumises aux règles du droit commun. On ne doit donc leur appliquer les règles qui gouvernent l'acceptation et la répudiation des successions, qu'en tant qu'elles sont l'expression du droit commun. De là il résulte que l'acceptation d'un legs, comme celle d'une succession, peut être expresse ou tacite. Cass., 28 mai 1894, D., 96. 1. 86, S., 98. 1. 445 ; 17 déc. 1894, D., 95. 1. 228, S., 95. 1. 220 ; et Lyon, 12 janv. 1909, D., 09. 2. 141. Cpr. Cass., 10 avril 1902, S., 04. 1. 392. Mais, à la différence de ce qui a lieu en matière de succession (art. 778), l'acceptation expresse ne doit pas nécessairement être consignée dans un acte authentique ou privé (cpr. *supra*, n. 592) ; car, d'après le droit commun, la volonté n'a pas besoin d'être ainsi manifestée. Il en résulte aussi que la renonciation à un legs n'est pas assujettie, comme la renonciation à succession (art. 784), à des formes solennelles. Elle peut avoir lieu même tacitement. Nancy, 1^{er} fév. 1884, D., 85. 2. 181, et Cass., 3 déc. 1900, D., 02. 1. 121, S., 04. 1. 10. Cpr. *supra*, n. 613 et 623.

SECTION IV

DES LEGS UNIVERSELS

1047. Définition. « Le legs universel est la disposition testamentaire

» par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes

» l'universalité des biens qu'il laissera à son décès » (art. 1003). Ce qui caractérise le legs universel, c'est la vocation du légataire à l'universalité des biens qui composeront le patrimoine du testateur à sa mort. Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je lègue à Paul tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès ». Cpr. Nancy, 9 déc. 1891, D., 92. 2. 270, Douai, 28 janv. 1895, S., 96. 2. 206, et Cass., 9 déc. 1907, D., 08. 1. 295.

Remarquons qu'en fait le légataire universel ne recueillera pas toujours la totalité des biens laissés par le défunt. D'abord s'il y a des héritiers réservataires, son legs devra forcément subir une réduction (art. 920) ; et puis il verra souvent son émolument diminué par les charges que le testateur lui aurait imposées, principalement sous forme de legs particuliers. Il pourra même arriver que le légataire universel ne recueille rien. Tel serait le cas où un testateur, qui laisse un patrimoine dont l'actif net s'élève à 10.000 fr., aurait dit dans son testament : « J'institue Paul mon légataire universel ; je lègue 10.000 fr. à Pierre ». Obligé de payer les 10.000 fr. légués à Pierre, si celui-ci accepte, Paul se trouvera réduit en ce cas à peu près au rôle d'un exécuteur testamentaire. Mais il n'en sera pas moins un légataire universel. En effet, pour apprécier la nature d'un legs, on ne doit pas se préoccuper de savoir ce que le légataire recueillera en fait à l'époque du décès du testateur ; il faut rechercher ce qu'il est appelé à recueillir éventuellement, c'est-à-dire en supposant la réalisation des chances qui lui sont le plus favorables. Tout légataire

qui, dans cette supposition, est appelé à recueillir tous les biens laissés par le testateur à l'époque de son décès, est un légataire universel, et la disposition faite à son profit, un legs universel. C'est pourquoi la présence d'héritiers réservataires, au moment où le testateur dispose, n'empêche pas celui auquel il a légué l'universalité de ses biens d'être un légataire universel, non plus que l'existence de legs particuliers faits par le défunt. En effet il peut arriver que les héritiers réservataires meurent avant le testateur, ou renoncent à sa succession s'ils lui survivent ; il peut se faire de même que les legs particuliers deviennent caducs, par exemple par le prédécès des légataires, ou par leur répudiation s'ils survivent au testateur ; et alors le droit du légataire universel, ne rencontrant pas d'obstacle, s'exercera pleinement ; il recueillera tous les biens. Cass., 18 fév. 1891, S., 94. 1. 406 ; Douai, 1^{er} mai 1894, S., 95. 2. 1 ; Bordeaux, 13 mai 1895, D, 95. 2. 438 ; Dijon, 19 juin 1895, D., 96. 2. 165, et Cass., 27 juil. 1899, D., 99. 1. 535.

Cela posé, il semble que l'art. 1003 donne du legs universel une définition défectueuse, quand il dit : « Le legs universel est la disposition... par laquelle le testateur donne... l'universalité... » Pour être exact, n'aurait-il pas fallu dire : donne ÉVENTUELLEMENT l'universalité ? Non, la définition de l'art. 1003 est irréprochable. Elle ne le serait pas, si le législateur avait employé l'expression totalité ; mais il emploie celle d'universalité, dont le sens est différent. Le mot totalité désigne tous les biens que le testateur laissera à l'époque de son décès, sans exception ni restriction : évidemment le légataire universel peut n'être appelé à recueillir la totalité des biens qu'éventuellement. Le mot universalité, au contraire, désigne cet être de raison, cet être collectif, qu'on appelle le patrimoine et qui contient un actif et un passif : l'actif, comprenant les biens ; le passif, comprenant les dettes et

les charges imposées soit par la loi (telles que la réserve des héritiers), soit par la volonté de l'homme (comme les legs particuliers). Eh bien ! l'universalité ainsi définie : tous les biens existants au décès, déduction faite des dettes, et des charges imposées par la loi ou par la volonté de l'homme, le testateur la donne au légataire universel, tandis qu'il ne lui donne la totalité qu'éventuellement.

1048. D'après ce qui vient d'être dit, on devrait considérer comme universels :

1° Le legs ainsi conçu : « J'institue Paul mon héritier » ; ou « Je l'institue mon légataire », sans aucune restriction ;

2° Le legs de tous les meubles et de tous les immeubles (arg. art. 516) ;

3° Le legs de la nue propriété de tous les biens. Il y a ici vocation à l'universalité ; car l'usufruit, étant un droit temporaire, finira toujours par se réunir à la nue propriété. Il en serait autrement du legs de l'usufruit de tous les biens. V. infra, n. 1065.

4° Le legs de tous les biens qui seront disponibles à l'époque du décès du testateur. En effet, tous les biens du testateur pouvant être disponibles lors de son décès, s'il ne laisse pas d'héritiers réservataires ou si ceux qu'il laisse renoncent à sa succession, le légataire se trouve appelé éventuellement à la totalité.

Il en serait de même en général du legs de tous les biens dont le testateur peut disposer, ou de sa quotité disponible (ces deux formules sont équivalentes). En effet, c'est au décès du disposant qu'il faut se placer pour savoir quel est son disponible : or, quel que soit le nombre de ses héritiers réservataires à l'époque où il teste, il peut toujours arriver, par suite du prédécès de tous ces héritiers, ou par suite de leur renonciation ou de leur indignité s'ils survivent, que la totalité des biens du testateur se trouve disponible lors de son décès. Il y a donc vocation éventuelle à la totalité au profit du légataire. A quoi l'on peut ajouter que l'art. 1010 ne range dans la catégorie des legs à titre universel que le

legs d'une quote-part des biens dont la loi permet au testateur de disposer, donnant ainsi à entendre que le legs de la totalité de ces biens constituerait plus qu'un legs à litre universel, donc un legs universel. — Ici toutefois, comme toujours, il faudrait se préoccuper avant tout de l'intention du testateur, et par suite la décision qui vient d'être indiquée devrait être modifiée, s'il était démontré par les termes du testament qu'en léguant sa quotité disponible, le testateur a entendu se référer à l'état de choses existant à l'époque où il a fait ses dispositions, et ne léguer que ce qui aurait été disponible s'il était mort immédiatement après la confection de son testament. Cpr. Cass., 16 déc. 1907, S., 09. 1. 465.

5° Enfin, doit être considéré comme universel le legs que fait le testateur du surplus de ses biens, après avoir fait préalablement d'autres dispositions. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue 20.000 fr. à Primus, 10.000 fr. à Secundus, le surplus de mes biens à Tertius ». Cette dernière disposition constitue un legs universel. Amiens, 9 juil. 1889, S., 90. 2. 140, Riom, 13 déc. 1889, D., 92. 2. 451, et Paris, 10 mars 1905, sous Cass., D., 07. 1. 497. En effet l'intention évidente du testateur est d'exclure ses héritiers légitimes de sa succession : ce qui n'est possible qu'à la condition que Tertius se trouve appelé à profiter de la caducité des legs faits à Primus et à Secundus. On doit d'autant plus facilement l'admettre que, par sa nature même, le legs du surplus des biens comporte une certaine élasticité : il est certain notamment qu'il comprendrait les nouveaux biens dont le testateur ferait ultérieurement l'acquisition. Cass., 10 fév. 1885, D., 86. 1. 111, S., 86. 1. 211. Contrairement à l'opinion générale, nous maintiendrions cette solution, parce que les mêmes motifs nous paraissent toujours exister, même dans le cas où les dispositions, qui précèdent le legs du surplus des biens, seraient à titre universel, par exemple si le testateur a dit :

« Je lègue un tiers de mes biens à Primus, le surplus à Secundus ».

1049. Un legs universel peut être fait au profit de plusieurs personnes (art. 1003), comme si le testateur a dit : « Je lègue tous. mes biens à Primus et à Secundus ». Il y a alors vocation solidaire au profit de chacun des légataires, et leur situation se trouve, à ce point de vue, la même que celle de plusieurs héritiers appelés conjointement par la loi à une même succession. Si donc les légataires viennent tous, ils partageront, concursu partes fiunt ; si un seul vient, le legs fait à l'autre se trouvant caduc, son droit s'exercera dans toute sa plénitude, puisqu'il ne rencontre plus d'obstacle.

* Après avoir institué plusieurs légataires universels, le testateur a opéré entre eux la division de ses biens ; cette division fait-elle perdre aux legs leur caractère de legs universels ? Non, en principe ; car en la faisant le testateur s'est peut-être proposé pour but unique de prévenir les difficultés auxquelles le partage pourrait donner lieu entre ses légataires. Amiens, 3 juil. 1912, S., 13. 2. 73. Il pourrait en être ainsi, suivant les cas, alors même que le testateur aurait fait la division d'une manière inégale, s'il est bien démontré que, dans son intention, chaque légataire n'en était pas moins appelé éventuellement à la totalité des biens. Cass., 10 juil. 1905, D., 06. 1. 397, S., 06. 1. 79.

I. Comment le légataire universel acquiert la propriété des biens compris dans son legs.

1050. La donation testamentaire étant dans notre droit une cause d'acquisition de la propriété (art. 711), il en résulte que le légataire universel devient, en vertu des seules dispositions de la loi, propriétaire des biens compris dans le testament. S'il est en concours avec un héritier réservataire, son legs se trouvant réduit à la quotité

disponible, qui est une quote-part de l'hérédité, il devient copropriétaire des biens de la succession avec l'héritier réservataire. Le tout à dater du moment où son droit s'est ouvert ; nous verrons sous l'art. 1014 (infra, n. 1072), dont la disposition est générale, et qui a été placé à tort dans la section Des legs à titre particulier, que le droit du légataire universel, comme de tous les autres légataires, s'ouvre à compter du décès du testateur si le legs est pur et simple ou à terme, et à compter de la réalisation de la condition si le legs est fait sous une condition suspensive non encore réalisée au décès du testateur (art. 1040).

II. Comment le légataire universel acquiert la possession des biens compris dans son legs.

1051. Le légataire universel, qui est, à dater de l'ouverture de son droit, propriétaire des biens compris dans son legs, saisi de la propriété, comme on dit quelquefois, est-il en outre saisi de la possession de ces mêmes biens ? A-t-il la saisine de l'art. 724 ? Ou bien au contraire cette saisine appartient-elle à l'héritier du sang, à celui que le testament dépouille, et qui en son absence serait venu recueillir la succession, en vertu des dispositions de la loi ? Cette question donna lieu, lors de la confection du code, à une discussion très animée. Les uns, s'inspirant des principes du droit romain, demandaient que la saisine appartînt dans tous les cas à l'héritier institué ou légataire universel, par préférence aux héritiers du sang ; d'autres, attachés aux traditions de notre ancien droit coutumier, voulaient que la saisine fût toujours attribuée à l'héritier du sang. Le débat se termina par une transaction : si les héritiers, qui se trouvent en concours avec le légataire universel, sont des héritiers réservataires, à eux la saisine ; dans le cas contraire, la saisine

appartiendra au légataire universel (art. 1004 et 1006).
Étudions séparément les deux termes de cette transaction.

a. Le légataire universel est en concours avec des héritiers réservataires.

1052. L'art. 1004 dit à ce sujet : « Lorsqu'au décès du testateur

» il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée

» par la loi, ces héritiers sont saisis, de plein droit, par sa mort, de

» tous les biens de la succession ; et le légataire universel est tenu de

» leur demander la délivrance des biens compris dans le testament

». En édictant cette disposition, le législateur paraît s'être surtout préoccupé d'assurer l'intégrité de la réserve, qui aurait pu être compromise par les dilapidations du légataire universel, si la saisine lui eût été attribuée. Le droit du réservataire a paru plus sacré que celui de l'héritier institué.

La disposition de l'art. 1004 est fondée, on le voit, sur une considération d'ordre public. Aussi est-on d'accord pour admettre que le testateur ne pourrait pas y déroger. Serait donc nulle la clause d'un testament qui autoriserait le légataire universel à se mettre en possession sans demander la délivrance aux héritiers réservataires.

L'art. 1004 reçoit son application quel que soit l'héritier réservataire qui se trouve en concours avec le légataire universel, même lorsque c'est un enfant naturel reconnu. Cette solution ne peut pas faire de doute depuis que la loi du 25 mars 1896 a accordé la saisine aux enfants naturels reconnus (nouvel art. 724). La solution contraire semblait s'imposer sous l'empire de la législation antérieure qui

refusait la saisine aux enfants naturels reconnus (anc. art. 724).

1053. La saisine que l'art. 1004 accorde aux héritiers réservataires, leur donne le droit d'appréhender tous les biens héréditaires, de les administrer et d'en percevoir les fruits, et aussi d'exercer les actions héréditaires contre les débiteurs du défunt ou les détenteurs des biens de la succession. Le légataire universel n'acquerra ces divers avantages, en ce qui concerne les biens compris dans son legs, que lorsqu'il aura obtenu la délivrance à l'amiable ou en justice. La délivrance dessaisit donc les héritiers et elle saisit le légataire. C'est devant le tribunal de l'ouverture de la succession que doit être portée la demande en délivrance, quand les héritiers refusent de la consentir à l'amiable (C, pr., art. 59 al. 6 3°). Le légataire qui se mettrait de sa propre autorité en possession de tout ou partie des biens héréditaires, commettrait une voie de fait, une usurpation dont il aurait à répondre. L'héritier réservataire aurait contre lui une action pour faire cesser cette usurpation.

* Cette action serait prescrite au bout de trente ans. Et si alors l'héritier réservataire rentrait en possession, le légataire universel pourrait exercer contre lui l'action en revendication. L'héritier réservataire ne pourrait opposer à cette demande, ni la prescription du droit de propriété, acquis par le légataire aux termes de l'art. 711, car cette prescription n'a pu courir contre lui pendant tout le temps qu'il est resté en possession, ni une exception tirée de ce que le légataire ne peut plus demander la délivrance, l'action en délivrance étant prescrite ; en effet, l'héritier a perdu par la prescription de trente ans le droit d'exiger que le légataire demande la délivrance pour entrer en possession. Cass., 8 mai 1895, D., 95. 1. 425, S., 96. 1. 385.

La présence d'un héritier réservataire, réduisant le légataire universel à la quotité disponible, l'hérédité se trouve ainsi être indivise entre l'héritier réservataire,

propriétaire de la quote-part de l'hérédité qui représente sa réserve, et le légataire universel, propriétaire du surplus, c'est-à-dire de la fraction qui représente la quotité disponible. Un partage peut seul mettre fin à cette indivision, et le légataire universel le demande implicitement en demandant la délivrance dont il est le préliminaire indispensable.

1054. Les héritiers réservataires qui délivrent au légataire universel les biens formant sa part dans la succession, doivent ils lui tenir compte en outre des fruits produits par ces biens depuis l'ouverture du legs ? Oui, si la demande en délivrance a été formée dans l'année de l'ouverture du legs ; non, dans le cas contraire. C'est ce que dit l'art. 1005 : « Néanmoins, dans les mêmes cas, le

» légataire universel aura la jouissance des biens compris dans le

» testament, à compter du jour du décès, si la demande en délivrance

» a été faite dans l'année depuis cette époque ; sinon, cette

» jouissance ne commencera que du jour de la demande formée en

» justice ou du jour que la délivrance aurait été volontairement

» consentie ». L'hérédité est une universalité qui s'augmente des fruits produits par les biens dont elle se compose, fructus augent hereditatem. Le droit du légataire universel, qui porte sur l'universalité tout entière, s'applique donc aux fruits. De là, la règle que le légataire universel a droit aux fruits du jour du décès. Et toutefois le légataire universel ne peut réclamer les fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, lorsque cette demande a été formée après l'expiration de l'année à compter du jour du décès. Il eût été trop dur d'obliger l'héritier à restituer les fruits par lui perçus antérieurement, fruits que probablement il a consommés, soit parce qu'il ignorait

l'existence du legs, soit parce qu'il interprétait le silence du légataire dans le sens d'une renonciation à son droit.

b. Le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires.

1055. Dans cette hypothèse, la saisine appartient au légataire universel, par préférence aux héritiers du testateur. C'est ce que dit l'art. 1006 : « Lorsqu'au décès du testateur il n'y aura pas d'héritiers

» auxquels une quotité de ses biens soit réservée par la loi,
» le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du testateur,

» sans être tenu de demander la délivrance ». Il n'y a plus ici, comme, dans l'hypothèse précédente, un droit de réserve à défendre contre les usurpations du légataire. Cpr. Cass., 7 fév. 1912, D., 12. 1. 433.

La présence d'héritiers réservataires renonçants ne ferait pas obstacle à la saisine du légataire universel (arg. art. 785).

1056. Que décider, si les parents légitimes du défunt, que le légataire universel trouve en face de lui, sont, les uns réservataires, les autres non réservataires ? Le défunt laisse par exemple un père et un frère, ou un ascendant paternel et un collatéral maternel, et en outre un légataire universel. A qui appartient la saisine ? On pourrait être tenté au premier abord d'appliquer distributivement les dispositions des art. 1004 et 1006, en refusant la saisine au légataire universel à l'égard des héritiers réservataires, et en la lui accordant dans ses rapports avec les héritiers non réservataires, de sorte que les héritiers réservataires seraient saisis de leur réserve, et le légataire universel, du surplus, c'est-à-dire de la quotité disponible. Mais cette solution serait difficile à concilier avec l'art. 1004, qui dispose que, s'il y a des héritiers réservataires, ils sont saisis de plein droit de tous les biens de la succession. La saisine leur appartiendra donc pour le tout

1057. Les effets de la saisine sont les mêmes pour le légataire universel que pour l'héritier. Le légataire saisi est donc investi de plein droit de la possession des biens héréditaires ; il a le droit d'administrer ces biens et d'en percevoir les fruits ; il peut intenter les actions héréditaires actives, et on peut intenter contre lui les actions passives. On voit que le légataire universel saisi est *heredis loco*. D'où il faut tirer cette conséquence, généralement acceptée par les auteurs, qu'il serait tenu *ultra vires* des dettes et charges de l'hérédité, s'il n'acceptait pas sous bénéfice d'inventaire ; la simple confection d'un inventaire ne suffirait pas pour le soustraire à cette responsabilité indéfinie. Cpr. *supra*, n. 465.

En serait-il de même du légataire universel non saisi ? La même question se présente pour le légataire à titre universel, que la loi assimile, au point de vue de l'obligation aux dettes, au légataire universel non saisi. Il existe sur ce point une grave controverse.

Notre ancien droit, nous l'avons dit, refusait aux simples légataires d'universalité la saisine et la qualité de continueurs du défunt. Pothier dit dans son traité Des successions : « Les légataires universels ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent ; ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison en est qu'ils ne succèdent pas à la personne du défunt, mais seulement à ses biens ; ils ne sont tenus des dettes que parce qu'elles sont une charge des biens ; ils n'en sont point débiteurs personnels ». Le code civil a introduit, en ce qui concerne les legs d'universalité, des distinctions que ne connaissait pas notre ancien droit. Il a étendu aux légataires universels, quand ils ne sont pas en concours avec des héritiers à réserve, la saisine que l'art. 724 confère aux héritiers légitimes (ou naturels), et, très probablement, il a voulu pousser jusqu'au bout l'assimilation en leur accordant la qualité de continueurs de la personne du défunt, ce qui entraîne pour eux

l'obligation de payer ultra vires les dettes de la succession (supra, n. 465). Quant aux légataires universels non saisis, et aux légataires à titre universel (et aussi aux successeurs irréguliers), ils sont encore aujourd' hui ce qu'ils étaient autrefois : de simples successeurs aux biens. Ne continuant pas la personne du défunt, ils ne sont tenus des dettes de celui-ci que dans la mesure de la valeur des biens qu'ils recueillent. Ils seront donc quilles envers les créanciers, du moment qu'ils leur rendront compte de leur émolument, ce qui suppose qu'ils ont fait dresser un inventaire des biens de la succession ; mais il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent sous bénéfice d'inventaire. Le droit des créanciers héréditaires contre les successeurs non saisis est donc limité quant à son objet ; mais l'est-il aussi quant aux biens qui lui servent de gage ? Il semble bien résulter des textes que les légataires d'universalité non saisis peuvent être poursuivis, à raison des dettes de la succession, non seulement sur les biens héréditaires, mais même aussi sur leurs biens personnels. Les art. 1009 et 1012 nous disent en effet qu'ils sont tenus des dettes personnellement pour leur part et portion. Personnellement, c'est-à-dire sur leur patrimoine tout entier (art. 2032).

Par un arrêt célèbre, longuement et fortement motivé (arrêt Toussaint, 13 août 1851, S., 51. 1. 657, D., 51. 1. 281. Cpr. Cass., 29 mai 1894, S., 98. 1. 446), la cour de cassation a décidé au contraire que le légataire universel non saisi (et par suite aussi le légataire à titre universel et le successeur irrégulier) est tenu indéfiniment des dettes de la succession, à moins qu'il n'ait fait inventaire, et déclaré au greffe du tribunal qu'il accepte la succession sous bénéfice d'inventaire. Et cette manière de voir est partagée par un certain nombre d'auteurs. Le successeur universel non saisi, dit la cour, étant tenu personnellement des dettes pour sa part et portion (art. 1009 et 1012), en est tenu dans celle mesure sur tous ses biens (art. 2092),

par conséquent *ultra vires*. — Mais il y a là une conséquence qui ne nous paraît pas s'imposer. Il est bien vrai que celui qui n'est pas tenu personnellement, c'est à dire celui qui ne peut être poursuivi par le créancier que sur certains biens déterminés, comme l'héritier bénéficiaire, ne répond de la dette que dans la mesure de la valeur des biens dont il s'agit. Cela est évident. Mais rien ne s'oppose à ce qu'un débiteur soit tenu sur tous ses biens d'une dette, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Le bénéfice d'émolument de la femme commune (*supra*, n. 243) nous en fournit un exemple. Il n'est pas de l'essence de l'obligation personnelle d'être indéfinie. — A l'argument tiré du mot personnellement des art. 1004 et 1012, la cour de cassation et les auteurs qui approuvent sa jurisprudence en ajoutent d'autres dont nous avons par avance donné la réfutation en parlant de la saisine (*supra*, n. 464 s.). Tout successeur universel, disent-ils en substance, par cela même qu'il recueille, en tout ou en partie, le patrimoine du défunt, doit supporter, dans la même proportion, l'intégralité des charges qui le grèvent. Et si, d'autre part, on rattache à la saisine l'obligation indéfinie aux dettes héréditaires, il faut décider que la saisine de fait, résultant de l'envoi en possession ou de la délivrance, doit produire les mêmes effets que la saisine légale.

Il est permis de se demander si la cour de cassation n'a pas abandonné la jurisprudence consacrée par son arrêt de 1851. Un arrêt du 12 mai 1897 (S., 98. 1. 193, D., 98. 1. 164) a en effet décidé que le légataire universel non saisi, ne continuant pas la personne du défunt, peut purger les hypothèques inscrites du chef du de cujus sur les immeubles héréditaires à lui adjugés sur licitation (ce qui implique qu'il n'est pas personnellement tenu des dettes du défunt, *arg. art. 2181*), que dès lors il a intérêt à faire transcrire son titre d'acquisition, et que par conséquent il est tenu de payer le droit de transcription. Solution analogue à celle que la jurisprudence donne au sujet de

l'héritier bénéficiaire (supra, n. 646, et t. I, n. 1094). Dans le même sens, trib. civ. de la Seine, 24 mars 1905, D., 05. 2. 231. Cpr. Cass., 8 fév. 1905, S., 05. 1. 17. Et la cour suprême, par un arrêt du 14 déc. 1910 (D., 11. 1. 425), a, en termes à peu près identiques, formulé la même doctrine en ce qui concerne le légataire à titre universel. Ainsi, la cour de cassation paraît admettre aujourd'hui que le successeur non saisi n'est pas tenu personnellement des dettes héréditaires, ce qui revient à dire qu'il ne peut être poursuivi, à raison de ces dettes, que sur les biens héréditaires seulement, et naturellement dans la mesure de leur valeur. V. cep. trib. civ. de Remiremont, 8 nov. 1900, S., 03. 2. 54. Il faut reconnaître cependant que les arrêts de 1897 et de 1910, rendus au sujet d'une question fiscale, et dont les considérants sont très sommaires, sont loin d'avoir la valeur de l'arrêt de 1851. En présence de cette incertitude de la jurisprudence, on ne peut que conseiller au légataire universel non saisi, de même qu'au légataire à titre universel et au successeur irrégulier, de ne pas se borner à faire un inventaire, mais d'accepter en outre bénéficiairement toutes les fois qu'il existera quelque doute sur les forces de l'hérédité. Cpr. supra, n. 641.

1058. Formalités à remplir par le légataire saisi, avant d'entrer en possession. — Le légataire universel, saisi aux termes de l'art. 1006, peut-il, de suite et sans remplir aucune formalité préalable, appréhender les biens héréditaires ? A la possession de droit, que lui donne la saisine, peut-il joindre de sa propre autorité la possession de fait ? La loi distingue si le légataire universel a été institué dans un testament par acte public ou dans un testament soit olographe, soit mystique.

a. — Le testament qui contient le legs universel est un testament par acte public. Le légataire saisi n'a aucune formalité à remplir pour se mettre en possession. Son titre est authentique, et de plus exécutoire ; il peut donc le

mettre à exécution ; c'est ce qu'il fait eu prenant possession des biens.

b. — Le testament qui contient le legs universel est olographe ou mystique. Ce litre n'inspire pas la même confiance que le testament par acte public ; peut-être est-il falsifié ; dans tous les cas il n'est pas exécutoire. Aussi la loi ne permet-elle au légataire d'appréhender les biens qu'après avoir rempli certaines formalités qui sont prescrites par les art. 1007 et 1008. Etudions-les.

1059. PREMIÈRE FORMALITÉ. Présentation du testament. « Tout testament

» olographe sera, avant d'être mis à exécution, présenté au
» président du tribunal de première instance de l'arrondissement

» dans lequel la succession est ouverte. Ce testament sera ouvert, s'il

» est cacheté. Le président dressera procès verbal de la présentation,

» de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonnera le dépôt

» entre les mains du notaire par lui commis ¹¹⁴. — Si le testament

» est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa

» description et son dépôt, seront faits de la même manière ; mais

» l'ouverture ne pourra se faire qu'en présence de ceux des notaires

» et des témoins, signataires de l'acte de suscription, qui se trouve » ront sur les lieux ou eux appelés » (art. 1007). Cet article n'a rien de spécial au légataire universel (arg. des mots Tout testament...) ; il est mal placé par suite dans la section Du legs universel.

Toute personne dépositaire d'un testament olographe ou mystique, même un notaire, doit, après la mort du

testateur, faire la présentation du testament, ainsi qu'il est dit en l'art. 1007. La loi impose aussi cette obligation au juge de paix, qui, en apposant les scellés, trouve un testament (C. pr., art. 916 à 918). C'est le président du tribunal qui ouvre le testament s'il est cacheté.

Il résulte de notre article que cette ouverture se fait avec une solennité particulière, si le testament est mystique. Toutefois, c'est par inadvertance que le législateur ordonne de procéder à l'ouverture de ce testament en présence de ceux des notaires signataires de l'acte de suscription qui se trouveront sur les lieux, oubliant que l'acte de suscription du testament mystique est rédigé par un seul notaire (art. 97G). Enfin le président dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par lui commis. Sur le choix de ce notaire, v. Paris, 23 déc. 1909, S., 11. 2. 101, et Pau, 27 fév. 1911, D., 11. 2. 318. V. aussi, sur la question de savoir si le notaire, dépositaire du testament, est tenu d'informer les légataires des dispositions faites en leur faveur, Caen, 17 fév. 1908, D., 08. 2. 245.

D'après la jurisprudence, l'ordonnance de dépôt est susceptible de recours (opposition ou appel) lorsqu'elle a donné lieu à des contestations devant le président ou que la désignation faite par ce magistrat est de nature à porter grief aux droits des parties. V. sur cette question, qui est controversée, Paris et Pau, *supra*, et les renvois. Cpr. *infra*, n. 1060-2°.

Les formalités prescrites par l'art. 1007 ont principalement pour but d'assurer la conservation du testament et de le préserver de toute altération, dans l'intérêt commun des héritiers et des légataires. Le législateur n'a pas attaché de sanction à leur inobservation ; aussi aucune déchéance n'atteindrait-elle le légataire qui aurait ouvert lui-même le testament, si d'ailleurs il n'avait commis aucune fraude, ni celui qui

l'aurait présenté au président du tribunal de son domicile, au lieu de le présenter au tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte.

1060. DEUXIÈME FORMALITÉ. Envoi en possession.
« Dans le cas de

» l'article 1006, si le testament est olographe ou mystique, le légataire

» universel sera tenu de se faire envoyer en possession, par

» une ordonnance du président, mise au bas d'une requête, à

» laquelle sera joint l'acte de dépôt » (art. 1008). Ce texte, à la différence de celui qui précède, est spécial au légataire universel. Nous venons de voir que le légataire universel saisi peut, lorsqu'il est institué par un testament authentique, appréhender de sa propre autorité les biens compris dans son legs : son titre est exécutoire, et il l'exécute en prenant possession. Il n'en est pas de même du légataire universel saisi, institué par un testament olographe ou mystique : son titre, n'étant qu'un acte sous seing privé, est dépourvu de la force exécutoire ; c'est l'envoi en possession qui la lui conférera. A dater du moment où il aura obtenu cet envoi, il sera dans la même situation que s'il était institué par un testament authentique ; il pourra donc se mettre en possession. Cass., 28 mai 1894, D., 95. 1. 86, S., 98. 1. 445.

C'est au président du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte que l'envoi en possession doit être demandé. A cet effet le légataire lui adresse une requête, au bas de laquelle le président met, s'il y a lieu, l'ordonnance d'envoi en possession. L'acte de dépôt du testament doit être joint à la requête.

L'ordonnance du président, qui accorde l'envoi en possession, est un acte de juridiction volontaire ou gracieuse, c'est-à-dire un acte d'administration judiciaire : il ne s'élève aucun débat contradictoire entre les parties

intéressées, les héritiers légitimes d'une part, et le légataire, d'autre part, au sujet de l'envoi en possession. L'ordonnance est rendue sur requête, c'est-à-dire sur la demande d'une seule partie, le légataire, et celui-ci, après l'avoir obtenue, se trouve exactement dans la situation où il se trouverait s'il avait été institué par un testament authentique. Les héritiers, au préjudice desquels l'envoi en possession est demandé, ne doivent même pas être appelés : ce qui n'est pas exclusif du droit pour le président d'entendre leurs dires et observations s'ils se présentent. On oppose les actes de juridiction gracieuse aux actes de juridiction contentieuse. Ces derniers supposent un débat contradictoire entre les parties : tel est le jugement qui statue sur la demande en délivrance, formée par le légataire non saisi dans le cas de l'art. 1004.

De ce principe que l'ordonnance du président rendue aux termes de l'art. 1008 est un acte de juridiction gracieuse, résultent plusieurs conséquences, et entre autres les deux suivantes :

1° L'ordonnance d'envoi en possession, rendue après un examen nécessairement superficiel du testament, n'en préjuge pas la validité, et ne porte aucune atteinte au droit qui appartient aux héritiers de l'attaquer soit pour vice de forme, soit pour insanité d'esprit du disposant. Cass., 23 mars 1884, S., 85. 1. 941. Seulement, pendant le cours du procès engagé sur la validité du testament, c'est le légataire envoyé en possession qui conservera la possession des biens, sauf l'application des mesures conservatoires dont il va être parlé bientôt.

2° Les héritiers du testateur n'ont aucune voie de recours contre l'ordonnance d'envoi en possession, ni l'opposition, ni l'appel. En effet, les voies de recours sont des moyens organisés par la loi pour attaquer la chose jugée, et ici il n'y a rien de jugé. La question est cependant très controversée, dans la doctrine du moins. La jurisprudence, après hésitations, s'est formée en sens contraire. Elle

décide que l'ordonnance qui accorde ou refuse l'envoi en possession, étant de nature à compromettre les droits, soit du légataire, soit des héritiers ab intestal, constitue un acte de juridiction contentieuse, au moins quand elle a donné lieu à des contestations devant le président ; qu'en conséquence, elle peut être l'objet d'un recours formé suivant les règles du droit commun, c'est-à-dire par la voie de l'opposition quand elle n'a pas été rendue contradictoirement, ou par la voie de l'appel dans le cas contraire. Besançon, 15 nov. 1905, D., 07. 2. 87, Dijon, 26 juin 1907, D., 09. 2. 12, S., 09. 2. 75, et les décisions rapportées sous ces arrêts.

Mais de ce que l'envoi en possession est un acte de juridiction gracieuse, il ne s'ensuit pas que le président du tribunal doive nécessairement l'accorder par cela seul qu'il lui est demandé, et par conséquent sans examen. Le projet, dont la rédaction primitive paraissait condamner le président à jouer ici un rôle purement passif, a été modifié sur les observations du tribunal. Ce magistrat doit donc statuer *cognita causa*. Ainsi il ne manquera pas de refuser l'envoi en possession, si le testament est nul pour vice de forme, par exemple si c'est un testament olographe non signé, ou s'il apparaît manifestement que le legs n'est pas universel, ou s'il existe des héritiers réservataires... Au surplus, la loi n'ayant pas défini le rôle du président, son pouvoir en cette matière est discrétionnaire. V. Dijon, 26 juin 1907, *supra*, et les références.

On admet d'ailleurs que l'ordonnance d'envoi en possession ne fait pas obstacle à l'application de mesures conservatoires, destinées à assurer, le cas échéant, la restitution des biens aux héritiers légitimes qui attaquent le testament. Parmi ces mesures, les principales sont l'apposition des scellés, l'inventaire et même le séquestre des biens héréditaires (arg. art. 1961). Cpr. Nancy, 6 mars 1885, D., 86. 2. 47 et trib. civ. de Narbonne (référé), 26 oct. 1911, S., 12. 2. 262. Par une juste réciprocité, des mesures

semblables pourraient être ordonnées au profit du légataire, auquel l'envoi en possession aurait été refusé et qui s'adresse à la justice pour faire valoir ses droits. Cpr. Amiens, 3 juil. 1912, S., 13. 2. 73, et la note.

III. Dans quelle mesure le légataire universel est tenu des dettes, charges et legs.

1061. Aux termes de l'art. 1009 : « Le légataire universel qui

» sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité

» des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur,

» personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement

» pour le tout ; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas

» de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927 ».

Le légataire universel, qui n'est pas en concours avec un héritier réservataire (hypothèse dont notre article ne s'occupe pas parce qu'elle ne pouvait donner lieu à aucune difficulté), est tenu de toutes les dettes et charges de la succession ; il en est même tenu ultra vires, s'il n'a pas accepté sous bénéfice d'inventaire (supra, n. 465 et 1057). Ce même légataire doit payer tous les legs, sans pouvoir exercer aucune retenue, à litre de quarte Falcidie, comme cela avait lieu autrefois dans les pays de droit écrit, d'après les traditions du droit romain.

En ce qui concerne le légataire universel qui se trouve en concours avec un héritier réservataire, il faut distinguer, d'une part, les dettes et charges, et, d'autre part, les legs.

a. — Dettes et charges. La loi comprend ici sous le nom de charges les frais funéraires et les frais d'inventaire, de

liquidation et de partage : d'une manière générale, toutes les dettes posthumes, *quæ ab herede cœperunt*. Les dettes et charges grèvent la succession tout entière, la partie réservée aussi bien que la partie disponible ; par suite tous ceux qui recueillent une quote-part de la succession doivent contribuer proportionnellement aux dettes et charges. Les dettes et charges se répartiront donc entre les héritiers réservataires et le légataire universel proportionnellement à la quote-part que chacun d'eux prend dans la succession. Ainsi un légataire universel, qui se trouve en concours avec un enfant du défunt, contribuera aux dettes et charges pour la moitié, parce qu'il recueille la moitié de la succession (arg. art. 913) ; par conséquent les créanciers héréditaires auront une action personnelle contre lui dans cette mesure. C'est ce que dit l'art. 1009, qui résout une question d'obligation aux dettes. En outre, si la dette est hypothécaire, le légataire universel, dans le lot duquel aura été mis l'immeuble hypothéqué à la dette, pourra être poursuivi pour le total par l'action hypothécaire, à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque, mais sauf son recours contre les héritiers réservataires pour leur part contributoire.

b. — Legs. A la différence des dettes, les legs sont une charge, non de la succession tout entière, mais seulement de la portion disponible. D'où la conséquence que le légataire universel doit les payer tous, puisqu'il recueille toute la quotité disponible ; autrement la réserve de l'héritier serait entamée. Mais, si le légataire universel est obligé de payer tous les legs, il n'est pas tenu de les payer intégralement. Subissant lui-même une réduction par suite de la présence des héritiers réservataires, il a le droit d'en imposer une semblable aux autres légataires, tous les legs devant être réduits au marc le franc, quand ils excèdent dans leur ensemble la quotité disponible (art. 926). C'est cette idée qu'exprime l'art. 1009, en disant que le légataire

universel est tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction.

La loi dit : « sauf le cas de réduction », et non pas sauf la réduction, parce que le légataire universel ne peut pas toujours faire subir aux autres légataires une réduction semblable à celle qu'il subit lui-même. Il résulte en effet de l'art. 927 que le légataire universel est tenu de payer intégralement les legs, que le testateur a déclaré expressément devoir être acquittés de préférence aux autres. On s'explique ainsi que notre texte ne renvoie pas seulement à l'art. 926, mais aussi à l'art. 927.

IV. Des actions qui appartiennent au légataire universel pour obtenir l'exécution de son legs.

1062. Le légataire universel devient propriétaire des biens compris dans son legs aussitôt que son droit est ouvert (art. 711 et 1014). Par suite, s'il est saisi, il a l'action en pétition d'hérédité contre tous ceux qui détiennent les biens de la succession pro herede, et l'action en revendication contre ceux qui détiennent ces mêmes biens à un autre titre ; il a en outre l'action personnelle contre les débiteurs de la succession. Que s'il n'est pas saisi, parce qu'il se trouve en concours avec des héritiers réservataires (art. 1004), il est dans l'indivision avec ceux-ci, et peut intenter contre eux l'action en partage (art. 815), qui n'est autre chose dans ce cas que le mode d'exercice de l'action en délivrance (supra, n. 1053 al. fin.). Le partage opéré, il aura l'action réelle contre tous ceux qui détiennent les biens de la succession mis dans son lot, et l'action personnelle contre les débiteurs des créances qui lui ont été attribuées par le partage.

SECTION V

DES LEGS A TITRE UNIVERSEL

1063. A l'imitation de notre ancien droit, le projet du code civil ne distinguait pas le legs à titre universel du legs universel. La trace de cette confusion entre les deux espèces de legs se retrouve encore dans plusieurs articles, notamment les art. 871, 909-2° et 926, dans lesquels le législateur comprend sous une même dénomination, qui est tantôt celle de légataire universel, tantôt celle de légataire à titre universel, tous les légataires qui ont vocation soit à l'universalité tout entière, soit à une quote-part de l'universalité. La distinction entre le legs universel et le legs à titre universel se fit jour au sujet de la question de savoir si le légataire aurait droit à la saisine. Ne voulant l'accorder (et encore sous certaines conditions) qu'au légataire ayant vocation à l'universalité tout entière, jamais à celui qui n'a vocation qu'à une quote-part de l'universalité, le législateur fut conduit à distinguer le legs à titre universel du legs universel.

1064. Définition. — L'art. 1010 nous donne une définition du legs à titre universel, ou plutôt une énumération des cas dans lesquels une disposition a ce caractère : « Le legs à titre universel est celui

- » par lequel le testateur lègue une quote-part des biens dont la loi

- » lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers, ou tous ses

- » immeubles, ou tout son mobilier ou une quotité fixe de tous ses

- » immeubles ou de tout son mobilier. — Tout autre legs ne forme

- » qu'une disposition à titre particulier ». Il résulte de ce texte qu'on doit considérer comme étant à titre universel :

- 1° Le legs d'une quote-part de la quotité disponible, telle que la moitié, le tiers, le quart. Le legs de la quotité

disponible tout entière serait universel, ainsi qu'il a été expliqué plus haut (n. 1048) ;

2° Le legs d'une quote-part du patrimoine ;

La loi ne le dit pas, mais cela ne peut pas faire de doute. Si le legs d'une quote-part de la quotité disponible, qui est elle-même une quote-part du patrimoine, est à titre universel, à plus forte raison le legs d'une quote-part du patrimoine tout entier.

3° Le legs de tous les immeubles ;

4° Le legs de tout le mobilier ;

5° Le legs d'une quote-part des immeubles ;

6° Le legs d'une quote-part du mobilier.

D'ailleurs les divers legs que nous venons d'énumérer seraient à titre universel, aussi bien lorsqu'ils sont faits en nue propriété seulement que lorsqu'ils portent sur la pleine propriété. Cass, 3 déc. 1872, S., 73. 1. 73, D., 73. 1. 233. Cpr. supra, n. 1048.

Notre ancien droit, dans lequel la succession aux meubles était régie par des règles toutes différentes de la succession aux immeubles, avait été conduit à considérer les immeubles et le mobilier comme constituant des universalités en sous-ordre, généra subalterna, dit Pothier, ayant leur actif et leur passif, et dont la réunion constituait la grande universalité connue sous le nom de patrimoine. Les légataires du mobilier et des immeubles étaient donc des légataires d'universalités. Le code civil, qui ne considère plus la nature ni l'origine des biens pour en régler la dévolution (art. 732), aurait peut-être été plus conséquent avec lui-même, en considérant les legs de la totalité ou d'une quote-part des immeubles ou du mobilier comme des legs à titre particulier.

1065. L'art. 1010, après avoir énuméré les différents cas dans lesquels une disposition est à titre universel, définit le legs à titre particulier dans les termes suivants : « Tout autre legs ne forme qu'une disposition à titre particulier ». Le legs à titre particulier est donc celui qui n'est ni

universel ni à titre universel. Quoique négative, cette définition était peut être encore la meilleure, le legs à titre particulier comprenant un nombre considérable d'espèces distinctes qu'il était difficile d'embrasser dans une définition positive.

D'après cela, on doit considérer comme étant à titre particulier le legs de tous les meubles corporels ou de tous les meubles incorporels. Il en serait de même du legs de tous les immeubles que le testateur possède dans telle commune, ou de tous ses bois, de tous ses prés, de toutes ses vignes... Et il importerait peu qu'en fait la disposition comprit tous les immeubles dont le testateur se trouve propriétaire lors de son décès, comme il arriverait par exemple si le testateur, ayant légué tous ses immeubles ruraux, ne laissait que des immeubles de cette nature. Cette circonstance, toute de fait, ne saurait influencer sur le caractère du legs. Le légataire n'était pas appelé par son titre à recueillir tous les immeubles : dans l'espèce qui vient d'être proposée en dernier lieu, il n'aurait eu aucun droit aux immeubles urbains dont le testateur aurait pu faire l'acquisition ; donc le legs est à titre particulier.

Le legs de l'usufruit de tous les biens du testateur, ou à plus forte raison d'une quote-part de ces biens, n'est également qu'un legs à titre particulier. En effet il est impossible de le considérer comme universel, le légataire n'ayant pas vocation à l'universalité, puisqu'il n'aura jamais la nue propriété. D'autre part, cette disposition ne rentre dans aucun des cas prévus par l'art. 1010. Donc, d'après notre définition, le legs est à titre particulier.

Qu'importe après cela que les art. 610 C. civ. et 942 C pr. appellent légataire UNIVERSEL d'usufruit celui auquel l'usufruit de tous les biens a été légué, et légataire A TITRE UNIVERSEL celui auquel a été légué l'usufruit d'une quote-part des biens ? Le législateur ne se préoccupait nullement, dans ces articles, de déterminer la nature du legs d'usufruit ; il a donc pu se montrer peu scrupuleux dans le

choix des expressions. D'ailleurs on reconnaît très généralement qu'il est impossible, malgré ces textes, de considérer le légataire de l'usufruit de tous les biens comme un légataire universel. Alors il n'y a pas lieu de se préoccuper davantage de la qualification de légataire à titre universel que contiennent ces mêmes articles. — Qu'importe aussi que les art. 610 et suivants obligent le légataire d'un usufruit universel ou à titre universel à supporter l'intérêt de toutes les dettes ou d'une quote-part des dettes du disposant ? Ce n'est qu'une application de ce principe que la jouissance passive est une charge de la jouissance active. Malgré ces raisons, la cour de cassation considère le légataire de l'usufruit de tous les biens ou même d'une quote-part des biens comme un légataire à titre universel. Derniers arrêts : 29 juin 1910, D., 11. 1. 49, S., 13. 1. 33, et 22 nov. 1910, D., 11. 1. 176. Cette solution n'a même pas pour elle le texte de l'art. 610, qui donne au légataire de l'usufruit de tous les biens la qualification de légataire universel. Aussi la plupart des cours d'appel ont-elles refusé de suivre la cour de cassation dans cette voie, du moins jusqu'à ces dernières années. V. la note de M. Capitant dans D., 11. 1. 49.

Il faudrait considérer également comme étant à titre particulier le legs d'une succession échue au testateur et non encore liquidée à l'époque de son décès. Et, comme une succession est un *nomen juris* comprenant un actif et un passif, il faut en conclure que le légataire devrait payer les dettes de la succession léguée : elles en diminuent de plein droit l'actif ; mais il n'en serait tenu que *intra vires*. — Mêmes principes pour le legs d'une communauté.

La question de savoir si un legs est à titre universel ou à titre particulier présente particulièrement de l'intérêt au point de vue de l'acquisition des fruits. Cpr. *infra*, n. 1069-3° et 1073 *in fine*, et *supra*, n. 679.

I. Comment le légataire à titre universel acquiert la propriété et la possession des biens compris dans son legs.

1066. Le légataire à titre universel acquiert la propriété des biens compris dans son legs, au moment même du décès du testateur, si le legs est pur et simple ou à terme, et lors de la réalisation de la condition, s'il est fait sous une condition suspensive non encore réalisée au décès du testateur. Arg. art. 711, 1014 et 1040. Sur ce point sa situation est identique à celle du légataire universel (supra, n. 1050). Elle en diffère au point de vue de la saisine. Le légataire à titre universel n'est jamais saisi ; par suite il doit demander la délivrance de son legs. C'est ce que dit l'art. 1011 : « Les

» légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance

» aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la

» loi ; à leur défaut, aux légataires universels ; et à défaut de ceux-ci,

» aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre des Successions ». Ce texte résout incomplètement la question de savoir à qui le légataire à titre universel doit s'adresser pour obtenir la délivrance. — Deux hypothèses doivent être distinguées.

a. — Le défunt laisse des héritiers réservataires. C'est à eux que le légataire à titre universel devra demander la délivrance, car ils sont saisis ; à moins toutefois qu'il n'y ait un légataire universel et que la quotité disponible ne lui ait déjà été délivrée, auquel cas c'est à lui que le légataire à titre universel devra s'adresser.

b, — Le défunt ne laisse pas d'héritiers réservataires. Ici il faut sous-distinguer :

α. S'il y a un légataire universel, c'est à lui que la délivrance devra être demandée, car il est saisi (art. 1006).

β. S'il n'y a pas de légataire universel, la demande devra être formée contre les héritiers non réservataires saisis aux termes de l'art. 724.

En cas de renonciation des héritiers les plus proches, la saisine passant sur la tête des héritiers du degré subséquent. (supra, n. 467), c'est à eux que le légataire à titre universel devra s'adresser pour obtenir la délivrance, et ainsi de suite jusqu'à épuisement des héritiers connus ; après quoi, s'il n'y a aucun successeur irrégulier qui réclame la succession, le légataire à titre universel fera nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel il intentera sa demande en délivrance. Cette manière de procéder peut entraîner d'assez graves complications ; aussi quelques auteurs décident-ils que le légataire à titre universel peut faire nommer un curateur à la succession vacante et intenter contre lui sa demande en délivrance, aussitôt après la renonciation des héritiers du premier degré. Mais cette solution nous paraît contraire aux principes.

γ. A défaut d'héritiers saisis, la délivrance devra être demandée aux successeurs irréguliers qui auraient obtenu l'envoi en possession ; et si l'envoi en possession n'est demandé par aucun d'eux, le légataire fera nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel il intentera sa demande.

II. Dans quelle mesure le légataire à titre universel est tenu des dettes, charges et legs.

1067. a. — En ce qui concerne les dettes et charges, nous avons vu que le légataire à titre universel y contribue proportionnellement à l'importance des biens qu'il est appelé à recueillir (art. 871, supra, n. 734). Il en est tenu à regard des créanciers dans la même mesure. C'est ce qui résulte de l'art. 1012, ainsi conçu : « Le légataire à

» titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes

» et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa

» part et portion, et hypothécairement pour le tout ». Ainsi le légataire à titre universel du quart des biens sera tenu de payer le quart des dettes. S'il est obligé par suite de l'action hypothécaire de payer plus que sa part contributoire, il a son recours contre qui de droit.

Lorsque le legs à titre universel sera de tous les meubles ou de tous les immeubles ou d'une quote-part des meubles ou des immeubles, la part de dettes à la charge du légataire à titre universel sera proportionnelle à la valeur des biens compris dans le legs, comparée à la valeur totale des biens de la succession. Cette valeur comparative sera déterminée à l'aide d'une ventilation. Ainsi le défunt a légué tous ses immeubles : on trouve par la ventilation que les biens de la succession valent 100.000 fr., et que les immeubles figurent dans cette masse pour 10.000 fr., c'est-à-dire pour un dixième ; le légataire à titre universel de tous les immeubles sera tenu d'un dixième des dettes. b. — En ce qui concerne les legs particuliers, il faut distinguer si le légataire à titre universel est ou non en concours avec des héritiers réservataires.

α. Il n'y a pas d'héritiers réservataires. Le légataire à titre universel contribuera au paiement des legs particuliers proportionnellement à la quote-part de l'hérédité qu'il est appelé à recueillir. Ainsi le légataire à titre universel du quart contribuera au paiement des legs particuliers pour un quart. Les autres successeurs universels, avec lesquels il se trouve en concours, contribueront pour le surplus.

β. Il y a un ou plusieurs héritiers réservataires. Dans ce cas le légataire à titre universel paiera — sauf, le cas échéant, l'application de l'art. 926 — tous les legs particuliers, si la disposition faite à son profit comprend

tout le disponible, par exemple si, la quotité disponible étant du quart, le legs à titre universel est du quart. Arg. art. 1009. Autrement la réserve des héritiers serait entamée. Au cas où le legs à titre universel ne comprend qu'une partie de la quotité disponible, par exemple si le legs est du quart, la quotité disponible étant de la moitié, la charge des legs sera supportée proportionnellement par l'héritier réservataire et par le légataire à titre universel. C'est ce que dit l'art. 1013 : « Lorsque le testateur

» n'aura disposé que d'une quotité de la portion disponible, et qu'il

» l'aura fait à titre universel, ce légataire sera tenu d'acquitter les

» legs particuliers par contribution avec les héritiers naturels ». Solution éminemment rationnelle ; car, en pareil cas, la quotité disponible, sur laquelle doivent être payés les legs particuliers, se répartit entre l'héritier réservataire et le légataire à titre universel.

Comment déterminera-t-on, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1013, la part contributoire de l'héritier réservataire et du légataire à titre universel dans le paiement des legs à titre particulier ? Plusieurs auteurs ont dit : c'est la quotité disponible seule qui est affectée au paiement des legs ; par suite l'héritier réservataire et le légataire à titre universel supporteront les legs proportionnellement à la fraction de la quotité disponible qu'ils recueillent, sans qu'il y ait lieu de faire contribuer l'héritier réservataire au paiement de ces legs pour la part de succession qui constitue sa réserve. Ainsi le défunt, qui laisse un fils, a légué à Primus le quart de ses biens : ce qui représente la moitié de sa quotité disponible (art. 913). La quotité disponible se répartit ici par portions égales entre l'entant et le légataire à titre universel ; ils paieront donc chacun la moitié des legs particuliers. Il est vrai que l'enfant recueille en définitive les trois quarts de la succession ; mais sur ces trois quarts il y en a deux qui représentent sa réserve et pour lesquels il

ne doit pas contribuer au paiement des legs. — Mais pourquoi donc dispenser l'héritier réservataire de contribuer au paiement des legs à raison de sa réserve, quand elle est hors de cause, le défunt lui ayant laissé, outre sa réserve, une fraction de la quotité disponible ? Que l'héritier réservataire ne soit pas tenu de payer les legs sur sa réserve, c'est incontestable ; on s'explique ainsi que l'art. 1009 le dispense complètement d'y contribuer, quand il se trouve en concours avec un légataire universel qui absorbe tout le disponible. Que l'héritier réservataire soit tenu de contribuer au paiement des legs particuliers, quand il trouve en face de soi un légataire à titre universel dont le legs n'absorbe qu'une fraction de la quotité disponible, c'est tout aussi certain. Quant au point de savoir comment doit être réglée la contribution dans ce cas, le législateur ne s'est pas expliqué, et il semble dès lors qu'il y ait lieu d'appliquer les règles ordinaires de la contribution, qui mesurent la part de chacun dans les charges à l'importance de la part qu'il recueille dans la succession tout entière. Or, dans l'espèce proposée, l'enfant recueille les trois quarts de la succession ; donc il paiera les trois quarts des legs. Cette solution paraît du reste la plus conforme à la volonté du testateur, qui doit avant tout servir de règle.

1 068. Le testateur pourrait valablement, à la condition de ne pas porter atteinte à la réserve de ses héritiers, déroger aux règles qui viennent d'être établies relativement au paiement des legs. Il n'est même pas nécessaire que le testateur exprime sa volonté à cet égard ; il peut la manifester tacitement. Elle sera souvent révélée d'une manière non équivoque par la nature même de la disposition. Ainsi un testateur, après avoir légué tous ses immeubles à Paul, lègue sa maison à Pierre ; le legs de la maison sera à la charge exclusive de Paul, légataire à titre universel des immeubles. Il y aurait lieu d'admettre une solution analogue, si le testateur, après avoir légué tous ses

meubles à une personne, avait légué un tableau à une autre, ou si, après avoir légué sa bibliothèque à celui-ci, il avait légué à celui-là un ouvrage dépendant de cette même bibliothèque. On voit par cette dernière espèce qu'un légataire à titre particulier peut être tenu, contrairement aux règles générales, du paiement d'un autre legs particulier. Cpr. Cass., 10 janv. 1905, S., 05. 1. 128.

Au surplus, la volonté du testateur de déroger au droit commun en ce qui concerne le paiement des legs particuliers, ne pourrait pas s'induire de faits équivoques, mais seulement de circonstances qui la font nécessairement supposer. Ainsi le légataire à titre universel des meubles devra bien être considéré comme seul chargé du paiement des legs de corps certains dépendant de l'universalité mobilière, comme nous venons de le voir, mais non du paiement des legs de sommes d'argent. On ne peut pas dire que les sommes d'argent léguées font partie de l'universalité mobilière ; la preuve en est qu'un testateur fait souvent des legs de sommes d'argent quand il ne possède que des immeubles. Ces legs demeureront donc à la charge de la succession tout entière, d'après le droit commun, auquel-rien ne prouve que le testateur ait entendu déroger.

III. Différences entre le legs universel et le legs à titre universel.

1069. 1° Le légataire universel a vocation à l'universalité ; le légataire à titre universel, à une fraction seulement de l'universalité.

2° Le légataire universel a la saisine, quand il ne trouve pas en face de lui d'héritiers réservataires (art. 1006), et il est alors tenu des dettes et charges ultra vires, à moins qu'il n'ait accepté sous bénéfice d'inventaire (supra, n. 1057) ; le légataire à titre universel n'est jamais saisi et n'a

pas besoin d'accepter sous bénéfice d'inventaire pour échapper à l'obligation indéfinie aux dettes et charges.

3° Plusieurs auteurs admettent une autre différence qui peut être ainsi formulée : le légataire universel non saisi a droit aux fruits des biens compris dans son legs à compter du jour du décès du testateur, quand sa demande en délivrance a été formée dans l'année (art. 1005) ; le légataire à titre universel, au contraire, n'a jamais droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, alors même qu'il l'aurait formée dans l'année : il est assimilé à cet égard au légataire à titre particulier (art. 1014). L'opinion contraire, qui, au point de vue du droit aux fruits, assimile le légataire à titre universel au légataire universel non saisi, et qui par suite lui donne droit aux fruits à compter du décès, quand sa demande en délivrance a été formée dans l'année, nous paraît préférable. Inutilement s'efforce-t-on, dans l'opinion adverse, de démontrer que la règle générale, en ce qui concerne l'acquisition des fruits par les légataires, est celle écrite dans l'art. 1014 qui n'accorde les fruits qu'à compter de la demande en délivrance, que par suite cette règle doit être appliquée dans le silence des textes au légataire à titre universel, l'exception, que l'art. 1005 a faite à cette règle en faveur du légataire universel, ne pouvant pas être étendue d'un cas à un autre. La vérité est que nous avons ici deux règles différentes : l'une spéciale au légataire universel et écrite dans l'art. 1005, l'autre spéciale au légataire particulier et formulée dans l'art. 1014 ; et la question est de savoir quelle est celle de ces deux règles qu'il faut appliquer au légataire à titre universel. Or, au point de vue rationnel, comprendrait-on que le légataire à titre universel, qui, de même que le légataire universel en concours avec des héritiers réservataires, est appelé à recueillir une quote-part de l'universalité, et qui, vu cette parité de situation, est assimilé par la loi au légataire universel en ce qui concerne le paiement des dettes et charges (art. 1012), ne

lui fût pas assimilé au point de vue de l'acquisition des fruits ? surtout si l'on songe que le légataire à titre universel supportera à compter de l'ouverture de la succession les intérêts des dettes qui sont à sa charge ; ce qui semble exiger que, par une juste compensation, on lui alloue à partir de la même époque les fruits des biens compris dans son legs. Au surplus, si la loi, en principe, attribue les fruits au légataire universel non saisi, à compter du décès, ce ne peut être que par application de la règle *Fructus augent hereditatem*, et par suite le légataire à titre universel, qui prend une quote-part de l'hérédité, doit, comme le légataire universel, profiler de l'augmentation produite par les fruits. L'historique de la rédaction de l'art. 1014 confirme cette solution, qui trouve en outre un point d'appui dans notre ancien droit où le legs à titre universel était confondu avec le legs universel et régi en conséquence par les mêmes règles. La jurisprudence paraît se former en ce sens. Cass., 29 juin 1910, D., 11. 1. 49, S., 13. 1. 33 ; Limoges, 11 fév. 1911, sous cass., D, 13. 1. 17, elles références.

IV. Des actions qui appartiennent au légataire à titre universel pour obtenir l'exécution de son legs.

1070. Si le legs à titre universel porte sur tous les immeubles de la succession ou sur tous les meubles, le légataire aura une action en délivrance contre les personnes indiquées en l'art. 1011, puis, la délivrance une fois obtenue, une action réelle contre les détenteurs et une action personnelle contre les débiteurs des biens compris dans son legs.

Si le legs à titre universel porte sur une quote-part de tous les biens, ou sur une quote-part des immeubles ou des meubles, alors le légataire acquiert une propriété indivise,

et il a les mêmes actions que le légataire universel non saisi.

SECTION VI

DES LEGS PARTICULIERS

1071. Définition. — Le legs particulier ou à titre particulier est, ainsi que nous l'avons déjà dit (supra, n. 1065), celui qui n'a pas trait à l'universalité, celui qui n'est ni universel ni à titre universel. Son nom vient de ce que, le plus souvent, il est relatif à des objets particuliers envisagés soit in specie, comme telle maison, tel fonds de terre, soit in genre, comme une somme d'argent.

I. De l'ouverture, du legs et de la délivrance.

1072. Aux termes de l'art. 1014 : « Tout legs pur et simple donnera

» au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la
» chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayant-cause.

» — Néanmoins le légataire particulier ne pourra se mettre en possession

» de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts,
» qu'à compter dit jour de sa demande en délivrance, formée suivant

» l'ordre établi par l'article 1011, ou du jour auquel cette
» délivrance lui aurait été volontairement consentie ».

La première partie de notre texte, relative à l'ouverture du legs, n'a rien de spécial au legs particulier. Tout legs, quelle qu'en soit la nature, universel, à titre universel ou à titre particulier, s'ouvre au décès du testateur, s'il est pur et simple (art. 1014) ou à terme (arg. art. 1185), et à dater

de la réalisation de la condition, en supposant qu'elle ne soit pas encore accomplie lors du décès du testateur, si le legs est conditionnel (arg. art. 1040). A partir du moment où le legs est ouvert, le droit qui en résulte figure dans le patrimoine du légataire : il peut désormais être aliéné, saisi par ses créanciers, et, si le légataire meurt, fût-ce quelques instants après l'ouverture de son droit et même sans en avoir eu connaissance, il le transmet à ses héritiers ou ayant-cause qui pourront venir l'exercer de son chef. En outre, si le legs a pour objet un corps certain, le légataire en devient propriétaire aussitôt que son droit est ouvert et avant toute prise de possession (arg. art. 711). Sur tous ces points, nous le répétons, la situation du légataire particulier est la même que celle du légataire universel ou à titre universel.

Mais, à la différence du légataire universel, le légataire particulier, de même que le légataire à titre universel, ne peut jamais se mettre de sa propre autorité en possession de la chose léguée. Il doit dans tous les cas demander la délivrance ; le testateur ne pourrait même pas l'affranchir de cette obligation, qui a sa base dans des considérations d'ordre public. La demande en délivrance doit être adressée aux personnes désignées par l'art. 1011 (supra, n. 1066). Si elles consentent à exécuter de bon gré la disposition testamentaire, le légataire obtiendra une délivrance amiable ; dans le cas contraire, il devra demander une délivrance judiciaire.

La délivrance amiable résulte, soit de la tradition faite volontairement au profit du légataire, soit de l'autorisation qui lui est donnée de prendre possession de l'objet du legs, soit même de tout acte impliquant cette autorisation.

La délivrance amiable est plus qu'une simple tradition effectuée au profit du légataire : elle implique, de la part de celui qui délivre, l'approbation du legs. En effet, l'héritier qui fait cette délivrance exécute volontairement la disposition testamentaire, et renonce par cela même au

droit de se prévaloir des causes de nullité dont elle peut être atteinte ; il la confirme tacitement. Et toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut, conformément au droit commun (art. 1338), que l'héritier ait connu l'existence de la cause de nullité au moment où il fait la délivrance ; car il ne peut pas renoncer tacitement au droit de se prévaloir d'une nullité qu'il ignore. Cpr. Aix, 24 mai 1905, D., 06. 2. 388.

La délivrance judiciaire doit être demandée dans tous les cas au tribunal de l'ouverture de la succession (C. pr, art. 59 al. 6-3°).

1073. Effets de la délivrance. — Ils sont très importants : 1° La délivrance autorise le légataire à se mettre en possession de l'objet de son legs ; 2° à partir de la délivrance, le légataire peut exercer des actions personnelles ou réelles contre les débiteurs ou les détenteurs des biens compris dans son legs ; 3° le légataire auquel la délivrance a été consentie, a le droit de jouir désormais de la chose, et par suite d'en percevoir les fruits si elle est frugifère. Le légataire a même droit aux fruits à compter de la demande en délivrance, s'il a été obligé de s'adresser à la justice pour l'obtenir (art. 1014 al. 2). Jusqu'à la demande en délivrance ou jusqu'à la délivrance volontairement consentie, l'héritier fait siens les fruits de la chose léguée ; la loi l'assimile à un possesseur de bonne foi. Cpr. Orléans, 13 avril 1889, D., 90. 2. 84.

Le legs d'usufruit étant toujours à titre particulier (supra, n. 1065), il en résulte qu'un légataire d'usufruit n'a jamais droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, alors même que l'usufruit légué serait universel. Non obstat art. 604 in fine. Cpr. t. I, n. 1583.

1074. Dans deux cas exceptionnels, indiqués par l'art. 1015, les fruits ou intérêts courent de plein droit au profit du légataire particulier : « Les intérêts ou fruits de la chose léguée courent ait

» profit du légataire, dès le jour du décès, et sans qu'il ait formé sa

» demande en justice, — 1° Lorsque le testateur aura expressément

» déclaré, sa volonté, à cet égard, dans le testament ; — 5° Lorsqu'une

» rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments ».

PREMIER CAS. Lorsque le testateur aura expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament. La loi exige une déclaration expresse ; donc on ne devrait pas avoir égard à la volonté tacitement manifestée par le testateur : la loi n'en tient compte exceptionnellement que dans le second cas, dont nous allons parler.

DEUXIÈME CAS. Lorsqu'une rente viagère ou une pension aura été léguée à titre d'aliments. Le legs présentant ici à raison de sa nature un caractère particulier d'urgence, la loi présume qu'il a été dans l'intention du testateur que le légataire en bénéficiât dès le moment même de l'ouverture de son droit et indépendamment de toute demande en délivrance.

L'art. 1015 dérogeant au droit commun, d'après lequel le légataire particulier n'a droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance, il en résulte que sa disposition ne saurait être ni étendue en dehors de ses termes, ni à plus forte raison appliquée à des hypothèses qui sont tout à fait en dehors de ses prévisions. *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Ainsi l'exception, établie au profit du légataire d'une rente viagère ou d'une pension alimentaire, ne saurait être étendue au légataire d'une rente ou d'une pension qui n'aurait pas ce caractère ; de même notre exception ne profiterait pas au légataire d'un capital, le legs eût-il un caractère alimentaire.

* D'autre part, cette circonstance, que le légataire serait en possession de la chose léguée, au décès du testateur, ne le dispenserait pas de demander la délivrance pour avoir droit aux fruits. Si donc il détenait la chose léguée à titre de locataire, il devrait son loyer jusqu'à ce qu'il eût

demandé ou obtenu la délivrance. On objecterait en vain que la délivrance a pour but de mettre le légataire en possession, et qu'elle est par suite inutile lorsqu'il détient la chose. La réponse est que la délivrance n'est pas seulement une mise en possession du légataire, mais aussi une approbation du legs (supra, n. 1072). A ce dernier point de vue elle a son utilité, même dans notre hypothèse. D'ailleurs la possession du légataire a ici besoin d'être intervertie : il possédait d'abord comme locataire, c'est-à-dire à titre précaire ; il doit posséder maintenant à titre de propriétaire. Cette interversion ne peut pas se produire sans la participation de l'héritier (Arg. art. 2240). — Le legs de libération donne lieu à des observations analogues. Trib. civ. de Lisieux, 30 juin 1909, S., 10. 2. 93.

1075. Frais de la demande en délivrance ; droits d'enregistrement. — « Les frais de la demande en délivrance seront à la

» charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de

» réduction de la réserve légale ¹¹⁵. — Les droits d'enregistrement

» seront dus par le légataire. — Le tout, s'il n'en a été autrement

» ordonné par le testament. — Chaque legs pourra être enregistré

» séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun

» autre qu'au légataire ou à ses ayant-cause » (art. 1016).

La loi met les frais de la demande en délivrance à la charge de la succession, parce que c'est elle qui est débitrice du legs, et que les frais du paiement sont à la charge du débiteur (art. 1248). Quant aux droits d'enregistrement et de mutation, ils constituent une dette personnelle au légataire.

Notez que chaque légataire peut faire enregistrer séparément son legs, sans être obligé, comme autrefois, de faire enregistrer le testament tout entier et par suite d'avancer les droits dus par les autres légataires. Toutefois cette disposition ne s'applique qu'au légataire particulier. Les légataires universels ou à titre universel sont tenus, quand ils font enregistrer le testament, de payer tous les droits, sauf leur recours.

II. Des actions que la loi accorde au légataire particulier.

1076. Trois actions peuvent appartenir au légataire particulier pour obtenir l'exécution de la disposition testamentaire faite à son profit, savoir : une action personnelle, une action réelle et une action hypothécaire. Nous allons les étudier successivement. Il est à peine utile de dire que le légataire ne peut pas, après avoir obtenu son paiement par l'une de ces actions, exercer les autres : son droit est épuisé, du moment qu'il est payé. D'autre part, la nature du legs ne comporte pas toujours ces trois actions ; c'est ainsi qu'on ne concevrait pas l'action réelle pour un legs de somme d'argent.

A. De l'action personnelle.

1077. L'action personnelle est organisée par l'art. 1017 qui traite aussi de l'action hypothécaire : « Les héritiers du testateur, ou

» autres débiteurs d'un legs, seront personnellement tenus de l'ac

» quitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront

» dans la succession. — Ils en seront tenus hypothécairement

» pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de

» la succession dont ils seront détenteurs ».

L'obligation de payer les legs, dont sont tenus les « héritiers ¹¹⁶ ou autres débiteurs », dit la loi, tels que les légataires universels, a sa source dans un quasi-contrat, qui prend naissance par suite de l'acceptation de l'hérédité ou du legs. C'est de cette obligation que dérive l'action personnelle dont nous nous occupons et qui se confond d'ailleurs avec l'action en délivrance.

Dans quelle mesure chaque héritier, ou autre débiteur d'un legs, peut-il être poursuivi par l'action personnelle ? Proportionnellement à la quote part qu'il recueille dans la succession. Ainsi, quand il y aura trois héritiers pour portions égales, l'action personnelle sera donnée contre chacun pour un tiers.

Cela résulte de l'art. 1017 al. 1. Les mots au prorata qu'emploie ce texte signifient proportionnellement à (pro rata parte), et non pas jusqu'à concurrence de. C'est à tort par conséquent, nous l'avons déjà remarqué, que l'on s'est prévalu de cette expression pour soutenir que l'héritier n'est jamais tenu du paiement des legs qu'intra vires, même quand il a accepté purement et simplement.

Il n'y a donc pas de solidarité entre les héritiers ou autres débiteurs d'un legs. Chacun ne doit que sa part, et ne peut être poursuivi pour celle des autres ; si l'un est insolvable, hoc cæteros non onerat. Cass., 18 août 1885, S., 88. 1. 470, D., 86. 1. 212. Le tout à moins que le testateur n'ait établi la solidarité par une disposition formelle.

B. De l'action réelle.

1078. La donation testamentaire, comme la donation entre vifs, est un mode d'acquérir la-propriété (art. 711). Le légataire devient donc, dès que son droit est ouvert,

propriétaire de l'objet du legs, indépendamment de toute tradition, et peut par conséquent intenter l'action en revendication (action réelle) contre tout détenteur, à la condition d'avoir obtenu préalablement la délivrance. Et toutefois ce résultat n'est possible que lorsque le legs porte sur un corps certain et déterminé, comme telle maison, tel fonds de terre. Si le legs a pour objet une somme d'argent ou une chose déterminée seulement quant à son espèce, comme un cheval in genere, le légataire ne peut acquérir qu'un droit de créance. Aussi l'art. 1014 dispose-t-il que le légataire acquiert dès le décès du testateur un droit à la chose Léguee ; la loi ne dit pas : un droit de PROPRIÉTÉ, parce que la nature du legs s'y opposera quelquefois.

C. De l'action hypothécaire.

1079. Le légataire à titre particulier a sur les immeubles de la succession, une hypothèque destinée à assurer l'exécution de son legs. Cette hypothèque est dite légale, parce qu'elle a sa source dans la loi (art. 1017 al. 2). Notre législateur l'a empruntée au droit romain (L. 1, C., Comm. de leg. et fid., VI. 43). Elle engendre au profit du légataire une action dite hypothécaire, en vertu de laquelle il peut s'adresser à tout détenteur d'un immeuble de la succession, et exiger de lui le paiement intégral de son legs, si mieux n'aime le détenteur délaisser l'immeuble.

L'hypothèque dont il s'agit ne porte que sur Les immeubles de la succession (art. 1017), jamais sur les immeubles qui appartiennent en propre à l'héritier. Suivant les règles du droit commun, auxquelles aucun texte n'a ici dérogé, elle doit être inscrite, et ne prend rang qu'à dater de son inscription (art. 213).

On peut s'étonner au premier abord que la loi, qui n'accorde pas d'hypothèque aux créanciers du défunt, en accorde une aux légataires. Les droits des créanciers, qui

certant de damno vitando, ne sont-ils donc pas plus sacrés que ceux des légataires, qui certant de lucro captando, et ne devaient ils pas par suite être au moins aussi fortement sauvegardés ? On peut répondre : Les créanciers du défunt ont traité avec lui, ils auraient donc pu stipuler des garanties ; s'ils n'ont pas jugé à propos de le faire, la loi doit-elle être plus prévoyante qu'eux ? Bien différente est la situation des légataires. Ils tiennent leur droit de la seule volonté du défunt. avec lequel ils n'ont pas contracté et auquel ils n'ont pas pu demander de garanties. Dans ces conditions, la loi a cru devoir veiller pour eux, en créant à leur profit l'hypothèque dont nous venons de parler. A un certain point de vue d'ailleurs, cette sûreté peut être considérée comme établie dans l'intérêt du testateur lui-même, pour mieux assurer l'exécution de ses dernières volontés ¹¹⁷. Elle permet au légataire de triompher des résistances que les héritiers apportent si souvent à l'exécution du testament.

1080. L'hypothèque que l'art. 1017 accorde au légataire particulier lui confère un triple avantage : elle engendre à son profit, comme toute autre hypothèque, un droit de préférence, un droit de suite et le bénéfice de l'indivisibilité.

Droit de préférence. En vertu du droit de préférence attaché à son hypothèque, le légataire a le droit de se faire payer sur le prix des immeubles de la succession, par préférence à tous les créanciers personnels de l'héritier. Il peut invoquer ce droit de préférence, non seulement à l'égard des créanciers chirographaires de l'héritier, mais aussi à l'égard de ceux qui auraient acquis des hypothèques de son chef sur les immeubles de la succession. Et toutefois, l'hypothèque légale du légataire ne prenant rang qu'à dater de son inscription, conformément aux règles du droit commun (art. 2134), il

serait primé par les créanciers hypothécaires de l'héritier qui se seraient inscrits avant lui.

Le légataire ne peut opposer le droit de préférence résultant de son hypothèque qu'aux créanciers personnels de l'héritier, jamais aux créanciers de la succession. Bien plus, ces derniers auraient le droit de se faire payer, même sur les immeubles de la succession, par préférence aux légataires, conformément à la règle *Nemo liberalis nisi liberatus*.

Droit de suite Comme tout créancier hypothécaire, le légataire peut suivre son gage en quelques mains qu'il passe, et demander au détenteur le paiement de son legs, si mieux n'aime celui-ci délaisser l'immeuble grevé de l'hypothèque. « Aut cede aut solve », dira le légataire au détenteur. L'exercice du droit de suite, comme celui du droit de préférence, est subordonné à l'existence d'une inscription prise en temps utile (art. 2166).

Bénéfice de l'indivisibilité. L'hypothèque est indivisible (art. 2114). *Est tota in toto, et tota in qualibet parte* : ce qui signifie que tout détenteur de l'immeuble ou d'une partie de l'immeuble hypothéqué est obligé de payer intégralement la dette hypothécaire, s'il veut conserver la possession de l'immeuble ou de la partie de l'immeuble qu'il détient. En vertu de ce principe, le légataire peut demander le paiement intégral de son legs à tout héritier ou autre débiteur du legs, qui détient en tout ou en partie un immeuble de la succession : par l'action personnelle il ne pourrait lui demander que sa part ; par l'action hypothécaire, il peut lui demander le tout. C'est ce que dit l'art. 1017 al. 2 « Ils [les héritiers ou autres débiteurs du legs] en seront tenus hypothécairement pour le tout... ».

Et toutefois on a accusé, non sans raison, notre législateur d'avoir fait ici une fausse application du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Le droit romain paraît ne pas l'avoir consacrée : chaque héritier ne pouvait être poursuivi par l'action hypothécaire que dans la mesure

pour laquelle il était tenu en vertu de l'action personnelle : »... in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit », dit la loi 1, C., Comm. de leg. et fid., VI, 43 ¹¹⁸. C'était fort rationnel. On comprend très bien que, lorsqu'il s'agit d'une dette hypothécaire contractée par le défunt, celui des héritiers qui détient l'immeuble hypothéqué à la dette puisse être poursuivi pour le tout, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Ici il y a eu à l'origine une dette unique garantie par l'hypothèque ; l'étendue de l'hypothèque était exactement mesurée sur celle de la dette. Si le débiteur vient à mourir laissant plusieurs héritiers, son obligation se divisera entre eux, et chacun n'en sera tenu personnellement que pour sa part (art. 1220) ; mais, si l'obligation se divise, l'hypothèque ne se divise pas, parce qu'elle est indivisible (art. 2114). Le créancier pourra donc s'attaquer à celui des héritiers qui détiendra l'immeuble ou une fraction de l'immeuble hypothéqué et lui demander un paiement intégral ; il pourrait même agir par l'action hypothécaire. et par conséquent pour le tout, contre un tiers détenteur qui ne serait pas personnellement obligé à la dette. En un mot, il y a ici en quelque sorte deux dettes : celle de la personne, qui se divise entre ses héritiers, et celle de l'immeuble, qui ne se divise pas. Autre est le cas de l'hypothèque légale qui garantit le paiement d'un legs. Le défunt n'a jamais été débiteur de ce legs : la dette est née dans la personne de ses héritiers, ab herede cœpit, et, au moment même de sa naissance, elle s'est divisée. En supposant que le défunt ait fait un legs de 20.000 fr. et qu'il laisse deux héritiers pour portions égales, chacun devient débiteur de la moitié du legs ; personne n'en a jamais dû la totalité. Le légataire acquiert donc dès l'origine deux créances de 10.000 fr. chacune, et rationnellement la loi aurait dû lui accorder deux hypothèques distinctes pour chacune de ces créances,

de sorte que chaque héritier aurait été tenu hypothécairement pour 10.000 fr. seulement sur les immeubles mis dans son lot. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque ne s'y opposait nullement, et la logique encore moins, bien au contraire ; car on s'explique difficilement qu'une hypothèque puisse naître avec plus d'étendue que la créance qu'elle garantit. Dans l'espèce proposée, le légataire n'a jamais eu contre personne une créance de 20.000 fr., et cependant il acquiert une hypothèque de 20 000 fr. ; il n'aura jamais pu agir contre quelqu'un par l'action personnelle pour 20.000 fr., et cependant il peut agir pour cette somme par l'action hypothécaire contre chaque héritier détenteur d'un immeuble de la succession. L'hypothèque naît donc avec plus d'étendue que la créance dont elle est l'accessoire.

* Quoi qu'il en soit, le texte est formel : celui des héritiers qui détient un immeuble de la succession peut être poursuivi pour le montant total du legs par l'action hypothécaire. La loi ajoute : « jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs ». Cela fait allusion sans doute à la faculté qui appartient à l'héritier comme à tout détenteur d'un immeuble hypothéqué, d'échapper aux conséquences de l'action hypothécaire en délaissant l'immeuble, c'est-à-dire en l'abandonnant au créancier hypothécaire qui le fera vendre pour se payer sur le prix. Mais, comme le délaissement ne peut être effectué que par le détenteur qui n'est pas personnellement obligé au paiement de la dette, il en résulte qu'un héritier ne pourrait user de cette faculté qu'après avoir payé la portion du legs dont il est tenu personnellement (art. 2172).

Bien entendu, l'héritier, qui par suite de l'action hypothécaire aurait payé la totalité d'un legs dont il n'était tenu personnellement que pour partie, aurait le droit d'exercer un recours contre les autres débiteurs du legs, chacun pour la part qu'il doit en supporter.

1081. Indépendamment de son hypothèque légale, le légataire à titre particulier jouit du droit de demander la séparation des patrimoines (art. 2111). Il existe entre l'hypothèque légale et la séparation des patrimoines de nombreuses différences qui ont été indiquées sous l'art. 2111 (t. II, n. 1480).

1082. L'existence dans nos lois d'une hypothèque légale au profit du légataire est contestée par un certain nombre d'auteurs. Ils argumentent principalement du silence de l'art. 2121, qui, énumérant les hypothèques légales, ne parle pas de celle du légataire. Quant à l'art. 1017 al. 2, ils disent que ce texte suppose plutôt qu'il ne crée une hypothèque légale au profit du légataire ; or supposer n'est pas disposer. L'art. 1017 in fine ne serait dans ce système qu'une pierre d'attente, posée par le législateur en vue d'un édifice qu'il a négligé de construire plus tard. — La jurisprudence admet l'existence de l'hypothèque légale du légataire. Dernier arrêt, Cass., 20 nov. 1901, D., 07. 1. 217. Et en effet, dans le système contraire, il faut effacer l'art. 1017 al. 2, dans lequel les mots « hypothécairement pour le tout » ne peuvent pas recevoir l'interprétation qu'on leur donne dans les art. 873 et 1009. L'intention du législateur de consacrer l'existence d'une hypothèque légale au profit du légataire paraît d'autant moins douteuse, que cette hypothèque existait déjà dans notre ancien droit, qui l'avait empruntée au droit romain.

III. En quel état la chose léguée doit être délivrée.

1083. « La chose léguée sera délivrée avec les accessoires nécessaires,

» et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur,

» dit l'art. 1018.

Les accessoires nécessaires sont ceux qui suivent naturellement la chose, et sans lesquels la jouissance de cette chose ne serait pas complète ; tels sont la clé, le socle et le globe d'une pendule, le fourreau d'une épée, le jardin d'une maison. Tous les objets que la loi déclare immeubles par destination sont aussi des accessoires nécessaires, et devraient être délivrés au légataire avec la chose elle-même.

Pothier décide avec raison, par application de notre principe, que le legs de l'usufruit d'un fonds de terre, enclavé parmi d'autres héritages appartenant au testateur, emporte le droit pour le légataire de réclamer gratuitement des héritiers un passage pour arriver à la voie publique. C'est un accessoire nécessaire du droit d'usufruit légué, puisque sans lui l'exercice de ce droit est impossible.

La chose léguée doit être délivrée, dit la loi, dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur. Par conséquent, les améliorations que la chose a acquises ou les détériorations qu'elle a subies jusqu'à cette époque profiteront ou nuiront au légataire.

Mais la formule que nous venons de transcrire ne signifie pas que la chose léguée soit aux risques de l'héritier à dater du décès du testateur, et que par suite il doive subir les conséquences des cas fortuits qui auraient fait périr la chose ou qui l'auraient détériorée dans l'intervalle écoulé entre le décès du testateur et la demande en délivrance. Tout au contraire, ces cas fortuits sont au compte du légataire, qui profiterait aussi des améliorations naturelles de la chose, par exemple de l'alluvion. Le légataire est devenu propriétaire de la chose léguée, dès le décès du testateur ; l'héritier, tenu envers lui à la délivrance, est débiteur d'un corps certain ; or, *debitor rei certæ rei interitu liberatur* (art. 1302. La formule employée par l'art. 1018 signifie simplement que le légataire profite ou souffre des changements survenus dans la chose léguée avant le

décès du testateur soit par cas fortuit, soit par le fait d'un tiers, soit par le fait du testateur.

Par cas fortuit, exemple par un incendie dû au feu du ciel. Et, si la chose était assurée contre l'incendie, le légataire ne pourra pas réclamer l'indemnité d'assurance ; car il n'a pas droit au bénéfice des contrats passés par le défunt. Cette solution n'a pas cessé d'être exacte depuis la loi du 19 février 1889 (t II, n. 1350). Cette loi, en effet, ne subroge l'indemnité d'assurance à la chose incendiée, que dans un cas particulier. Ce que nous venons de dire du cas où la chose léguée aurait péri par suite d'un incendie du vivant du testateur est vrai également du cas où elle aurait péri après le décès du testateur. Le tout à moins qu'il ne soit jugé en fait que le testateur a entendu céder au légataire le bénéfice du contrat d'assurance dont la chose a été l'objet.

Par le fait d'un tiers. Ainsi un tiers a détérioré la chose léguée. Tant pis pour le légataire ; il prendra la chose dans l'état où elle est lors du décès, sans avoir droit aux dommages et intérêts que l'auteur de la détérioration a payés ou paiera. L'action en dommages et intérêts est devenue la propriété du testateur aussitôt qu'elle est née ; par suite, le produit de cette action, si le testateur l'a exercée, ou l'action elle-même, si elle existe encore, appartient à sa succession. En sens inverse, si un tiers a amélioré la chose léguée avant le décès du testateur, le légataire profitera de l'amélioration, et cela sans avoir d'indemnité à payer. S'il en est dû une à l'auteur de l'amélioration, c'est la succession qui la paiera.

Par le fait du testateur. Le testateur a détérioré ou détruit partiellement la chose léguée ; c'est une révocation partielle du legs. Le légataire prendra la chose telle qu'elle est lors du décès. Au contraire, si le testateur a amélioré la chose, le légataire profitera de l'amélioration.

1084. Maintenant il faut se garder d'attribuer au légataire des choses qui évidemment ne sont pas comprises

dans son legs, sous prétexte qu'elles sont des accessoires de la chose léguée ou qu'elles constituent des améliorations. A cet égard le législateur a réglé dans l'art. 1019 certains cas qui auraient pu faire difficulté. « Lorsque » celui qui a légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite » augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles

» contiguës, ne seront, pas censées, sans une nouvelle disposition,

» faire partie du legs. — Il en sera autrement des embellissements

» ou des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, ou d'un

» enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte ».

Le légataire ne profitera pas des acquisitions, fussent elles contiguës à l'immeuble légué, que le testateur a faites postérieurement au legs, parce qu'il y a doute sur le point de savoir si le testateur a voulu les attribuer au légataire : or, en matière de legs, on ne donne pas d'effet aux volontés douteuses.

L'intention de faire bénéficier le légataire des acquisitions nouvellement faites paraît plus certaine, si le legs a pour objet un domaine que le testateur a ensuite augmenté par des acquisitions contiguës ; surtout s'il a soumis les terres nouvellement acquises à la même exploitation que le domaine, ou s'il a affermé le tout à un même fermier pour un seul et même prix. Il y a doute cependant, si léger qu'il soit, sur le point de savoir si le testateur a voulu que les acquisitions nouvelles fussent comprises dans le legs, et comme d'autre part la disposition de la loi est absolue — le mot immeuble employé par l'article s'applique certainement à un domaine, — le plus sûr serait peut-être de s'en tenir à l'interprétation la plus restrictive du legs.

Même solution, si le testateur, ayant légué tous les immeubles qu'il a dans telle commune, avait fait ensuite

d'autres acquisitions dans la même commune. La jurisprudence est en ce sens.

Autre serait le cas où le testateur, ayant légué un enclos, aurait ensuite compris dans l'enceinte de cet enclos des terrains nouvellement acquis. Le légataire profiterait des nouvelles acquisitions, parce que la volonté du testateur de les lui attribuer paraît certaine. La loi au surplus ne distingue pas si le terrain enclos contient ou non des constructions.

Le légataire profiterait aussi des embellissements ou des constructions nouvelles faites par le testateur sur le terrain légué. Les constructions sont un accessoire du sol qui les porte, et elles appartiennent au légataire du sol, en vertu de la règle *Omne quod solo inædificatur solo cedit*.

Ce motif se rencontrant quelle que soit l'importance des constructions, on doit en conclure qu'elles appartiendraient au légataire, alors même qu'elles couvriraient tout le terrain légué ou à peu près. D'ailleurs, le légataire, qui profite des constructions faites par le testateur sur le terrain légué, n'est pas obligé d'en payer le prix, alors même qu'il serait encore dû lors du décès du testateur. Cette dette serait à la charge de la succession.

1035. L'art. 1020 tire une nouvelle conséquence du principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve lors du décès du testateur. « Si, avant le testament ou depuis, la chose

- » léguée a été hypothéquée pour une dette de la succession, ou même

- » pour la dette d'un tiers, ou si elle est grevée d'un usufruit, celui

- » qui doit acquitter le legs n'est point tenu de la dégager, à moins

- » qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition expresse du

- » testateur ».

Quand l'immeuble légué se trouve grevé d'hypothèques, le législateur, sans s'arrêter à aucune des distinctions que l'on faisait à cet égard dans notre ancien droit, décide que l'héritier ne sera jamais tenu de dégager l'immeuble en payant la dette hypothécaire. Le légataire sera donc exposé à être poursuivi par l'action hypothécaire ; et si, pour y échapper, il paie la dette dont l'immeuble est grevé, il aura son recours, soit contre les héritiers ou autres successeurs à titre universel du défunt, si celui-ci était tenu de la dette comme débiteur principal ou comme caution, soit contre le tiers pour la dette duquel l'immeuble a été hypothéqué, si le défunt n'était pas tenu personnellement de la dette.

Si la chose léguée est grevée d'usufruit, l'héritier n'est pas tenu non plus de la dégager.

Le tout, sauf le cas où le testateur aurait expressément manifesté une volonté contraire.

Mais voilà que, le testateur ayant chargé son héritier de dégrever la chose léguée de l'usufruit auquel elle est soumise, l'héritier fait des offres à l'usufruitier, qui refuse de renoncer à son droit, ou qui n'y consent que moyennant des conditions absolument inacceptables, tant elles sont exorbitantes. Alors l'héritier devra payer au légataire la valeur de l'usufruit, et lui donner ainsi l'équivalent de l'avantage qu'a voulu lui procurer le testateur. On objecte que l'héritier, se trouvant sans sa faute dans l'impossibilité de remplir la charge qui lui a été imposée par le testateur, doit être libéré (arg. art. 1302). Cette objection ne tient pas compte de l'intention du testateur, qui a évidemment voulu que, d'une façon ou de l'autre, le légataire profitât de la valeur de l'usufruit.

1086. Signalons enfin une dernière conséquence du principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouve lors du décès. Si le légataire est évincé de l'objet du legs, il n'a pas droit à la garantie. Le légataire n'acquiert sur la chose léguée que les droits qui appartenaient au testateur.

Toutefois, si le legs porte sur une chose in genere, telle qu'un cheval, et que le légataire soit évincé de l'objet qui lui a été livré par l'héritier en exécution du legs, il aura le droit d'en demander un autre, non pas que la garantie lui soit due dans ce cas, mais parce que le paiement fait par l'héritier n'est pas valable (arg. art. 1238).

* Il en serait de même, si, le testateur ayant légué deux choses sous une alternative, ou une chose à prendre parmi plusieurs autres par exemple un des chevaux qui sont dans son écurie, le légataire était évincé de la chose que l'héritier lui a livrée (arg. art. 1192, 1193, 1238)

IV. Quelles choses peuvent être léguées.

1087. Toutes les choses qui sont dans le commerce peuvent être léguées, mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, à la condition toutefois qu'elles soient héréditairement transmissibles : ainsi un usufruitier ne pourrait pas léguer son droit d'usufruit, car il s'éteint avec lui (art. 617 al. 2).

Il n'est pas nécessaire que l'objet du legs soit déterminé. Et toutefois la disposition serait nulle, s'il y avait indétermination absolue de la chose léguée : tel serait le legs d'un animal, d'un objet mobilier. L'indétermination doit nécessairement avoir certaines limites, de façon que l'exécution du legs puisse présenter quelque avantage pour le légataire : ainsi on peut léguer un cheval (in genere), une barrique de vin... Comment en pareil cas le legs devra-t-il être exécuté ? L'art. 1022 répond : « Lorsque le legs sera d'une

» chose indéterminée, l'héritier ne sera pas obligé de la donner de

» la meilleure qualité, et il ne pourra l'offrir de la plus mauvaise ». C'est donc une chose de qualité moyenne qui devra être livrée. La loi concilie ainsi de la manière la plus

équitable, et en se conformant d'ailleurs à l'intention probable du testateur, les intérêts rivaux qui se trouvent ici en présence.

L'art. 1022 ne devrait plus être appliqué, si le legs avait pour objet l'une de plusieurs choses appartenant au testateur, par exemple un des chevaux de son écurie, une des barriques de vin de sa cave. En pareil cas, si le choix appartient à l'héritier, ce que l'on devra admettre dans le doute (arg. art. 1190), il pourra offrir celle des choses qui a le moins de valeur ; et en sens inverse, si le choix a été accordé par le testateur au légataire, il pourra réclamer la meilleure.

1088. Legs de la chose d'autrui. — Le legs de la chose d'autrui est-il valable ? En droit romain on distinguait. Le testateur avait-il su que la chose par lui léguée appartenait à autrui ? le legs était valable : en ce sens que l'héritier devait acheter la chose léguée et la livrer au légataire, ou lui en payer la valeur si le propriétaire refusait de la vendre ou en demandait un prix exorbitant. Si au contraire le testateur avait ignoré que la chose par lui léguée appartint à autrui, la disposition était nulle. Peut-être en effet le testateur n'eût-il pas fait le legs, s'il eût su que la chose appartenait à autrui, forsitan enim si scisset alienam non legasset, disent les institutes de Justinien. Cette distinction était assez rationnelle ; mais son application donnait lieu dans la pratique à de grandes difficultés. Comment en effet, si le testateur ne s'est pas expliqué, résoudre la question de savoir s'il ignorait ou s'il n'ignorait pas que la chose appartint à autrui ? Il y avait là une source inépuisable de procès, que notre législateur a tari en déclarant le legs de la chose d'autrui nul dans tous les cas : « Lorsque le testateur aura

» légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait

» connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas » (art. 1021).

Le législateur rappelle ainsi l'ancienne distinction pour l'abolir.

1089. Une disposition testamentaire est ainsi conçue : « Je lègue à Paul la maison A ». Il se trouve que cette maison appartient à Pierre. Le legs sera certainement nul, sans qu'il y ait lieu de rechercher si le testateur savait ou ignorait que la chose fût à autrui.

Supposons maintenant une disposition conçue dans les termes suivants : « Je lègue à Paul la maison A qui appartient à Pierre ; en conséquence, je charge mon héritier d'acheter cette maison et de la livrer à Paul ; et si le propriétaire ne veut pas la vendre ou s'il en réclame un prix déraisonnable, je veux que mon héritier en paye à Paul la valeur que je fixe à la somme de 30.000 fr. ». Ce legs sera-t-il valable ? Il est difficile d'en douter. Le testateur peut imposer à son héritier l'obligation d'accomplir un fait : non solum res possunt legari, sed etiam facta. N'est-ce pas là le caractère de la disposition dont il s'agit ? D'ailleurs un semblable legs n'offre aucun des inconvénients auxquels a pour but de parer la disposition de l'art. 1021.

Supposons enfin que le testateur ait dit : « Je lègue à Paul la maison A qui appartient à Pierre », sans ajouter autre chose. La disposition sera-t-elle valable ? On l'a soutenu. En réalité, dit-on, ce legs ne diffère du précédent que par la formule ; il faut y sous-entendre tout ce qu'exprime la précédente formule. D'ailleurs, ajoute-t-on, ce que le législateur a voulu défendre, c'est uniquement le legs de la chose d'autrui fait dans des termes tels qu'il y ait doute sur le point de savoir si le testateur connaissait que la chose léguée appartînt à autrui. « Le meilleur moyen de faire cesser ces difficultés, a dit Treilhard, était d'exiger que le testateur s'expliquât clairement ». Or ici le doute n'est pas possible, puisque le testateur s'est expliqué : il a dit que la chose par lui léguée appartenait à autrui. Donc, dit on, le legs doit être valable. — Et cependant il paraît difficile d'aller jusque-là ; car enfin l'art. 1021 est formel : il annule

le legs de la chose d'autrui soit que le testateur ait connu ou non que la chose ne lui appartenait pas.

On s'accorde d'ailleurs à décider qu'il ne faudrait pas considérer comme legs de la chose d'autrui, nul aux termes de l'art. 1021, le legs d'une chose indéterminée qui ne se trouve pas dans la succession. Ainsi un testateur qui n'a pas de chevaux lègue un cheval in genere ; c'est un legs d'une chose qui n'appartient pas au testateur, mais ce n'est pas un legs de la chose d'autrui ; les genres n'appartiennent à personne.

L'art. 1021 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que sa disposition s'applique au legs de la chose qui appartient à l'héritier tout aussi bien qu'au legs de la chose qui appartient à un tiers. Le droit romain décidait, il est vrai, le contraire ; mais qu'importe, puisque notre législateur ne s'est pas inspiré de ses traditions dans cette matière.

Toutefois, la jurisprudence et les auteurs admettent avec raison qu'il n'y aurait pas legs de la chose d'autrui, nul aux termes de l'art. 1021, si le testateur imposait à son héritier ou à son légataire, sous forme de charge ou de condition, l'obligation de donner à un tiers un bien lui appartenant. Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je lègue tous mes biens à Paul, à la condition qu'il donnera sa maison à Pierre ». Cpr. Nancy, 22 fév. 1908, S., 09. 2. 26, Pau, 19 avril 1910, D., 11. 2. 290, et Besançon, 27 déc. 1911, S., 12. 2. 203.

* 1090. La question de savoir quel est l'effet du legs de tout ou partie d'une chose, dont le testateur est, au moment où il dispose, copropriétaire par indivis avec des tiers, doit être résolue à l'aide des distinctions suivantes.

a. — L'indivision a pris fin par un partage avant la mort du testateur. Si ce partage a attribué la chose tout entière au testateur, il en était propriétaire lors de son décès, et dès lors le legs s'exécutera pleinement, c'est-à-dire que le légataire obtiendra la totalité ou une partie de la chose,

suivant les termes dans lesquels le legs est conçu. Si au contraire la totalité de la chose a été attribuée par le partage à un des conjoints du testateur, le legs se trouve porter sur la chose d'autrui, et par conséquent il est nul aux termes de l'art. 1021. Enfin si le partage a attribué une partie seulement de la chose au testateur, le legs pourra s'exécuter sur cette partie.

b. — L'indivision existait encore lors du décès du testateur.

Il faut alors sous-distinguer :

α. La chose léguée fait l'objet exclusif de l'indivision. En ce cas, le légataire acquerra les droits tels quels qui appartenaient au testateur sur la chose indivise, en supposant que le legs comprenne ces droits tout entiers. Ainsi une maison est indivise entre Pierre et Paul qui en sont codonataires ; Pierre meurt avant que le partage de la maison ait été effectué, laissant un testament par lequel il lègue cette maison à Primus. Le légataire acquerra sur la maison tous les droits qui appartenaient au testateur. C'est donc avec lui que le partage devra être fait, et il aura le droit de conserver ce que lui donnera ce partage, quel qu'en soit le résultat.

β. La chose léguée dépend d'une universalité appartenant pour partie au testateur. Par exemple le legs porte sur une maison dépendant d'une succession, dans laquelle le testateur est héritier pour un tiers et qui se trouve encore indivise lors de son décès. Ce cas offre plus de difficulté ; il faut le résoudre en combinant l'art. 1021 avec l'art. 883. Le partage de la succession va s'effectuer entre les héritiers du testateur, d'une part, et ses conjoints, d'autre part. Le légataire de la maison aura le droit d'y assister pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de ses droits (arg. art. 882). Cela posé, de deux choses l'une : — Ou la maison léguée tombera dans le lot des conjoints du testateur ou de l'un d'eux, alors, en vertu de l'effet rétroactif du partage, le testateur sera censé n'avoir jamais eu aucun droit sur cette

maison (art. 883), et le legs sera nul comme portant sur la chose d'autrui (art. 1021) ; le légataire n'aura droit à rien, ni à la chose ni à son prix. — Ou bien la maison léguée tombera dans le lot des héritiers du testateur, et alors, le testateur étant censé avoir été propriétaire de cette maison depuis l'ouverture de la succession dont elle fait partie (art. 883), le legs sera valable et s'exécutera dans les termes où il est conçu. Cpr. Cass., 6 juin 1883, D., 84. 1. 33, et Besançon, 27 déc. 1911, supra.

V. Règles à suivre pour l'interprétation de la volonté du testateur.

1091. Le code n'en formule qu'une seule, et peut être a t il bien fait d'user à cet égard d'une grande sobriété. « Le legs fait au

» créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le

» legs fait au domestique en compensation de ses gages », dit l'art. 1023. Le legs implique l'idée d'une libéralité ; il est donc naturel de supposer que le testateur, qui a fait un legs à son créancier — cette expression comprend le domestique, dont la loi aurait pu se dispenser de parler — a voulu l'avantager, et de permettre par suite au créancier de réclamer à la fois le paiement de sa créance et celui de son legs. Il en serait ainsi alors même que le montant du legs serait égal à celui de la créance.

Toutefois l'art. 1023 cesserait d'être applicable, en présence d'une volonté contraire manifestée par le testateur. S'il a dit par exemple : « Je lègue à Paul les 100.000 fr. que je lui dois », il est clair que Paul ne pourra pas réclamer à la fois le legs et la créance, le legs étant évidemment fait en compensation de la créance. Une pareille disposition d'ailleurs ne sera pas toujours sans utilité. Elle pourra, suivant les circonstances, procurer un

titre au créancier qui en était dépourvu, ou conférer au créancier le droit de réclamer purement et simplement ce qui ne lui était dû qu'à terme ou sous condition, ou enfin améliorer sa situation en lui conférant l'hypothèque de l'art. 1017.

La plupart des règles, que le législateur a formulées dans les art. 1156 et suivants pour l'interprétation des conventions, seraient d'ailleurs applicables par analogie à l'interprétation des testaments.

L'interprétation que le juge du fond donne d'un testament échappe à la censure de la cour de cassation. Il en serait autrement si, sous prétexte d'interprétation, le juge avait dénaturé les dispositions de l'acte. Jurisprudence constante. Cpr. infra, n. 1135 et 1156 al. fin.

VI. Différences entre les legs universels et à titre universel, d'une part, et les legs à titre particulier d'autre part.

1092. 1° Le légataire universel non saisi et le légataire à titre universel ont droit aux fruits à compter du décès, quand, leur demande en délivrance a été formée dans l'année (art. 1005 et supra, n. 1069) ; le légataire à titre particulier n'a droit aux fruits qu'à compter de sa demande en délivrance (art. 1014), sauf les exceptions indiquées en l'art. 1015.

2° Le légataire universel, et aussi, suivant l'opinion générale, le légataire à titre universel n'ont pas d'hypothèque légale sur les immeubles de la succession. Il en est autrement du légataire particulier (art. 1017).

3° Le légataire universel et le légataire à titre universel contribuent au paiement des dettes de la succession (art. 1009 et 1012). Le légataire particulier n'y contribue pas : « Le légataire à titre

» particulier ne sera point tenu des dettes de la

succession, sauf la

» réduction dit legs, ainsi qu'il est dit, ci-dessus, et sauf l'action.

» hypothécaire des créanciers », dit l'art. 1024. Ce n'est qu'une conséquence de la maxime *Æs alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est*.

Le testateur pourrait toutefois, par une déclaration expresse de volonté, mettre certaines dettes à la charge d'un légataire particulier : auquel cas ce légataire, en acceptant le legs, se soumettrait à l'obligation de les payer.

D'autre part, à raison de la nature même de la chose qui forme l'objet du legs, un légataire particulier pourrait être obligé de supporter certaines dettes qui sont inhérentes à la chose léguée : ainsi le legs d'une succession échue au testateur emporte pour le légataire l'obligation d'en payer les dettes. Ce n'est pas l'actif de la succession seulement que le testateur a légué ; c'est la succession tout entière, le *nomen juris*, actif et passif.

Les mots « sauf la réduction du legs, ainsi qu'il est dit ci-dessus » signifient que les dettes de la succession du testateur peuvent atteindre indirectement le légataire à titre particulier, en ce sens que l'actif héréditaire, les dettes une fois payées, sera peut-être insuffisant pour l'exécution complète des dispositions testamentaires. Tous les legs doivent alors subir une réduction proportionnelle (v. art. 926 et 927, et *supra*, n. 912) ; à moins cependant que l'héritier n'ait accepté la succession purement et simplement ; car nous savons qu'il est tenu dans ce cas du paiement des legs *ultra vires supra*, n. 466).

Le sens des mots « sauf l'action hypothécaire des créanciers » nous est déjà connu : ils font allusion au cas où l'immeuble légué est grevé d'hypothèque. Le légataire peut alors être poursuivi par l'action hypothécaire ; mais, s'il paie la dette, il aura son recours contre qui de droit, ainsi qu'il a été expliqué sous l'art. 1020.

SECTION VII

DES EXÉCUTEURS TESTAMENTAIRES

1093. Aux termes de l'art. 1025 : « Le testateur pourra nommer

» un ou plusieurs exécuteurs testamentaires ». Il n'est pas rare de voir des héritiers plus pressés de se partager les dépouilles du défunt que d'exécuter ses dernières volontés. Le testateur qui prévoit de semblables dispositions chez ses héritiers, pourra en prévenir l'effet en usant de la faculté que lui accorde notre article.

L'exécution testamentaire est une institution d'origine française. Elle prit naissance et se développa dans les pays de droit coutumier, dont la législation sur cette matière a été reproduite, sauf quelques modifications, par le code civil. Le besoin s'en fait surtout sentir pour assurer l'exécution de certains legs pieux, ou de dispositions faites par le testateur dans son propre intérêt, par exemple s'il a ordonné qu'un certain nombre de messes soient dites pour le repos de son âme ou qu'il lui soit élevé un monument.

L'exécuteur testamentaire est un mandataire imposé par le testateur à ses héritiers, et qu'ils n'ont pas le droit par suite de révoquer. On peut en effet comparer l'exécution testamentaire à un mandat, bien qu'elle offre cette double particularité : d'une part, qu'elle prend naissance par l'événement qui met fin au mandat ordinaire, savoir la mort du mandant, le testateur (art. 2003) ; et d'autre part, que la volonté du mandataire, l'exécuteur testamentaire, n'a pas pu s'unir à celle du mandant, qui ne devient définitive que par sa mort, pour former le consentement, base essentielle du mandat comme de tous les contrats. C'est donc un mandat d'une nature toute particulière ; on pourrait dire un mandat posthume.

Malgré ce caractère exceptionnel, la plupart des règles générales du mandat s'appliquent à l'exécution

testamentaire. — C'est ainsi que l'exécuteur testamentaire pourrait, comme un mandataire ordinaire (art. 1984), refuser d'accepter la mission qui lui a été confiée : l'exécution testamentaire est en effet un office d'ami, et non une charge publique comme la tutelle. — C'est ainsi encore qu'à l'exemple du mandat l'exécution testamentaire est gratuite (art. 1986). Toutefois, comme en matière de mandat, la gratuité est de la nature seulement, mais non de l'essence de l'exécution testamentaire ; le testateur pourrait donc allouer un salaire à l'exécuteur testamentaire. Et, comme l'idée seule d'un ministère salarié pourrait être blessante pour l'exécuteur testamentaire, qui remplit surtout un office d'ami, le testateur, par délicatesse, déguise le plus souvent sous forme de don la rémunération qu'il lui alloue, en lui faisant un legs modique connu sous le nom de diamant. — C'est ainsi enfin que les obligations générales dont est tenu l'exécuteur testamentaire sont à peu près les mêmes que celles d'un mandataire (art. 1991 à 1997).

Voici maintenant quelques règles spéciales à l'exécution testamentaire :

1° L'exécution testamentaire, à la différence d'un mandat ordinaire, ne peut être déférée que par testament. Arg. des mots Le testateur de l'art. 1025. Mais il n'est pas nécessaire que ce soit par le testament même dont il s'agit d'assurer l'exécution : ce peut être par un testament postérieur. Cpr. Aix, 30 déc. 1907, D., 08. 2. 103.

2° On peut choisir pour mandataire un incapable (art. 1990). Au contraire, l'exécution testamentaire ne peut être confiée qu'à une personne capable : « Celui qui ne peut s'obliger ne peut pas être

» exécuteur testamentaire », dit l'art. 1028. Pourquoi cette dérogation au droit commun ? Le mandant ne compromet que ses propres intérêts en choisissant un mandataire incapable, contre lequel il n'aura d'action que dans la limite du profit par lui retiré de l'exécution du mandat ;

d'ailleurs, il peut révoquer le mandat, quand l'expérience lui en aura montré les dangers. Au contraire, en nommant un exécuteur testamentaire incapable, le testateur compromettrait les intérêts de ses héritiers : ce que la loi ne devait pas permettre. D'autant plus que l'exécuteur testamentaire est imposé aux héritiers, qui n'ont pas la ressource de le révoquer ; il doit donc leur offrir au moins la garantie de sa responsabilité personnelle.

1094. Les art. 1029 et 1030 ne sont que des applications du principe que nous venons de dégager.

PREMIÈRE APPLICATION. — « La femme mariée ne pourra accepter

» l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. —

». Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par

» jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou à

» son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit

» par les articles 217 et 219 au titre du Mariage » (art. 1029).

La loi veut, pour qu'une femme mariée puisse remplir le rôle d'exécuteur testamentaire, qu'elle soit pleinement capable de s'obliger, c'est-à-dire que les obligations qu'elle contractera en qualité d'exécutrice testamentaire soient susceptibles d'être ramenées à exécution sur la pleine propriété de tous ses biens. Or, cette condition se trouve remplie, sous quelque régime que la femme soit mariée — et sauf une exception relative aux biens dotaux, sous le régime dotal, exception dont le législateur n'a pas d'ailleurs tenu compte — lorsque la femme agit avec l'autorisation de son mari. Donc, la femme peut toujours, avec cette autorisation, accepter une exécution testamentaire.

Au contraire, elle ne peut pas, en principe, accepter une exécution testamentaire avec l'autorisation de justice à défaut de celle du mari, parce que l'autorisation de la justice n'habilite la femme à s'obliger qu'imparfaitement. En effet, les créanciers envers lesquels elle s'engage, ainsi autorisée, n'ont pour gage que la nue propriété de ses biens personnels ; ils ne peuvent pas s'attaquer à l'usufruit de ces mêmes biens, qui, sous la plupart des régimes, appartient au mari. Et toutefois, quand la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens, ou quand, mariée sous tout autre régime, elle est séparée de biens judiciairement, le mari n'ayant pas ou n'ayant plus le droit de jouir des biens de la femme, celle-ci devient capable, avec l'autorisation de justice, de s'obliger pleinement, c'est à-dire sur la pleine propriété de ses biens ; elle peut donc avec cette autorisation accepter une exécution testamentaire.

* Il en serait de même de la femme mariée sous le régime dotal, dont tous les biens seraient paraphernaux, situation qui offre beaucoup d'analogie avec la séparation de biens contractuelle (cpr. art. 1449, 1536, 1538, 1576) ; et aussi, quoiqu'il y ait quelque difficulté sur ce point, de la femme dotale dont quelques biens seulement seraient paraphernaux. En effet, en pareil cas, l'autorisation de la justice équivaut à peu près à l'autorisation maritale, au point de vue de l'efficacité des obligations contractées par la femme.

Notons que, depuis la loi du 6 février 1893 (nouvel art. 311, al. 3), l'art. 1029 ne reçoit plus son application à la femme séparée de corps.

DEUXIÈME APPLICATION. — « Le mineur ne pourra être exécuteur

» testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou
» curateur » (art. 1030).

= Le mineur ne pourra ÊTRE exécuteur testamentaire. La loi ne dit pas : être nommé. Et en effet, la nomination

d'un mineur produirait ses effets, s'il était majeur au moment du décès du testateur. Il suffit que l'exécuteur testamentaire soit capable au moment où il est appelé à remplir ses fonctions.

La disposition de notre article atteint même le mineur émancipé (arg. du mot curateur), et c'est avec raison, car le mineur émancipé ne jouit que d'une capacité incomplète.

Toute personne capable de s'obliger peut d'ailleurs être exécuteur testamentaire, la loi n'ayant établi ici aucune incapacité spéciale. Ainsi on peut confier cette mission à un légataire, à un témoin du testament et même au notaire qui le reçoit.

Celui qui a accepté une exécution testamentaire peut-il ensuite y renoncer ? On admet en général l'affirmative, pourvu que la renonciation ne soit pas intempestive (arg. art. 2007). Toutefois la renonciation de l'exécuteur testamentaire lui ferait perdre le bénéfice du legs, qui, dans l'intention du testateur, aurait été subordonné à l'accomplissement de sa mission : ce qui est une question de fait.

I. De la saisine qui peut être accordée aux exécuteurs testamentaires.

1095. « Il (le testateur) pourra leur donner la saisine du tout,

» ou seulement d'une partie de son mobilier ; mais elle ne pourra

» durer au delà de l'an et jour à compter de son décès. — S'il ne la

» leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger » (art. 1026).

Nos anciennes coutumes accordaient de plein droit la saisine à l'exécuteur testamentaire pendant l'an et jour à compter du décès. Suivant les unes (c'étaient les plus nombreuses), cette saisine ne portait que sur le mobilier (v. notam. cout. de Paris, art. 297) ; d'après les autres, elle

s'appliquait aux meubles et aux immeubles (exemple : cout. d'Orléans, art. 210), mais, en ce qui concerne les immeubles, elle ne donnait à l'exécuteur testamentaire que le droit d'en toucher les revenus pendant le temps de sa durée. Le code civil, on le voit, a emprunté aux coutumes la règle relative à la durée de la saisine (an et jour à compter du décès), et aussi la règle généralement admise en ce qui concerne les biens auxquels s'applique la saisine : « du tout ou d'une partie de son mobilier », dit l'art. 1026, ce qui exclut les immeubles ; mais, au lieu d'accorder la saisine de plein droit aux exécuteurs testamentaires, comme le faisaient les coutumes, il ne leur permet de la réclamer qu'autant que le testateur en a manifesté la volonté. Il est douteux que le législateur, en réformant notre droit sur ce point, l'ait amélioré. Le rôle de l'exécuteur testamentaire est, comme on le verra, fort effacé, lorsqu'il n'a pas la saisine ; il est alors un surveillant plutôt qu'un exécuter. Est-il raisonnable de supposer, dans le silence du testateur, qu'il n'a pas voulu conférer à son exécuteur testamentaire un droit sans lequel il ne peut remplir que très imparfaitement sa mission ?

Un testateur pourrait accorder à son exécuteur testamentaire la saisine de tout son mobilier, alors même qu'il laisserait des héritiers réservataires. Notre ancien droit le décidait ainsi, et la même solution doit encore être admise aujourd'hui, l'art. 1026 n'édicte aucune restriction pour ce cas. D'ailleurs les héritiers réservataires peuvent faire cesser la saisine, en remettant à l'exécuteur testamentaire les sommes ou effets nécessaires pour le paiement des legs mobiliers.

La volonté du testateur de donner la saisine à son exécuteur testamentaire peut être manifestée tacitement. Ainsi il a été jugé que cette volonté résultait suffisamment de la charge imposée par le testateur à son exécuteur testamentaire de délivrer certains objets mobiliers à ceux auxquels il les avait légués (Pau, 13 janv. 1890, D., 91. 2.

151) — et en effet comment l'exécuteur testamentaire pourra-t-il faire la délivrance, s'il n'a pas la possession ? — ou de l'ordre que le testateur lui donne de détruire tous ses papiers intimes (Cass., 11 juin 1890, D., 90. 1. 324).

Le délai d'an et jour, que le législateur a assigné comme maximum à la durée de la saisine, court à compter du décès du testateur (art. 1026), sauf à reculer ce point de départ jusqu'au jour où l'exécuteur testamentaire aura pu se mettre effectivement en possession, si, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, par exemple par suite de la découverte tardive du testament, il a été empêché de se mettre de suite en possession. Cette décision, qui est conforme à la tradition, est conforme aussi au vœu de la loi, qui accorde un an à l'exécuteur testamentaire pour pourvoir à l'exécution des volontés du défunt.

1096. Effets de la saisine. — Elle permet aux exécuteurs testamentaires de se mettre en possession des meubles héréditaires, en tout ou en partie, suivant l'étendue que le testateur a donnée à la saisine. Ils peuvent appréhender cette possession de leur propre autorité, si le testament qui leur confère la saisine est authentique, et seulement après avoir obtenu l'envoi en possession, si le testament est olographe ou mystique. Arg. art. 1008.

La saisine des exécuteurs testamentaires ne fait pas échec à celle que la loi accorde aux héritiers légitimes ou naturels (art. 724), ou au légataire universel dans le cas de l'art. 1006. En effet la saisine des héritiers ou des légataires universels est une saisine de droit, celle des exécuteurs testamentaires une saisine de fait. En d'autres termes la saisine des héritiers leur confère la possession de droit avec tous les avantages qui y sont attachés ; tandis que la saisine des exécuteurs testamentaires ne leur confère que la possession de fait : ils possèdent à peu près comme posséderait un dépositaire ou un séquestre, c'est-à-dire non pour eux-mêmes mais pour les héritiers ou

légataires universels à qui ils seront tenus de rendre compte. Le principal avantage de cette possession de fait est d'empêcher les détournements qui pourraient être commis par les héritiers au préjudice des légataires d'objets mobiliers et de permettre aux exécuteurs testamentaires de payer directement les légataires.

La saisine ne s'applique pas aux fruits des biens héréditaires non encore échus ou perçus lors de l'ouverture de la succession. En effet le testateur ne peut donner que la saisine de son mobilier (art. 1026), c'est-à-dire du mobilier qui lui appartient lors de son décès.

L'exécuteur testamentaire saisi a le droit de toucher les sommes dues à la succession, et peut même, suivant l'opinion générale, poursuivre les débiteurs pour les forcer à payer.

On le voit, la saisine de l'exécuteur testamentaire porte une grave atteinte aux droits des héritiers. La loi leur donne un moyen fort simple de la faire cesser : « L'héritier pourra faire cesser la

» saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires

» somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant

» de ce paiement » (art. 1027). L'offre dont parle ce texte est évidemment une offre réelle, et non une offre verbale.

II. Fonctions de l'exécuteur testamentaire.

1097 Elles varient suivant que l'exécuteur testamentaire a ou n'a pas la saisine. On peut dire, d'une manière générale, que l'exécuteur testamentaire saisi est chargé d'exécuter le testament en payant les legs mobiliers, tandis que l'exécuteur testamentaire non saisi est seulement chargé de veiller à l'exécution du testament. C'est ce qui ressort des art. 1031 à 1033.

Aux termes de l'art. 1031 : « Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou

» absents. — Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif,

» ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. —

» Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants

» pour acquitter les legs. — Ils veilleront à ce que le testament

» soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son

» exécution, intervenir pour en soutenir la validité. — Ils devront,

» à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de

» leur gestion ».

La disposition des alinéas 1 et 2, relative à l'apposition des scellés et à l'inventaire, est applicable aux exécuteurs non saisis comme aux exécuteurs saisis. On remarquera que l'accomplissement de la première formalité, l'apposition des scellés, n'est obligatoire pour les exécuteurs testamentaires que lorsqu'il y a des héritiers mineurs (non pourvus d'un tuteur, arg. art. 911 C. pr.), interdits ou absents, tandis que l'accomplissement de la deuxième, l'inventaire, l'est dans tous les cas.

L'exécuteur testamentaire saisi doit payer les legs mobiliers faits par le défunt. Quant aux legs d'immeubles, il n'a pas à s'en occuper, si ce n'est tout au plus pour en surveiller l'exécution ; les légataires d'immeubles, à raison de la nature même de l'objet de leur legs, n'avaient pas besoin d'aussi fortes garanties que les légataires de meubles. Si les legs mobiliers faits par le défunt ont pour objet des meubles héréditaires en nature, l'exécuteur testamentaire les délivrera aux légataires. Quant aux legs

de sommes d'argent, il les paiera sur le numéraire de la succession, et en cas d'insuffisance « il provoquera la vente du mobilier ». Ces expressions disent assez que l'exécuteur testamentaire n'a pas le droit de vendre le mobilier à l'amiable : ce qui pourrait compromettre le droit des héritiers.

L'exécuteur testamentaire ne doit pas procéder au paiement des legs sans la participation : de l'héritier, qui est intéressé à les contester. Au cas d'opposition de celui-ci, la justice sera naturellement appelée à vider le différend. L'exécuteur testamentaire, qui paierait un legs sans l'approbation de l'héritier ou l'ordre du juge, s'exposerait aux conséquences d'une action en responsabilité de la part de l'héritier qui soutiendrait que le paiement a été fait à tort, par exemple parce que le legs était nul.

Ce qui vient d'être dit du paiement des legs doit être étendu à la vente du mobilier, qui se fait en définitive pour le compte des héritiers, propriétaires de ce mobilier. L'exécuteur testamentaire ne doit y faire procéder que du consentement de l'héritier, ou à défaut, sur l'ordre du juge. Si la vente d'une partie seulement du mobilier est nécessaire, c'est à l'héritier qu'il appartient de désigner les meubles qu'il entend conserver.

* De ce que l'exécuteur testamentaire saisi est chargé du paiement des legs mobiliers, on aurait peut-être tort de conclure que la demande en délivrance doit être formée contre lui. L'exécuteur testamentaire n'est chargé que de l'exécution matérielle de la disposition, de la délivrance de fait, si l'on peut ainsi dire. C'est à l'héritier, saisi de la propriété et aussi de la possession de droit des choses héréditaires, qu'il appartient de faire la délivrance que nous appellerons de droit, celle qui implique une approbation du legs. Régulièrement, c'est donc contre celui-ci que doit être formée la demande en délivrance, et il donnera à l'exécuteur testamentaire l'ordre de payer. On peut fort bien soutenir que la demande en délivrance

formée contre l'exécuteur testamentaire serait irrégulière, et notamment qu'elle serait insuffisante pour faire courir les intérêts.

Aux termes de l'alinéa 4 de notre article, les exécuteurs testamentaires (saisis ou non, car la loi ne distingue pas) « veilleront à ce que le testament soit exécuté ». De plus, « ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité ». Bien entendu, les exécuteurs testamentaires peuvent intervenir, non seulement dans les contestations relatives à la validité du testament tout entier, mais aussi dans les contestations relatives à la validité d'une de ses dispositions. Bien plus, ils peuvent prendre les devants et agir dans certains cas pour procurer l'exécution du testament. Ce droit d'action offre surtout de l'utilité pour l'exécution des dispositions que le testateur a faites dans son intérêt personnel : comme s'il a ordonné qu'on lui construisît un monument ou qu'on fît dire des messes pour le repos de son âme. Des dispositions de ce genre resteraient souvent à l'état de lettre morte, si l'exécuteur testamentaire ne pouvait pas prendre l'initiative de leur exécution.

Enfin, les exécuteurs testamentaires saisis doivent, à l'expiration du délai fixé par le testateur pour la durée de la saisine, délai qui ne peut dépasser l'an et jour, rendre compte de leur gestion à qui de droit. En aucun cas, ils ne peuvent retenir la possession des meubles après l'expiration dudit délai, et cela alors même que l'exécution du testament ne serait pas encore achevée (art. 1031 in fine). Ils sont d'ailleurs responsables des fautes qu'ils commettent dans leur gestion. A quoi servirait d'exiger d'eux la capacité de s'obliger (art. 1028), s'ils ne pouvaient être responsables envers personne ? Leur responsabilité s'apprécierait d'après les règles écrites dans les art. 1991 et 1992.

1098. L'exécution testamentaire est gratuite, nous l'avons déjà dit. Mais tout au moins l'office que remplit l'exécuteur

testamentaire ne doit-il pas être pour lui la source d'un préjudice ; il a donc droit au remboursement des frais de toute nature qu'il a pu faire pour l'exécution de son mandat. On lit à ce sujet dans l'art. 1034 : « Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition

» des scellés, l'inventaire, le compte, et les autres frais relatifs

» à ses fonctions, seront à la charge de la succession ».

1099. Tout ce qui a été dit jusqu'ici s'applique, soit qu'il y ait un seul exécuteur testamentaire, soit qu'il y en ait plusieurs.

Voici maintenant une disposition spéciale pour le cas où il y a plusieurs exécuteurs, testamentaires : « S'il y a plusieurs exécuteurs

» testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au

» défaut des autres ; et ils seront solidairement responsables du

» compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur

» n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun d'eux ne se soit renfermé

» dans celle qui lui était attribuée » (art. 1033).

Ainsi il faut distinguer :

a. — Le testateur a divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires. Chacun doit se renfermer dans le cercle qui lui a été tracé. Aucune solidarité n'existe en ce cas entre les exécuteurs testamentaires, s'ils ne sont pas sortis des limites de leurs attributions respectives.

b. — Le testateur n'a pas divisé les fonctions des exécuteurs testamentaires. Alors un seul peut agir au défaut des autres, et ils sont tous solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié : ce qui suppose qu'ils ont la saisine.

III. De la nature de l'exécution testamentaire et de ses caractères.

1100. L'exécution testamentaire est une institution du pur droit civil. Une disposition formelle de la loi était nécessaire pour la créer et en autoriser l'usage. En effet le testateur se survit pour ainsi dire à lui-même dans la personne du mandataire qu'il a choisi, il commande pour le temps qui suivra sa mort, alors que la mort met naturellement fin à tout ici-bas. D'un autre côté l'exécution testamentaire apporte des entraves au droit de propriété, qui appartient aux héritiers du testateur sur les biens dont celui-ci n'a pas disposé, et contient ainsi une restriction aux principes fondamentaux de la matière, d'après lesquels tout propriétaire a sur sa chose un droit de maîtrise absolu. A ce double titre, le mandat que contient l'exécution testamentaire est un mandat d'une nature tout exceptionnelle, dont la loi peut seule fixer l'étendue et les limites. Il résulte de là que les exécuteurs testamentaires ne peuvent rien faire en dehors du cercle que la loi leur a tracé, et que le testateur lui-même n'a pas le droit d'élargir ce cercle en augmentant les pouvoirs que la loi leur accorde, ni celui de dispenser ses exécuteurs testamentaires de l'accomplissement, des formalités qu'elle prescrit dans l'intérêt des héritiers.

L'application de ces principes conduit aux déductions suivantes, dont plusieurs sont rejetées par la jurisprudence, qui a une tendance manifeste à considérer le mandat des exécuteurs testamentaires comme susceptible d'extension en vertu de la volonté du testateur. V. notam. trib. civ. de Lille, 19 mai 1892, D., 93. 2. 311.

1° Le testateur ne peut pas accorder à ses exécuteurs testamentaires la saisine de ses immeubles, l'art. 1026 n'autorisant que la saisine du mobilier ;

2° La durée de la saisine ne peut en aucun cas dépasser la limite fixée par l'art. 1026 : an et jour à compter du décès. On ne devrait donc tenir aucun compte de la volonté contraire exprimée par le testateur ; et d'autre part, à

l'expiration du délai fixé pour la cessation de la saisine, le juge ne pourrait pas en autoriser la prolongation. — Sur ces deux premiers points on est d'accord ; sur les autres, il y a des divergences plus ou moins graves ;

3° Le testateur ne peut pas valablement dispenser son exécuteur testamentaire de l'obligation de faire inventaire, qui lui est imposée par l'art. 1031 al. 2 ;

* 4° Les exécuteurs testamentaires ne peuvent pas faire vendre les immeubles pour payer les legs ; la loi ne les autorise à provoquer que la vente du mobilier (art. 1031 al. 3). Le testateur ne pourrait même pas leur conférer ce pouvoir par une clause formelle. En principe, le propriétaire seul peut vendre ; pour qu'un autre puisse avoir ce droit, il faut une disposition formelle de la loi. Il en faudrait une aussi, pour que le testateur pût conférer à son exécuteur testamentaire le droit de faire vendre ses biens à une époque où il ne sera plus propriétaire. La cour de cassation, qui juge le contraire, dit que le testateur, qui aurait pu ne rien laisser à ses héritiers (on les suppose non réservataires), peut à plus forte raison ne leur laisser ses biens que sous telle condition, sous cette condition notamment que les exécuteurs testamentaires pourront faire vendre les immeubles pour pourvoir à l'exécution du testament. — Mais la règle Qui peut le plus peut le moins n'est pas toujours un guide bien sûr. Souvent le législateur y déroge, par exemple quand il ne permet pas de donner aux exécuteurs testamentaires la saisine des immeubles et quand il défend de leur donner celle du mobilier pour un délai plus long que l'an et jour. L'interprète doit aussi ne pas tenir compte de cette règle, quand il y a des raisons pour permettre le plus et pour ne pas permettre le moins ; or c'est ce qui arrive ici. Que le testateur donne, s'il le veut, ses biens à d'autres qu'à ses héritiers. Mais s'il les laisse à ceux-ci, qu'il n'entrave pas arbitrairement leur droit de propriété en y apportant toutes sortes de restrictions. Le droit de faire vendre les immeubles n'est-il pas d'ailleurs

plus exorbitant que le droit d'en conférer la saisine, que tout le monde s'accorde à refuser au testateur ?

* 5° Le testateur ne peut pas dispenser ses exécuteurs testamentaires de l'obligation de rendre compte de leur gestion. — On oppose encore ici la maxime Qui peut le plus peut le moins : le testateur, dit-on, pourrait léguer à l'exécuteur testamentaire le reliquat de son compte ; donc il peut à plus forte raison priver ses héritiers de tout contrôle quant à l'administration de l'exécuteur testamentaire, et obliger ses héritiers à se contenter de ce que l'exécuteur testamentaire voudra bien leur remettre comme représentant le reliquat de son compte. La réponse est toujours la même : Sans doute le testateur peut ne pas laisser ses biens à ses héritiers ; mais il lui est interdit de les leur laisser et de ne pas les leur laisser tout à la fois. En d'autres termes, après leur avoir transmis ses biens, il ne peut pas entraver arbitrairement leur droit de propriété sur ces biens. Or c'est ce qu'il fait en dispensant l'exécuteur testamentaire de l'obligation de rendre compte, sans lui léguer le reliquat. Le reliquat appartient alors aux héritiers ; ils doivent avoir le moyen d'en faire fixer le montant d'une manière régulière. A quoi l'on peut ajouter que la dispense de rendre compte, qui permet à un exécuteur peu délicat de s'approprier un reliquat que le testateur n'a pas voulu lui léguer, est une clause de nature à favoriser la mauvaise foi, partant une clause immorale et qui doit à ce titre être réputée non écrite.

6° Le mandat de l'exécuteur testamentaire ne comprend pas le paiement des dettes : le nom même d'exécuteur testamentaire le dit suffisamment, et la loi le donne à entendre, puisqu'elle ne parle que du paiement des legs. Le testateur ne pourrait même pas, par une clause formelle de son testament, conférer à son exécuteur testamentaire le mandat de payer ses dettes. Sans préjudice, bien entendu, du droit qui appartient aux créanciers de saisir le mobilier dont l'exécuteur testamentaire a la saisine.

IV. Comment l'exécution testamentaire prend fin.

1101. L'exécution testamentaire prend fin :

1° Par la mort de l'exécuteur testamentaire. Cela résulte implicitement de l'art. 1032, ainsi conçu : « Les pouvoirs de l'exécuteur » testamentaire ne passeront point à ses héritiers ». Cette intransmissibilité des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire tient à la nature de sa mission, qui est un office d'ami et constitue par suite une charge essentiellement personnelle ;

2° Par l'exécution complète du testament ;

3° Par la renonciation de l'exécuteur testamentaire à la mission qu'il avait d'abord acceptée. Appliquez par analogie l'art. 2007 ;

4° Par la destitution de l'exécuteur testamentaire, prononcée par la justice, sur la demande des intéressés, pour cause d'incapacité ou d'infidélité (arg. art. 444-2°).

SECTION VIII

DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ

1102. Nullité, révocation, caducité : trois mois qui éveillent ici des idées tout à fait différentes.

La nullité résulte d'un vice originel. Une disposition testamentaire est nulle : 1° lorsque le testament qui la contient n'a pas été fait dans les formes légales (art. 1001) ; 2° lorsque le testateur n'avait pas la capacité requise.

La révocation et la caducité supposent l'une et l'autre une disposition testamentaire valable à l'origine.

La révocation résulte, soit de la volonté du testateur qui anéantit une disposition dans laquelle il ne veut plus

persévérer, soit d'une décision judiciaire rendue après sa mort et basée sur l'ingratitude ou l'indignité du légataire, ou sur le non-accomplissement des charges qui lui étaient imposées.

La caducité (de cadere, tomber) comprend toutes les autres causes qui peuvent empêcher une disposition testamentaire valable de produire son effet ; peu importe qu'elles tiennent à la personne du légataire, comme il arrive si le légataire meurt avant le testateur (art. 1039), ou à la chose léguée, par exemple si elle périt par cas fortuit avant le décès du testateur (art. 1042).

Le législateur s'occupe, dans cette section, de la révocation et de la caducité des legs. Nous allons les étudier dans deux paragraphes ; nous traiterons dans un troisième des conséquences de la nullité, de la révocation et de la caducité.

§ I. De la révocation des testaments.

1103. La révocation d'un testament peut être volontaire ou judiciaire.

N° 1. De la révocation volontaire.

1104. C'est celle qui résulte de la volonté du testateur. Les dispositions testamentaires sont essentiellement révocables. Le testateur peut donc modifier ses dispositions aussi souvent qu'il le juge à propos. Sa dernière volonté devra être seule exécutée : *in testamentis novissimæ scripturæ prævalent*. Aussi appelle-t-on souvent les dispositions testamentaires des dispositions de dernière volonté. Cette faculté de révocation est tellement essentielle que le testateur ne pourrait pas valablement y renoncer.

Il faudrait même déclarer nulle toute clause qui aurait pour but de la gêner arbitrairement. Telles les clauses que

l'on appelait autrefois déroatoires ou révatoires. En voici un exemple : « Tout testament que je pourrai faire postérieurement à celui-ci sera nul, s'il ne commence pas par ces mots : Ad majorem Dei gloriam ». C'était le plus souvent le bénéficiaire du testament qui obtenait du testateur l'insertion de la clause déroatoire. Il espérait que le testateur oublierait une formule presque toujours compliquée ou ne s'en souviendrait qu'imparfaitement, et se trouverait ainsi dans l'impossibilité de faire un testament révoquant l'ancien. L'art. 76 de l'ordonnance de 1735, qui introduisit tant de réformes utiles dans la législation relative aux testaments, avait déjà proscrit les clauses déroatoires, assez usitées dans notre ancien droit, où elles étaient devenues la source d'une foule de contestations ruineuses pour les familles ; l'art. 895 de notre code est conçu dans le même esprit. Cpr. supra, n. 807 al. fin.

La révocation, qui émane de la volonté du testateur, peut être expresse ou tacite.

I. De la révocation expresse.

1105. La révocation expresse est celle qui est faite expressis verbis, comme si le testateur a dit : « Je révoque tout testament par moi fait antérieurement au présent ».

1106. Forme de la révocation expresse. — « Les testaments ne

» pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament

» postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du

» changement de volonté » (art. 1035). Il résulte de ce texte que la révocation expresse, la seule à laquelle notre disposition s'applique, bien qu'on ait oublié de le dire, est un acte solennel, comme le testament qu'elle a pour objet

de détruire totalement ou partiellement. Faite en toute autre forme que l'une de celles prescrites par l'art. 1035, la révocation expresse serait nulle. Ces formes sont au nombre de deux, entre lesquelles le testateur a le choix, savoir : un testament postérieur ou un acte notarié.

1° Un testament postérieur, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, pourvu bien entendu qu'il soit valable ; ainsi un testament par acte public pourrait être révoqué par un testament olographe, ou même par un testament privilégié.

Serait valable la révocation d'un testament, contenue dans un acte sous seing privé entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur, bien qu'il ne contînt aucun legs. On a objecté contre cette solution que l'acte dont il s'agit est bien fait dans la forme d'un testament olographe (art. 970), mais que ce n'est pas un testament, parce que le testateur n'y donne rien à personne : or, d'après l'art. 1035, la révocation n'est valable qu'autant qu'elle est écrite dans un testament. L'objection ne porte pas. L'acte dont il s'agit est bien un testament, d'après la définition même de l'art. 895. En effet, le testateur y « dispose de ses biens », quoiqu'il ne les donne pas, puisqu'il les relire à quelqu'un à qui il les avait donnés d'abord : ce qui a pour résultat de les faire revenir à ses héritiers légitimes. D'ailleurs la loi se montre moins exigeante, en ce qui concerne la question de forme, pour la révocation que pour le testament lui-même, puisque, comme on le verra tout à l'heure, elle se contente d'un acte notarié ordinaire pour la révocation, tandis qu'elle ne s'en contente pas pour un testament (supra, n. 1021). Comment se pourrait-il dès lors qu'elle n'eût pas accepté pour la révocation la forme olographe qu'elle accepte pour le testament ? La jurisprudence est en ce sens. Bordeaux, 5 mai 1879, S., 79. 2. 216, D., 81. 2. 144, et Besançon, 26 juil. 1899, D., 00. 2. 348.

2° Un acte notarié. Cet acte n'est pas soumis aux prescriptions particulières des art. 971 et s. applicables seulement au testament par acte public. Notamment il n'a

pas besoin d'être dicté. Mais, tandis que les actes notariés ordinaires peuvent aujourd'hui être reçus par un seul notaire sans témoins, l'acte notarié contenant révocation de testament doit, à peine de nullité, être reçu par deux notaires ou par un notaire assisté de deux témoins. La présence du second notaire ou des témoins instrumentaires n'est requise qu'au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature des parties ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne pouvoir signer, et la mention en doit être faite dans l'acte à peine de nullité. Art. 9 de la loi du 25 ventôse de l'an XI, modifié par la loi du 12 août 1902. Cpr. supra, n. 934.

Mais voilà qu'un testateur, après avoir fait un premier testament dans une forme quelconque, en fait un deuxième par acte public ; ce dernier contient différents legs, et en outre il révoque expressément le premier ; il se trouve que ce deuxième testament est nul pour inobservation de l'une des formalités particulières au testament par acte public, par exemple pour avoir été reçu par un notaire en présence de deux témoins seulement au lieu de quatre (art. 971) ; mais il réunit d'ailleurs toutes les conditions requises pour la validité d'un acte notarié de révocation de testament. Les legs contenus dans ce testament seront certainement sans valeur. Le premier testament sera-t-il néanmoins révoqué ? On l'a soutenu en raisonnant comme suit : le deuxième testament contient ici deux ordres de dispositions d'une nature tout à fait distincte : des legs et une révocation expresse du premier testament. Les legs sont nuls, c'est incontestable, puisque l'acte qui les contient ne vaut pas comme testament. Mais il en est autrement de la révocation, l'acte qui la contient étant valable comme acte notarié de révocation, ce qui suffit aux exigences de l'art. 1035. Des deux volontés qu'a exprimées le testateur, il y en a une, celle relative aux legs, qu'on doit considérer comme non avenue, puisqu'il ne l'a pas manifestée dans la forme légale ; mais ce n'est pas une

raison pour ne pas exécuter l'autre, celle relative à la révocation, puisqu'elle satisfait aux exigences de la loi en ce qui concerne la forme. Donc le premier testament sera révoqué. — En raisonnant ainsi, on scinde la volonté du testateur qui semble bien, dans la plupart des cas, être indivisible. Il n'a voulu qu'une seule chose, tester ; et la révocation de son premier testament n'était qu'une conséquence des nouvelles dispositions qu'il a faites ; elle doit donc être considérée comme liée au sort de ces dispositions. C'est agir manifestement en sens contraire de la volonté du testateur que de reconnaître effet à la révocation en annulant les dispositions qui y ont donné lieu dans sa pensée. Quel va être d'ailleurs le résultat final de cette manière de procéder ? C'est qu'en définitive les biens du testateur reviendront à ses héritiers légitimes, qu'il excluait cependant dans son deuxième testament comme dans le premier. Est-ce là ce qu'il a voulu ? Cpr. Cass., 29 janv. 1908, D., 11. 1. 61, S., 11. 1. 502.

* 1107. La volonté du testateur étant susceptible de changer jusqu'à son décès, il peut, après avoir révoqué son testament, rétracter sa révocation. Conformément à cette règle de raison, qu'on peut détruire une volonté par un procédé semblable à celui qui est prescrit pour sa manifestation, on doit décider que la rétractation de la révocation pourrait être faite dans la même forme que la révocation elle-même, c'est-à-dire non seulement par un testament, postérieur — tout le monde est d'accord sur ce point —, mais aussi par un acte notarié ordinaire (art. 1035). D'ailleurs cette rétractation n'a pas pour but de créer de nouvelles dispositions testamentaires, et on ne voit pas pourquoi elle devrait nécessairement être faite dans la forme d'un testament.

En supposant que la révocation soit rétractée, quel sera l'effet de cette rétractation ? Le testament révoqué revivra-t-il ? Telle sera certainement l'intention du testateur, quand la révocation rétractée était pure et simple, c'est-à-dire non

accompagnée de legs. Autrement la rétractation n'aurait pas de sens, puisqu'elle laisserait les choses en l'état où elles étaient auparavant : la révocation pure et simple du testament avait eu pour résultat de faire revenir la succession aux héritiers légitimes du testateur, et elle leur resterait encore après la rétractation, si cette rétractation ne faisait pas revivre le premier testament. Il faut donc dire que le testament révoqué revivra. Rien d'impossible à cela, car ce testament a eu une existence légale ; il était seulement paralysé par un obstacle que le testateur a fait disparaître. Mais la question devient beaucoup plus délicate, si la révocation rétractée était accompagnée de dispositions nouvelles, si l'on suppose, en d'autres termes, qu'après avoir fait un testament, le testateur le révoque expressément par un autre testament dans lequel, en outre, il dispose à nouveau de ses biens, et qu'il rétracte ensuite purement et simplement sa nouvelle œuvre, c'est-à-dire la révocation et les legs qui l'accompagnaient. Alors il y a doute sur le point de savoir si le testateur, en révoquant le testament qui contient la révocation, a voulu revenir à son premier testament, ou s'il a voulu abandonner à la fois les deux testaments et revenir à la succession ab intestat. C'est au juge du fait qu'il appartiendrait de rechercher quelle a été l'intention du testateur. Cass., 20 juin 1883, D., 84. 1. 159, S., 84. 1. 377. Dans le doute absolu, il devrait peut-être se décider en faveur des héritiers ab intestat, qui ne peuvent être dépouillés qu'en vertu d'une volonté certaine. Rennes, 1^{er} juil. 1878, S., 79. 2. 117, D., 79. 2. 15, et Besançon, 26 juil. 1899, D., 00. 2. 348.

II. De la révocation tacite.

1108. La révocation tacite est celle qui résulte d'une volonté que le testateur n'a pas exprimée, mais qu'il a clairement manifestée en accomplissant certains actes.

Quels sont ces actes ? La loi en indique deux : 1° la confection d'un nouveau testament incompatible avec le précédent ; 2° l'aliénation de la chose léguée. Il y a lieu d'ajouter : 3° la destruction volontaire du testament par le testateur.

1° Testament postérieur.

1109. En droit romain, le testament devant nécessairement comprendre toute l'hérédité, d'après la règle *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, il en résultait que deux testaments successifs étaient forcément incompatibles l'un avec l'autre. On donnait en ce cas la préférence au plus récent, comme contenant l'expression de la dernière volonté du testateur. De là cette règle que formulent les Institutes : *Posteriori testamento prius rumpitur*. Il en est autrement dans notre droit. On peut par testament ne disposer que d'une partie de ses biens (art. 895) ; d'où il suit que plusieurs testaments successifs ne sont pas nécessairement incompatibles entre eux, chacun pouvant s'appliquer à des biens qui ne sont pas compris dans les précédents. Quel que soit le nombre des testaments laissés par un défunt, ces testaments devront tous s'exécuter simultanément, si leurs dispositions peuvent se concilier. Dans le cas contraire, on donnera la préférence aux dispositions les plus récentes, qui seront considérées comme révoquant tacitement les plus anciennes, d'après la règle *In testamentis novissimæ scripturæ prævalent*. C'est bien là ce qui résulte de l'art. 1036 : « Les testaments

- » postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents,

- » n'annuleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y

- » contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou

- » qui seront contraires ». Il y a peu d'intérêt à savoir

quelle différence existe entre les dispositions incompatibles et les dispositions contraires, puisque les unes et les autres sont soumises à la même règle. Ces expressions désignent toutes les dispositions qui ne sont pas susceptibles de se concilier les unes avec les autres et qui par suite ne peuvent pas être exécutées simultanément. On aurait pu se contenter de l'expression incompatible, à l'énergie de laquelle le mot contraire paraît ne rien ajouter.

1110. Cela posé, l'incompatibilité peut être matérielle ou seulement intentionnelle.

a. — Matérielle, lorsqu'il y a impossibilité absolue d'exécuter simultanément les dispositions contenues dans les différents testaments. Tel serait le cas où un testateur, après avoir légué une chose purement et simplement dans un premier testament, aurait légué cette même chose conditionnellement au même légataire par un deuxième testament.

Il y aurait, encore incompatibilité matérielle, si le testateur, ayant légué à une personne la pleine propriété d'un bien, lui avait légué par testament postérieur l'usufruit du même bien. Il est matériellement impossible d'exécuter simultanément ces deux dispositions, de donner d'une part la pleine propriété au légataire, en exécution du premier testament, et d'autre part l'usufruit du même bien en exécution du deuxième, ce qui serait lui donner une servitude sur sa propre chose. Il faut donc décider que la dernière disposition devra seule être exécutée ; elle abroge la première comme étant matériellement incompatible avec elle.

* Autre serait le cas où le testateur, après avoir légué à une personne tous ses biens en pleine propriété, lui en aurait ensuite donné l'usufruit par donation entre vifs. Ici le testateur a rendu la disposition irrévocable, en tant qu'elle s'appliquait à l'usufruit. Il l'a laissée subsister telle quelle, en tant qu'elle s'appliquait à la nue propriété, et par conséquent, s'il meurt sans l'avoir révoquée, le légataire en

recueillera le bénéfice. Douai, 26 déc 1882, S., 84. 2. 114.
Cpr. Cass., 18 déc. 1907, D., 08. 1. 198.

b. — Intentionnelle. L'incompatibilité intentionnelle est celle qui résulte de l'intention du testateur, manifestée par l'ensemble de ses dispositions testamentaires. A la rigueur, il serait possible d'exécuter simultanément les dispositions contenues dans les divers testaments laissés par le défunt ; mais les circonstances de la cause ou les termes dont le testateur s'est servi démontrent qu'il a entendu que la dernière disposition fût seule exécutée.

La question de savoir s'il y a incompatibilité intentionnelle entre deux dispositions qui ne sont pas matériellement incompatibles, est essentiellement une question de fait, dont la solution rentre dans le domaine souverain du juge, à la condition de ne pas dénaturer la disposition de l'acte. Cass., 21 oct. 1901, D., 03. 1. 204, 10 déc. 1902, S., 03. 1. 284, et 18 déc. 1907, D., 08. 1. 198 : trib. sup. des Deux-Ponts, 20 déc. 1905, S., 10. 4. 5. Cpr. supra, n. 1091. On ne peut que citer des exemples. — Par un premier testament, le testateur a légué l'immeuble A à Paul ; par un testament postérieur, il lègue ce même immeuble à Pierre. Il n'y a pas d'incompatibilité matérielle entre les deux dispositions ; car Pierre et Paul peuvent à la rigueur être considérés comme deux colégataires conjoints du même immeuble. Mais il est bien plus probable que le testateur a entendu révoquer le legs fait à Paul et donner l'immeuble tout entier à Pierre. Ce serait absolument certain, s'il avait dit dans le deuxième testament : « Je lègue à Pierre l'immeuble A que j'avais précédemment légué à Paul ». — Autre espèce : Par un premier testament, le testateur a institué Paul son légataire universel : par un deuxième, il institue Pierre. Pas d'incompatibilité matérielle entre ces deux dispositions, car on peut instituer plusieurs légataires universels (art. 1003). Toute la question est de savoir si telle a été l'intention du testateur, ou s'il n'a pas voulu substituer Pierre à Paul comme légataire universel. Cette dernière interprétation paraît bien plus rationnelle, surtout si le testateur est étranger aux connaissances

juridiques. Un testateur qui ne sait pas le droit s'imaginera difficilement que lorsqu'il dit : « Je lègue tous mes biens à Pierre », cela puisse signifier que Pierre devra les partager avec Paul auquel il les avait légués par un précédent testament. Cpr. Toulouse, 24 nov. 1896, sous Cass., 28 nov. 1898, D., 99. 1. 273, Grenoble, 28 avril 1903, S., 04. 2. 259, D., 04. 2. 42, et Cass., 10 déc 1906, D., 07. 1. 189. V. cep. Cass., 7 juil. 1886, S., 88. 1. 155, D., 87. 1. 75. — Enfin le testateur a dit dans un premier testament : « Je lègue l'immeuble A à Paul », puis dans un testament postérieur : « Je lègue tous mes biens à Pierre ». Le legs fait à Paul est-il révoqué ? La jurisprudence incline vers la négative, et il est certain qu'il n'y a nulle incompatibilité matérielle entre les deux dispositions. Mais peut-être n'est-ce pas tenir un compte suffisant de ce grand principe : que, dans toutes les questions de ce genre, la volonté du testateur doit être le régulateur suprême, qu'il ne faut se préoccuper par conséquent que d'une manière secondaire du point de savoir si en droit telle disposition testamentaire est compatible avec telle autre, et que telle interprétation d'un testament, qui serait excellente si le disposant était un jurisconsulte, court le risque d'être directement contraire à sa volonté, s'il ignore les principes les plus élémentaires du droit. Or, quand un testateur qui est étranger à cette science dit : « Je lègue tous mes biens à Pierre », il se figurera difficilement que cette disposition puisse laisser subsister un legs fait antérieurement à Paul, dont il ne parle pas, et qu'il puisse être nécessaire par suite de révoquer expressément ce legs.

1111. Aux termes de l'art. 1037 : « La révocation faite dans un

» testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte

» reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du

» légataire, ou par leur refus de recueillir ». Le législateur

tranche ici, peut-être pour tarir dans leur source de nombreux procès, une question d'intention dont il aurait mieux fait, suivant quelques-uns, de laisser la solution au juge du fait. Le testateur qui révoque une disposition testamentaire expressément ou tacitement — la loi ne distingue pas (Grenoble, 28 avril 1903, D., 04. 2. 42, et Cass., 16 juil. 1906, D., 06. 1. 367, S., 09. 1. 387) — par un testament postérieur, entend peut-être subordonner la révocation qu'il fait à l'exécution de ses nouvelles dispositions ; mais peut-être aussi entend il que la révocation produise son effet quoi qu'il arrive, c'est-à-dire alors même que les nouvelles dispositions demeureraient sans exécution par suite de l'incapacité du légataire ou de son refus de recueillir. C'est dans ce dernier sens que la loi interprète de sa propre autorité la volonté du testateur, en supposant bien entendu qu'il ne se soit pas expliqué ; car, s'il avait dit que la révocation de son premier testament est subordonnée à l'exécution du deuxième, il est clair que sa volonté devrait être suivie.

* Au cas où les nouvelles dispositions resteraient sans effet par suite « de l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire ou par suite de leur refus de recueillir », il faudrait assimiler celui où elles resteraient sans effet par suite du prédécès du légataire (art. 1039). Il y a même raison de décider, la disposition étant caduque dans cette dernière hypothèse comme dans les deux premières (Grenoble, 28 avril 1903, S., 04. 2. 259, D., 04. 2. 42). Mais il faudrait donner une solution différente au cas où les nouvelles dispositions demeureraient stériles comme entachées de substitution prohibée (art. 896). Ici la disposition est nulle et non pas caduque. De plus, à la différence de ce qui a lieu dans les cas prévus par l'art. 1037, c'est par suite d'un fait personnel au testateur que la disposition reste sans effet. On est donc en dehors des termes de cet article ; et, comme sa disposition est exceptionnelle, on ne doit pas l'étendre à cette hypothèse.

Nous concluons que le juge aurait à apprécier, d'après les circonstances de la cause, quelle a été l'intention du testateur. Cass., 18 déc. 1894, D., 95. 1. 119.

* Par le même motif, l'art. 1037 ne devrait pas être appliqué, si la disposition testamentaire d'où résulte la révocation était nulle comme faite en violation de l'art. 907 ou de l'art. 909. D'ailleurs, le legs fait au tuteur (art. 907) ou au médecin (art. 909) est annulé, parce que la loi présume qu'il est le résultat de l'influence exercée par le légataire sur l'esprit du testateur, donc aussi la révocation qui en résulte.

2° Aliénation par le testateur de la chose léguée.

1112. Le testateur qui aliène la chose léguée, manifeste, implicitement la volonté de révoquer le legs. Aussi notre législateur, sans s'arrêter aux distinctions assez subtiles du droit romain et de notre ancien droit, distinctions dont l'application engendrait dans la pratique de nombreux procès, décide-t-il dans des termes absolus que : « Toute aliénation, celle même par vente avec faculté de

» rachat ou par échange, que fera le testateur de tout ou de partie de

» la chose léguée, emportera la révocation du legs pour tout ce qui

» a été aliéné, encore que l'aliénation postérieure soit nulle, et que

» l'objet soit rentré dans la main du testateur » (art. 1038).

Toute aliénation, dit la loi ; donc l'aliénation à titre gratuit comme celle à titre onéreux. En ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, la loi s'explique sur deux cas particuliers qui auraient pu donner lieu à des doutes : — D'abord le cas d'échange. L'aliénation par voie d'échange de la chose léguée entraîne la révocation pure et simple du legs ; le légataire n'aura donc pas droit à la chose acquise par le testateur en contre échange, pas plus qu'en cas de

vente il n'aurait droit au prix. Ricard soutenait le contraire dans notre ancien droit : — Ensuite le cas de vente avec faculté de rachat. Ici encore le legs sera révoqué purement et simplement, sans que le légataire puisse réclamer la chose, si le testateur l'a reprise en usant de la faculté qu'il s'était réservée dans le contrat. Pothier était d'un avis opposé.

* Ce que la loi dit de la vente avec faculté de rachat semble devoir être appliqué à toutes les autres aliénations faites sous condition résolutoire, eadem est ratio, mais non aux aliénations sous condition suspensive ; ces dernières n'entraîneraient donc pas la révocation du legs, si la condition ne se réalise pas. En effet l'aliénation sous condition suspensive n'existe pas tant que la condition n'est pas accomplie, et elle sera censée n'avoir jamais existé, si la condition vient à défaillir ; il semble donc que la révocation doit être conditionnelle comme l'aliénation. Autre est le cas de l'aliénation sous condition résolutoire, qui existe immédiatement, et qui, dans la pensée du testateur, a dû entraîner une révocation immédiate du legs.

1113. L'aliénation de la chose léguée entraîne la révocation du legs, alors même qu'elle est nulle ; car elle n'en implique pas moins chez le testateur l'intention de révoquer.

Il en sera ainsi, quelle que soit la cause de la nullité de l'aliénation, lex non distinguit. Peu importe donc que ce soit l'incapacité de l'aliénateur, par exemple s'il est mineur ou femme mariée, ou bien l'inaliénabilité de la chose, par exemple s'il s'agit d'un immeuble dotal (cpr. Cass., 25 avril 1887, D., 88. 1. 169, S., 87. 1. 320), ou même un vice de forme : ce qui arriverait si le testateur avait disposé de la chose léguée par une donation entre vifs ne satisfaisant pas aux prescriptions des art. 931 et 932, par exemple par une donation faite en la forme sous seing privé. Ce dernier point est cependant contesté.

Et toutefois faut-il encore, pour qu'une aliénation nulle entraîne la révocation du legs, qu'elle puisse faire supposer chez le testateur l'intention de le révoquer. Si donc l'aliénation était nulle pour avoir été consentie par un testateur interdit, ou même, quoiqu'il y ait des doutes sur ce point, parce qu'elle aurait été consentie sous l'empire de la violence, elle n'entraînerait pas la révocation du legs.

1114. Si l'aliénation de la chose léguée n'est que partielle, le legs subsistera pour la partie non aliénée.

La constitution d'un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation, ou d'un droit de servitude sur la chose léguée, équivalant à une aliénation partielle, n'entraînerait qu'une révocation partielle du legs.

Quant à la constitution d'un droit d'hypothèque sur la chose léguée, elle n'entraînerait aucune révocation, même partielle, du legs ; mais le légataire serait exposé aux conséquences de l'action hypothécaire, sauf son recours contre qui de droit.

* 1115. L'art. 1038 parle de l'aliénation de la chose léguée ; ce qui suppose que le legs a pour objet un corps certain. Sa disposition serait donc inapplicable aux legs de choses déterminées seulement quant à leur espèce, par exemple vingt mesures de froment, un cheval. Elle ne s'appliquerait pas non plus aux legs universels ou à titre universel. Il n'y a pas ici de chose léguée ; le legs porte sur l'universalité, c'est-à-dire sur le patrimoine du disposant tel qu'il se trouvera lors de son décès. Les aliénations que fera le testateur pourront modifier la composition de ce patrimoine, mais elles n'entraîneront pas la révocation du legs ; elles pourront transformer le droit du légataire, mais elles ne l'anéantiront pas. La cour de cassation a même pu décider, par application de ce principe, qu'un legs universel n'avait pas été révoqué par l'aliénation que le testateur avait faite de tous ses biens à charge de rente viagère : ce qui permettait au légataire de réclamer tous les biens

acquis par le testateur postérieurement à cette aliénation et existant encore à l'époque de son décès.

* 1116. D'après notre article, c'est seulement l'aliénation faite par le testateur qui entraîne la révocation du legs. Cass., 31 mai 1907, D., 09. 1. 377.

De là il faut conclure, mais il y a controverse sur ces deux points

1° Que l'expropriation de la chose léguée, pour cause d'utilité publique, ou l'expropriation forcée de cette chose, subie par le testateur sur la poursuite de ses créanciers, n'entraînerait pas la révocation du legs. Le testateur joue dans l'un et l'autre cas un rôle purement passif, qui n'implique pas sa volonté de révoquer le legs. Le légataire aura donc droit à la chose, si le testateur en est redevenu propriétaire lors de son décès. Dans le cas contraire, le legs sera caduc (art. 1042), le légataire ne pouvant plus réclamer ni la chose, qui est à autrui, ni le prix, qui ne lui a pas été légué ;

2° Que si le testateur est interdit, l'aliénation de la chose léguée, consentie par son tuteur, n'entraînera pas la révocation du legs ; mais, comme dans le cas précédent, le legs sera caduc, si la chose n'est pas redevenue la propriété du testateur lors de son décès. On voit le danger que court le légataire d'un corps certain, lorsque le testateur est interdit : le tuteur, parent le plus souvent, aura tout intérêt à aliéner la chose léguée pour rendre le legs caduc. Il est peut-être malaisé d'indiquer au légataire un moyen légal pour prévenir ce résultat ; mais il paraîtrait difficile de lui refuser, après la mort du testateur, une action en dommages et intérêts contre le tuteur, s'il parvenait à démontrer que celui-ci n'a fait l'aliénation qu'en vue de rendre le legs caduc.

3° Destruction volontaire du testament par le testateur.

1117. Un testateur détruit son testament olographe, par exemple en le livrant aux flammes, ou bien il le lacère (Cass., 14 mars 1892, D., 99. 1. 406), ou encore il le annule. Nul doute que ces faits, s'ils ont été accomplis volontairement, n'entraînent la révocation du testament. V. cep. Cass., 23 janv. 1888, D., 88. 1. 149, S., 88. 1. 78. Au cas où le testateur aurait raturé ou biffé quelques-unes seulement des dispositions de son testament olographe, ces dispositions seraient seules révoquées ; et toutefois, si la rature portait sur une des parties essentielles du testament, comme la date ou la signature, le testament serait révoqué pour le tout. Cass., 15 mai 1878, D., 79. 1, 39, et Nîmes, 8 janv. 1895, D., 95. 2. 357, S., 96. 2. 126.

S'il s'agit d'un testament par acte public, les altérations que le testateur aurait fait subir à une expédition du testament, ou même la destruction qu'il en aurait opérée, seraient sans influence sur le sort des dispositions testamentaires ; car la minute reste chez le notaire, et la minute c'est le testament. Il en serait autrement, si le testateur avait réussi à se procurer la minute elle-même et l'avait détruite. Arg. art. 970.

Si, le testament étant fait dans la forme mystique, le testateur en a rompu le cachet, il n'y a plus de testament mystique ; mais, si le testateur a laissé subsister l'acte que contenait l'enveloppe, il vaudra comme testament olographe, pourvu qu'il soit entièrement écrit, daté et signé de la main du testateur.

Sauf le cas peut-être où elle aurait été ordonnée par le testateur (Cour d'appel de Venise, 7 mars 1899, S., 02. 4. 21. Cpr. Cass. Turin, 5 juil. 1907, D., 10. 2. 84), il va de soi que la destruction, la lacération ou la cancellation d'un testament n'en entraînerait pas la révocation, si elle émanait d'un tiers. Les intéressés seraient alors admis à prouver par tous les moyens possibles, même par témoins, l'existence du testament, sa régularité et son contenu, et pourraient, cette preuve une fois faite, en obtenir

l'exécution. Arg. art. 1348. Jurisprudence constante en ce sens. Derniers arrêts : Montpellier, 7 mai 1900, sous Cass., 8 déc. 1902, S., 04. 1. 132, D., 03. 1. 93, et Grenoble, 6 août 1901, S., 03. 2. 106, D., 02. 2. 469.

N° 2. De la révocation judiciaire.

1118. La révocation judiciaire est celle qui est prononcée par la justice, après la mort du testateur, sur la demande de ses héritiers ou d'autres intéressés. A la différence de la révocation volontaire, qui procède du fait du testateur, la révocation judiciaire est encourue par le fait du légataire.

Les causes qui peuvent autoriser la justice à prononcer la révocation d'un legs sont limitativement déterminées par les art. 1046 et 1047 ainsi conçus :

ART. 1046. Les mêmes causes qui, suivant l'article 954 et les deux premières dispositions de l'article 955, autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires.

ART. 1047. Si cette demande est fondée sur une injure grave, faite à la mémoire du testateur, elle doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit.

Il y a donc trois causes de révocation des legs.

1° Inexécution des charges imposées par le testateur au légataire.

Il faudrait appliquer ici de tous points ce que nous avons dit de cette cause de révocation en matière de donations entre vifs, le législateur s'étant borné à un renvoi pur et simple à l'art. 954.

2° Indignité du légataire. Le légataire doit être déclaré indigne, s'il se trouve dans l'un des deux premiers cas prévus par l'art. 955, c'est à-dire : 1° s'il a attenté à la vie du testateur ; 2° s'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves. Le législateur passe à dessein sous silence la troisième cause prévue par l'art.

955, le refus d'aliments ; en effet le légataire n'est pas tenu en cette qualité de l'obligation alimentaire envers le testateur, puisqu'il ne reçoit rien du vivant de celui-ci, et par suite il ne saurait être privé de son legs pour avoir refusé des aliments au testateur.

Nous pensons, malgré les doutes qui ont été élevés sur ce point, que l'action en révocation pour cause d'indignité du légataire devrait être intentée dans le délai déterminé par l'art. 957. On admet généralement que les art. 956 et 958, qui règlent les effets de la révocation, devraient recevoir ici leur application ; alors pourquoi n'appliquerait-on pas aussi l'art. 957 ? Paris, 18 fév. 1896, D., 96. 2. 197.

* Nous venons de dire que l'art. 958 s'applique à la révocation des legs. Et toutefois, comme les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription, il ne peut pas être question de rendre la demande en révocation d'un legs public par le moyen qu'indique l'art. 958 (inscription de la demande en marge de la transcription). Il faut en conclure que la demande en révocation serait présumée connue des tiers indépendamment de toute mesure de publicité.

3° Ingratitude du légataire, résultant de ce qu'il s'est rendu coupable d'une injure grave envers la mémoire du testateur. C'est un cas d'ingratitude, parce que c'est après avoir été gratifié que le légataire se rend coupable envers son bienfaiteur. Au contraire, dans les deux cas qui précèdent, le légataire est indigne plutôt qu'ingrat, parce que les faits qui lui sont reprochés sont antérieurs à sa gratification.

Il a été jugé avec raison que le vol d'objets appartenant à la succession, commis par le légataire, ne doit pas être considéré comme une injure à la mémoire du testateur. Il est plus difficile d'approuver sans réserves quelques décisions judiciaires, qui refusent ce caractère à l'inconduite, même notoire, pendant l'année du deuil, de la veuve du testateur, légataire de celui-ci.

L'appréciation de la gravité de l'injure rentre dans le domaine du juge du fait.

1119. On voit que, des trois causes de révocation des donations entre vifs, il y en a une qui est inapplicable aux legs, la survenance d'enfant. Le silence, que le législateur garde dans l'art. 1046, à l'endroit de cette cause de révocation, est significatif. Ainsi donc un legs n'est pas révoqué par la survenance d'un enfant au testateur, qui n'en avait pas lors de la confection de son testament. Il y en a une excellente raison : le testament est révocable ; si le testateur, auquel il est survenu un enfant, se repent de la disposition qu'il a faite, quoi de plus facile pour lui que de la révoquer ? Il était donc inutile que la loi vînt à son secours. Au contraire elle a dû venir au secours du donateur, qui, n'ayant pas d'enfants lors de la donation, en voit survenir un ; car, la donation étant irrévocable, le donateur eût été impuissant à détruire son œuvre.

Il y a cependant un cas dans lequel le système de la loi peut conduire à un résultat regrettable. Un testateur sans enfant meurt, laissant sa femme dans un état de grossesse qu'il ignore. La naissance de l'enfant posthume du testateur ne révoquera pas son testament. C'était le cas pourtant d'agir pour le testateur, qui n'est plus là pour révoquer son testament et qui le révoquerait probablement s'il vivait encore. En négligeant de le faire, le législateur a peut-être manqué de prévoyance ; mais il n'appartient pas à l'interprète de corriger son œuvre en créant une cause de révocation qu'il a peut-être, après tout. volontairement omise ¹¹⁹.

§ II. De la caducité des legs.

1120. Une disposition testamentaire devient caduque (de cadere, tomber) lorsque, valable d'ailleurs, elle tombe, c'est-à-dire devient inutile, en vertu d'une cause tenant soit

à la personne du légataire, soit à la chose léguée. La volonté du testateur ne joue donc aucun rôle dans la caducité.

1. Causes de caducité tenant à la personne du légataire.

1121. Il y en a trois : 1° le prédécès du légataire ; 2° son incapacité ; 3° son refus.

1122. 1° Prédécès du légataire. Les donations testamentaires sont personnelles, comme l'affection qui les dicte. Il s'ensuit que le droit résultant d'un legs ne peut s'ouvrir que dans la personne du légataire ; il faut donc que le légataire vive au moment de l'ouverture du droit : son décès avant cette époque rend le legs caduc. D'ailleurs, dès que le droit s'est ouvert au profit du légataire, il fait partie de son patrimoine, et, si le légataire décède, même un instant de raison après l'ouverture du legs, il transmet son droit à ses héritiers ou ayant-cause (art. 1014).

On voit qu'il est fort important de savoir à quel moment le droit s'ouvre au profit du légataire, à quel moment a lieu ce que les commentateurs du droit romain appellent le *dies cedit*.

Or, pour que le droit résultant d'un legs puisse s'ouvrir, il faut d'abord que le testateur soit décédé ; tant qu'il vit, le legs ne constitue qu'un projet, et le légataire ne peut avoir qu'une espérance. Le prédécès du légataire rendra donc dans tous les cas le legs caduc. « Toute disposition testamentaire », dit l'art. 1039, « sera » caduque, si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au » testateur ». Il faut en outre que la condition soit réalisée, si le legs a été fait sous une condition suspensive ; car une semblable condition suspend l'existence même du legs, et par suite le droit ne peut s'ouvrir que lorsque la condition est réalisée (arg. art. 1168). Le légataire devra donc nécessairement être vivant lors de la réalisation de la condition ; autrement le legs sera caduc. C'est ce qui

résulte de l'art. 1040 : « Toute disposition testamentaire faite sous

- » une condition dépendante d'un événement incertain ; et telle que,

- » dans l'intention du testateur, cette disposition ne doit être exécutée

- » qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera

- » caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement

- » de la condition ». Cpr. supra, n. 1072. Ce que nous venons de dire du legs fait sous une condition suspensive ne devrait pas être appliqué au legs fait sous une condition résolutoire. En effet, la condition résolutoire n'affecte pas l'existence du droit, mais seulement sa résolution : elle n'empêche pas le droit d'exister immédiatement, mais, si elle se réalise, elle en amènera la résolution. Il suffira donc que le légataire survive au testateur. Le droit s'ouvrira alors à son profit, sauf résolution si la condition résolutoire se réalise. Limoges, 28 juin 1892, S., 93. 2. 502. Ce que nous venons de dire du legs sous condition résolutoire s'applique à plus forte raison au legs à terme. En effet, le terme suspend seulement l'exécution du droit et non son existence.

En résumé, s'il s'agit d'un legs pur et simple, à terme ou sous condition résolutoire, il faut et il suffit, pour que le droit s'ouvre au profit du légataire et devienne transmissible à ses héritiers ou ayant-cause, que le légataire ait survécu au testateur. Il faut en outre que le légataire ait survécu à la réalisation de la condition, si le legs a été fait sous une condition suspensive non encore réalisée au décès du testateur.

On voit combien il importe de savoir si un legs est à terme ou sous condition suspensive. Dans le premier cas, en effet, il suffit que le légataire survive au testateur, tandis que, dans le deuxième, il doit survivre en outre à la

réalisation de la condition. Or parfois il peut y avoir doute sur le point de savoir si un legs est à terme ou conditionnel. Comment résoudre-t-on la difficulté ? Il faudra avant tout rechercher l'intention du testateur, qui est ici le régulateur suprême, et par suite ne pas s'attacher exclusivement à la formule du legs, les expressions employées par le testateur ayant pu trahir sa pensée, surtout s'il est étranger aux connaissances juridiques. Ainsi une disposition, dont la formule semble annoncer un legs conditionnel, devrait être considérée comme un legs à terme, si telle paraît être la volonté du testateur, révélée par l'ensemble des dispositions du testament et les autres circonstances de la cause. C'est cette idée qu'exprime en termes assez obscurs l'art. 1041, ainsi conçu : « La condition qui, dans l'intention du testateur, ne

- » fait que suspendre l'exécution de la disposition [et non son existence même], n'empêchera

- » pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible

- » à ses héritiers ».

D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que la condition à laquelle le legs est subordonné soit de nature à ne pouvoir se réaliser qu'après le décès du testateur. Il y a même des conditions qui ne peuvent se réaliser que pendant la vie du testateur, par exemple la condition que le légataire entretiendra le testateur jusqu'à son décès. On a contesté à tort la validité d'un legs fait sous une semblable condition. Cass., 22 mars 1882, S., 85. 1. 59, D., 83. 1. 76 ; Dijon, 2 mai 1883, S., 85. 2. 154.

* Un testateur a dit : « Je lègue à Pierre 10.000 fr. à la mort de Paul ». C'est un legs à terme incertain, dies incertus, car la mort de Paul est un événement certain quant à sa réalisation, mais incertain quant à sa date. Maintenant, peut-être le testateur a-t-il voulu dire que le legs ne devra s'ouvrir au profit de Pierre qu'à la mort de Paul ; en d'autres termes, la disposition, dans l'intention du

testateur, était peut-être l'équivalent de ceci : « Je lègue à Pierre, s'il survit à Paul ». Alors le legs sera conditionnel. Mais peut-être aussi le testateur a-t-il entendu léguer à Pierre 10.000 fr. payables à la mort de Paul : ce qui constituerait un legs à terme. Le juge résoudra la question d'après les éléments indiqués tout à l'heure. Paris, 24 fév. 1893, S., 93. 2. 189. — Par où l'on voit que la maxime romaine *Dies incertus conditionem in testamento facit* n'a plus chez nous que l'autorité d'une règle de raison.

* 1123. Quand un legs conditionnel s'est ouvert dans la personne du légataire, la condition rétroagit au jour du décès du testateur, si elle s'est accomplie postérieurement à cette époque (arg. art. 1179). Cass., 6 mars 1905, D., 05. 1. 450. De là il résulte que, si le legs porte sur un corps certain, le légataire, qui a survécu à l'accomplissement de la condition, sera réputé avoir été propriétaire de la chose léguée dès le moment du décès, et par suite il y aurait lieu de maintenir les aliénations et les constitutions de droits réels qu'il aurait faites dans l'intervalle du décès à la réalisation de la condition. Au contraire, les aliénations et les constitutions de droits réels, provenant du chef de l'héritier, seraient à considérer comme non avenues.

Toutefois, le légataire n'aurait pas droit aux fruits que l'héritier a pu toucher dans l'intervalle écoulé depuis le décès jusqu'à la réalisation de la condition. C'est ce que l'on peut induire par argument de l'art. 1014, qui n'accorde les fruits au légataire qu'à compter de sa demande en délivrance ou de la délivrance qui lui aurait été volontairement consentie.

Dans l'intervalle qui s'écoule entre le décès du testateur et la réalisation de la condition, le légataire a un droit conditionnel (avant le décès du testateur il n'avait aucun droit). Il pourra donc accomplir des actes conservatoires, par exemple inscrire l'hypothèque légale que lui accorde l'art. 1017, ou le droit de séparation des patrimoines résultant pour lui de l'art. 2111. Arg. art. 1180.

1124. Il y a des legs qui deviennent rarement caducs par le prédécès du légataire : ce sont ceux faits à des personnes morales, telles qu'un hospice, une ville, une congrégation religieuse dûment autorisée. La raison en est que ces personnes meurent difficilement. Elles meurent quelquefois cependant, comme il arriverait pour une ville qui serait entièrement détruite par un tremblement de terre, et il est clair que, si cet événement se réalisait avant l'ouverture du legs, le legs deviendrait caduc.

1125. 2° Incapacité du légataire. Cette cause de caducité, ainsi que la suivante, est prévue par l'art. 1043 ainsi conçu : « La disposition

» testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera, ou se trouvera incapable de la recueillir ». Ainsi, postérieurement à la confection du testament, le légataire est condamné à une peine afflictive perpétuelle, sous le coup de laquelle il se trouve encore au moment du décès du testateur ; le legs est caduc.

1126. 3° Répudiation du légataire (art. 1043). Le bénéfice du legs ne peut pas être acquis au légataire malgré lui. Il peut d'ailleurs avoir de bons motifs pour le refuser. Pour la forme de la renonciation, v. supra, n. 613 et 1046.

Par application de la règle qui interdit les pactes sur succession future, il y aurait lieu de considérer comme nulle, et même comme inexistante, la renonciation que le légataire aurait faite à son legs avant le décès du testateur (arg. art. 791, 1130, 1600). Mais aussitôt cet événement survenu, le légataire peut répudier, alors même que le legs serait conditionnel.

Le même principe conduit à déclarer nulle la convention par laquelle les héritiers présomptifs d'une personne s'engageraient, pendant la vie de celle-ci, à considérer comme non avenue toute disposition testamentaire par laquelle elle avantagerait l'un d'eux au préjudice des autres, Cass., 13 mai 1884, S., 84. 1. 337.

2. Cause de caducité relative à la chose léguée : perte de la chose.

1127. « Le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri

» pendant la vie du testateur. — Il en sera de même si elle a péri

» depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci

» ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également

» dû périr entre les mains du légataire » (art. 1042).

Un legs ne peut devenir caduc par la cause qui nous occupe qu'autant qu'il a pour objet une chose certaine et déterminée, exemple : la maison sise cours de Tourny, n° 52, à Bordeaux, mais non s'il porte sur une chose déterminée seulement quant à son espèce, comme un cheval in genere, dix mesures de froment ; car, pour que la chose léguée pérît, en pareil cas, il faudrait que le genre auquel elle appartient périt tout entier ; or *genus nunquam perit*.

Pour déterminer les effets que produit la perte de la chose léguée, il faut distinguer avec soin le cas où cette chose a péri avant l'ouverture du legs et celui où elle a péri après.

1128. a. — La chose léguée a péri avant l'ouverture du legs, c'est-à-dire avant la mort du testateur, si le legs est pur et simple ou à terme, ou même depuis cet événement, mais avant la réalisation de la condition, s'il est conditionnel. La disposition est alors caduque : en effet le droit du légataire ne peut pas naître, puisqu'au moment fixé pour son ouverture l'objet du droit n'existe plus. — Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la chose léguée ait péri totalement. Si elle n'a péri que partiellement, le legs produira son effet quant à la portion qui subsiste. Ainsi, le troupeau légué ayant été ravagé par

une épidémie, le légataire aura droit à la portion qui a été épargnée. D'ailleurs au cas de perte totale, le legs tombe pour le tout ; le légataire n'aura donc pas droit aux accessoires de la chose ni aux débris qui en subsistent. Ainsi celui auquel a été légué un cheval harnaché ne pourra pas réclamer le harnais ni le cuir de l'animal mort avant l'ouverture du legs.

La perte totale de la chose léguée entraîne la caducité du legs, quelle que soit la nature de cette chose et alors même qu'elle serait incorporelle. Les choses incorporelles sont même plus exposées à périr, juridiquement parlant, que les choses corporelles. Ainsi le legs d'une créance deviendra caduc, si le testateur en a touché le montant. En recevant le paiement d'une créance on l'anéantit ; car le paiement est une des causes d'extinction des obligations. Et toutefois il en serait autrement, s'il était démontré que le testateur a entendu léguer le montant de la créance, plutôt que la créance elle-même, de telle sorte que, dans sa pensée, la créance n'a été indiquée que comme mode de recouvrement du legs ; en pareil cas, le legs ne deviendrait pas caduc par suite de cette circonstance, que le testateur aurait touché la créance. Cass., 6 janv. 1874, S., 74. 1. 212, D., 76. 5. 395.

La perte de la substance de la chose léguée équivaut à sa perte totale, et rend par suite le legs caduc. Il y a destruction de la substance d'une chose, lorsqu'elle a subi des transformations si profondes, si radicales, qu'elle est devenue une chose différente, portant un autre nom. Ainsi un testateur a légué du bois de construction ; avant sa mort ce bois a été transformé en un navire. La substance de la chose est périée, et par suite le legs caduc ; le légataire n'a pas droit au navire. Les changements de forme accessoires, qui modifient la chose sans la dénaturer, par exemple la transformation d'une terre labourable en une vigne ou réciproquement, n'entraînent pas la caducité du legs ; malgré ces changements, la chose conserve sa même

nature juridique. A plus forte raison en serait-il de même des changements qui laissent subsister la forme de la chose et son nom. C'est ainsi que le legs d'un bateau ne deviendrait pas caduc, par cela seul que le bateau aurait été réparé un si grand nombre de fois qu'il ne subsisterait plus une seule planche de sa construction primitive ; malgré ces changements, c'est toujours le même bateau.

Quand la chose léguée périt pendant la vie du testateur, il importe peu que ce soit par cas fortuit, ou par le fait du testateur, de l'héritier ou d'un tiers ; le résultat est dans tous les cas le même, la caducité du legs. Et le légataire n'aurait pas droit aux dommages et intérêts qui peuvent être dus ou qui ont pu être payés par l'auteur de la destruction. Ces dommages et intérêts, ou l'action pour les obtenir appartiennent à la succession.

Si le legs est conditionnel, la perte de la chose, survenue dans le temps intermédiaire entre le décès du testateur et l'accomplissement de la condition, entraînerait aussi la caducité du legs ; seulement, si la condition se réalise, le légataire aura une action en dommages et intérêts contre l'héritier ou le tiers par la faute ou par le fait duquel la chose aurait péri (arg. art. 1179).

1129. b. — La chose léguée a péri après l'ouverture du legs. Il ne peut être question de caducité dans cette hypothèse. Comment, en effet, le legs pourrait-il devenir caduc, puisqu'il a produit tout son effet au profit du légataire qui est devenu propriétaire de la chose léguée (art. 1014) ? Par définition même, la caducité empêche le legs de produire son effet ; par conséquent, un legs qui a déjà produit tout son effet ne saurait devenir caduc. L'art. 1042 a donc tort de dire que le legs est caduc, si la chose a péri depuis la mort du testateur. Cela n'est exact que dans le cas assez rare où, s'agissant d'un legs conditionnel, la chose a péri dans l'intervalle écoulé entre le décès du testateur et la réalisation de la condition. Ce qui a sans doute fait illusion sur l'esprit du législateur, c'est que la

perte de la chose, survenue après l'ouverture du legs, est en principe pour le compte du légataire ; et, comme la caducité a aussi pour résultat de priver le légataire de la chose léguée, le législateur a pu être conduit à assimiler la première hypothèse à la seconde. Ce n'est pas une dispute de mots. En effet, si le legs est caduc, comme le dit inexactement notre article, le légataire n'a droit ni aux accessoires de la chose ni à ses débris. Il peut les réclamer au contraire, en vertu de la règle *Quod ex re mea superest meum est*, si l'on décide, conformément à la raison et aux principes, que le legs n'est pas caduc. Evidemment, c'est à cette dernière solution qu'il faut s'en tenir. Les termes employés par le législateur ont certainement trahi sa pensée.

Les mots qui terminent l'art. 1042 ne sont qu'une application particulière du principe posé par l'art. 1302 al. 2. Voy. l'explication de ce texte (t. II, n. 377).

§ III. Effets de la nullité, de la révocation et de la caducité des legs.

1130. Le legs nul, révoqué ou caduc est réputé non écrit, *pro non scripto habetur*. En conséquence la nullité, la révocation ou la caducité profite à celui qui était chargé d'acquitter le legs ou au préjudice duquel aurait eu lieu son exécution.

Ainsi, le défunt laissant un frère comme plus proche héritier et un légataire universel, la nullité, la révocation ou la caducité du legs universel profitera au frère ; car c'est à son préjudice que le legs aurait reçu son exécution : — De même, si un testateur a fait un legs universel et un legs à titre particulier, la nullité, la révocation ou la caducité du legs à titre particulier profitera au légataire universel, qui aurait souffert de son exécution ; et il n'y a pas à distinguer si le défunt laissé ou non des héritiers réservataires. — Si

l'on suppose qu'il y ait un légataire universel, un légataire à titre universel des immeubles et un légataire particulier d'un immeuble déterminé, la nullité, la révocation ou la caducité de ce dernier legs profitera au légataire à titre universel, qui est chargé de l'acquitter. Il pourrait même se faire, en vertu de notre principe, que la nullité, la révocation ou la caducité d'un legs profitât à un légataire particulier ; ainsi la caducité du legs que le testateur a fait d'un ouvrage de sa bibliothèque, profiterait au légataire de la bibliothèque.

La règle qui vient d'être établie souffre exception dans deux cas.

1° En cas de substitution vulgaire. Ainsi le testateur a dit : « Je lègue tel immeuble à Paul, et, au cas où celui-ci ne pourrait ou ne voudrait recueillir le bénéfice du legs, je lègue ce même immeuble à Pierre ».

Une exception du même genre aurait lieu aussi au cas de substitution fidéicommissaire, la substitution fidéicommissaire contenant implicitement une substitution vulgaire.

2° Lorsqu'il y a lieu à l'accroissement. Il faut supposer qu'une même chose a été léguée conjointement à plusieurs, et que, parmi les légataires, les uns viennent recueillir le bénéfice du legs, tandis que les autres font défaut. En vertu du droit d'accroissement, ceux qui viennent prendront la part de ceux qui ne viennent pas : la part des défaillants accroîtra à la part de ceux qui ne font pas défaut. Quand il y a lieu au droit d'accroissement, la nullité, la révocation ou la caducité du legs fait à l'un des colégataires profite aux autres, au lieu de profiter suivant le droit commun au débiteur du legs. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul conjointement ». Si Paul fait défaut, par exemple s'il meurt avant le testateur, sa part accroîtra à Pierre qui aura droit à toute la maison. La caducité du legs fait à Paul profite donc ici à Pierre, au lieu de profiter à l'héritier, suivant le droit commun.

1131, Pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement entre colégataires, il faut que la même chose ait été léguée tout entière à chaque colégataire, que chacun soit appelé, éventuellement au moins, par son litre, à la recueillir en totalité ; il faut, en d'autres termes, qu'il y ait solidarité de vocation entre tous les colégataires. Quand cette solidarité de vocation existe — nous verrons qu'elle ne peut résulter que de la volonté expresse ou présumée du testateur — , si tous les colégataires répondent à l'appel, il faut nécessairement opérer entre eux le partage de la chose ; car il est impossible de la donner tout entière à chacun, bien que chacun eu soit légataire pour le tout : le concours des divers ayant droit amène nécessairement un partage de la chose, concursu partes fiunt. Mais, si l'un des colégataires fait défaut, soit parce que son legs devient caduc, soit parce qu'il est nul ou révoqué, il y aura un copartageant de moins ; et, si tous font défaut, moins un, le droit de ce dernier, ne rencontrant plus en face de lui aucun droit rival, pourra s'exercer dans toute sa plénitude, et la totalité de la chose lui appartiendra.

Tel est le droit d'accroissement. Il a pour base, on le voit, la volonté du testateur, en l'absence de laquelle il y aurait lieu à l'application du droit commun, d'après lequel la caducité d'un legs profite au débiteur de ce legs.

Comment connaîtra-t-on cette volonté ? Nulle difficulté si le testateur l'a manifestée en termes exprès, s'il a dit par exemple : « La part des colégataires qui feront défaut accroîtra aux autres », ou s'il a dit (formule que la loi considère comme équivalente) que le legs leur est fait **CONJOINTEMENT** ; ou si, quelles que soient les expressions dont il s'est servi, sa volonté résulte d'une manière certaine des termes du testament.

Mais souvent la volonté du testateur restera douteuse. Alors le législateur l'interprète d'après la formule du legs. Pour comprendre les dispositions du code civil sur ce point,

il est indispensable de connaître la source à laquelle on les a puisées.

1132. Nos anciens auteurs distinguaient à ce sujet, d'après le droit romain, si les colégataires étaient conjoints re et verbis, re tantum ou verbis tantum.

a. — Les colégataires étaient dits conjoints re et verbis, lorsqu'une même chose leur avait été léguée par une même disposition et sans assignation de parts, comme si le testateur avait dit : « Je lègue ma maison A à Pierre et à Paul ». Les deux légataires sont ici conjoints re, parce que c'est la même chose qui leur a été léguée, et verbis, parce qu'ils sont compris dans une même disposition. Entre colégataires conjoints re et verbis, il y avait lieu au droit d'accroissement ; ainsi dans l'espèce proposée, si Paul fait défaut, sa part accroît à Pierre qui se trouve avoir ainsi la maison tout entière.

b. — Les colégataires étaient dits conjoints re tantum, lorsque la même chose leur avait été léguée par deux dispositions différentes. Ainsi on lit dans un testament : « Je lègue ma maison A à Paul » ; puis plus bas : « Je lègue ma maison A à Pierre ». Les légataires sont ici conjoints re, parce que la même chose leur a été léguée ; mais ils ne sont pas conjoints verbis, parce que les legs sont faits par deux dispositions différentes. La conjonction re tantum était considérée comme plus énergique encore que la conjonction re et verbis ; aussi donnait-elle lieu entre les colégataires à un non-décroissement plutôt qu'à un accroissement proprement dit.

c. — Enfin il y avait entre les colégataires conjonction verbis tantum, lorsque le testateur, léguant à deux ou à plusieurs dans une même disposition, avait assigné à chacun sa part dans la chose léguée, par exemple s'il avait dit : « Je lègue ma maison A à Pierre et à Paul, à chacun pour la moitié ». Ici ce sont des fractions distinctes d'une même chose qui ont été léguées à chaque légataire, et non la même chose ; la conjonction des légataires ne résulte

que de leur voisinage dans une même disposition ; aussi dit-on qu'ils sont conjoints tantum verbis ou verbis, non etiam re. Cette conjonction qui existe, on le voit, dans les mots plutôt que dans les choses, ne donnait pas lieu, en général du moins, au droit d'accroissement.

Ces règles ont été travesties dans les art. 1044 et 1045, ainsi conçus :

ART. 1044. Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires, dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. — Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition, et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée.

ART. 1045. Il sera encore réputé fait conjointement, quand une chose qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément.

1133. L'art. 1044 al. 2 s'occupe à la fois de la conjonction re et verbis, et de la conjonction verbis tantum, et voici ce qu'il décide : Le legs SERA RÉPUTÉ fait conjointement, et par suite il y aura lieu à accroissement, si les colégataires sont conjoints re et verbis, mais non s'ils sont conjoints verbis tantum.

Bien que l'art. 1044 paraisse décider en termes absolus que la conjonction verbis tantum ne donne pas lieu à l'accroissement entre les colégataires, la jurisprudence admet cependant, à cet égard une distinction dont la source se trouve dans la loi romaine. La conjonction verbis tantum ne donne pas lieu à l'accroissement, lorsque l'assignation de parts qui la constitue frappe sur la disposition même, lorsqu'elle est principale et dispositive, par exemple si le testateur a dit : « Je lègue tel fonds à Pierre et à Paul, à chacun pour la moitié ». Ici le testateur n'a légué que la moitié à chaque légataire ; il n'y a donc pas entre eux solidarité de vocation, et par suite la base de l'accroissement fait défaut. Nancy, 8 juil. 1893, D., 94. 2.

78, S., 94. 2 132. Mais au contraire l'assignation de parts faite par le testateur n'empêche pas l'accroissement de se produire, si elle est relative seulement à l'exécution du legs, si elle est accessoire et réglementaire : telle serait la disposition ainsi conçue : « Je lègue tel immeuble à Pierre et à Paul ; ils le partageront par moitié ». Ici, dit-on, la chose a été léguée tout entière à chaque légataire ; le testateur indique seulement dans quelles proportions les légataires devront la partager, s'ils viennent tous les deux recueillir le legs. Cpr. Cass., 10 juil. 1905, S., 06 1. 79, D., 06. 1. 397.

Que les juges puissent décider qu'il doit y avoir lieu à l'accroissement entre des colégataires conjoints *verbis tantum*, parce que telle est l'intention du testateur résultant des termes du testament, ou des circonstances de la cause, ce n'est guère douteux. L'accroissement a pour base la volonté du testateur, et c'est à cette volonté qu'il faut se conformer, lorsqu'il est possible de la découvrir. Les règles écrites dans les art. 1044 et 1045 ne sont, comme on le verra plus loin, que des présomptions, qui tombent devant une volonté contraire explicitement ou implicitement manifestée par le testateur. Mais que, en l'absence de tout document fourni par le testament ou par les circonstances de la cause, les juges doivent admettre ou rejeter le droit d'accroissement entre colégataires conjoints *verbis tantum*, suivant que l'assignation de parts est accessoire et réglementaire ou principale et dispositive, c'est ce qu'il paraît bien difficile d'admettre, en présence des termes absolus de l'art. 1044 *in fine*, qui, excluant toute distinction, décide que l'accroissement n'aura pas lieu.

1134. Reste le cas de la conjonction *re tantum*. Il est régi par l'art. 1045, duquel il résulte qu'il n'y aura lieu à l'accroissement entre les colégataires qu'autant que la chose léguée ne sera pas susceptible d'être divisée sans détérioration : ce qui est une question de fait, à résoudre

en cas de contestation par les tribunaux. Ici le législateur s'est écarté de la tradition, et on en cherche vainement le motif. La conjonction *re tantum* est plus énergique que la conjonction *re et verbis* ; en conséquence le droit d'accroissement, accordé aux colégataires conjoints *re et verbis*, doit l'être a fortiori aux conjoints *re tantum*. Comment se fait-il donc que notre législateur, qui admet l'accroissement entre conjoints *re et verbis*, ne l'admette qu'avec une importante restriction relativement aux conjoints *re tantum* ? Comment comprendre surtout qu'entre conjoints *re tantum* il attache une importance décisive, au point de vue de l'accroissement, à cette circonstance, assez insignifiante en soi, on en conviendra, et dont il ne tient aucun compte au cas de conjonction *re et verbis*, que la chose est ou n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration ?

* Cela est tellement extraordinaire qu'un auteur a essayé de soutenir que l'art. 1045 est relatif, non pas à la conjonction *re tantum*, dont, dit-il, le législateur n'avait pas besoin de s'occuper — car il est évident qu'admettant l'accroissement entre colégataires conjoints *re et verbis* il devait a fortiori l'admettre entre conjoints *re tantum* —, mais bien à la conjonction *verbis tantum*. Mais, pour donner cette interprétation à l'art. 1045, Proudhon est obligé de dire que les mots par le même acte, employés par ce texte, signifient par la même disposition, tandis qu'ils signifient bien évidemment par le même testament, et que les mots même séparément veulent dire avec assignation de parts, tandis qu'ils font allusion très certainement au cas de deux dispositions distinctes et séparées se trouvant dans le même testament, et désignent par suite les conjoints *re tantum*. Aussi cette interprétation, qui aurait en outre pour conséquence de prêter au législateur une répétition, puisqu'il aurait parlé dans deux textes consécutifs de la conjonction *verbis tantum*, et une omission, puisqu'il ne parlerait nulle part de la conjonction

re tantum, est-elle rejetée par les autres auteurs qui admettent, quoique cette solution ne satisfasse guère la raison, que l'art. 1045 est bien relatif à la conjonction re tantum.

S'il y a une erreur législative, comme beaucoup le pensent, dans l'art. 1045, on peut s'en consoler en songeant que la conjonction re tantum paraît à peu près inconnue dans la pratique : c'est du moins ce que l'on peut induire, presque avec certitude, de l'absence de toute décision judiciaire sur ce point.

1135. Ainsi, d'après le système admis par notre législateur, le legs, fait à plusieurs de la même chose par le même testament, est réputé fait conjointement, c'est-à-dire avec vocation solidaire à la chose tout entière au profit de chaque légataire, et donne lieu par suite au droit d'accroissement : 1° quand les colégataires sont conjoints re et verbis ; 2° quand ils sont conjoints re tantum, mais seulement si la chose léguée n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration. Dans tous les autres cas, le legs n'est pas réputé fait conjointement, et par suite il ne donnera pas lieu en principe au droit d'accroissement.

Il est important de remarquer que les art. 1044 et 1045 ne contiennent que des présomptions destinées à interpréter la volonté du testateur quand il ne l'a pas fait connaître. Conformément au droit commun, ces présomptions, ne rentrant pas dans la catégorie de celles dont parle l'art. 1352 al. 2, sont susceptibles d'être combattues par la preuve contraire. Elles tomberaient donc, si le testateur avait manifesté expressément ou tacitement une volonté contraire à celle que la loi suppose. Au juge il appartiendra de rechercher cette volonté, principalement en s'inspirant des termes mêmes du testament ; son interprétation est souveraine. Cass., 30 mars 1897, D., 98. 1. 153. Cpr. supra, n. 1091. L'importance pratique des règles légales qui gouvernent cette manière se

trouve ainsi beaucoup diminuée, et il n'y a pas lieu de s'en plaindre.

* 1136. Quand il y a plus de deux colégataires conjoints, la part de celui qui fait défaut accroît également à tous les autres, à moins que le testateur n'ait manifesté une intention contraire. Cette intention pourrait s'induire de ce fait que le testateur a établi plusieurs groupes parmi les colégataires, par exemple s'il a dit : « Je lègue mon domaine de Bois-charmant aux enfants de mon frère et aux enfants de ma sœur ». Pourquoi le testateur n'a-t-il pas dit plus simplement ; à mes neveux et nièces ? Probablement parce qu'il a voulu que, pour le cas où l'un des colégataires ferait défaut, sa part profitât, non pas à tous ses colégataires indistinctement, mais seulement à ceux qui font partie du même groupe que lui ; que par exemple le prédécès d'un des enfants de la sœur profitât exclusivement aux autres enfants de cette même sœur. Cpr. Cass., 5 déc. 1881, S., 82. 1. 173.

1137. Il se peut que le legs devenu caduc soit grevé de charges ; le colégataire au profit duquel a lieu l'accroissement sera-t-il tenu de ces charges ? ainsi le testateur a dit : « Je lègue ma maison de Bordeaux à Pierre et à Paul, à la charge par Paul de payer une rente de 500 fr. à ma domestique ». Si le legs fait à Paul devient caduc, Pierre, au profit duquel a lieu l'accroissement, sera-t-il tenu de payer la rente ? En d'autres termes, l'accroissement a-t-il lieu cum onere ou sine onere ? On enseigne généralement qu'il a lieu cum onere. Cette solution, qui paraît la plus conforme à l'intention probable du testateur, était enseignée par Pothier, qui traitait de subtile la distinction que certains auteurs avaient tenté d'introduire à ce sujet, d'après les lois romaines, entre le cas où les colégataires sont conjoints re et verbis et celui où ils sont conjoints re tantum. — On objecte que la charge n'a été imposée qu'au légataire qui fait défaut, non à celui au profit duquel l'accroissement se produit ; que par suite ce

dernier a le droit de prendre la chose tout entière, en vertu de la solidarité de vocation qui existe à son profit, sans être tenu de supporter une charge qui ne lui a pas été personnellement imposée. Il faut répondre que la charge est imposée au legs plutôt qu'au légataire, et doit être acquittée en conséquence par celui qui recueille le legs, quel qu'il soit. L'opinion contraire conduit d'ailleurs à ce résultat, difficile à admettre, que le colégataire, au profit duquel se produit l'accroissement, obtient plus que le montant des legs réunis. La jurisprudence est en ce sens.

Ceux qui admettent que l'accroissement a lieu cum onere admettent généralement aussi qu'il est volontaire et non forcé, c'est-à-dire que le colégataire qui a accepté peut répudier la part du colégataire défaillant. C'était la solution généralement admise dans notre ancien droit, notamment par Pothier ; elle est d'ailleurs plus équitable que l'opinion contraire, en ce sens que les prévisions du légataire acceptant ne courent pas le risque d'être dépassées par suite de l'accroissement résultant de la caducité d'un legs grevé de charges.

1138. Deux questions importantes restent à résoudre.

Première question. Les règles écrites dans les art. 1044 et 1045 sont-elles applicables aux legs d'universalité (legs universel ou à titre universel) ? La question présente un très grand intérêt. En effet, si l'on admet l'affirmative, l'accroissement n'aura jamais lieu (à moins cependant que le défunt n'en ait manifesté la volonté) entre colégataires universels ou à titre universel conjoints re tantum ; car une universalité est toujours susceptible d'être divisée sans détérioration, circonstance qui rend l'accroissement impossible, aux termes de l'art. 1045. Ainsi, quand le testateur a dit : « J'institue Paul mon légataire universel », puis plus loin : « J'institue Pierre mon légataire universel », si l'art. 1045 est applicable, l'accroissement ne se produira pas au profit de l'un des légataires au cas où l'autre ferait défaut ; car l'universalité léguée est susceptible d'être

divisée sans détérioration. Il se produira au contraire, si l'art. 1045 est inapplicable, et cela en vertu de l'art. 1003 duquel il résulte que chaque légataire universel a vocation à l'universalité tout entière. — L'apparente généralité des termes des art. 1044 et 1045 semble au premier abord les rendre applicables, même aux legs d'universalité. Mais si l'on remarque, d'une part, que ces articles ont été empruntés à Pothier, qui ne formulait les règles relatives à l'accroissement qu'au sujet des legs particuliers, et d'autre part, que les mots la chose léguée, qu'emploient nos textes, semblent indiquer que le législateur ne songeait qu'aux legs particuliers, si l'on considère enfin combien est regrettable la solution à laquelle conduit l'opinion opposée, on inclinera à penser que les art. 1044 et 1045 sont sans application aux legs d'universalité. Cpr. Cass., 19 juil. 1894, S., 95. 1. 351, D., 95. 1. 95, et Nancy, 8 juil. 1893, S., 94. 2. 132, D., 94. 2. 78.

Deuxième question. L'accroissement peut-il avoir lieu entre colégataires de l'usufruit d'une même chose, après que chaque légataire a recueilli son legs ? Un testateur a légué l'usufruit d'un fonds de terre à Pierre et à Paul conjointement. Si l'un des légataires fait défaut, l'autre aura droit à l'usufruit tout entier, c'est incontestable. Mais supposons que les deux légataires viennent recueillir le bénéfice du legs, ce qui amènera entre eux un partage de jouissance. Quand l'un d'eux mourra, sa part d'usufruit accroîtra-t-elle à l'autre, ou fera-t-elle retour à la nue propriété ? Pour soutenir qu'elle doit accroître au colégataire, on a dit : « L'usufruit a été légué tout entier à chaque légataire. Sans doute s'ils viennent tous les deux, le droit de jouissance de chacun ne pourra s'exercer que sur une partie de la chose, concursu partes fiunt ; chacun des légataires fait obstacle à ce que l'autre puisse exercer son droit dans toute sa plénitude. Mais ce n'est là qu'un obstacle temporaire, à la différence de ce qui aurait lieu s'il s'agissait d'un legs de propriété. Vienne le droit d'usufruit

d'un des légataires à s'éteindre, rien ne s'opposera plus désormais à ce que l'autre jouisse pleinement, et on doit lui reconnaître ce droit, puisque la jouissance lui a été léguée tout entière. L'accroissement aura donc lieu ». — Que ce résultat puisse se produire en vertu de la volonté du testateur, manifestée par les termes du testament ou par les circonstances de la cause, c'est incontestable. Mais, en dehors de ce cas, il paraît difficile de l'admettre. En effet, la place même qu'occupent les art. 1044 et 1045 prouve que l'accroissement a été envisagé par le législateur comme une conséquence de la caducité des legs (ou encore de leur nullité ou de leur révocation). Il ne peut donc y avoir lieu au droit d'accroissement, quand tous les legs ont produit leur effet. — Nous concluons que l'usufruit de chaque légataire fera retour à la nue propriété, aussitôt après son extinction, conformément au droit commun.

1139. Les dispositions contenues dans le chapitre dont nous venons d'achever l'étude ne concernent que le testament, c'est-à-dire, d'après la définition de l'art. 895, l'acte par lequel le testateur dispose pour le temps ou il n'existera plus de tout ou partie de ses biens. Notre chapitre demeure donc inapplicable aux dispositions qu'une personne fait pour le temps qui suivra sa mort et qui ne sont pas relatives à ses biens, à son patrimoine.

Est-ce à dire que les particuliers aient toute latitude soit quant au fond, soit quant à la forme pour des dispositions de ce genre ? Non. Rationnellement l'homme ne peut pas imposer sa volonté dans ce monde pour une époque où il sera désintéressé des choses de ce monde. Du moins il ne le peut qu'en vertu d'une autorisation expresse ou tacite du législateur. La plupart du temps le législateur ne concède cette autorisation qu'en imposant des formes spéciales, celles du testament ou toute autre. Ainsi nous voyons que notre code civil autorise le dernier mourant des père et mère, tuteur de ses enfants, à désigner son successeur quant à la tutelle ; mais cette désignation ne peut être faite

que dans la forme prescrite par l'art. 392 (art. 398). De même la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles soumet à des formes particulières l'exercice du droit qu'elle reconnaît aux particuliers de régler les conditions de leurs funérailles. On lit à ce sujet dans l'art. 3 de la loi précitée : « Tout majeur ou mineur émancipé en état de tester peut régler les conditions de ses funérailles, notamment en ce qui concerne le caractère civil ou religieux à leur donner et le mode de sa sépulture. Il peut charger une ou plusieurs personnes de veiller à l'exécution de ses dispositions. Sa volonté, exprimée dans un testament ou dans une déclaration faite en forme testamentaire, soit par devant notaire, soit sous signature privée, a la même force qu'une disposition testamentaire relative aux biens : elle est soumise aux mêmes règles quant aux conditions de sa révocation ».

Ainsi, celui qui veut régler les conditions de ses funérailles doit manifester sa volonté à cet égard soit dans un testament par lequel il dispose de tout ou partie de ses biens, soit dans un acte passé en la forme testamentaire, c'est-à-dire dans l'une des trois formes déterminées par l'art. 969. La loi distingue ici très nettement, on le voit, le testament, qui contient des dispositions relatives aux biens, et l'acte testamentaire, qui contient des dispositions d'un autre ordre.

La partie finale du texte que nous venons de transcrire, relative à la révocation des dispositions réglant les conditions des funérailles, doit attirer quelque temps notre attention. La loi dit que cette révocation est soumise aux mêmes règles que la révocation des testaments. Il y a donc lieu d'appliquer les dispositions des art. 1035 et suivants.

Cela posé, la révocation d'une disposition par laquelle une personne a réglé les conditions de ses funérailles peut être expresse ou tacite.

La révocation expresse ne pourra avoir lieu que dans l'une des formes prescrites par l'art. 1035. Trib. civ. de

Pontarlier, 29 sept. 1903. D., 04. 2. 131.

Quant à la révocation tacite, elle pourra résulter :

Soit d'une disposition postérieure inconciliable avec celle relative aux funérailles, comme si par exemple un testateur, après avoir ordonné dans un premier testament que ses funérailles auraient lieu civilement, lègue par un testament postérieur une somme d'argent à un prêtre, à la charge par celui-ci de dire un certain nombre de messes pour le repos de son âme (arg. art. 1636).

Soit de faits prouvant d'une manière indubitable que le disposant a changé d'avis (arg. art. 1038), par exemple si le testateur, qui a ordonné que ses funérailles auraient lieu civilement, a demandé et reçu les secours d'une religion déterminée, pourvu, dit le rapporteur de la loi au sénat, « qu'il ait eu la pleine possession de ses facultés et accompli un acte libre et raisonné de sa volonté, un acte impliquant la révocation incontestable de ses volontés antérieures ». Trib. civ. de Mende (référés), 25 janv. 1908, S., 09. 2. 30 ; Cass., 23 avril 1912, D., 13. 1. 41, et la note.

Les dispositions relatives aux conditions des funérailles sont de nature à soulever des contestations nombreuses. Ces contestations peuvent porter soit sur la validité de la disposition, soit sur son sens, soit sur sa révocation. Il importait qu'elles pussent être jugées avec une extrême célérité, car l'inhumation du défunt ne peut pas, sans un grave préjudice, être indéfiniment retardée. Dans cette vue, l'art. 4 de la loi du 15 novembre 1887 dispose : « En cas de contestation sur les conditions des funérailles, il est statué, dans le jour, sur la citation de la partie la plus diligente, par le juge de paix du lieu du décès, sauf appel devant le président du tribunal civil de l'arrondissement, qui devra statuer dans les vingt-quatre heures. — La décision est notifiée au maire, qui est chargé d'en assurer l'exécution ».

CHAPITRE VI

DES DISPOSITIONS PERMISES EN FAVEUR DES PETITS-ENFANTS DU DONATEUR OU TESTATEUR, OU DES ENFANTS DE SES FRÈRES ET SOEURS.

1140. Ce chapitre aurait été mieux intitulé : Des substitutions permises. En effet, les dispositions que le législateur autorise ici exceptionnellement, sont celles qu'il prohibe en règle générale sous le nom de substitutions. En un mot, notre chapitre consacre une exception au principe de la prohibition des substitutions.

Avant d'étudier l'exception, il faut connaître la règle. Elle est formulée dans l'art. 896, dont nous avons à dessein réservé l'explication jusqu'à ce moment, afin de ne pas séparer ce qui doit rester étroitement uni : le principe et les limitations qu'il comporte. Nous traiterons donc dans deux paragraphes : 1° de la prohibition des substitutions ; 2° des substitutions permises. Un troisième paragraphe sera consacré à l'étude des modifications qu'a subies la législation du code civil relativement aux substitutions.

§ I. De la prohibition des substitutions.

1141. Avant d'entrer en matière, donnons quelques définitions ; elles sont nécessaires pour éclairer ce sujet si difficile.

a. — Le fidéicommiss est une disposition par laquelle on charge une personne, gratifiée en premier ordre, de rendre la chose donnée ou léguée à une autre personne gratifiée en second ordre. Exemple : Je lègue tel immeuble à Paul, et

je le charge de rendre cet immeuble à Pierre au bout de cinq années.

b. — Avec le fidéicommiss, il ne faut pas confondre la fiducie. Dans la simple fiducie, comme dans le fidéicommiss, on charge une personne (fiduciaire) de restituer à une autre l'objet de la donation ou du legs ; mais le fiduciaire n'est pas gratifié, il n'est qu'un simple intermédiaire chargé de rendre. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue mes biens à Paul, avec charge de les administrer, d'en capitaliser les revenus et de remettre le tout à Pierre, lorsque celui-ci aura atteint sa majorité ». Ici, Pierre est seul légataire ; Paul n'est qu'un intermédiaire, un nudus minister, un exécuteur testamentaire investi d'une mission particulière. Dans nos mœurs, la fiducie n'est guère usitée que pour éluder les dispositions de la loi édictant des incapacités ; ainsi, on y a fréquemment recours pour gratifier des congrégations religieuses non autorisées. En somme, ce qui distingue la fiducie du fidéicommiss, c'est que, dans le fidéicommiss, il y a deux gratifiés successifs, tandis que, dans la fiducie, il n'y en a qu'un, celui au profit duquel la restitution doit être faite.

Notons cependant que la doctrine et surtout la jurisprudence ne se conforment pas toujours à cette terminologie. On désigne très souvent la simple fiducie sous le nom de fidéicommiss ; nous l'avons fait nous-même au n. 861, où nous analysions la jurisprudence.

c. — La substitution en général (de sub institutio, institution en sous ordre) est une disposition par laquelle une personne est appelée à recueillir une libéralité à défaut d'une autre personne ou après elle. Exemple : « Je lègue tous mes biens à Pierre ; s'il meurt avant moi, je les lègue à Paul ».

N° 1. Principe.

1142. Aux termes de l'art. 896 al. 1 : « Les substitutions sont « prohibées ». Malgré son apparente généralité, ce texte ne prohibe pas d'une manière absolue toutes les dispositions auxquelles peut s'appliquer la dénomination de substitution. C'est ce que nous allons démontrer, et nous établirons en même temps quelle est l'étendue de la prohibition.

Le droit romain distinguait trois espèces de substitutions, savoir : la substitution vulgaire, la substitution pupillaire et la substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

La substitution vulgaire était celle par laquelle le testateur désignait un autre héritier pour le cas où celui qu'il avait institué en première ligne ne pourrait ou ne voudrait être héritier. Si ille heres non erit, ille heres esto.

Par la substitution pupillaire, le père était autorisé, en faisant son testament, à faire du même coup celui de son fils impubère, pour le cas où celui-ci mourrait avant d'avoir atteint l'âge de la puberté, par conséquent sans avoir pu se choisir lui-même un héritier.

La substitution quasi-pupillaire, appelée aussi exemplaire, parce qu'elle avait été admise EXEMPLO pupillaris substitutionis, n'était, comme son nom l'indique, qu'une extension de la substitution pupillaire ; elle permettait à un père de choisir un héritier à l'enfant que son état mental mettait dans l'impossibilité de tester. Bref, la substitution quasi-pupillaire, de même que la substitution pupillaire, n'était qu'un testament fait pour le compte d'autrui.

Assurément ce n'est pas à ces deux dernières espèces de substitution que l'art. 896 fait allusion. Un texte de loi n'était pas nécessaire pour les proscrire ; il suffisait de ne pas les autoriser ; d'autant plus qu'elles avaient été formellement abolies par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse de l'an II. A bien prendre, d'ailleurs, la définition que l'art. 895 donne du testament condamnerait la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ; car elle est exclusive de la

faculté de tester pour autrui. Poitiers, 17 déc. 1900, D., 01. 2. 198.

Serait-ce alors la substitution vulgaire que l'art. 896 al. 1 entendrait prohiber ? Pas davantage ; car l'art. 898 en autorise formellement l'usage en ces termes : « La disposition par laquelle un tiers

» serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas

» où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait

» pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera valable ».

= Ne sera pas regardée comme une substitution. Entendez : comme une substitution prohibée.

En autorisant la substitution vulgaire, notre article en donne presque une définition. Voici un exemple de cette disposition : « Je lègue tel immeuble à Paul ; et, si celui-ci ne peut ou ne veut le recueillir, je le lègue à Pierre ». Le disposant substitue donc ici un second légataire au premier, pour le cas où le legs fait à celui-ci deviendrait caduc, par exemple par son prédécès ou par son refus de recueillir.

Notre article suppose que la substitution vulgaire peut aussi avoir lieu dans une donation entre vifs ; mais la vérité est qu'on ne l'y rencontrera que dans des cas infiniment rares. En effet, si, comme il arrivera presque toujours, la donation est pure et simple et acceptée dans l'acte même, le donataire devient immédiatement propriétaire ou créancier, et par conséquent il ne peut être question de lui substituer quelqu'un pour le cas où il ne le deviendrait pas. La substitution ne peut se comprendre dans une donation entre vifs que dans l'une des deux hypothèses suivantes : 1° si, l'acceptation du donataire n'étant pas faite par l'acte même qui contient la donation, le donateur a dit : « Au cas où la donation ne serait pas acceptée par Paul dans tel délai, je donne à Pierre » ; 2° si la donation a été faite sous

condition, et que, pour le cas où la condition ne se réaliserait pas, le donateur ait substitué un second donataire au premier ; par exemple s'il a dit : « Je donne à Pierre s'il se marie dans le délai de cinq ans, et, dans le cas contraire, à Paul ».

Quelles sont donc alors les dispositions que l'art. 896 al. 1 entend prohiber sous le nom de substitutions ? Ce sont celles qui étaient connues dans notre ancien droit sous la dénomination de substitutions fidéicommissaires ou indirectes ; on les opposait aux substitutions vulgaires ou directes. Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je donne (ou je lègue) tel immeuble à Primus, à la charge par lui de le conserver jusqu'à sa mort et de le rendre à cette époque à Secundus si celui-ci survit ». L'auteur de la disposition s'appelle le disposant ou substituant, gravans ; le premier gratifié, Primus dans notre espèce, s'appelle l'institué ou plus ordinairement le grevé, gravatus, parce qu'il est grevé de restitution ; le deuxième gratifié, Secundus, porte le nom de substitué ou appelé. Enfin les biens qui font l'objet de la disposition sont appelés biens substitués, ou quelque fois fidéicommissés.

1143. Définition. — Cela posé, la substitution que prohibe l'art. 896 al. 1 peut être définie : Une disposition par laquelle un donateur ou un testateur (disposant) charge une personne qu'il gratifie en premier ordre (grevé), de conserver pendant toute sa vie les biens faisant l'objet de la donation ou du legs, et de les rendre, lorsqu'elle mourra, à une autre personne gratifiée en second ordre (appelé), si celle-ci se trouve vivante et capable à cette époque. C'est le fidéicommiss post mortem des Romains.

On voit la différence qui existe entre la substitution vulgaire, et la substitution fidéicommissaire. Dans la substitution vulgaire, le second gratifié tient directement ses droits du disposant qui l'a appelé au défaut du premier gratifié, de sorte qu'il n'y a pas alors d'intermédiaire entre le second gratifié et le disposant. Au contraire, dans la

substitution fidéicommissaire, le second gratifié ne reçoit les biens que par l'intermédiaire du grevé, qui les lui transmet après en avoir été propriétaire pendant sa vie. Il les doit sans doute à la libéralité du disposant : c'est de lui qu'il les tient, mais d'une manière indirecte ou oblique, parce qu'il les reçoit de la main du grevé. Aussi désignait on souvent dans notre ancien droit la substitution vulgaire sous le nom de substitution directe, et la fidéicommissaire sous le nom de substitution indirecte ou oblique.

Que la prohibition de l'art. 896 s'applique aux substitutions dites fidéicommissaires, c'est là un point qui ne saurait offrir le moindre doute. D'abord, dans notre ancien droit, c'était ce genre de dispositions qu'on désignait sous la dénomination pure et simple de substitutions. « Le mot trivial », dit Thévenot, l'oracle de notre ancien droit en cette matière, « est substitution simplement ; de manière que, quand nous parlons de substitutions, nous entendons les fidéicommissaires ». Ce sont elles très certainement que la loi du 14 novembre 1792 entendait frapper, quand elle disait dans son art. 1 : « Toutes substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir ».

Nous retrouvons cette formule presque littéralement reproduite dans l'art. 896 : Les substitutions sont prohibées. Mêmes mots, donc aussi même pensée. Cette interprétation d'ailleurs est pleinement confirmée par les travaux préparatoires de la loi. Tout le monde est d'accord ; nous n'insisterons pas

Il ne faut pas nous en tenir, au sujet de la substitution fidéicommissaire, à la notion superficielle résultant de la définition que nous venons de donner. Un examen plus approfondi de cette institution est nécessaire pour apprécier les motifs qui l'ont fait prohiber. D'ailleurs, le fruit de cette étude ne sera pas perdu, lorsque nous parlerons des substitutions exceptionnellement permises.

1144. Nous avons dit que la disposition contenant substitution fidéicommissaire renferme une double libéralité : la première au profit du grevé, la deuxième au profit de l'appelé, cette dernière subordonnée à la survie de l'appelé au grevé. « Le caractère essentiel de la substitution, dit la cour de cassation (1^{er} juil. 1891, D., 92. 1. 145, S., 91. 1. 337) consiste dans deux transmissions successives et deux libéralités venant, non l'une à défaut de l'autre, mais l'une après l'autre ».

La première libéralité, celle qui s'adresse au grevé, s'ouvre au moment même de la disposition, si elle est faite par donation entre vifs, et seulement à la mort du testateur si elle est faite par testament.

La deuxième libéralité, qui est à l'adresse de l'appelé, ne s'ouvre qu'au décès du grevé. Et de là résultent deux conséquences :

1° Il suffit que l'appelé soit conçu au moment du décès du grevé ; il n'est pas nécessaire qu'il le soit au moment où s'ouvre le droit du grevé. Ainsi le testateur a dit : « Je lègue tel immeuble à Primas, à la charge de le conserver pendant toute sa vie et de le rendre à son décès à son fils aîné ». Primus n'a pas encore d'enfant au moment où s'ouvre son droit, c'est-à-dire au moment du décès du testateur ; mais il lui en survient un plus tard. La disposition pourra profiter à cet enfant.

2° Il faut que l'appelé survive au grevé ; car nul ne peut acquérir un droit, s'il n'est vivant à l'époque de son ouverture. Si donc l'appelé meurt avant le grevé, la substitution ne s'ouvrira pas, et le grevé deviendra propriétaire incommutable, la charge de rendre, dont il était éventuellement tenu, se trouvant définitivement défaillie.

On le voit, la substitution ne s'ouvre que par la survie de l'appelé au grevé. Cet événement, en même temps qu'il donne naissance au droit de l'appelé, opère la résolution du

droit du grevé. On dit, pour exprimer cette idée, que le grevé est propriétaire sous la condition résolutoire de la survie de l'appelé ; et, comme la condition accomplie produit un effet rétroactif (art. 1179), il en résulte que, la substitution venant à s'ouvrir, le grevé sera considéré comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués : ce qui entraînera la résolution des aliénations et des droits réels établis de son chef, par application de la maxime *Resolutio jure dantis : resolvitur jus accipientis*. L'appelé prend donc les biens substitués francs et quittes de toutes charges établies par le grevé ou de son chef, et peut même les revendiquer entre les mains des détenteurs au profit desquels le grevé les aurait aliénés. Le tout, pourvu qu'il ait soin de renoncer à la succession du grevé, en supposant qu'il s'y trouve appelé ; car, s'il l'acceptait, il se trouverait tenu, en qualité d'héritier du grevé, des obligations contractées par celui-ci, et par conséquent de la garantie envers les acquéreurs des biens substitués ; il ne pourrait donc les évincer, en vertu de la règle *Qui doit garantir ne peut évincer*.

On voit que l'appelé peut recueillir les biens substitués sans accepter la succession du grevé. Or cela peut paraître étonnant ; le grevé était propriétaire des biens substitués ; comment l'appelé peut-il en devenir propriétaire à sa mort, sans être son héritier ? Il faut répondre que l'appelé tient ses droits du disposant, et non du grevé, non *habet a gravato, sed a gravante*. Sans doute il reçoit les biens substitués par l'intermédiaire du grevé qui les lui transmet, mais c'est à la libéralité du disposant qu'il les doit ; il est l'ayant-cause du disposant, non du grevé ; c'est comme donataire du disposant qu'il reçoit les biens, non comme héritier du grevé.

* 1145. Nous venons de parler le langage traditionnel, d'après lequel le grevé est propriétaire sous condition résolutoire. Mais, pour être empruntée à Pothier, cette manière de s'exprimer n'en manque pas moins

d'exactitude, ainsi que Laurent le remarque fort justement à notre avis. En effet, si le grevé était propriétaire sous condition résolutoire, il devrait être considéré, la condition une fois accomplie (survie de l'appelé) et à raison de l'effet rétroactif qui est attaché à cet accomplissement (art. 1179), comme n'ayant jamais été propriétaire des biens substitués ; la disposition faite à son profit s'évanouirait donc pour ne laisser subsister que celle faite en faveur de l'appelé, qui serait considéré comme ayant toujours été seul donataire de ces biens ; bref, il ne resterait plus qu'une seule donation, celle faite au profit de l'appelé. On supprimerait ainsi l'une des conditions qui ont toujours été reconnues nécessaires pour qu'il y eût substitution, l'existence d'une double libéralité, et par conséquent le trait de temps, *tractus lemporis*, qui doit exister entre elles. Comme le dit fort bien Demante, « la propriété a fait sur la tête du grevé une impression ineffaçable » ; or on l'efface, si l'on fait intervenir la condition résolutoire et son effet rétroactif.

Mais alors, si le grevé n'est pas propriétaire sous condition résolutoire, qu'est-il donc ? Il est propriétaire avec charge de rendre, et par suite, de conserver : ce qui a pour résultat de frapper entre ses mains les biens d'indisponibilité ou mieux d'inaliénabilité, dans l'intérêt des appelés. Les aliénations ou les constitutions de droits réels qu'il aura pu consentir seront donc nulles (et non pas résolues), si la substitution vient à s'ouvrir. On voit qu'il n'est pas nécessaire de faire intervenir l'idée de la condition résolutoire pour expliquer cet effet de la substitution.

Si l'on écarte l'idée de la condition résolutoire, il en résulte nécessairement que la propriété des biens substitués est transmise à l'appelé par le grevé, et non par le disposant ¹²⁰. Reste à savoir à quel titre. Nous n'en voyons pas d'autre que la succession. Le grevé laisse deux

successions bien distinctes et indépendantes l'une de l'autre : sa succession ordinaire, dévolue à l'héritier de son choix ou à défaut à l'héritier désigné par la loi, et la succession aux biens substitués, dévolue à un héritier choisi par le disposant, l'appelé. L'art. 1051 fournit selon nous à cette manière de voir un point d'appui très résistant, au moins en ce qui concerne les substitutions permises dans notre droit actuel. En appelant les petits-enfants du grevé issus d'un fils prédécédé à recueillir, par représentation de leur père, la part qui serait revenue à celui-ci dans les biens substitués, ce texte nous donne clairement à entendre que les appelés recueillent les biens substitués à titre de succession ; car c'est seulement en matière de succession que la représentation est admise.

1143. Telle est la substitution fidéicommissaire. Il nous faut rechercher maintenant pourquoi notre ancien droit l'autorisait, la favorisait même, tandis que le code civil la proscrit. La société ancienne était une société aristocratique, la nouvelle est démocratique ; or les substitutions ¹²¹, qui sont un des ressorts les plus puissants d'une société aristocratique, se trouvent par cela même en opposition avec les principes qui gouvernent une société démocratique. Sous l'ancien régime, les substitutions avaient pour but de perpétuer la prépondérance des grandes maisons ; l'auréole d'une grande fortune paraissait nécessaire pour soutenir, comme on le disait alors, la splendeur du nom. Or le principe de la division des biens entre tous les enfants d'un même père, principe éminemment démocratique, aurait émietté au bout d'un certain nombre de générations les plus gros patrimoines, surtout dans ces familles dont les membres étaient incapables de constituer une fortune par un effort propre, puisqu'ils se faisaient un point d'honneur de vivre sans travailler ; plusieurs même se piquaient, en leur qualité de nobles, de ne savoir signer. Avec le principe de la division

des biens, c'en était fait de la splendeur du nom ; il fallait cependant la conserver à tout prix. Le moyen était simple : il consistait à concentrer, de génération en génération, la totalité ou la presque totalité des biens de la famille sur la tête de l'aîné des enfants mâles, le représentant du nom, au risque d'obliger les filles, qui faute de dot ne trouvaient pas de maris, à s'enterrer dans un cloître, et les puînés des enfants mâles à vivre d'emplois que l'Etat créait exprès pour eux, et, à défaut, d'expédients. On obtenait ce résultat impie à l'aide des substitutions fidéicommissaires. L'héritier d'un grand nom et d'une grande fortune léguait tous ses biens ou presque tous à l'aîné de ses enfants mâles, à la charge de les conserver pendant toute sa vie et de les rendre à sa mort à son fils aîné, petit-fils du disposant ; c'était la substitution simple. Il y avait aussi la substitution graduelle, dans laquelle le premier appelé était lui-même grevé de restitution au profit de son fils aîné, arrière-petit fils du disposant, celui-ci au profit de son fils aîné, et ainsi de suite. En un mot, dans la substitution graduelle, le disposant établissait plusieurs grevés et plusieurs appelés successifs : on comptait autant de degrés qu'il y avait de restitutions à faire. « Il n'était pas rare alors, dit Rossi, de voir un chétif mortel, déjà affaîssé sur son lit de mort, dicter gravement un testament, où il disposait de ses biens pour tous les siècles à venir, où il faisait la loi à toutes les générations qui devaient se succéder sur la face du globe, et s'épuisait en hypothèses et en combinaisons pour que la chaîne de ses prévisions ne fût jamais interrompue, pour que jusqu'à la fin des temps son patrimoine et son nom ne pussent sortir de la route que sa main débile leur avait tracée ». Ainsi qu'on le voit par le passage qui vient d'être cité, le nombre des degrés de la substitution paraît n'avoir pas eu à l'origine d'autres limites que la fantaisie des disposants. Au seizième siècle, deux ordonnances, qui ne réussirent, paraît-il, que très imparfaitement à se faire obéir, essayèrent de restreindre cette omnipotence des

disposants. L'ordonnance d'Orléans, du 31 janvier 1560, défendit de faire à l'avenir des substitutions pour plus de deux degrés, non compris l'institution ; et l'ordonnance de Moulins (février 1566) limita, à quatre degrés l'effet des substitutions déjà existantes. Ce n'étaient là que des demi-mesures. La révolution passa son niveau égalitaire sur cette institution comme sur tant d'autres, en abolissant complètement les substitutions (décret du 14 novembre 1792). Toutefois il est remarquable que cette loi n'annule que la substitution, c'est-à-dire la charge de rendre, mais non l'institution, c'est-à-dire la disposition faite avec cette charge. Le code civil est allé plus loin, ainsi que nous l'expliquerons bientôt avec détails ; il annule tout, l'institution et la substitution.

1147. Fondement de la prohibition des substitutions. — Quand il n'y aurait eu d'autres motifs pour prohiber les substitutions que l'usage auquel on les faisait généralement servir, et qui consistait à établir la plus révoltante inégalité entre ceux que la nature a créés égaux ; les enfants d'un même père, cela eût été suffisant. Mais il y avait bien d'autres griefs à formuler contre les substitutions. Voici les principaux :

1° Les biens substitués, au moins les immeubles, étaient en fait retirés du commerce, au grand préjudice de l'intérêt général qui exige la libre circulation des biens. Ce n'est pas que les grevés se fissent un devoir de conscience de ne pas aliéner les biens qu'ils étaient chargés de rendre et par suite de conserver — nous verrons tout à l'heure qu'ils étaient loin d'être aussi scrupuleux — ; mais, pour aliéner, il faut trouver un acquéreur ; or ils n'en trouvaient pas, parce qu'ils ne pouvaient consentir que des droits résolubles, et celui qui achète un bien entend en devenir propriétaire incommutable ;

2° Immobilisés souvent dans des mains inhabiles, les biens substitués étaient mal administrés, partant ils produisaient peu. D'autre part, les grevés, qui, bien que

propriétaires, étaient privés en fait des ressources que peut donner l'aliénation ou l'emprunt sur hypothèque, se vengeaient souvent par une jouissance abusive : loin d'améliorer les biens, ils les épuisaient et les dévastaient ;

3° Les substitutions favorisaient de nombreuses fraudes, principalement à l'encontre des créanciers. Possesseur d'immenses héritages, le grevé de restitution obtenait le plus souvent un crédit en rapport avec sa fortune apparente ; puis, à sa mort, l'appelé ne se faisait pas faute de répudier sa succession, et il recueillait ainsi les biens substitués sans payer les dettes du grevé. Que de déceptions ainsi causées par les substitutions, « dont l'événement, dit Guy-Coquille, faisait si souvent, l'hérédité coquine de celui que l'on pensait être bien riche » ! Les créanciers étaient indignement sacrifiés. Mais qu'importe ? Ne devaient-ils pas s'estimer heureux d'avoir contribué par leur argent à soutenir la SPLENDEUR DU NOM ?

Il y aurait beaucoup à dire encore, si l'on voulait dresser contre les substitutions un acte d'accusation complet ; mais en voilà plus qu'il ne faut pour justifier leur prohibition. Elles tenaient une très large place dans notre ancien droit, liées qu'elles étaient aux institutions politiques d'alors. C'est un édifice colossal qui s'écroule !

La disposition de l'art. 896 al. 1 est donc basée sur des considérations d'ordre public au premier chef : il s'agit d'empêcher que de nombreux biens soient retirés du commerce, que la sainte loi d'égalité entre les enfants d'un même père soit violée, que chaque génération, comme l'a dit l'orateur du gouvernement, soit marquée par une honteuse faillite.

N° 2. Traits caractéristiques de la substitution prohibée.

1148. C'est souvent un point fort délicat que celui de savoir si une disposition est ou non entachée de substitution prohibée. La question présente une extrême

importance ; car il y va de la validité de la disposition. Difficile en elle-même, elle se complique à raison des mille ruses qu'emploient les disposants pour parvenir à éluder une prohibition qui les gêne ; souvent il faut lire entre les lignes pour apprécier le véritable caractère d'une disposition, et, en allant au fond des choses, il n'est pas rare de voir apparaître avec évidence la substitution prohibée, sous une enveloppe licite en apparence. Nous allons essayer d'établir ici les règles qui peuvent servir à résoudre ce difficile problème ; en d'autres termes, nous allons indiquer les différents signes qui permettent de reconnaître la substitution prohibée.

La substitution prohibée, nous l'avons dit, consiste dans une double libéralité avec ordre successif et avec charge de conserver et de rendre. Les conditions constitutives de la substitution prohibée peuvent donc se réduire à trois : charge de conserver ; charge de rendre ; établissement d'un ordre successif. Cass., 22 avril 1907, S., 09. 1. 434, 6 mai 1908, D., 09. 1. 285, S., 10. 1. 297, et 5 déc. 1910, D., 11. 1. 24.

I. Charge de conserver.

1149. Cette charge a pour résultat de mettre les biens auxquels elle s'applique hors du commerce, de les frapper d'indisponibilité ou mieux d'inaliénabilité, en ce sens que les aliénations et les constitutions de droits réels, consenties par le grevé, ne seront pas opposables à l'appelé ; elles seront nulles par rapport à lui, ou, pour parler le langage généralement adopté par les auteurs, les droits consentis par le grevé seront résolus par l'ouverture de la substitution. De tous les inconvénients que présentent les substitutions fidéicommissaires, celui-là est le plus grave ; c'est lui qui a engendré la prohibition de l'art. 896. Aussi faut-il décider hardiment, avec la jurisprudence, que toute disposition, qui n'implique pas la charge de

conserver, n'est pas une substitution. Et il faut même que la charge de conserver s'applique à un objet certain et déterminé, car autrement aucun bien ne serait retiré du commerce. Ainsi il n'y aurait pas substitution prohibée, si le disposant, ayant donné un bien déterminé, tel immeuble par exemple, avait imposé au donataire l'obligation de rendre une somme d'argent : cette obligation n'implique pas celle de conserver le bien donné ; le grevé pourra l'aliéner. Cpr. Douai, 18 mai 1905, D., 06. 2. 161.

On peut même fort bien soutenir qu'il n'y aurait pas lieu d'annuler, comme contenant une substitution prohibée, la donation d'objets mobiliers corporels faite avec charge de conserver et de rendre ; car les biens donnés ne seront pas inaliénables entre les mains du donataire, puisque la règle En fait de meubles la possession vaut titre lui permettra d'en disposer valablement au profit de tiers de bonne foi. Il y a bien charge de conserver, mais charge destituée de sanction : ce qui revient à dire que la charge n'existe pas.

De même, il n'y aurait pas lieu de considérer comme constituant une substitution prohibée la disposition faite à la charge par le donataire de rendre à sa mort à une personne déterminée ce qui restera des biens donnés. C'est le fidéicommiss de residuo ou de eo quod supererit. La jurisprudence admet qu'il est autorisé par notre loi. Une semblable disposition ne frappe pas les biens qui en sont l'objet d'indisponibilité ; en effet le donataire a toute latitude pour les aliéner soit à titre onéreux, soit même à titre gratuit par acte entre vifs ; seule, la disposition par testament lui est interdite. Les biens dont il n'a pas disposé par acte entre vifs à titre gratuit ou onéreux reviennent à la personne désignée par le disposant. Nous croyons même que la disposition ne cesserait pas d'être valable, si le disposant avait interdit au donataire le droit de disposer à titre gratuit par acte entre vifs : le bien ne serait pas pour cela retiré du commerce, puisqu'il pourrait être aliéné à titre onéreux. Après quelques variations, on est aujourd'hui

à peu près d'accord en doctrine et en jurisprudence sur ces divers points.

* La disposition qui contiendrait une simple prière adressée par le disposant au donataire de restituer à sa mort ce qui resterait des biens donnés à une personne déterminée, pourrait être considérée comme n'imposant au donataire aucune obligation juridique en ce qui concerne les biens dont il n'aurait pas disposé par acte entre vifs, et comme lui laissant le droit d'en disposer même par testament. Du moins la décision judiciaire interprétant ainsi la volonté du disposant échapperait à la censure de la cour suprême. Cass., 8 mai 1899, D., 00. 1. 68, S., 01. 1. 391. Cpr. infra, n. 1151.

* Le fidéicommiss de eo quod supererit est très usité en Belgique entre époux qui n'ont pas d'enfants, et il est étonnant que son usage ne se généralise pas chez nous dans cette même hypothèse. En pareil cas, un legs universel, fait par chaque conjoint au profit de l'autre, paraît dépasser la juste mesure ; car la famille du prémourant des époux sera ainsi dépouillée. D'un autre côté, un legs réciproque d'usufruit, portât-il sur tous les biens, peut n'être pas suffisant : il expose le survivant à des tracasseries et à des vexations de la part des nus propriétaires, et ne lui permet pas de se procurer un capital en cas de besoin. Le fidéicommiss de eo quod supererit semble répondre aux exigences de la situation, en conciliant dans la mesure du possible les divers intérêts qui se trouvent ici en présence. Cpr. Douai, 18 mai 1905, D., 06. 2. 161.

2. Charge de rendre.

1150. Il résulte de l'art. 896 que la charge de rendre doit être établie au profit d'une personne déterminée par le disposant, au profit d'un tiers, dit la loi. Il n'y aurait donc pas substitution prohibée, si la charge de rendre avait été

établie en faveur d'une personne tout à fait indéterminée, par exemple de celui que le donataire ou le légataire jugera le plus digne, ou si le disposant a dit : « à la charge d'employer les biens en bonnes œuvres ». La charge de rendre, telle que la loi la comprend, doit créer un droit en faveur de quelqu'un dans l'intérêt de qui elle est établie ; il faut un lien de droit qui constitue l'institué débiteur et le substitué créancier. Or, dans les espèces qui viennent d'être citées, qui donc aura action contre l'institué pour obtenir de lui la restitution dont il a été chargé ?

Il nous paraît même très douteux qu'on doive, avec la cour de cassation, considérer comme entachée de substitution prohibée la disposition faite à la charge par l'institué de rendre à une personne de la famille du disposant, celle qu'il lui plaira de choisir. Les familles sont nombreuses ; qui donc en pareil cas aura action contre l'institué, en supposant qu'il ne remplisse pas la charge ?

Quant à la défense d'aliéner, elle peut bien équivaloir à une charge de conserver ; mais elle n'implique pas la charge de rendre à une personne déterminée par le disposant. On ne pourrait donc y voir tout au plus qu'une condition illicite, nulle aux termes de l'art. 900. Cass., 27 juin 1905, D., 06. 1. 120, S., 06. 1. 84. Et il importerait peu que le testateur, après avoir déclaré le bien légué inaliénable à perpétuité, eût ajouté que ce bien resterait indéfiniment dans la famille du légataire. C'est toujours l'art. 900 qui nous paraîtrait applicable et non l'art. 896. V. en sens contraire Cass., 27 mars 1889, S., 92. 1. 455, et 10 fév. 1891, S., 91. 1. 103.

1151. Observation commune aux deux premières conditions. — L'art. 896 prohibe les dispositions faites avec charge de conserver et de rendre. Le mot charge est ici synonyme d'obligation juridique. Si donc le disposant a adressé à l'institué une simple prière ou s'il lui a imposé une simple obligation morale de conserver et de rendre à une personne déterminée, de telle sorte qu'il n'y ait pas

pour l'institué d'obligation juridique de conserver et de rendre, pas d'action par conséquent de la part du substitué pour obtenir la restitution, la disposition ne constituera pas une substitution prohibée. Riom, 30 mai 1881, D, 82. 2. 4, S, 82. 2. 56 ; Cass., 2 mai 1899, S., 00. 1. 81, et 5 juin 1899, D., 99. 1. 373. On voit qu'il importe beaucoup de savoir si la disposition contient une charge ou une simple prière de conserver et de rendre. Pour résoudre la question, le juge devra rechercher avant tout l'intention du disposant. Les termes de la disposition fourniront à cet égard le principal, mais non l'unique élément d'appréciation. Une clause conçue en termes précatifs pourrait, suivant les circonstances, être considérée comme imposant dans la pensée du testateur une véritable charge, c'est-à-dire une obligation juridique de conserver et de rendre.

3. Etablissement d'un ordre successif.

1152. La substitution fidéicommissaire, prohibée par l'art. 896, suppose deux dispositions à titre gratuit des mêmes biens, faites par la même personne avec ordre successif, c'est-à-dire pour produire leur effet l'une après l'autre ; la première au profit du grevé et pendant toute la durée de sa vie, la deuxième au profit de l'appelé, pour le temps qui suivra la mort du grevé et s'il lui a survécu. En un mot, le disposant règle le sort des biens substitués, dans sa propre succession d'abord (au moins quand la disposition est faite par testament), puis dans la succession du grevé, en ce sens qu'il désigne le successeur du grevé quant à ces biens. La succession du grevé présente donc ce singulier spectacle qu'une partie des biens dont elle se compose est déférée, suivant les règles du droit commun, aux héritiers désignés par la loi ou à ceux que le grevé s'est lui-même choisis par son testament, et l'autre, celle qui comprend les biens substitués, d'après un ordre particulier réglé par le disposant. Eh bien, c'est cet ordre successif,

ordo successivus, parallèle à celui de la loi, contraire à celui de la loi, qui a toujours formé et qui forme encore le trait le plus caractéristique de la substitution fidéicommissaire prohibée par l'art. 896. Notre loi ne veut pas, et en cela elle a bien raison, que le disposant puisse ainsi régler l'avenir pour des générations entières.

En résumé, l'ordo successivus existe, lorsque la propriété des biens faisant l'objet de la disposition repose successivement sur deux têtes : l'institué est propriétaire jusqu'à sa mort ; à ce moment les biens passent au substitué, qui en devient propriétaire à son tour, s'il a survécu au grevé. L'un et l'autre tiennent d'ailleurs leur droit du disposant, mais avec cette différence que le premier le tient directement, et le deuxième indirectement, obliquement.

Mais, en exigeant cette troisième condition, de l'ordre successif, qui se résume en définitive à dire que, pour qu'il y ait substitution prohibée, il ne suffit pas qu'il y ait charge de conserver et de rendre, mais qu'il faut que la charge de rendre soit reportée au décès du grevé, n'exigeons-nous pas plus que l'art. 896, qui parle purement et simplement de la charge de conserver et de rendre, sans ajouter, comme nous le faisons, à son décès ? Non ; car l'art. 896 doit être interprété d'après la tradition ; or, dans les dispositions que notre ancien droit autorisait sous le nom de substitutions fidéicommissaires ou substitutions tout court, la charge de restitution était reportée au décès du grevé. « Nos substitutions ne se font communément que pour avoir lieu au décès du grevé », dit Thévenot ; et il a été expliqué dans les discussions auxquelles la loi a donné lieu que ce sont là précisément les dispositions que l'on a entendu prohiber.

1153. La condition de l'ordo successivus ne se rencontre pas dans le fidéicommis à terme, ni même dans le fidéicommis sous condition, et par conséquent ces

dispositions ne sont pas nulles comme entachées de substitution prohibée.

Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tel immeuble à Primus, à la charge de le rendre à Secundus au bout de cinq ans ». C'est un fidéicommiss à terme. Notre loi autorise ce fidéicommiss. Il ne présente d'ailleurs aucun des inconvénients qu'on a voulu éviter en prohibant les substitutions : notamment il ne fait naître aucune incertitude dans la propriété. Quoi qu'il arrive, Primus ne deviendra jamais propriétaire irrévocable ; en supposant que Secundus meure avant l'époque fixée pour la restitution, elle devra être faite à ses héritiers.

Voici un exemple de fidéicommiss conditionnel emprunté aux monuments fournis par la jurisprudence. Un testateur, Corse d'origine, avait dit : « Je lègue tous mes biens à X ; et, s'il vient à être condamné pour quelque délit, je lui substitue Z ». Cette disposition a été déclarée valable. Elle contenait bien une charge, implicite au moins, de conserver et de rendre ; mais l'époque de la restitution n'était pas fixée au décès du premier gratifié ; la condition de l'ordo successivus manquait donc. La validité du fidéicommiss ou legs conditionnel — le fidéicommiss n'est qu'un cas particulier du legs — ne peut guère être mise en doute : l'art. 1040 l'autorise positivement. Sans doute, des dispositions de ce genre peuvent offrir d'assez graves inconvénients, notamment celui de laisser la propriété incertaine pendant un temps plus ou moins long. Mais c'eût été se jeter dans une exagération manifeste que de les prohiber.

Disons cependant qu'il y a de sérieuses difficultés pour distinguer le legs conditionnel autorisé par l'art. 1040 de la substitution proscrire par l'art. 896, lorsque la disposition est faite sous une condition dont la défaillance ou la réalisation ne peut être vérifiée qu'au décès du gratifié. Ainsi le testateur a dit : « Je lègue tel bien à Primus, et s'il ne laisse pas d'enfants à son décès (ou s'il meurt sans

s'être marié), je lègue le même bien à Secundus ». En fait, la situation faite à Primus par une pareille disposition peut être identique à celle qui résulterait d'une substitution fidéicommissaire. Faut-il dès lors appliquer l'art. 896 ? La jurisprudence et les auteurs admettaient l'affirmative pendant la première partie du siècle dernier, alors que le souvenir des abus auxquels avaient donné lieu les substitutions ne s'était pas encore affaibli. Mais une tendance nouvelle s'est fait jour dans la jurisprudence et dans la doctrine, et nous voyons aujourd'hui valider couramment des dispositions qui ressemblent singulièrement, par leurs conséquences pratiques, aux substitutions prohibées par l'art. 896.

Dans le cas où le premier gratifié est institué sous une condition suspensive, et le second sous la condition suspensive inverse, on a admis assez facilement la validité de la disposition. En effet, si au décès de Primus la condition à laquelle son droit est subordonné ne s'est pas réalisée, Primus n'a jamais rien acquis, et n'ayant rien acquis il n'a rien pu transmettre, par conséquent il n'y a pas charge de conserver et de rendre ; la disposition faite à son profit ne présente pas les caractères de la substitution prohibée. Elle constitue une simple substitution vulgaire. Cass., 23 déc. 1878, S., 79. 1. 399, D., 79. 1. 312, 1^{er} juil. 1891, S., 91. 1. 337, D., 92. 1. 145, 20 déc. 1892, D., 93. 1. 117, 20 juin 1904, S., 06. 1. 81, et la note, D., 06. 1. 476, et Nancy, 8 mars 1905, D., 05. 2. 336. La jurisprudence est allée plus loin encore : elle valide la disposition même dans le cas où, après avoir légué à Primus la nue propriété sous une condition suspensive susceptible de se réaliser à son décès seulement, et à Secundus la pleine propriété sous la condition inverse, le testateur a fait à Primus un legs pur et simple d'usufruit, en vertu duquel il a pu jouir de la chose pendant toute sa vie. Cass., 6 mars 1905, D., 05. 1. 450.

La validité de la disposition faite sous une condition résolutoire a été plus difficilement admise. Ici en effet la propriété, quoi qu'il arrive, a fait impression sur la tête du premier gratifié. Il en a été saisi ; il en a eu les attributs ; il en a exercé les prérogatives. C'est là un fait que ne saurait effacer la rétroactivité attachée à la condition accomplie, parce que cette rétroactivité est une fiction. Par suite, en fait et dans la réalité des choses, l'institué en première ligne a joué le rôle d'intermédiaire entre le disposant et l'appelé ; il semble donc qu'il y ait substitution. C'est en effet ce qui a tout d'abord été décidé par la jurisprudence. V. note de M. Tissier, S., 06. 1. 81. Mais les arrêts les plus récents se prononcent en sens contraire. Sans doute, en fait, Primus s'est trouvé, sa vie durant, dans la situation d'un grevé de restitution. Mais en droit il en est autrement. La réalisation de la condition résolutoire anéantit rétroactivement la disposition faite à son profit ; en droit, il n'y a pas la double libéralité que suppose nécessairement la substitution prohibée par l'art. 896. On dit encore : envisagées isolément, les dispositions faites au profit de Primus et au profit de Secundus sont pleinement valables. Primus est gratifié sous une condition résolutoire dont la réalisation ou la défaillance ne pourra être constatée qu'au jour de son décès ; le même événement constitue une condition suspensive à laquelle est subordonnée la disposition faite en faveur de Secundus. Or notre loi permet de faire une donation entre vifs ou un legs sous une condition suspensive ou résolutoire. Cass., 24 juin 1908, D., 08. 1. 477, et Toulouse, 27 mars 1911, S., 11. 2. 239.

En définitive, il est assez facile aujourd'hui, grâce aux procédés que la jurisprudence tolère, de tourner pratiquement la prohibition de l'art. 896. Mais il reste cependant une règle à l'empire de laquelle on ne peut se soustraire : pour que le legs conditionnel en faveur de Secundus produise ses effets, il faut nécessairement que

celui-ci soit tout au moins conçu au jour du décès du disposant (art. 906).

I. Applications.

1154. Tels sont les caractères de la substitution prohibée : double libéralité des mêmes biens, faite avec ordre successif au profit de deux personnes différentes et avec charge de conserver et de rendre. Toute disposition qui réunit ces caractères, tombe sous le coup de la prohibition formulée par l'art. 896, alors même qu'ils seraient plus ou moins habilement dissimulés dans les replis de l'acte qui contient la libéralité. Autrement il serait vraiment trop facile aux disposants d'éluder la loi.

Nous allons passer en revue un certain nombre d'espèces plus ou moins délicates.

I. Un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à Paul pour l'époque de la mort de mon héritier ». C'est comme s'il avait dit : « Je charge mon héritier, dont je confirme la vocation légale en lui laissant tous mes biens, de les conserver et de les rendre à sa mort à Paul ». Nous avons donc ici tous les éléments de la substitution prohibée. — On pourrait objecter cependant que la charge de conserver et de rendre est imposée dans ce cas à l'héritier légitime du testateur, et non pas, comme le suppose l'art. 896, dont la disposition ne comporte pas l'interprétation extensive, « au donataire, à l'héritier institué ou au légataire ». La réponse se trouve contenue dans la formule par laquelle nous avons traduit la disposition dont il s'agit : elle contient une institution implicite au profit de l'héritier, dont le disposant confirme la vocation légale. Aussi, dans notre ancien droit, n'hésitait-on pas à voir là une substitution. Enfin il est évident qu'une semblable disposition présente tous les inconvénients de celle qui serait faite au profit d'un héritier institué. Cpr. Aix, 27 juin 1881, S., 84. 2. 173, D., 82. 2. 5.

* Mais il ne faudrait pas, argumentant de l'art. 896 al. 2, aux termes duquel la disposition entachée de substitution est nulle, « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire », décider que la nullité de la disposition dont s'agit aura pour effet de détruire la vocation légale de l'héritier ; elle aboutira au contraire à l'affranchir de la charge. La disposition tout entière tombe, par conséquent aussi, si l'on veut, l'institution implicite qu'elle contenait au profit de l'héritier légitime ; mais il lui reste sa vocation légale, en vertu de laquelle il viendra recueillir les biens.

II On lit dans un testament : « Je lègue ma maison à Primas ; et, s'il ne se marie pas, je le charge de rendre cette même maison à Secundus ». Ce n'est qu'au décès de Primus qu'on pourra savoir s'il ne s'est pas marié ; la charge de rendre qui lui est imposée est donc reportée à l'époque de son décès ; et comme d'ailleurs elle implique bien évidemment une charge de conserver, il en résulte que nous trouvons ici tous les éléments de la substitution prohibée ¹²². Il est vrai que la charge de rendre est conditionnelle ; mais cela ne fait qu'augmenter encore l'incertitude de la propriété, et il n'est pas douteux que cette circonstance ne saurait sauver la disposition de la nullité. En ce sens, Cass., 15 mai 1877, S., 77. 1. 264. Cpr. Cass., 2 déc. 1903, D., 04. 1. 182, S., 07. 1. 500.

III. Il en serait de même de la disposition suivante : « Je lègue tous mes biens à Primus ; s'il meurt après moi sans postérité, lesdits biens reviendront à Secundus ». Cass., 28 déc. 1881, D., 82. 1. 246, S., 82. 1. 155, et 16 août 1881, D., 82. 1. 30, S., 84. 1. 62.

IV. Un testateur a dit : « Je lègue ma maison à N., et, au décès de celui-ci, à ses héritiers par ordre de primogéniture. Dans le cas où il mourrait avant moi, j'institue le conseil municipal de la commune d'Anneville exécuteur testamentaire... ». A notre avis, il y a substitution

prohibée, car le légataire est chargé de conserver les biens toute sa vie et de les rendre à son décès à l'aîné de ses héritiers, et peut-être celui-ci à l'aîné de ses héritiers et ainsi de suite indéfiniment. V. cep. Cass., 5 janv. 1887, S., 87. 1. 481, D., 87. 1. 186.

V Le droit d'accroissement peut quelquefois servir à masquer une substitution prohibée. C'est ce qui arrive dans la disposition suivante : « Je donne mon domaine de N... à mes deux frères, et la portion de celui qui mourra le premier sans enfants accroîtra au survivant ». Il y a évidemment ici pour chaque frère obligation de conserver jusqu'à son décès le bien donné, et de le restituer à cette époque, s'il n'a pas d'enfants, à son frère survivant. Tout ce qu'il y a de particulier à cette hypothèse, c'est que la substitution est bilatérale ; mais on ne voit pas comment cette circonstance pourrait l'innocenter, ainsi que le dit Coin-Delisle. V. cep. Cass., 25 fév. 1885, D., 87. 5. 427, S., 85. 1. 216.

VI. Quelquefois, les disposants se servent du droit de retour pour dissimuler une substitution prohibée, par exemple dans la disposition ainsi conçue : « Je donne ma maison à Primus, et, si celui-ci meurt sans enfants, la maison fera retour à Secundus ». Traduisez : « Je donne ma maison à Primus ; je le charge de la conserver jusqu'à sa mort, et, s'il ne laisse pas d'enfants, de la rendre à cette époque à Secundus ». Aussi l'art. 951 al. 2 dit-il que le retour ne peut être stipulé qu'au profit du donateur seul ; quand il est stipulé au profit d'un tiers, il y a substitution prohibée.

Il en serait à peu près de même dans l'hypothèse où le donateur aurait, pour le cas de décès du donataire sans enfants, stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers sans le stipuler pour lui-même. L'art. 951 est formel : le donateur ne peut stipuler le retour qu'à son profit exclusivement.

Mais que décider, si le donateur, toujours pour le cas de décès du donataire sans enfants, a stipulé le droit de retour pour lui et pour ses héritiers ? La question est controversée. La jurisprudence et la majorité des auteurs ne voient dans cette stipulation qu'une extension illicite du droit de retour. On dit en ce sens : outre ce qui lui était permis, c'est-à-dire stipuler le retour pour lui-même, le donateur a fait ce qui lui était défendu, en le stipulant aussi pour ses héritiers. Cette deuxième partie de la stipulation est illicite, et nulle par conséquent ; mais elle ne viciera pas la première qui est valable. *Utile per inutile non viciatur*.

VII. L'interdiction absolue et perpétuelle d'aliéner le bien donné ou légué peut renfermer les éléments d'une substitution prohibée quand elle est établie au profit de personnes déterminées ou de la famille du disposant. Cass., 16 fév. 1903, D. 04. 1. 189, S., 03. 1. 401, et la note de M. Pilon. La libéralité sera donc nulle même à l'égard du premier gratifié. Si l'interdiction était pure et simple, elle devrait seulement être considérée comme une condition illicite réputée non écrite aux termes de l'art. 900.

1155. Voici maintenant toute une série de dispositions ou conventions qui ne sont pas entachées de substitution prohibée, et qui par conséquent seraient valables.

I. La disposition de l'usufruit d'un bien au profit d'une personne, et de la nue propriété de ce même bien au profit d'une autre. « Il en sera de même [c'est-à-dire qu'il n'y aura

» pas substitution prohibée] de la disposition entre vifs ou testamentaire par laquelle

« l'usufruit sera donné à l'un, et la nue propriété à l'autre », dit l'art. 899. C'était à peine utile à exprimer. La substitution suppose, comme nous l'avons vu, deux donations successives du même bien. Or il y a bien ici une double donation ; mais chacune a pour objet un bien différent : la première l'usufruit, la deuxième la nue propriété, deux droits parfaitement distincts. Il est vrai que

le donataire de la nue propriété ne jouira qu'au décès du donataire de l'usufruit, et un examen superficiel pourrait faire croire que le donataire de l'usufruit est chargé de conserver son droit pendant toute sa vie, pour le rendre à l'époque de sa mort au donataire de la nue propriété. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence : comment le donataire de l'usufruit pourrait-il être chargé de transmettre à sa mort un droit qui meurt avec lui ?

II. Il n'y aurait même pas substitution dans la disposition qui établirait deux usufruits successifs. Exemple : « Je donne l'usufruit de tel immeuble à Paul et à sa mort à Pierre ». Il y a bien ici deux dispositions successives, mais elles n'ont pas pour objet le même bien : chacune porte sur un usufruit distinct. Comment, dirons-nous encore ici, le premier usufruitier pourrait-il être considéré comme chargé de conserver son droit pour le rendre à l'époque de sa mort au second, puisque son droit meurt avec lui ? C'est donc un nouveau droit d'usufruit qui prend naissance au profit du second usufruitier lors de la mort du premier ; il le tient tout entier du disposant et nullement du premier usufruitier. Le droit du second est tenu en échec par le droit du premier, voilà tout. Cpr. t. I, ». 1516.

III. Les mêmes principes conduisent à décider que la disposition suivante ne serait pas entachée de substitution : « Je lègue l'usufruit de mes biens à Primus et à Secundus : le survivant aura l'usufruit de la totalité ». Chaque légataire reçoit à l'ouverture du legs l'usufruit de la moitié du bien, et a droit en outre à l'usufruit de l'autre moitié, sous la condition qu'il survivra à son colégataire. Nous sommes donc en face d'un legs conditionnel, et non d'une substitution prohibée.

IV. Thévenot, que nous avons déjà cité plusieurs fois, voyait une substitution dans la disposition suivante : « Je lègue l'usufruit de mes biens à mon neveu, et la nue propriété à ses enfants nés et à naître ». Mais cette solution, qui pouvait se justifier jusqu'à un certain point à

une époque où les substitutions étaient permises et même vues avec faveur, ne saurait être admise sous l'empire d'une législation, qui, comme celle du code civil, prohibe les substitutions et annule les dispositions faites en violation de celle prohibition. On devrait prendre la disposition dont il s'agit pour ce qu'elle est en réalité, c'est-à-dire la considérer comme contenant un double legs, l'un de l'usufruit au neveu, l'autre de la nue propriété à ses enfants. Aussi le legs de la nue propriété ne pourrait-il profiler qu'aux enfants conçus lors du décès du testateur (arg. art. 906).

V. Plusieurs copropriétaires d'un même immeuble conviennent que la part des pré-mourants accroîtra aux survivants, de sorte que celui qui survivra à tous les autres se trouvera être propriétaire de la totalité de l'immeuble. Celle convention n'est pas entachée de substitution. En effet la substitution suppose nécessairement une donation, et même une double donation ; or ici il n'y a qu'une convention intéressée de part et d'autre, à titre onéreux par conséquent : chaque propriétaire stipule le droit de recueillir la part des autres, s'il leur survit, comme contre-valeur de la chance qu'il court de perdre la sienne s'il prédécède. C'est une sorte de tontine.

* VI. Ne constitue pas une substitution prohibée la disposition par laquelle un testateur, en vue de réaliser une fondation, lègue, sous certaines charges, des biens à une personne morale, et, pour le cas où cette personne morale viendrait à disparaître, lui substitue une autre personne morale. Nous n'avons pas ici l'ordo successivus requis pour qu'il y ait substitution prohibée et qui suppose nécessairement une transmission par succession de l'institué au substitué : les personnes morales ne peuvent transmettre à titre de succession, par cette raison toute simple qu'elles ne meurent pas et qu'elles n'ont pas d'héritier. Nous avons ici deux legs conditionnels

parfaitement valables. En sens contraire, Cass., 12 fév. 1890, S., 99. 1. 305, D., 96. 1. 545.

II. Règles à suivre pour l'interprétation des dispositions qui sont attaquées comme contenant une substitution prohibée.

1156. Cette interprétation rentre dans l'office du juge. Il doit rechercher ce qu'a voulu le disposant ; et, si sa volonté est contraire à la loi, si la disposition, telle qu'il a entendu la faire, contient les éléments de la substitution prohibée, il doit en déclarer la nullité. Pour déterminer la volonté du disposant, le juge devra surtout avoir égard aux termes de la disposition, et combiner entre elles au besoin les différentes parties dont elle se compose ; souvent, elles s'éclaireront mutuellement. Si, malgré tous ses efforts, le juge ne parvient pas à fixer le sens d'une disposition qui se prête à une double interprétation, dont l'une conduirait à dire que la disposition est entachée de substitution prohibée, il devra, toutes choses égales d'ailleurs, admettre l'autre interprétation ; car la première conduirait à annuler l'acte, comme étant fait en violation d'une prohibition de la loi, et dans le doute on ne doit pas supposer que le disposant ait entendu violer la loi et introduire ainsi dans sa disposition un élément de nullité. Interpretandus est actus potius ut valeat quam ut pereat, dit en substance la loi 12, D., De reb. dub., XXXIV, 5. Cpr. art. 1157. La jurisprudence la plus récente est en ce sens. Cass., 27 juin 1905, D., 06. 1. 120 ; Lyon, 11 juil. 1908, D., 10. 2. 100 ; Toulouse, 27 mars 1911, S., 11. 2. 239, et les références.

Cela nous conduit à parler de la substitution compendieuse. On désignait autrefois sous ce nom la disposition, qui pouvait être considérée soit comme une substitution vulgaire, soit comme une substitution fidéicommissaire, quia sub compendio verborum plures

continent substitutions. Dans notre ancien droit, on interprétait une semblable disposition dans le sens d'une substitution fidéicommissaire : ce qui était tout naturel, puisque cette substitution était vue avec faveur. Mais aujourd'hui que la loi la prohibe, c'est l'interprétation contraire qui devrait être admise. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à Primus, et EN CAS DE DÉCÈS, à ses enfants ». Peut-être le testateur a-t-il voulu dire que, si Primus meurt avant lui, il institue ses enfants : auquel cas la disposition ne contient qu'une substitution vulgaire. Mais peut-être aussi, prévoyant le cas où Primus lui survivrait, le testateur a-t-il voulu lui léguer ses biens à la charge de les conserver pendant toute sa vie et de les rendre à sa mort à ses enfants, en supposant qu'ils lui survivent : auquel cas la disposition contiendrait une substitution fidéicommissaire. Dans l'hypothèse où rien ne permettra au juge de fixer le sens que la disposition avait dans la pensée du testateur, c'est la première interprétation qui devra être admise. Cpr. Limoges, 23 juin 1886, D., 87. 2. 78, Cass., 6 fév. 1889, D., 89. 1. 62, S., 89. 1. 454, et 27 juin 1905, D., 06. 1. 120, S., 06. 1. 84. Il en serait de même de la disposition suivante : « Je lègue tous mes biens à Primus, et, S'IL NE SE MARIE PAS, à Secundus » ; entendez : si Primus ne se marie pas avant mon décès. Montpellier, 26 mai 1879, D., 80. 2. 115, S., 80. 2. 167. Cpr. Cass., 24 avril 1882, D., 83. 1. 72, S., 83. 1. 294.

D'ailleurs, le juge a un pouvoir souverain pour l'interprétation des clauses d'un testament, arguées de substitution prohibée. Sa décision échappe donc au contrôle de la cour de cassation. Cass., 27 juin 1894, D., 95. 1. 204, 8 mai 1899, S., 01. 1. 391, D., 00. 1. 68, 20 juin 1904, S., 06. 1. 81, D., 06. 1. 476, 27 juin 1905, précité, et 5 déc. 1910, D., 11. 1. 24, S., 11. 1. 395. Il en serait autrement toutefois, si, sous prétexte d'interprétation, le juge avait dénaturé le sens de l'acte, ou si, ayant admis une

certaine interprétation, il n'en avait pas tiré les conséquences légales, par exemple en refusant de voir dans la disposition une substitution prohibée, alors que, avec l'interprétation qu'il lui donne, elle en présente tous les caractères. Cass., 10 fév. 1891, S., 91. 1. 105, et 2 fév. 1892, D., 92. 1. 506. Cpr. supra, n. 1091 et 1135.

N° 3. Sanction de la prohibition des substitutions.

1157. Aux termes de l'art. 896 al. 2, la disposition entachée de substitution est nulle « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire ». Dans toute disposition conçue en violation de l'art. 896, il y a une double libéralité avec ordre successif : l'institution, faite au profit du premier gratifié, et la substitution, faite en faveur du second, cette dernière éventuelle, parce qu'elle ne doit s'ouvrir qu'à la mort du grevé, et seulement si l'appelé vit à cette époque. Eh bien ! l'art. 896 ne se borne pas à annuler le deuxième terme de la disposition, celui qui est illicite, la charge de conserver et de rendre, la substitution en un mot : il annule aussi l'institution. C'est donc la disposition tout entière qui croule. Exception remarquable, nous l'avons déjà noté (supra, n. 815), à la disposition de l'art. 900, qui aurait conduit à considérer l'institution comme valable, la substitution seule étant anéantie en tant que charge ou condition illicite. Notre législateur s'est ainsi montré plus sévère que celui de 1792, qui se bornait à annuler la charge illicite de conserver et de rendre, la substitution. Quel en est le motif ? On a sans doute considéré qu'il existe une sorte d'indivisibilité entre les deux parties de la disposition, l'institution et la substitution, en ce sens qu'il n'est nullement démontré que, dans la pensée du testateur, l'une des deux fût principale et l'autre accessoire, et qu'en tout cas on ne peut savoir quelle est celle qu'il considérerait comme principale. Annuler seulement la substitution sans annuler l'institution, c'est

supposer que, dans la pensée du disposant, l'institution était la disposition à laquelle il attachait le plus d'importance, celle qu'il aurait conservée s'il eût été obligé d'opter entre l'une et l'autre. Mais qui peut savoir s'il ne pensait pas précisément le contraire ? Du moment qu'on ne pouvait conserver la disposition dans toutes ses parties, il fallait l'annuler tout entière. D'ailleurs, cette sanction rigoureuse a pu paraître nécessaire pour assurer l'efficacité d'une prohibition, contre laquelle le législateur savait qu'on lutterait d'une manière opiniâtre. « Il a voulu, dit Coin-Delisle, couper les substitutions par la racine ». Que serait-il arrivé, en effet, si le législateur n'avait annulé que la charge de conserver et de rendre, en maintenant la disposition faite au profit du premier gratifié ? C'est que beaucoup auraient fait des dispositions à charge de rendre, espérant que les grevés se croiraient tenus en conscience d'exécuter la charge. Souvent leurs prévisions n'auraient pas été trompées, et le succès de la prohibition aurait été compromis. Il n'y avait qu'un moyen de la rendre efficace, c'était d'annuler la disposition tout entière.

1158. Les dispositions, faites en violation de la prohibition formulée par l'art. 896, ne sont pas simplement annulables, elles sont nulles de nullité absolue, car la prohibition dont il s'agit est fondée, ainsi que nous l'avons vu (supra, n. 1147), sur des considérations d'ordre public. Il en résulte qu'une disposition entachée de substitution prohibée n'est pas susceptible de confirmation ou ratification soit expresse, soit tacite. Ainsi notamment l'exécution volontaire de la disposition n'engendrerait pas une fin de non-recevoir contre le disposant ou ses héritiers, qui agiraient en restitution des biens contre le donataire ou le légataire.

1159. La prohibition de l'art. 896 est d'une rigueur extrême ; et, s'il n'est pas permis d'en restreindre arbitrairement la portée, encore moins doit-on l'étendre au delà de ses justes limites. Or ce que la loi annule, c'est

seulement la disposition entachée de substitution. Si donc, dans un même acte, dans un testament par exemple, il y a des dispositions atteintes de ce vice et d'autres qui en sont exemptes, la nullité des premières n'entraînera pas la nullité des secondes qui en sont indépendantes. Cass., 10 fév. 1891, S., 91. 1. 104, D., 91. 1. 264, 27 juin 1894, D., 95. 1. 204, et Poitiers, 18 janv. 1904. D., 05. 2. 211.

1160. Toute clause pénale par laquelle le disposant aurait cherché à assurer l'exécution d'une disposition entachée de substitution prohibée serait nulle et de nul effet. Telle serait la clause ainsi conçue : « Si mes héritiers attaquent mon testament et le font annuler comme fait en violation de l'art. 896, je lègue en ce cas tous mes biens à Paul ». Cpr. art. 1227, et Paris, 4 mai 1899, D., 00. 2. 403.

Nous pensons qu'il en serait autrement, si le testateur avait dit : « Au cas où il arriverait, contrairement à mes prévisions, que telle disposition fût considérée comme entachée de substitution prohibée et frappée de nullité à ce titre, alors je déclare m'en départir et la remplacer par telle autre disposition ». Nous n'avons plus ici le spectacle d'un testateur qui se révolte contre la loi et veut être plus fort qu'elle, mais d'un testateur qui se montre respectueux de ses prescriptions. Il croit que la loi autorise la disposition qu'il a faite, mais il n'en est pas sûr. Un semblable doute peut exister même dans l'esprit d'un jurisconsulte ; car c'est chose fort difficile que de déterminer les limites exactes de la prohibition, et il y a ici un grand nombre de dispositions qui côtoient la nullité. Pourquoi en pareil cas serait-il défendu au disposant d'échapper à une nullité, qu'il croit ne pas commettre, mais dont il redoute cependant l'existence ?

1161. A qui profite la nullité des dispositions entachées de substitution prohibée. — En principe, c'est à l'héritier légitime du disposant ; car la loi déclare la disposition nulle « même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du

légataire » ; et il est clair que ce ne sont pas ceux contre lesquels la nullité est établie qui peuvent en profiler.

* Cette solution doit être maintenue, même au cas où la charge de rendre aurait été imposée à un légataire universel. — Cela est sans difficulté, quand la charge s'applique à l'universalité tout entière. Ainsi un testateur a dit : « J'institue Paul mon légataire universel, à la charge de conserver tous les biens dont mon hérité se compose et de les rendre à sa mort à Pierre, si celui-ci lui survit ». Il est certain que la disposition est nulle aussi bien à l'égard de Paul, l'institué, qu'à l'égard de Pierre, le substitué ; les biens reviendront donc à l'héritier légitime du disposant. — Nous n'y voyons guère de doute non plus, si la charge de restituer s'applique à une fraction de l'universalité. Ainsi la charge de rendre imposée au légataire universel porte sur le quart des biens seulement. Ce quart reviendra à l'héritier légitime ; mais l'institution sera maintenue pour le surplus, c'est-à-dire pour les trois quarts ; car pour cette portion il n'y a pas charge de rendre, et par conséquent l'institution n'est pas viciée.

* La question devient beaucoup plus délicate, si la charge de restitution imposée au légataire universel porte sur un objet déterminé, si le testateur a dit par exemple : « Je lègue tous mes biens à Paul, à la charge de conserver mon domaine de N... pendant toute sa vie et de le rendre à sa mort à Pierre ». Même dans cette hypothèse, la jurisprudence déclare la disposition, entachée de substitution, nulle à l'égard du légataire universel, et elle attribue par conséquent à l'héritier légitime le bien qui a fait l'objet de cette disposition, le domaine dans l'espèce proposée. On dit en ce sens que l'art. 896 est formel : il déclare la disposition, entachée de substitution, nulle même à l'égard de l'héritier institué ou légataire universel. Cass., 16 mars 1874, S., 74. 1. 299, D., 74. 1. 354.

* Quoi qu'il en soit au sujet de ce dernier point, sur lequel il y aurait beaucoup à dire, ce qui paraît certain, c'est que,

si le défunt, ayant institué un légataire universel, a fait en outre un legs particulier, et que celui-ci soit entaché de substitution prohibée, sa nullité profitera au légataire universel et non à l'héritier légitime. Ainsi un testateur a dit : « Je lègue tous mes biens à Primus ; je lègue à Secundus mon domaine de N..., à la charge de le rendre à sa mort à Tertius ». La nullité de cette dernière disposition profitera au légataire universel Primus (héritier institué) et non à l'héritier légitime. En effet, la loi dit que la disposition est nulle à l'égard, de l'héritier institué ou du légataire. Elle ne dit pas que la disposition soit nulle à l'égard de l'héritier institué ET du légataire tout à la fois, ce qui serait nécessaire pour que la nullité pût profiter à l'héritier légitime. Cette solution est d'ailleurs très rationnelle. L'héritier institué n'étant ici grevé d'aucune charge de restitution, on ne voit pas trop comment la disposition pourrait être déclarée nulle par rapport à lui. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens.

§ II. Des substitutions exceptionnellement permises.

N° 1. Dans quels cas la loi les autorise.

1162. Un père, dont le fils est dissipateur ou enclin aux folles entreprises, voit d'un œil inquiet le sort réservé aux enfants de ce fils, ses petits-enfants à lui. Après ma mort, se dit-il, mon fils dévorera en folles dépenses ou en fausses spéculations les biens qu'il aura recueillis dans ma succession, et il laissera ses enfants dans la misère. Existe-t-il un moyen légal pour parer à ce danger ? Oui, et c'est la substitution qui le fournit. La loi, qui la prohibe quand elle doit être un instrument d'inégalité entre les enfants d'un même père, l'autorise au contraire ici, parce qu'elle permet de réaliser une bonne œuvre. Dans notre hypothèse, le père donnera à son fils tout ou partie des biens qui

composent sa quotité disponible, à la charge de les rendre à sa mort à ses enfants nés ou à naître.

C'est ce qui résulte de l'art. 1048, ainsi conçu : « Les biens dont

- » les pères et mères ont la faculté de disposer, pourront être par

- » eux donnés, en tout ou en partie, à un ou plusieurs de leurs

- » enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de

- » rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré

- » seulement, desdits donataires ».

Sur quoi il faut remarquer :

1° Que le père ne peut disposer, par le mode exceptionnel qu'autorise notre article, que des biens formant sa quotité disponible. La réserve doit parvenir intacte aux réservataires ; elle ne saurait être grevée d'aucune charge. Le grevé agira contre le tuteur à la substitution pour faire déterminer les biens faisant partie de la quotité disponible. Cass., 22 janv. 1906, D., 07. 1. 428, S., 12. 1. 564. Si la disposition excédait les limites de la quotité disponible, elle ne serait pas nulle, mais seulement réductible à la quotité disponible. Paris, 4 mai 1899, D., 00. 1. 403. D'ailleurs, la disposition peut être faite par acte entre vifs ou testamentaire ;

2° Que la donation avec charge de rendre, autorisée par notre article, ne peut être faite que par un père ou une mère à son enfant. Un aïeul ne pourrait donc pas valablement donner à son petit-fils, avec charge de rendre à ses arrière-petits-fils ;

3° Que la charge de rendre ne peut être imposée qu'au profit des enfants du donataire, non au profit de ses petits-enfants, s'il n'a pas d'enfants. Argument de ces mots de la rubrique : en faveur des petits-enfants du donateur. Mais d'ailleurs, la loi ne distinguant pas, la charge de rendre

peut être imposée à un enfant naturel reconnu du disposant, aussi bien qu'à un enfant légitime. Cass., 2 mai 1888, S., 88. 1. 217, D., 88. 1. 209 ;

4° Que la charge de restitution ne peut pas être imposée successivement, d'abord à l'enfant au profit de ses enfants, petits-enfants du disposant, puis à ceux-ci au profit de leurs enfants, arrière-petits-fils du disposant : ce qui constituerait une substitution graduelle, excédant les limites établies par notre article. La loi dit : « au premier DEGRÉ seulement » ; ce qui fait vraisemblablement allusion au degré de restitution ; elle n'autorise donc pas une charge de restitution à deux degrés.

Ces-diverses solutions sont commandées par la nature même de notre disposition qui, dérogeant au droit commun, doit être interprétée restrictivement.

1163. L'art. 1049 autorise l'usage de la substitution fidéicommissaire dans un deuxième cas qui présente beaucoup d'analogie avec celui prévu par l'art. 1048 : « Sera valable, en cas de mort

» sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte

» entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses

» frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point

» réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces

» biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement,

» desdits frères ou sœurs donataires ».

Ainsi l'art. 1049 autorise, au profit des enfants du frère ou de la sœur, c'est-à dire des neveux et nièces, la disposition que l'art. 1048 autorise au profit des enfants du fils. Et toutefois la disposition n'est valable qu'autant que le disposant meurt sans enfants ; mais il importerait peu qu'il eût des enfants lors de la disposition s'ils sont morts avant

lui. La présence d'enfants au moment du décès du disposant empêche la substitution d'être valable, parce que la loi ne l'autorise qu'en vue d'assurer au profit des neveux et nièces la conservation des biens qui leur sont naturellement et légalement destinés. Or les biens d'une personne ne sont naturellement et légalement destinés à ses neveux et nièces qu'autant qu'elle ne laisse pas d'enfants à l'époque de son décès.

L'art. 1049 est conçu à peu près dans les mêmes termes que l'art. 1048 ; il y aurait donc lieu de répéter mutatis mutandis tout ce que nous venons de dire au numéro précédent.

1164. La disposition autorisée par les art. 1048 et 1049 est infiniment préférable à celle par laquelle le père ou le frère donnerait ou lèguerait l'usufruit des biens composant sa quotité disponible à son fils ou à son frère et la nue propriété de ces mêmes biens aux enfants de ce fils ou de ce frère ; car la donation ou le legs de la nue propriété ne pourrait profiter qu'aux petits-enfants ou aux neveux nés ou au moins conçus au moment de la donation ou du décès du disposant (arg. ar. 906), tandis que la substitution profile à tous sans exception. La disposition serait même nulle, si elle avait été faite au profit de quelques-uns seulement des enfants du donataire. En effet, aux termes de l'art. 1050 : « Les dispositions permises par les

» deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge

» de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du

» grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe ».

Dans les substitutions permises, la représentation est admise au profit des descendants des petits fils ou des neveux prédécédés lors de l'ouverture de la substitution. C'est ce qui résulte de l'art. 1051, ainsi conçu : « Si, dans les cas ci-dessus, le grevé de restitution au

» profit de ses enfants meurt, laissant des enfants au

premier degré

» et des descendants d'un enfant prédécédé, ces derniers recueilleront,

» par représentation, la portion de l'enfant prédécédé ». Mais si tous les enfants au premier degré du donataire grevé de restitution venaient à mourir avant lui, la substitution deviendrait caduque ; elle ne s'ouvrirait pas au profit des petits-enfants, car la charge de restitution ne peut être imposée qu'en faveur des enfants du donataire.

1165. En résumé, les substitutions fidéicommissaires, proscrites en principe par l'art. 896, sont autorisées par exception dans deux cas : 1° un père peut donner à son fils, par acte entre vifs ou testamentaire, tout ou partie des biens composant sa quotité disponible, avec charge de les rendre à sa mort — ce qui implique la charge de les conserver — à tous ses enfants nés ou à naître ; 2° un frère est autorisé à faire une disposition semblable en faveur de son frère, avec charge de restitution au profit des enfants, nés ou à naître de celui-ci. Et toutefois, la disposition n'est valable dans ce dernier cas que si le disposant meurt sans enfants.

1166. Quand une donation entre vifs a été faite purement et simplement par un père à son fils ou par un frère à son frère, le donateur ne peut plus, par un acte postérieur, imposer au donataire la charge de rendre les biens donnés à ses enfants nés ou à naître : ce serait révoquer partiellement la donation, et le donateur n'a pas ce droit. La charge de restitution ne deviendrait même pas obligatoire par le consentement du donataire qui l'aurait acceptée ; ce serait une stipulation pour autrui (au profit des appelés), nulle comme faite en dehors des cas où l'art. 1121 autorise exceptionnellement une stipulation de ce genre. Toutefois, le consentement mutuel des parties peut avoir pour résultat de grever de restitution au profit des enfants du donataire les biens qui ont fait l'objet d'une

donation pure et simple, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1052, ainsi conçu : « Si l'enfant, le frère ou

» la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de

» restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire,

» sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de

» cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur

» profit et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient

» de rendre les biens compris dans la seconde disposition ». Il va sans dire que la charge de restitution, ainsi imposée après coup, ne porterait aucune atteinte aux droits que des tiers auraient acquis sur les biens substitués, à une époque où ces biens étaient libres entre les mains du donataire.

N° 2. Mesures prescrites dans l'intérêt des appelés et dans celui des tiers.

1167. Le grevé reste pendant toute sa vie en possession des biens substitués. Pour assurer la restitution dont il est éventuellement tenu au profit des appelés, la loi prescrit certaines mesures conservatoires. Et comme, d'un autre côté, l'ouverture de la substitution réfléchit sur les tiers, puisqu'elle entraîne la résolution des droits qu'ils auraient pu acquérir du chef du grevé sur les biens substitués, et qu'ils ont intérêt par conséquent, lorsqu'ils traitent avec le grevé, à connaître la charge de restitution dont il est tenu, la loi prescrit en même temps certaines mesures de publicité en vue de les éclairer. Les mesures conservatoires ordonnées dans l'intérêt des appelés sont : 1° la nomination d'un tuteur à la substitution ; 2° l'inventaire des biens substitués ; 3° la vente du mobilier et l'emploi

des deniers. La mesure de publicité, prescrite dans l'intérêt des tiers, consiste dans une transcription ou une inscription suivant les cas.

1. Nomination d'un tuteur à la substitution.

1168. Le tuteur à la substitution est investi d'une mission toute spéciale : assurer l'exécution de la substitution, et pour cela veiller à l'accomplissement des mesures conservatoires prescrites par la loi. Le tuteur à la substitution n'administre pas ; il n'y a donc pas lieu de lui donner un subrogé tuteur, et ses biens ne sont pas grevés de l'hypothèque légale de l'art. 2121. A vrai dire, c'est un curateur plutôt qu'un tuteur : on lui donnait ce titre dans notre ancien droit, et notre législateur a peut-être eu tort de ne pas le lui conserver.

En règle générale, le besoin d'un tuteur à la substitution ne se fait pas sentir pendant la vie du disposant : qui donc mieux que lui pourrait surveiller l'exécution de la substitution ? Si cependant il ne voulait ou ne pouvait se charger de ce soin, il pourrait le confier à un tuteur de son choix. Sauf cette rare exception, la tutelle à la substitution ne s'ouvrira que par la mort du disposant. Les règles relatives à la nomination de ce tuteur sont contenues dans les art. 1055 et 1056

Aux termes de l'art. 1055 : « Celui qui fera les dispositions autorisées par les articles
« précédents, pourra, par le même acte, ou par un acte postérieur, en forme authentique,
» nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions : ce tuteur ne pourra
» être dispensé que pour une des causes exprimées à la section I^{re} du chapitre II du
» titre de la Minorité, de la Tutelle et de l'Emancipation ».

= Ou par un acte postérieur en la forme authentique. On admet généralement que cette nomination pourrait aussi être faite dans un acte revêtu des formes du testament olographe : un tuteur ordinaire peut être nommé dans cette forme (art. 398 cbn. 392), à plus forte raison un tuteur à la substitution.

L'art. 1056 ajoute : « A défaut de ce tuteur, il en sera nommé un à la diligence du

» grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du

» décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant

» la disposition aura été connu ».

= Il en sera nommé un Cette nomination devra être faite dans les formes ordinaires par le conseil de famille des appelés.

La loi est sévère pour le grevé qui ne satisfait pas à l'obligation que lui impose l'art. 1055. Aux termes de l'art. 1057 : « Le grevé qui n'aura pas satisfait à l'article précé » dent, sera déchu du bénéfice de la disposition ; et, dans ce cas, le droit pourra être

» déclaré ouvert au profil des appelés, à la diligence, soit des appelés s'ils sont majeurs,

» soit de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des

» appelés, majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur

» du Roi près le tribunal de première instance du lieu où la succession est ouverte ».

= SERA déchu... et le droit POURRA être déclaré ouvert. Bien que contradictoires en apparence, les termes de cette disposition, qui, impérative d'abord, paraît devenir ensuite facultative, se concilient parfaitement. Par le mot pourra, la loi nous fait entendre qu'il est facultatif, pour les personnes auxquelles elle accorde ce droit, de provoquer la déchéance du grevé, et par le mot SERA, elle impose au

juge l'obligation de prononcer cette déchéance lorsqu'il en est régulièrement requis : ce qui n'exclut pas cependant de la part du juge le droit et même le devoir d'examiner si le grevé est en faute ; car il paraît impossible que la déchéance dont il s'agit ait été établie en vue du cas où le grevé se serait trouvé, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, dans l'impossibilité de remplir l'obligation que la loi lui impose. A l'impossible nul n'est tenu.

* La déchéance prononcée contre le grevé par application de notre disposition, est définitive. Mais les droits des appelés sur les biens substitués ne peuvent être réglés que provisoirement, tout dépendant en définitive de l'état de choses qui existera au décès du grevé. Par exemple, s'il survient un nouvel enfant après la répartition faite entre les appelés, il faudra lui faire sa part ; réciproquement, si un des appelés meurt avant le grevé, sa part accroîtra aux autres.

2. Inventaire des biens substitués.

1169. « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de

» restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire

» de tous les biens et effets qui composeront sa succession,

» excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier.

» Cet inventaire contiendra la prisée à juste prix des meubles

» et effets mobiliers » (art. 1058).

= Excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Et plus généralement toutes les fois que la disposition à charge de rendre sera faite à titre particulier. Eadem est ratio Ce qui conduit à dire que l'inventaire ne sera jamais nécessaire quand la disposition aura été faite

par donation entre vifs, car une donation entre vifs ne peut être faite qu'à titre particulier (supra, n. 948) ; et d'ailleurs, si la donation a pour objet des effets mobiliers, elle sera nécessairement accompagnée d'un état estimatif qui rendra l'inventaire inutile (art 918). C'est donc seulement quand la disposition à charge de rendre constituera un legs universel ou à titre universel que l'inventaire prescrit par notre article sera nécessaire.

« Il [l'inventaire] sera fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé

» au titre des Successions, en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais

» seront pris sur les biens compris dans la disposition » (art. 1059).

= Dans le délai fixé au titre des Successions. C'est à-dire dans le délai de trois mois (art. 795) ; on n'ajoute pas les quarante jours, parce qu'il n'y a pas à délibérer.

« Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il y

» sera procédé dans le mois suivant, à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution,

» en présence du grevé ou de son tuteur » (art. 1060).

— Ou de son tuteur. Le grevé peut être mineur.

« S'il n'a point été satisfait aux deux articles précédents, il sera procédé au même

» inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'article 1057, en y appelant le

» grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution » (art. 1061).

3. Vente du mobilier et emploi des deniers.

1170. Les meubles perdant de leur valeur par l'usage et même par le seul effet du temps, et pouvant d'ailleurs être l'objet de détournements, la loi décide que ceux qui sont compris dans la disposition seront en principe vendus et

qu'il sera fait du prix un emploi offrant toutes garanties. Ainsi l'exigeait l'intérêt des appelés.

En ce qui concerne la vente, l'art. 1062 dispose : « Le grevé de restitution sera tenu de

- » faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris

- » dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont il est mention dans

- » les deux articles suivants ».

= De tous les meubles et effets. Malgré la généralité de ce texte, les motifs, sur lesquels est fondée sa disposition, conduisent à décider qu'il ne s'applique qu'aux meubles corporels. Les meubles incorporels ne périssent pas par l'usage ; à quoi bon les vendre ? Et puis il faudrait souvent placer l'argent qui proviendrait de la vente en valeurs de même nature ; autant vaut les conserver.

Ce principe souffre une double exception que les art. 1063 et 1064 formulent en ces termes : « Les meubles meublants et autres choses mobilières qui auraient été compris

- » dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, seront rendus

- » dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution » (art. 1063). « Les bestiaux et

- » ustensiles servant à faire valoir les terres, seront censés compris dans les donations

- » entre-vifs ou testamentaires desdites terres ; et le grevé sera seulement tenu de les faire

- » priser et estimer, pour en rendre une égale valeur lors de la restitution » (art. 1064).

Les bestiaux et ustensiles aratoires servant à faire valoir des terres sont déclarés immeubles par destination par les art. 522 et 524. Cela posé, la première partie de l'art. 1064, qui les déclare compris dans la disposition relative aux terres, peut paraître inutile, les immeubles par destination suivant nécessairement en qualité d'accessoires le sort de

l'immeuble auquel ils sont liés, et la deuxième, qui les déclare soustraits à la règle que les MEUBLES doivent être vendus, semble être le résultat d'un oubli. Mais on aurait tort de faire de ce chef le procès au législateur. Le titre Des donations..., qui contient l'art. 1064, a été décrété avant celui De la distinction des biens, où se trouvent les art. 522 et 524. L'art. 1064 n'est qu'un écho de l'ancien adage *instrumentum fundi non est pars fundi*, sur lequel on vivait encore à cette époque et que les art. 522 et 524 devaient bientôt remplacer par un principe opposé : le législateur ne pouvait pas bien évidemment se référer à ce nouveau principe avant qu'il fût décrété.

= Pour en rendre une égale valeur. L'art. 6 du titre I de l'ordonnance de 1747 disait : pour en rendre D'une égale valeur. Il est fort probable que notre législateur a voulu reproduire l'idée de l'ordonnance, bien qu'il en ait un peu modifié la formule, par inadvertance peut-être. Ce sont donc des bestiaux d'égale valeur que le grevé devra restituer, et non une valeur égale à celle des bestiaux.

1171. L'emploi des deniers substitués est réglé dans les art. 1065 à 1068, ainsi conçus :

ART. 1065. Il sera fait par le grevé, dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, un emploi des deniers comptants, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs. — Ce délai pourra être prolongé, s'il y a lieu.

ART. 1066. Le grevé sera pareillement tenu de faire emploi des deniers provenant des effets actifs qui seront recouvrés et des remboursements de rentes ; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers.

ART. 1067. Cet emploi sera fait conformément à ce qui aura été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels l'emploi doit être fait ; sinon il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilège sur des immeubles.

= Avec privilège sur des immeubles. Il n'y a que deux moyens de placer des fonds avec privilège sur des immeubles : acheter une créance privilégiée sur un immeuble, ou payer un créancier ayant privilège sur un immeuble et se faire subroger dans ses droits. — Un placement sur première hypothèque peut valoir un placement avec privilège ; aussi décide-t-on que ce mode de placement devrait être admis comme équivalent à celui que la loi indique. Aujourd'hui les fonds substitués peuvent être placés en rentes françaises de toute nature, à moins de clause contraire. L. L. 16 septembre 1871, art. 29 al. 1 et 2 ; 11 juin 1878, art. 3 ; 27 avril 1888, art. 3. Cpr. Cass., 6 mai 1908, D., 09. 1. 285, S., 10. 1. 297.

ART. 1068. L'emploi ordonné par les articles précédents sera fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution.

4. Publicité de la substitution.

1172. Nous savons qu'elle a pour but d'éclairer les tiers sur la situation du grevé, qui ne peut concéder sur les biens substitués que des droits résolubles.

L'art. 1069 indique par quel moyen elle doit être réalisée :
« Les

» dispositions par actes entre vifs ou testamentaires, à charge de

» restitution, seront, à la diligence, soit du grevé, soit du tuteur

» nommé pour l'exécution, rendues publiques ; savoir, quant aux

» immeubles, par la transcription des actes sur les registres du

» bureau des hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux

» sommes colloquées avec privilège sur des immeubles,

par l'inscription

» sur les biens affectés au privilège ».

= Les dispositions par actes entre vifs ou TESTAMENTAIRES. En règle générale les dispositions testamentaires ne sont pas assujetties à la formalité de la transcription. La loi y soumet par exception celles qui contiennent une substitution permise. De sorte que les tiers sont présumés connaître indépendamment de la transcription toutes les dispositions testamentaires, à l'exception de celles qui contiennent des substitutions. C'est assez bizarre, pour ne rien dire de plus. La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a laissé subsister cette anomalie : « Il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre... », dit l'art. 11 in fine.

* Si les biens substitués sont des immeubles, la substitution sera rendue publique par la transcription de la disposition qui la contient. Si les biens substitués consistent en créances hypothécaires ou privilégiées, la substitution sera portée à la connaissance des tiers par la mention de l'acte qui la contient en marge de l'inscription du privilège ou de l'hypothèque : c'est en ce sens que doit être entendue la partie finale de l'art. 1069.

* Les dispositions que nous venons d'analyser doivent être appliquées par analogie au cas où des deniers substitués sont employés en immeubles ou placés avec privilège sur des immeubles, par application de l'art. 1067. Au premier cas, il faudra, dans la transcription de l'acte d'acquisition, relater la disposition contenant la substitution ; au deuxième, on devra la mentionner dans l'inscription du privilège ou en marge de cette inscription si elle est déjà prise.

* Lorsque la charge de rendre s'applique à des biens faisant l'objet d'une donation entre vifs, l'acte est soumis à la transcription à un double titre : en tant que donation

d'abord, en vertu de l'art. 939, en tant que substitution ensuite, en vertu de l'art. 1069. Il pourrait arriver que l'acte fût transcrit comme donation sans l'être en tant que substitution ; alors la donation faite au grevé serait opposable aux tiers, mais il n'en serait pas de même de la charge de restitution. C'est ce qui arriverait par exemple, si le conservateur des hypothèques, par erreur ou par collusion, avait omis, en transcrivant l'acte de donation, de relater la clause portant charge de rendre, ou — ce cas est de nature à se présenter plus fréquemment — si, une donation ayant été faite purement et simplement, et transcrite, les biens compris dans cette donation sont grevés de restitution en vertu d'une clause d'une donation postérieure acceptée par le grevé (art. 1052), et que la substitution résultant de cette donation postérieure n'ait pas été rendue publique comme le veut la loi, c'est-à-dire par une mention de la clause de substitution en marge de la transcription de la première donation.

1173. Tant que la substitution n'a pas été rendue publique par la voie qui vient d'être indiquée, les tiers sont réputés en ignorer l'existence, et par suite elle ne leur est pas opposable. Ils ont donc le droit de considérer le grevé comme propriétaire incommutable des biens substitués, et les droits qu'ils acquièrent sur ces biens en traitant avec lui sont irrévocables, pourvu qu'ils se soient eux mêmes conformés en temps utile aux prescriptions de la loi pour la conservation de ces droits.

Il en serait ainsi, alors même que les tiers qui ont traité avec le grevé auraient eu connaissance de la substitution par une autre voie. On lit à ce sujet dans l'art. 1071 : « Le défaut de transcription

» ne pourra être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance

» que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient

» avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de

la transcription ». Les formalités ne se suppléent pas, dit Pothier.

1174. Qui peut se prévaloir du défaut de transcription de la substitution. — « Le de transcription de l'acte contenant la

» disposition pourra être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs..... » (art. 1070 al. 1). Il s'agit bien évidemment des créanciers et tiers acquéreurs du grevé.

= Par les créanciers, même chirographaires. Lex non distinguit.

= Par les tiers acquéreurs : ce qui, suivant l'opinion générale, ne comprend que les acquéreurs à titre onéreux. Tel est le sens ordinaire de l'expression tiers acquéreurs. Cpr. art. 2184. Ici comme ailleurs, la loi favorise moins les acquéreurs à titre gratuit du grevé, qui certant de lucro captando, que les acquéreurs à titre onéreux, qui certant de damno vilando. Il est d'ailleurs sans difficulté que, dans notre matière, la loi comprend sous cette dénomination, non seulement ceux auxquels le grevé a transmis un droit de propriété sur les biens substitués, mais aussi ceux auxquels il a conféré des droits réels, tels que servitude, usufruit, hypothèque, pourvu toujours que ce soit à titre onéreux.

Bien que la loi ne parle que du défaut de transcription, il est clair que les créanciers et les tiers acquéreurs pourraient opposer aussi le défaut d'inscription.

D'ailleurs le défaut de transcription ou d'inscription peut être opposé « même aux

» [appelés] mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à

» l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce

» défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolva-

» bles » (art. 1070 in fine).

Telles sont les seules personnes qui peuvent opposer le défaut de transcription de la substitution : les créanciers et les tiers acquéreurs à titre onéreux du grevé.

Les ayant-cause du donateur n'ont en aucun cas ce droit.

* Cela est sans difficulté pour les ayant-cause universels du donateur, tels que ses héritiers ou ses légataires universels. Mais la règle s'applique même à ses ayant-cause à titre particulier, non seulement à ses donataires, comme pourrait le faire croire l'art. 1072, mais aussi à ses acquéreurs à titre onéreux. Ces divers intéressés pourraient bien invoquer le défaut de transcription de la donation faite au grevé (arg. art. 939), et ils pourraient l'invoquer même à l'égard des appelés ; mais ils ne peuvent pas invoquer le défaut de transcription de la substitution. En d'autres termes, si la disposition avait été transcrite comme donation, conformément à l'art. 939, sans l'être comme substitution, conformément à l'art. 1069, les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux ou gratuit du disposant ne pourraient pas se prévaloir à l'égard des appelés du défaut de transcription de la substitution. La transcription de la donation leur avait appris que le donateur avait cessé d'être propriétaire, et cela leur suffisait ; quel intérêt avaient-ils à connaître en outre la charge de restitution imposée au donataire ?

* Tout ce que nous venons de dire aurait pu sans inconvénient être laissé dans la loi à l'état de sous-entendu, et cela aurait mieux valu que de l'exprimer d'une manière incomplète, comme l'a fait l'art. 1072, ainsi conçu : « Les donataires, les légataires, ni même

» les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs

» donataires, légataires ou héritiers, ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés

» le défaut de transcription ou inscription ».

5. Sanction des dispositions qui précèdent.

1175. Elle est contenue dans les art. 1073 et 1074, ainsi conçus :

ART. 1073. Le tuteur nommé, pour l'exécution sera personnellement responsable, s'il ne s'est pas, en tout point, conformé aux règles ci-dessus établies pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour l'emploi des deniers, pour la transcription et l'inscription, et, en général, s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée.

ART. 1074. Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre.

N° 3. Droits et obligations du grevé.

1176. Jusqu'à l'ouverture de la substitution, les appelés n'ont qu'un droit éventuel aux biens substitués, car il se peut qu'ils meurent avant l'ouverture de la substitution, auquel cas ils seront considérés comme n'ayant jamais eu aucun droit aux biens substitués. Quel est donc, en attendant, le propriétaire de ces biens ? C'est le grevé ; lui seul a ce titre jusqu'à l'ouverture de la substitution, c'est-à-dire ordinairement pendant toute sa vie. Son droit, il est vrai, est résoluble au profit des appelés, pour parler le langage courant ; mais cela ne l'empêche pas d'être propriétaire hic et nunc, et il peut même devenir propriétaire incommutable s'il survit aux appelés.

De ce principe découlent plusieurs conséquences :

1° Le grevé peut aliéner les biens substitués ou établir sur eux des charges réelles, sauf résolution si la substitution vient à s'ouvrir.

* Un arrêt de la cour d'Amiens du 6 décembre 1892 (D., 93. 2. 129) a jugé que le droit d'hypothéquer les biens substitués appartient également aux appelés avant

l'ouverture de la substitution, en leur qualité de propriétaires sous condition suspensive. Arg. art. 2125 et 1053. Il y aurait donc avant l'ouverture de la substitution deux constitutions d'hypothèques possibles, une de la part du grevé, l'autre de la part de l'appelé. Mais une seule produirait son effet suivant l'événement. Un fait analogue peut se produire au cas de vente à réméré (v. t. II, n. 1581). Cette solution ne peut pas être admise par ceux qui refusent de voir dans l'appelé un propriétaire sous condition suspensive. V. supra, n. 1145. Dans cette opinion l'hypothèque consentie par l'appelé avant l'ouverture de la substitution ne peut être qu'une hypothèque sur des biens à venir, nulle aux termes de l'art. 2129 in fine ;

2° Les créanciers du grevé peuvent saisir sur lui les biens substitués et les faire vendre pour se payer sur le prix ; mais la vente ne préjudiciera en rien au droit des appelés. Bordeaux, 3 mai 1877, S., 77. 2. 236, D., 78. 2. 95.

3° Les actions actives et passives résident sur la tête du grevé. Il peut donc exiger le paiement des créances comprises parmi les biens substitués, et les débiteurs sont valablement libérés par un paiement fait entre ses mains. S'il peut toucher les créances, il doit pouvoir aussi les céder. On l'admet généralement.

4° C'est contre le grevé que court la prescription relativement aux biens substitués. Ainsi le grevé reste pendant trente ans sans demander le paiement d'une créance comprise parmi les biens substitués, la créance sera éteinte par la prescription. Ou bien un tiers s'empare d'un immeuble substitué et le possède pendant trente ans, il y aura prescription à son profit.

Une fois accomplie contre le grevé, la prescription sera opposable aux appelés, fussent-ils mineurs ; leur minorité n'a pas pu suspendre la prescription, parce que ce n'est pas contre eux qu'elle a couru, mais bien contre le grevé. La prescription ne peut courir que contre celui sur la tête duquel le droit réside, contre le propriétaire ou contre le

créancier ; or ce titre appartenait au grevé. Et, si l'on objecte que les appelés subiront ainsi la prescription sans avoir pu la conjurer, il faut répondre qu'ils auraient pu l'interrompre soit eux mêmes, soit par leur tuteur ; les appelés ont avant l'ouverture de la substitution un droit éventuel, et ils peuvent à ce titre faire des actes conservatoires en général et interrompre la prescription en particulier. Arg. art. 1180.

5° Si le grevé a le droit, en sa qualité de propriétaire, de disposer des biens substitués, à plus forte raison a-t-il le droit d'en jouir ; et il est remarquable que son droit de jouissance n'est pas soumis à la cause de résolution qui menace son droit de propriété. En d'autres termes, si l'événement qui doit donner ouverture à la substitution se réalise, les actes de disposition accomplis par le grevé seront considérés comme nonavenus à l'égard des appelés ; mais il n'en sera pas de même des actes de jouissance : le grevé n'aura pas à restituer les fruits par lui perçus, et les actes qu'il aura accomplis pour l'exercice de son droit de jouissance seront maintenus. Cpr. Cass., 6 mai 1908, D., 09. 1. 285, S., 10. 1. 297.

1177. Différences entre le grevé de restitution et un usufruitier. — On aurait tort de conclure de ce qui vient d'être dit que l'ouverture de la substitution réduit le droit du grevé à un simple usufruit. La situation du grevé, dont le droit prend fin par l'ouverture de la substitution, n'est pas de tous points la même que celle d'un usufruitier dont l'usufruit est éteint. Il y a entre l'un et l'autre des différences importantes. Voici les principales :

1° Le grevé, étant propriétaire, a un droit de jouissance plus étendu que l'usufruitier, qui ne l'est pas : il peut faire subir à la substance de la chose certaines transformations qu'un usufruitier n'aurait pas le droit d'opérer, par exemple défricher un bois pour le transformer en une terre labourable ;

2° L'usufruitier est obligé de fournir caution (art. 601) ; le grevé n'est pas tenu de cette obligation, car nulle loi ne la lui impose ;

3° Obligé de conserver pour rendre, le grevé est par cela même tenu, à la différence d'un usufruitier (art. 605), de faire les grosses réparations nécessaires à la conservation des biens substitués, sauf à se faire rembourser, lors de l'ouverture de la substitution, les sommes qu'il aura dépensées à cet effet ;

4° Le grevé a droit à la bonification de la plus-value qu'il a procurée aux biens substitués en faisant des impenses d'amélioration. L'art. 599 al. 2, qui refuse de ce chef toute indemnité à l'usufruitier, déroge au droit commun, et sa disposition ne doit pas être étendue au grevé ;

5° Pour le même motif, il n'y aurait pas lieu d'appliquer au grevé l'art. 585 al. 2. Le grevé aurait donc droit à une indemnité pour les frais de labours et de semences qui correspondent aux fruits pendants au moment où s'ouvre le droit des appelés.

Il y a toutefois dans la doctrine quelques divergences sur ces divers points.

Le grevé ayant le droit de jouir sa vie durant des biens substitués, on doit lui reconnaître la faculté d'accomplir relativement à ces biens tous les actes d'administration ; car il n'est pas possible de jouir sans administrer. Notamment le grevé a le droit de faire des baux de neuf ans et au-dessous. Et comme les actes faits conformément aux dispositions de la loi doivent être maintenus, on doit en conclure que les appelés seront tenus de les respecter.

N° 4. De l'ouverture de la substitution.

1178. Aux termes de l'art. 1053 1^{re} partie : « Les droits des

» appelés seront ouverts à L'époque où, par quelque cause

que ce

» soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la sœur, grevés de

» restitution, cessera... ». La substitution s'ouvre donc par tout événement qui met fin au droit du grevé, c'est-à-dire :

1° Par la mort du grevé. C'est la cause régulière et normale d'ouverture de la substitution. Et toutefois, un droit quel qu'il soit ne pouvant s'ouvrir qu'autant qu'il existe au moment de son ouverture une tête sur laquelle il puisse se fixer, il en résulte que le décès du grevé ne donne ouverture à la substitution qu'autant qu'il existe au moins un appelé vivant ou conçu à cette époque ; autrement, la substitution serait caduque. Nous reviendrons sur ce point.

2° Par la déchéance prononcée en vertu de l'art. 1057 contre le grevé, pour n'avoir pas satisfait à l'obligation que la loi lui impose de faire nommer un tuteur à la substitution ;

Nous savons que cette déchéance n'est pas encourue de plein droit ; elle suppose en effet une faute ou au moins une négligence coupable de la part du grevé : il y a donc lieu à une appréciation qui nécessite l'intervention du juge.

3° Par l'abdication du grevé, c'est-à-dire par la renonciation qu'il fait de son droit au profit des appelés. La loi dit à ce sujet : « ...l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne » pourra préjudicier aux créanciers du grevé antérieurs à l'aban » don » (art. 1053 in fine).

* Ces créanciers conserveront donc sur les biens substitués tous les droits qui leur appartenaient avant l'abandon. Cette décision, qui est contenue en puissance dans notre texte, était formulée expressément par l'art. 42 du titre I de l'ordonnance de 1747, ainsi conçu : « La restitution du fidéicommissaire faite avant le temps de son échéance par quelque acte que ce soit, ne pourra empêcher que les créanciers du grevé de substitution qui seront antérieurs à ladite remise, ne puissent exercer sur les biens substitués les mêmes droits et actions, que s'il n'y

avait pas eu de restitution anticipée, et ce jusqu'au temps où le fidéicommiss devait être restitué, ce qui aura lieu, même à l'égard des créanciers chirographaires, pourvu que leurs créances aient une date certaine avant ladite remise ».

* La disposition finale de l'art. 1053 paraît n'être qu'une application particulière de ce principe, que la restitution anticipée faite par le grevé ne doit pas préjudicier aux droits acquis à des tiers. Il convient donc de généraliser cette disposition : ce qui conduit notamment à décider que l'abandon anticipé fait par le grevé, ne peut pas porter atteinte aux aliénations par lui consenties, ainsi que le décidait l'art. 43 de l'ordonnance de 1747.

* La restitution anticipée faite par le grevé ne pourrait non plus porter aucune atteinte aux droits des appelés qui n'étaient pas encore nés ou conçus à l'époque de l'abandon. Ainsi le grevé abdique son droit au profit de ses deux enfants ; plus tard il lui en survient un troisième : ce dernier pourra réclamer sa part des biens substitués, s'il est vivant à l'époque où la substitution se serait ouverte en l'absence de l'abandon fait par le grevé.

* Le principe d'interprétation restrictive, applicable à toutes les dispositions qui établissent des déchéances, nous paraît s'opposer à ce que l'on étende au grevé de restitution la disposition de l'art. 618, qui permet de prononcer l'extinction de l'usufruit pour cause d'abus de jouissance de l'usufruitier. Tout ce que pourraient obtenir les appelés, si le grevé se rendait coupable de graves abus qui compromettraient leur droit éventuel, c'est la mise en séquestre des biens substitués. Il y a toutefois de graves dissentiments sur ce point dans la doctrine ; quelques auteurs vont jusqu'à considérer l'abus de jouissance du grevé comme une cause d'ouverture anticipée de la substitution.

1179. Effets de l'ouverture de la substitution. — L'ouverture de la substitution rend les appelés propriétaires

des biens substitués, et résout le droit, de propriété qui appartenait au grevé sur ces biens : ce qui entraîne la résolution de toutes les aliénations par lui conscuties et de tous les droits réels qui s'étaient assis de son chef sur les biens substitués : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Les appelés pourront donc revendiquer les biens substitués, entre les mains des tiers détenteurs.

Et toutefois, si les appelés ont accepté la succession du grevé purement et simplement, leur action en revendication pourrait être repoussée par application des règles sur la garantie : l'acquéreur pourrait en pareil cas leur opposer, comme il aurait pu opposer au grevé lui-même, l'exception de garantie. Amiens, 6 déc. 1892, D., 93. 2. 129.

D'un autre côté, l'action en revendication des appelés contre les tiers détenteurs des biens substitués pourrait être repoussée par l'invocation de la règle En fait de meubles la possession vaut titre, s'il s'agissait d'objets mobiliers corporels.

Dans le naufrage général des droits réels établis du chef du grevé sur les biens substitués, il y en a cependant un qui surnage quelquefois, c'est l'hypothèque légale de la femme du grevé. On lit à ce sujet dans l'art. 1054 : « Les femmes des grevés ne pourront » avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire en cas d'insuffisance des biens » libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testa » leur l'aurait expressément ordonné ». Cpr. art. 952.

On le voit, le droit pour la femme du grevé d'exercer son hypothèque légale au préjudice des appelés sur les biens substitués n'est que subsidiaire. Ensuite il ne peut avoir lieu que pour le capital des deniers dotaux. Enfin ce recours ne peut appartenir à la femme qu'en vertu d'une déclaration expresse du testateur ; ajoutez : ou du donateur. Il valait autant, à notre avis, supprimer la faveur

accordée ici à la femme que de la réduire à des proportions aussi exigües.

N° 5. De la caducité des substitutions.

1180. La substitution devient caduque ;

1° Lorsque le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, ou se trouve à cette époque incapable d'en recueillir le bénéfice ;

2° Lorsqu'il répudie la substitution ;

3° Lorsque les biens substitués ont péri totalement par cas fortuit.

§ III. Des modifications qu'a subies la législation du code civil relative aux substitutions.

A. Majorais.

1181. En rétablissant les titres héréditaires, Napoléon avait en même temps rétabli l'usage des majorats destinés à former la dotation de ces titres (décret du 30 mars 1806 et sénatus-consulte du 14 août suivant). Le majorat n'est pas autre chose qu'une substitution perpétuelle d'une nature particulière ; chaque titulaire successif du majorat est chargé de conserver les biens dont il se compose et de les rendre à sa mort à l'aîné de ses enfants mâles. Les biens compris dans un majorat suivaient donc le titre de noblesse dont ils étaient la dotation ; ils étaient comme et avec lui transmissibles de mâle en mâle, et par ordre de primogéniture.

Les majorais, dont les dispositions législatives précitées autorisaient la création, se divisaient en deux catégories :

1° Les majorats de propre mouvement, créés par le chef de l'Etat avec des biens faisant partie du domaine extraordinaire ;

2° Les majorais sur demande, fondés par des particuliers, avec des biens à eux appartenant, moyennant l'autorisation du chef de l'Etat.

Le rétablissement des majorats donna lieu, dans la deuxième édition officielle du code civil, faite en vertu de la loi du 3 septembre 1807, à l'addition au texte primitif de l'art. 896 d'un alinéa ainsi conçu : « Néanmoins les biens libres formant la dotation d'un titre héréditaire que le Roi aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte du 30 mars 1806 et par celui du 14 août suivant ».

Une loi du 12 mai 1835 interdit pour l'avenir toute institution de nouveaux majorats. En ce qui concerne les majorats antérieurement fondés, cette même loi distingue : elle laisse subsister purement et simplement les majorats de propre mouvement (art. 4) ; quant aux majorats sur demande, elle décide qu'ils « ne pourront s'étendre au delà de deux degrés ¹²³, l'institution non comprise » (art. 2). Cette dernière disposition, qui présentait sans doute quelque obscurité, fut interprétée de la manière suivante par l'article 1 de la loi du 7 mai 1849 : « Les majorats de biens particuliers qui auraient été transmis à deux degrés ¹²⁴ successifs, à partir du premier titulaire, sont abolis. Les biens composant ces majorats demeurent libres entre les mains de ceux qui en sont investis ». Et l'art. 2 de la même loi ajoute une nouvelle restriction aux effets des majorats de biens particuliers : « Pour l'avenir, la transmission, limitée à deux degrés, à partir du premier titulaire, n'aura lieu qu'en faveur des appelés déjà nés ou conçus lors de la promulgation de la présente loi. S'il n'existe point d'appelés à cette époque, ou si ceux qui existaient décèdent avant l'ouverture de leur droit, les biens des majorats deviendront immédiatement libres entre les mains du possesseur ». Cette loi d'ailleurs, comme celle de 1835,

laissait subsister les majorats de propre mouvement. Ces majorats, qui pouvaient durer indéfiniment, car ils ne s'éteignaient que par l'absence de postérité masculine au décès du titulaire, ont aujourd'hui cessé d'exister. En effet l'art. 29 de la loi de finances du 22 avril 1905 a approuvé la convention passée le 14 octobre 1904 entre le ministre des finances agissant au nom de l'Etat et les titulaires actuels des majorats, convention aux termes de laquelle ces majorats sont supprimés moyennant indemnité. V. ce texte et les articles suivants.

B. Extension que reçut la faculté de substituer, en vertu de la loi du 17 mai 1826, aujourd'hui abrogée.

1182. L'article unique de la loi du 17 mai 1826 portait : « Les biens dont il est permis de disposer, aux termes des articles 913, 915 et 916 du Code civil, pourront être donnés en tout ou en partie, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement. — Seront observés, pour l'exécution de cette disposition, les articles 1051 et suivants du Code civil, jusques et y compris l'article 1074 ».

Cette loi, qui avait pour but de fonder une aristocratie de fortune, auxiliaire puissant d'un gouvernement monarchique, étendait sous plusieurs points de vue la faculté de substituer :

1° Elle accordait cette faculté à toute personne, tandis que les art. 1048 et 1049 la restreignent aux père et mère et aux frères et sœurs ;

2° Elle ne subordonnait plus pour les frères et sœurs la faculté de substituer à la condition de leur décès sans enfants ;

3° Elle n'exigeait plus que la charge de restitution fût imposée en faveur de tous les enfants du donataire ; elle

pouvait l'être au profit de quelques-uns seulement, ou même d'un seul, l'aîné des enfants mâles par exemple ;

4° Tandis que les art. 1048 et 1049 n'autorisent qu'une substitution simple, la loi de 1826 autorisait une substitution graduelle : le disposant pouvait établir deux degrés de restitution, dire par exemple : « Je donne à Paul, à la charge de rendre à sa mort à son fils aîné, lequel rendra lui-même à son fils aîné ».

Mais la loi de 1826 n'abrogeait pas le principe de la prohibition des substitutions, elle étendait seulement les exceptions qu'il comporte. Toute substitution faite en dehors des limites autorisées par la loi de 1826, demeurerait donc nulle et de nul effet, par exemple la substitution qui aurait été faite au profit d'un appelé autre qu'un enfant du grevé, ou celle qui aurait été faite avec charge de restituer au delà du deuxième degré.

La loi du 17 mai 1826 n'appartient plus qu'à l'histoire. Elle a été abrogée par l'art. 8 de la loi du 7 mai 1849, ainsi conçu : « La loi du 17 mai 1826, sur les substitutions, est abrogée » ; et l'art. 9 ajoute : « Les substitutions déjà établies sont maintenues au profit de tous appelés nés ou conçus lors de la promulgation de la présente loi. Lorsqu'une substitution sera recueillie par un ou plusieurs des appelés dont il vient d'être parlé, elle profitera à tous les autres appelés du même degré, ou à leurs représentants, quelle que soit l'époque où leur existence aura commencé ».

On voit qu'en définitive nous nous trouvons aujourd'hui ramenés en matière de substitutions aux dispositions du code civil.

CHAPITRE VII

DES PARTAGES FAITS PAR PÈRE, MÈRE OU AUTRES ASCENDANTS ENTRE LEURS DESCENDANTS

I. Généralités.

1183. Aux termes de l'art. 1075 : « Les père et mère et autres

» ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la

» distribution et le partage de leurs biens ». Le partage dont il s'agit porte le nom de partage d'ascendant. Le but principal, que le législateur s'est proposé en l'autorisant, a été de tarir dans leur source même les contestations et les procès que fait naître si souvent le partage ordinaire entre les enfants du même père, ut a fraterno certamine eos præservent... et occasiones litium dirimantur, dit la novelle 18, chap. VII.

Le partage d'ascendant offre en outre l'avantage : 1° d'éviter les frais d'un partage judiciaire, quand il y a un ou plusieurs cohéritiers mineurs ou interdits ; 2° de permettre l'attribution à chaque cohéritier du lot qui lui convient le mieux : l'ascendant n'est pas aveugle, comme le sort qui préside à la distribution des lots dans le partage judiciaire ; 3° de permettre à un ascendant vieux et infirme de se décharger d'une administration devenue onéreuse pour lui et compromettante pour sa famille : les biens qui dépérissent entre les mains débiles de l'ascendant, prospèrent entre les mains jeunes et vigoureuses de ses

descendants ; à titre de compensation de l'abandon qu'il fait, l'ascendant stipulera le plus souvent une rente viagère qui lui permettra d'attendre paisiblement la mort sans avoir à lutter contre les difficultés matérielles de la vie.

Ce sont là de précieux avantages, et le partage d'ascendant semble devoir donner en pratique les plus heureux résultats. Les enseignements que nous fournit la jurisprudence démentent cette prévision. Qu'on ouvre un recueil d'arrêts ; au mot Partage d'ascendant, on trouvera toujours un nombre considérable de décisions judiciaires. Les partages d'ascendants sont donc en pratique la source d'une foule de procès. Cela tient peut-être, dans une certaine mesure, à ce que les ascendants ne procèdent pas toujours au partage avec toute l'impartialité que la loi leur suppose ; ils ont quelquefois leurs préférences, et, quand le partage en porte la trace, il devient une source intarissable de discordes et de haines entre les copartagés. Mais il faut peut-être attribuer pour la plus grande partie ce résultat à la fausseté du mécanisme de l'institution en elle-même. Le partage est un acte de liquidation ; or la loi permet à l'ascendant de l'opérer par un acte de disposition (donation entre vifs ou testamentaire) ; n'y a-t-il pas contradiction entre le but et le moyen ? De là le caractère toujours indécis du partage d'ascendant ; on ne sait jamais si l'on doit appliquer les principes du partage ou ceux de la donation ; aussi cette matière est-elle la source de controverses sans fin. En présence de ces résultats, on se demande si l'institution du partage d'ascendant n'est pas un funeste présent de notre législateur.

* 1184. Il a fallu une disposition législative spéciale pour autoriser le partage d'ascendant. En effet, ce partage, comme on le verra bientôt, s'effectue soit par donation entre vifs, soit par testament ; or les règles du droit commun n'auraient permis de recourir ni à l'un ni à l'autre de ces deux modes de procéder. — Elles auraient écarté d'abord le partage d'ascendant fait par donation entre vifs ;

un pareil partage constitue évidemment un pacte sur succession future, qui, en l'absence d'une exception formelle inscrite dans la loi, serait tombé sous le coup de la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600. — Elles auraient conduit à rejeter également le partage d'ascendant fait par testament. Le droit de propriété qui nous appartient sur les biens de ce monde prenant naturellement fin avec nous-mêmes, notre volonté ne peut produire effet sur ces biens pour le temps qui suivra notre mort qu'en vertu d'une concession formelle de la loi, et seulement dans les limites de cette concession. En l'absence d'une disposition législative spéciale, les donations testamentaires seraient interdites ; et, sous l'empire d'une loi qui autoriserait seulement les donations testamentaires, le partage par testament ne serait pas admis : car autre chose est une donation testamentaire, autre chose un partage fait par testament.

Les art. 1075 et suivants, qui autorisent et réglementent le partage d'ascendant, sont donc des exceptions au droit commun ; et comme une disposition exceptionnelle n'est pas susceptible d'être étendue d'un cas à un autre, on doit en conclure que nul autre qu'un ascendant n'a le droit de faire entre ses héritiers présomptifs le partage dont il s'agit. Un oncle, par exemple, ne pourrait pas opérer entre ses neveux le partage anticipé de sa succession par l'un des modes qu'autorise l'art. 1076. Sans doute il peut répartir ses biens entre ses neveux comme il l'entendra, par donation entre vifs ou testamentaire : mais une semblable disposition ne produira que l'effet d'une donation et non d'un partage, alors même que le disposant lui aurait donné ce nom. Ainsi l'un des neveux n'aurait pas le droit d'agir en garantie contre l'autre, s'il est évincé d'un des biens à lui attribués, ni d'exercer l'action en rescision pour cause de lésion, quelle que soit la différence de valeur entre sa part et celle de ses frères. De même, si l'un des neveux avait été omis par le disposant, il ne serait pas fondé à se prévaloir

de l'art. 1078. Toutefois le disposant pourrait, par une clause formelle, rattacher à la donation ou au legs un ou plusieurs effets du partage, en tant, que leur nature le permettrait. Ainsi l'oncle, dont nous parlions tout à l'heure, pourrait établir l'obligation de garantie réciproque entre ses neveux. Il pourrait aussi obliger celui auquel il donne le lot le plus fort à payer une soulte à celui qui obtient le lot le plus faible, mais non grever les biens attribués au premier d'un privilège pour le paiement de la soulte, car le privilège ne peut être établi que par la loi (arg. art. 2095) ; or la loi l'établit bien pour la garantie de la soulte de partage (art. 2103 et 2109), mais elle ne l'établit ni ne permet de l'établir pour la garantie d'une soulte imposée par donation entre vifs ou testamentaire.

II. Comment se fait le partage d'ascendant. — Capacité requise.

1185. Aux termes de l'art. 1076 : « Ces partages pourront être

» faits par actes entre vifs ou testamentaires, avec les formalités,

» conditions et règles prescrites pour les donations entre vifs et testaments,

» — Les partages faits par acte entre vifs ne pourront

» avoir pour objet que les biens présents ».

L'ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants, a donc le choix entre les deux modes indiqués par notre article, la donation entre vifs ou le testament ; et c'est là ce que signifie le mot pourra, qui indique simplement la faculté pour l'ascendant de recourir à l'un ou à l'autre de ces deux modes. Mais il n'aurait pas le droit d'en choisir un autre.

Les auteurs désignent généralement sous le nom de donation-partage ou partage donation le partage d'ascendant fait par acte entre vifs, et sous celui de testament-partage ou partage-testament le partage fait par acte testamentaire. Nous n'emploierons pas ces expressions, que nous ne trouvons pas dans le code civil. Nous préférons celles de partage par acte entre vifs, partage testamentaire, qui sont empruntées à l'art. 1076.

1. Du partage par acte entre vifs.

1186. Le partage peut être défini : l'acte qui met fin à l'indivision. Tout partage suppose donc nécessairement une indivision préexistante. Quelle est la source de l'indivision à laquelle met fin le partage d'ascendant fait par acte entre vifs ? On dit ordinairement qu'en vertu d'une fiction de droit, la succession de l'ascendant qui opère un semblable partage est réputée ouverte par anticipation, et que par suite ses biens sont considérés comme indivis entre ses descendants, de même qu'ils le seraient effectivement si sa succession était ouverte en réalité. C'est à cette indivision fictive que le partage mettrait fin. Mais aucune loi n'établit la fiction qui sert de base à ce raisonnement. Il nous paraît plus juridique et plus simple tout à la fois de dire que l'indivision naît de la donation même faite par l'ascendant. L'acte qu'il accomplit peut se décomposer de la manière suivante : 1° donation collective des biens dont il veut opérer le partage, à tous ses héritiers présomptifs, ce qui les rend copropriétaires par indivis de ces biens ; 2° partage par l'ascendant lui-même des biens qu'il a ainsi rendus indivis. L'ascendant met donc fin à une indivision qu'il a lui-même créée, et il y met fin par l'acte même qui lui donne naissance.

* Un ascendant, voulant opérer le partage anticipé de ses biens entre ses descendants, se borne à faire à ceux-ci une donation collective dans laquelle il exprime son intention ; puis les donataires procèdent ensuite entre eux au partage

des biens ainsi donnés. Est-ce un partage d'ascendant ? La jurisprudence française ne l'admet pas (v. notamment Bordeaux, 10 nov. 1903, D., 04. 2. 143) ; elle applique les règles des donations ordinaires, notamment celles qui concernent le rapport et la réduction, mais non les règles spéciales au partage d'ascendant, comme celle de l'art. 1078. Et toutefois elle admet un certain nombre de tempéraments à son principe.

1187. Le partage par acte entre vifs est une véritable donation quant au fond et quant à la forme (arg. des mots formalités, conditions et règles). Il en est ainsi du moins dans les rapports de l'ascendant donateur avec les descendants copartagés ; car nous verrons que, dans les rapports des copartagés entre eux, l'acte doit être envisagé plutôt comme un partage que comme une donation. Il y a lieu par suite d'appliquer au partage d'ascendant par acte entre vifs les règles de fond et les règles de forme des donations.

Les règles de fond. Il faudra donc, d'une part, que l'ascendant réunisse les conditions de capacité requises pour pouvoir disposer par donation entre vifs ; ainsi une femme mariée non séparée de corps ne pourrait pas partager ses biens par acte entre vifs entre ses enfants sans l'autorisation de son mari ou de la justice. — D'autre part, tous les descendants copartagés devront avoir la capacité requise pour recevoir par donation entre vifs ; ainsi l'enfant du donateur, qui serait condamné à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait pas être compris dans un partage par acte entre vifs (arg. art. 3 de la loi du 31 mai 1854) ; et, comme d'un autre côté cet enfant ne perd pas pour cela ses droits à la succession de son père, et que le partage, pour être valable, doit nécessairement être fait entre tous les enfants qui existeront lors du décès du disposant (art. 1078), il en résulte que le père, qui a un enfant condamné à une peine afflictive perpétuelle, est dans l'impossibilité d'opérer par acte entre vifs le partage

de ses biens entre ses enfants. Conséquence rigoureuse qui trouve son correctif pratique dans la disposition de l'art. 4 de la loi du 31 mai 1854. — Enfin le partage par acte entre vifs doit être accepté par tous les copartagés ; le refus d'un seul rendrait non avenue l'opération tout entière : le partage est indivisible.

La règle Donner et retenir ne vaut est une règle de fond des donations entre vifs. Le partage d'ascendant par acte entre vifs y sera donc soumis : notamment ce partage serait nul, s'il imposait aux copartagés l'obligation de payer des dettes à venir de l'ascendant (arg. art. 945). En ce sens, Cass., 8 mai ou 4 mars 1878, S., 78. 1. 395, D., 78. 1. 149.

C'est aussi une règle de fond des donations qu'elles peuvent donner lieu au retour successoral au profit de l'ascendant donateur (art. 747). Cette règle s'applique donc au partage d'ascendant fait par acte entre vifs. Rennes, 3 nov. 1893, S., 95. 2. 147.

De même les biens compris dans le partage doivent être réunis fictivement à la masse de la succession, en vue du calcul de la quotité disponible. Dijon, 14 déc. 1911, S., 12. 2.175.

Les règles de forme. Le partage par acte entre vifs est donc soumis aux formes prescrites par les art. 931 s. Ainsi il devra être fait par acte notarié (art. 931) ; — l'acceptation des copartagés devra être expresse (art. 932 al. 1), et notifiée conformément à l'art. 932 al. 2, si elle a été faite par acte séparé (Rennes, 15 juin 1892, D., 92. 2. 591) : — si parmi les copartagés il y en a d'incapables, l'acceptation en ce qui les concerne devra être faite dans les formes prescrites par les art. 934 s. ; — si le partage par acte entre vifs comprend des biens susceptibles d'hypothèques, il sera soumis à la formalité de la transcription (art. 939), de même que, s'il comprend des effets mobiliers, il sera soumis à la formalité de l'état estimatif (art. 948). Et toutefois, s'il ne s'agissait que d'objets mobiliers corporels, nous ne voyons pas ce qui

pourrait s'opposer à ce que l'ascendant en opérât le partage par voie de simple tradition ; on sait que les objets de cette nature admettent la donation manuelle.

2. Du partage testamentaire.

1188. Le partage dont il s'agit est une véritable donation testamentaire quant au fond et quant à la forme (arg. art. 1076). Il faut donc appliquer les règles de fond et les règles de forme des donations testamentaires.

Les règles de fond. Ainsi il faut et il suffit que l'ascendant soit capable de disposer par testament. Une femme mariée pourrait donc faire un partage testamentaire de ses biens entre ses enfants sans autorisation (art. 226). Mais un ascendant, qui serait frappé d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle, ne pourrait pas plus partager ses biens entre ses descendants par acte testamentaire que par acte entre vifs (arg. art. 3 de la loi du 31 mai 1854). — Quant aux descendants copartagés, on décide en général qu'il leur suffit d'être capables de recevoir à titre de succession, sans qu'ils doivent nécessairement avoir la capacité requise pour recevoir à titre de donation testamentaire.

On dit en ce sens qu'ils recueillent les biens de l'ascendant comme héritiers et non comme légataires, le testament fait par l'ascendant n'étant pas ici un acte de disposition, et on se trouve ainsi conduit à décider que le partage testamentaire est possible, même lorsqu'un des enfants du disposant se trouve frappé d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle ; car, si cette condamnation le rend incapable de recevoir à titre de donation entre vifs ou testamentaire, elle ne le rend pas incapable de recevoir à titre de succession.

Mais cette solution nous paraît bien difficile à admettre. Comment ! on reconnaît que l'ascendant fait une donation testamentaire, on exige qu'il ait la capacité requise pour

disposer à ce titre, et les enfants auxquels cette donation testamentaire s'adresse ne recevraient pas comme donataires ! Il y aura donc un donateur sans donataire, un testateur sans légataire ! Il nous paraît plus juridique de reconnaître aux enfants copartagés la qualité de légataires, et de décider en conséquence qu'ils doivent avoir la capacité requise pour recevoir à ce titre. On se trouve ainsi forcé d'admettre, il est vrai, qu'un père sera privé de la faculté d'opérer le partage de ses biens entre ses enfants, lorsque l'un d'eux sera condamné à une peine afflictive perpétuelle : car, d'une part, tout partage dont cet enfant se trouverait exclu serait nul (art. 1078), et, d'autre part, il ne peut figurer ni dans un partage par acte entre vifs, ni dans un partage testamentaire. Mais, quelque regrettable que soit cette conséquence, nous aimons mieux l'accepter que de fausser un principe pour y échapper ; d'ailleurs nous avons dit déjà qu'elle trouve un correctif pratique dans la disposition de l'art. 4 de la loi du 31 mai 1854.

Notre principe, que, dans le partage testamentaire, les copartagés recueillent leur part comme légataires et non comme héritiers, conduit aussi à cette conséquence : que le partage testamentaire ne produit ses effets qu'autant qu'il est accepté par tous les copartagés, car les enfants qui ne l'accepteraient pas se trouveraient n'avoir point de part. — On se récrie. Le refus d'un seul enfant va donc faire tomber le partage fait par l'ascendant ! C'est rendre illusoire le droit que la loi lui accorde d'effectuer un partage testamentaire. Laurent répond fort bien qu'on se fait une très fausse idée du partage d'ascendant, quand on le considère comme un droit pour celui-ci ; c'est bien plutôt une sorte de magistrature domestique, que la loi lui confie pour prévenir les rivalités auxquelles le partage ordinaire de sa succession pourrait donner naissance, *ut a fraterno certamine eos præservent*. Mais, pour que ce but puisse être atteint, il faut que le partage fait par l'ascendant soit volontairement accepté par les copartagés ; autrement, loin

d'assurer entre eux le règne de la paix, il serait souvent la source d'une déclaration de guerre.

Les règles de forme. Le partage testamentaire devra donc être fait dans l'une des trois formes prescrites par l'art. 969 : la forme olographe, la forme authentique ou la forme mystique.

La disposition de l'article 968, qui interdit les testaments conjonctifs, est une règle de forme, applicable comme toutes les autres au partage d'ascendant. Un père et une mère ne pourraient donc pas l'aire entre leurs enfants communs un partage testamentaire par un seul et même acte. Il est vrai que l'art. 77 de l'ordonnance de 1735, auquel notre législateur a emprunté le principe de la prohibition des testaments conjonctifs, y formulait une exception pour le cas qui nous occupe ; mais précisément notre législateur, en ne reproduisant que le principe, a très nettement manifesté la volonté de rejeter l'exception. Cpr. supra, n. 1009.

1189. Observation. — Les ascendants, qui font entre leurs descendants le partage de leurs biens soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, ne sont pas privés pour cela du droit de faire au profit d'un ou de plusieurs des copartagés des libéralités préciputaires dans les limites de la quotité disponible. Ces libéralités peuvent être contenues dans le même acte que le partage ¹²⁵ ; mais elles ne sont pas liées pour cela au sort du partage lui-même. La plupart du temps, elles devront être considérées comme en étant indépendantes, de sorte qu'il y aurait lieu de les maintenir alors même que l'acte serait annulé en tant que partage, par exemple pour cause de lésion de plus du quart.

III. A quel biens s'applique le partage d'ascendant.

1190. Le partage d'ascendant, ayant pour but de remplacer le partage que les descendants auraient à faire entre eux après la mort de leur ascendant, et de tarir dans leur source les contestations que ce partage est susceptible de provoquer, peut s'appliquer en principe à tous les biens que doit comprendre la succession future de l'ascendant.

De là il résulte notamment qu'un ascendant peut comprendre dans le partage qu'il fait entre ses descendants même les biens qu'il a donnés en avancement d'hoirie à un ou plusieurs de ses descendants. Quoique ces biens aient cessé de lui appartenir, ils n'en font pas moins partie de la masse partageable, puisque le rapport en est dû à la masse (art. 843). Il paraît incontestable que l'ascendant aurait le droit de les imputer sur la part du donataire, et nous ne voyons pas ce qui s'opposerait à ce qu'il les attribuât à un autre cohéritier, dans le cas au moins où le donataire pourrait être tenu d'en effectuer le rapport en nature. Au contraire, l'ascendant ne pourrait pas comprendre dans le partage des biens qu'il a donnés par préciput et hors part à un de ses successibles ; car ces biens ne font pas partie de la masse partageable.

D'ailleurs le partage peut comprendre, soit la totalité des biens, soit une partie seulement, sauf à l'ascendant qui a fait un premier partage partiel à comprendre le surplus de ses biens dans un ou plusieurs partages complémentaires. Lorsqu'il y a ainsi plusieurs partages successifs, les uns peuvent être dans la forme entre vifs, les autres dans la forme testamentaire.

Qu'arrivera-t-il, si tous les biens laissés par l'ascendant lors de son décès n'ont pas été compris dans le partage ou dans les partages par lui faits ? L'art. 1077 répond : « Si tous les biens que

» l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris

» dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été

compris

» seront partagés conformément à la loi ».

Il y a lieu d'appliquer le principe consacré par cet article au cas où, un père ayant fait par acte testamentaire le partage de ses biens entre ses enfants, l'un des copartagés est mort sans postérité avant le testateur, auquel cas le legs fait à son profit devient caduc.

Que décider si l'enfant prédécédé laisse des descendants ? Nous croyons que les descendants doivent prendre la part attribuée à leur auteur. Mais à quel titre ? La cour de Riom a jugé par arrêt en date du 7 mars 1885 (S., 87. 2. 153, D., 87. 2. 8) que c'est à titre de représentation. Cette solution peut satisfaire ceux qui pensent que les copartagés recueillent les biens qui leur ont été assignés par le testament de leur ascendant, à titre de succession, car la représentation est admise en matière de succession. Mais elle ne peut être acceptée par ceux qui pensent avec nous que les copartagés sont des donataires et non des héritiers (supra, n. 1188) ; car si la représentation est admise en matière de succession, elle ne l'est pas en matière de donation. Nous aimons mieux dire que le testament de l'ascendant doit être considéré comme contenant une substitution vulgaire tacite au profit des descendants des enfants prédécédés. C'est en vertu de cette substitution qu'ils recueillent la part attribuée à leur père.

* 1191. Toutefois le principe, que le partage d'ascendant peut comprendre tous les biens que les descendants auraient à partager à la mort de leur ascendant, est soumis aux deux limitations suivantes :

a. — L'ascendant ne peut pas comprendre dans le partage ceux de ses biens dont il n'a pas la disposition. Ainsi une femme mariée sous le régime de la communauté ne pourrait pas, tant que dure la communauté, comprendre les biens qui en dépendent dans un partage entre vifs qu'elle ferait entre ses enfants avec l'autorisation de la justice au

refus de son mari ; car elle n'a aucun droit de disposition sur ces biens, quoiqu'elle en soit copropriétaire. Arg. art. 1421.

Non seulement l'ascendant doit avoir le droit de disposer des biens qu'il partage, mais il doit de plus avoir le droit d'en disposer par le mode qu'il a choisi pour opérer le partage. Ainsi une femme mariée sous le régime dotal peut bien opérer par acte testamentaire le partage de ses biens dotaux entre ses enfants, parce qu'elle a le droit d'en disposer par testament ; mais elle ne pourrait pas, en principe, et sauf l'exception résultant des art. 1555 et 1556, en opérer le partage par donation entre vifs, car elle n'a pas le droit d'en disposer à ce titre (arg. art. 1554). Grenoble, 1^{er} avril 1908, D., 09. 2. 220.

b. — Le partage d'ascendant par acte entre vifs ne peut comprendre que les biens présents du disposant ; c'est le droit commun en matière de donations entre vifs (art. 943), et l'art. 1076 al. 2 le déclare applicable ici. Au contraire, le partage testamentaire peut comprendre même les biens à venir du disposant (arg. a contrario art. 1076 in fine). L'ascendant peut donc, dans un semblable partage, faire ce qu'un de nos anciens, Bannelier, appelait des lots d'espérance, c'est-à-dire des lots composés de biens qu'il espère acquérir, par exemple à titre de succession.

Que décider, si, dans un partage par acte entre vifs, l'ascendant a compris à la fois des biens présents et des biens à venir ? Le partage sera-t-il nul à l'égard des biens à venir seulement ? ou le sera-t-il même pour les biens présents, par conséquent pour le tout ? Une donation ordinaire ne serait nulle que pour les biens à venir (art. 943). On a prétendu que cette règle ne saurait s'appliquer dans notre hypothèse. Un partage, dit on, est un acte indivisible : toutes ses dispositions se tiennent ; elles sont solidaires les unes des autres, et par conséquent la nullité de quelques-unes doit entraîner la nullité de l'acte tout

entier. Aussi est-il remarquable que l'art. 1076 ne dit pas, comme l'art. 943, que le partage qui comprend des biens à venir « sera nul à cet égard », mais bien : « Les partages faits par actes entre vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents » ; disposition qui ne serait qu'une répétition inutile de l'art. 943, si on ne l'entendait pas en ce sens que le partage tout entier est nul quand il comprend des biens à venir. — Il y a bien des dispositions dans le code civil qui sont inutiles, et celle là nous paraît être du nombre. Après tout, l'art. 1076 in fine ne s'explique pas sur la question de nullité ; il faut donc appliquer le droit commun ; or il est contenu dans l'art. 943. Nous ferons remarquer d'ailleurs que le partage ne serait certainement pas nul, si l'ascendant y avait compris par erreur un bien appartenant à autrui ; seulement le descendant, dans le lot duquel ce bien aurait été mis, aurait l'action en garantie contre ses cohéritiers. Or la situation n'est-elle pas exactement la même, lorsque l'ascendant a compris dans le partage des biens à venir ? Les biens à venir dont il a disposé ne sont-ils pas des biens appartenant à autrui au moment où il dispose ? Inutilement objecterait-on que la donation, étant nulle quant aux biens à venir, ne peut pas engendrer l'obligation de garantie. Nous répondrons que ce n'est pas la donation qui engendre la garantie, mais le partage ; les copartagés contractent réciproquement l'obligation de garantie les uns envers les autres en acceptant le partage fait par acte entre vifs. V. cep. Toulouse, 31 déc. 1883, S., 84. 2. 113, D., 84. 2. 81.

IV. Quelles personnes doivent être comprises dans le partage d'ascendant.

1192. Aux termes de l'art. 1078 : « Si le partage n'est pas fait

» entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les

» descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout ».

Le partage d'ascendant doit donc nécessairement comprendre tous les descendants qui se trouvent appelés à la succession de l'ascendant lors de son décès, par conséquent non seulement les enfants légitimes ou légitimés alors existants et les descendants de ceux prédécédés, mais aussi les enfants adoptifs et les enfants naturels reconnus.

Et toutefois, quand la loi dit que le partage doit comprendre « tous les enfants qui existeront à l'époque du décès », elle entend désigner très certainement tous ceux qui existeront en qualité d'héritiers. Par conséquent le partage ne serait pas nul, si l'enfant omis renonçait à la succession ou en était écarté comme indigne ; car dans l'un et l'autre cas il est censé n'avoir jamais été héritier (arg. art. 729 et 785), et doit par conséquent être considéré comme n'existant pas quant à la succession ¹²⁶.

1193. L'omission d'un descendant qui aurait dû être compris dans le partage, fût-ce d'un enfant posthume, a pour résultat de le rendre nul pour le tout. Ces expressions que la loi n'emploie pas ordinairement et que l'on retrouve, accentuées même ; dans le rapport de Jaubert au tribunalat ¹²⁷, signifient sans doute que le partage est alors nul de nullité radicale, non avenü, inexistant : ce qui se conçoit à merveille ; car il est de l'essence du partage qu'il soit fait entre tous les ayant-droit, et il manque par conséquent d'une condition nécessaire à son existence lorsque l'un d'eux a été omis.

Cette induction est fortifiée par la partie finale de l'art. 1078 où on lit : « Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme

» légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront

reçu

» aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été

» fait ». Ainsi nous voyons, d'une part, qu'un nouveau partage peut être demandé sans qu'il soit nécessaire de faire prononcer la nullité de l'ancien — la loi ne parle pas d'une action en nullité à intenter contre le partage —, et d'autre part, que le nouveau partage peut être demandé par tous les intéressés, même par ceux qui ont été compris dans l'ancien. Ce sont bien là les caractères auxquels on reconnaît l'acte inexistant. Aussi faut-il décider qu'un semblable partage ne serait pas susceptible de confirmation ou ratification soit expresse, soit tacite : on ne confirme, pas le néant. Cpr. Besançon, 23 mars 1880, S., 81. 2. 92, D., 81. 2. 15.

V. Des effets du partage d'ascendant.

1194. Les effets du partage d'ascendant doivent être envisagés successivement : dans les rapports de l'ascendant et des descendants copartagés ; dans les rapports des descendants entre eux. Sous le premier aspect, comme on va le voir, le partage d'ascendant est un acte de disposition, sous le deuxième, un acte de distribution.

A. Effets du partage entre l'ascendant et les descendants.

1195. Ces effets varient suivant que le partage est fait par acte entre vifs ou par acte testamentaire. a. — Partage par acte entre vifs. Il produit, entre l'ascendant qui le propose et les descendants qui l'acceptent, les effets d'une donation ordinaire. En disant que ce partage est soumis aux règles des donations entre vifs, l'art. 1076 dit implicitement qu'il est une donation et qu'il en produit les

effets. Le partage par acte entre vifs aura donc pour résultat de dépouiller actuellement et irrévocablement l'ascendant et de transmettre à chacun des copartagés la propriété incommutable des biens compris dans son lot. D'où il suit que, si l'un des copartagés vient à mourir avant l'ascendant, il transmettra les biens que le partage lui avait attribués, comme et avec le reste de son patrimoine, à ses héritiers ou autres successeurs universels, sauf le droit de retour légal de l'ascendant donateur, si les conditions requises par l'art. 747 se trouvent réunies.

Les descendants sont-ils tenus des dettes de l'ascendant qui a opéré entre eux le partage de ses biens par acte entre vifs ? A cet égard, on peut se reporter à ce que nous avons dit au n. 948 sur la question plus générale de savoir si le donataire est tenu des dettes du donateur.

Le partage d'ascendant fait par acte entre vifs est révocable pour cause d'inexécution des charges (Cpr. Cass., 14 janv. 1913, D., 13. 2. 138) et pour cause d'ingratitude (arg. art. 954 et 955), mais non pour survenance d'enfant ; car cette cause de révocation n'est pas applicable au donateur qui avait des descendants lors de la donation (art. 960). Seulement si l'enfant né depuis le partage est encore vivant lors du décès de l'ascendant, le partage sera non avenue (arg. art. 1078).

b. — Partage testamentaire. Entre l'ascendant et les descendants, le partage testamentaire produit les effets d'un legs. D'où il suit : 1° que les copartagés ne deviennent propriétaires des biens compris dans leur lot qu'à dater du jour de la mort de l'ascendant ; 2° que celui-ci conserve le droit de révoquer le partage ad nutum ; 3° que le prédécès d'un des copartagés rend caduque la disposition faite à son profit ; par suite il y aurait lieu à un supplément de partage pour les biens qui lui ont été attribués ; à moins cependant que l'enfant prédécédé n'ait laissé des descendants, auquel cas ceux-ci viendraient recueillir la part qui lui a été attribuée (supra, n. 1190 al. fin.).

D'ailleurs le partage testamentaire ne détruit pas chez les descendants, entre lesquels il a été opéré, la qualité d'héritier ab intestat, ni la saisine héréditaire. D'où la conséquence qu'ils sont tenus des dettes de l'ascendant, et pourraient même être forcés de les payer ultra vires s'ils acceptaient purement et simplement la succession.

B. Effets du partage d'ascendant entre les copartagés.

1196. Dans les rapports des copartagés entre eux, le partage d'ascendant, qu'il soit fait par acte entre vifs ou par testament, est un acte de distribution ; il produit donc les effets d'un partage ordinaire. Notamment il engendre la garantie (arg. art. 884) et donne naissance au privilège de l'art. 2103-3°.

Sur le point de savoir si l'action en garantie et le privilège peuvent être exercés du vivant de l'ascendant au cas de partage entre vifs, v. infra, n. 1201.

VI. Dès causes de rescision du partage d'ascendant.

1197. Aux termes de l'art. 1079 : « Le partage fait par l'ascendant

« pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart :

» il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des

» dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait

» un avantage plus grand que la loi ne le permet ».

Il y a donc deux causes de rescision du partage d'ascendant : la lésion de plus du quart, et l'atteinte portée à la réserve de l'un des copartagés, sans parler des causes

de nullité qui pourraient atteindre l'acte en tant que donation ou testament. Quant à l'omission d'un des descendants qui auraient dû être compris dans le partage, nous savons qu'elle rend le partage non avenu (supra, n. 1193).

1. Rescision pour cause de lésion.

1198. Le partage d'ascendant, comme tout autre, est rescindable pour cause de lésion de plus du quart. Cpr. Cass., 12 fév. 1912, D., 13. 1. 183, S., 13. 1. 101.

La lésion ne s'apprécie que par rapport aux biens compris dans le partage, et non par rapport à ceux qui sont restés en dehors de l'opération, tels que les biens dont l'ascendant a disposé au profit d'étrangers ou ceux qu'il a donnés par préciput et hors part à l'un de ses successibles. Cpr. Poitiers, 23 janv. 1905, D., 05. 2. 169, S., 05. 2. 217. En d'autres termes, pour qu'un des copartagés ait le droit d'attaquer le partage pour cause de lésion, il faut et il suffit que la part qui lui a été attribuée soit inférieure de plus d'un quart à celle qu'il aurait dû obtenir dans une distribution des biens partagés, faite sur le pied de la plus stricte égalité. L'action en rescision pour cause de lésion est la sanction du principe d'égalité entre les copartageants, et il est clair qu'il ne peut être question d'observer cette égalité que relativement aux biens compris dans le partage.

De là résultent, entre autres, les deux déductions suivantes :

1° Celle circonstance, que la part attribuée à l'un des copartagés est égale ou même supérieure à sa réserve, ne fera pas obstacle à ce qu'il intente l'action en rescision, s'il a été lésé de plus du quart dans le partage. Ainsi un père a deux enfants et une fortune égale à 24.000 fr. : la réserve de chaque enfant est donc de 8.000 fr., et la quotité disponible, de pareille somme (art. 913) : dans le partage

qu'il fait de tous ses biens entre ses deux enfants, le père attribue à l'un un lot valant 15.500 fr., et à l'autre un lot valant 8.500 fr. Ce dernier, bien qu'il ait reçu 500 fr. de plus que sa réserve, pourra cependant demander la rescision du partage, parce qu'il est lésé de plus du quart. En effet, dans un partage où l'égalité aurait été observée, il aurait dû obtenir 12.000 fr. ; or il n'en a obtenu que 8.500 ; il est donc lésé de 3.500 fr., par conséquent de plus du quart ;

2° Un enfant ne pourra pas toujours demander la rescision pour cause de lésion d'un partage dans lequel il a reçu un lot d'une valeur inférieure au montant de sa réserve. Ainsi, en reprenant l'espèce qui précède, supposons que le père ait disposé au profit d'un étranger de la quotité disponible qui est égale à 8.000 fr. ; il partage le surplus, soit 16.000 fr, entre ses deux enfants ; le lot qu'il attribue à l'un vaut 9.000 fr., et par conséquent celui qui revient à l'autre, 7.000 seulement. Bien que ce dernier ait reçu en définitive 1.000 fr. de moins que sa réserve, il ne pourra pas faire rescinder le partage pour cause de lésion, parce qu'il n'est pas lésé de plus du quart par rapport aux biens compris dans le partage. En effet, ces biens valant 16.000 fr., une distribution rigoureusement égale aurait dû donner 8.000 fr. à chaque enfant, et, pour être lésé de plus du quart, il faudrait qu'un d'eux eût obtenu moins de 6.000 fr.

1199 : Si un ascendant a fait plusieurs partages partiels, on ne doit pas les isoler les uns des autres pour apprécier si l'un des copartagés a été lésé de plus du quart ; car il est possible que la lésion qu'il a subie dans l'un de ces partages ait été réparée dans les autres. Il faudra donc apprécier la lésion sur l'ensemble des opérations.

1200. A quelle époque faut-il se placer pour estimer les biens compris dans le partage d'ascendant, et juger s'il y a lésion de plus du quart au préjudice de l'un des cohéritiers ? Nous croyons qu'il faut appliquer ici purement et simplement l'art. 890 : ce qui conduit à décider que, si le

partage est fait par acte testamentaire, les biens qui en font l'objet devront être estimés d'après leur état et leur valeur au moment du décès de l'ascendant, tandis qu'il faudrait les estimer au contraire d'après leur état et leur valeur au moment de la donation, s'il s'agit d'un partage par acte entre vifs. Sur ce dernier point, la jurisprudence paraît se fixer en sens contraire. Cass., 2 juil. 1895, D., 95. 1. 511. Il y a de graves dissidences dans la doctrine.

1201. A quelle époque s'ouvre l'action en rescision pour cause de lésion. — Lorsque le partage est fait par acte testamentaire, il est sans difficulté que l'action en rescision ne peut s'ouvrir que lors du décès de l'ascendant ; car jusqu'à celle époque le partage ne constitue qu'un projet que l'ascendant peut modifier ou abandonner à son gré. En est-il de même, lorsque le partage est fait par acte entre vifs ? La jurisprudence a varié sur ce point. La cour de cassation a commencé par juger que l'action en rescision résultant d'un partage fait par acte entre vifs s'ouvre immédiatement : elle juge maintenant et depuis de longues années que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant. Son dernier arrêt sur la question est du 23 mars 1887, D., 87. 1. 400, S., 87. 1. 152. Cpr. Agen, 14 juin 1898, D., 99. 2. 221. La cour assimile donc, à ce point de vue, l'action en rescision pour cause de lésion, naissant d'un partage par acte entre vifs, à celle qui naît d'un partage testamentaire. Mais il nous paraît fort douteux qu'en réformant sur ce point sa jurisprudence, la cour de cassation l'ait améliorée. En principe, l'action en rescision d'un contrat s'ouvre aussitôt que le contrat est devenu parfait (arg. art. 1304) ; or, le partage par acte entre vifs le devient immédiatement ; donc l'action en rescision qui menace son existence doit s'ouvrir tout de suite. Il faudrait une disposition législative spéciale pour en suspendre l'ouverture jusqu'au décès de l'ascendant. Nous convenons volontiers qu'il pouvait y avoir de bons motifs pour édicter cette disposition, mais le législateur ne l'a pas fait, et la

cour de cassation n'a pas le droit de le faire à sa place ; nous restons donc sous l'empire de la règle.

* Une question analogue se pose pour l'action en garantie (art. 884) et pour le privilège à raison d'une soulte (art. 2103-30). Elle doit recevoir la même solution.

1202. Durée de l'action en rescision pour cause de lésion. — Il faut distinguer si le partage a été fait par acte entre vifs ou par testament.

a. — Dans le premier cas, l'action en rescision se prescrit par dix ans (arg. art. 1304). Si l'on admet, ainsi que nous l'avons fait, que l'action en rescision s'ouvre immédiatement, on doit décider que le délai de dix ans court à dater du jour du partage. Si l'on décide au contraire, avec la jurisprudence, que cette action ne s'ouvre qu'au décès de l'ascendant, il faut nécessairement fixer à cette époque le point de départ du délai de dix ans, après l'expiration duquel il y a confirmation tacite ; la confirmation expresse ne serait possible qu'à dater de la même époque. En ce sens, Orléans, 29 juil. 1880, S., 84. 1. 259, D., 80. 2. 161. Ce même arrêt décide que, dans le cas où un père et une mère ont fait le partage de leurs biens par un seul et même acte, le délai de dix ans ne court qu'à compter du décès du survivant.

b. — Dans le deuxième cas, c'est-à-dire si le partage a été fait par acte testamentaire, l'action en rescision pour cause de lésion ne se prescrira que par trente ans, conformément au droit commun (art. 2262). On ne peut pas songer à appliquer ici la prescription de dix ans ; car cette prescription spéciale n'est établie par l'art. 1304 qu'en vue des contrats, et ne peut par conséquent s'appliquer au testament qui est un acte. Cpr. t. II, n. 407-2°.

2. Rescision pour atteinte à la réserve.

1203. Nous transcrivons de nouveau la seconde partie de l'art. 1079, qui organise cette cause de rescision toute

spéciale au partage d'ascendant : « ...il [le partage] pourra l'être aussi [attaqué]

» dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites

» par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus

» grand que la loi ne le permet ». Nous ne pouvons mieux faire, pour éclaircir ce texte, que de reproduire l'exemple qui a été proposé par le rapporteur du tribunal. Un père a 60.000 fr. de biens et deux enfants. Il donne à l'un par préciput et hors part le tiers disponible, 20.000 fr. ; puis il partage entre eux deux le surplus valant 40.000 fr. et qui représente leur réserve ; le lot qu'il attribue dans ce partage à l'enfant préciputaire vaut 24.000 fr., tandis que celui qu'il donne à l'autre enfant ne vaut que 16.000 fr. Ce dernier n'est pas lésé de plus du quart ; il est lésé d'un cinquième seulement, puisqu'il obtient 16.000 fr. au lieu de 20.000 ; et cependant il pourra attaquer le partage, parce que son frère a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet, en ce sens qu'il a plus que sa part dans la réserve cumulée avec la quotité disponible. Lorsqu'un père, après avoir donné sa quotité disponible par préciput à l'un de ses enfants, l'avantage encore dans le partage des biens représentant la réserve, tout porte à croire que ce second avantage est, comme le premier, le résultat d'un calcul de la part du père, et non d'une erreur dans l'appréciation de la valeur des biens. Aussi la loi permet-elle à l'enfant lésé d'attaquer le partage, quelque minime que soit la lésion. Il ne faut pas que la latitude accordée à l'erreur puisse être utilisée pour éluder la règle qui défend d'avantager un héritier au delà des limites de la quotité disponible.

1204. Quel est le sort du partage dans lequel l'un des copartagés a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet ? L'art. 1079 dit qu'il peut être attaqué par les autres copartagés. Attaqué par quelle action ? Si l'on rapproche cette disposition de celle qui précède, on ne

peut guère douter que ce soit par l'action en rescision pour cause de lésion. En effet, la loi dit d'abord : « Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart » ; c'est bien une action en rescision qu'elle accorde dans ce cas ; nul n'en doute. Quand elle ajoute ensuite : « il pourra l'être aussi..... », il paraît bien certain que l'action qu'elle va accorder dans le second cas est la même que celle qu'elle vient d'accorder dans le premier, donc une action en rescision pour cause de lésion.

Cette doctrine conduit aux déductions suivantes :

1° L'action accordée par la seconde partie de l'art. 1079, de même que celle accordée par la première, doit être dirigée contre tous les copartagés, et non pas seulement contre celui qui a obtenu l'avantage excédant la limite légale ;

2° Cette action est prescriptible par dix ans, au moins quand le partage a été fait par acte entre vifs ;

3° Si l'action réussit, le partage tombera. L'indivision sera donc rétablie entre les copartagés, et ils devront procéder à un nouveau partage, qui, bien entendu, ne portera que sur les biens compris dans le partage rescindé, par conséquent sur les biens réservés seulement et non sur ceux donnés par préciput à l'enfant avantagé.

4° Le copartagé, qui a obtenu un avantage plus grand que la loi ne le permet, peut arrêter le cours de l'action en rescision, en payant au demandeur le complément de sa réserve : car en définitive il s'agit d'une action en rescision pour lésion, et la cause de l'action disparaît du moment que le préjudice résultant du partage est réparé. Arg. art. 891. Avec ce tempérament, l'opinion qui vient d'être développée se rapproche beaucoup de l'opinion adverse, adoptée par la majorité des auteurs, et d'après laquelle les cohéritiers lésés n'auraient contre celui qui a obtenu un avantage excessif qu'une action en complément de leur réserve. Trib.

de La Roche-sur-Yon, 10 mai 1904, D., 05. 2. 169, S., 05. 2. 217.

1205. L'action accordée par l'art. 1079-2^e partie, ayant son fondement dans une atteinte portée à la réserve, ne peut s'ouvrir qu'au décès de l'ascendant ; car c'est seulement à cette époque qu'il sera possible de déterminer le montant de la réserve des héritiers et de savoir s'il y a été porté atteinte. Cpr. Poitiers, 13 déc. 1887, D., 90. 1. 345, S., 88. 2. 113.

Cette solution, qui est sans difficulté pour le partage testamentaire, doit être admise aussi pour le partage fait par acte entre vifs, et elle s'impose même à ceux qui pensent que l'action en rescision pour cause de lésion de plus du quart prend naissance du vivant de l'ascendant.

1206. Quelle que soit la nature de l'action ouverte par la disposition finale de l'art. 1079, que ce soit une action en rescision du partage ou simplement une action en complément de la réserve, elle ne saurait être accordée en dehors du cas précis prévu par la loi : ce serait étendre au delà de ses termes une disposition qui déroge au droit commun. L'héritier, qui, sans être lésé de plus du quart, a cependant obtenu moins que sa réserve dans le partage fait par son ascendant, n'aura donc aucune action pour obtenir la réparation de ce préjudice, si la quotité disponible a été donnée ou léguée à un étranger, ou même si l'ascendant en a disposé par préciput et hors part au profit d'un de ses descendants autre que celui qu'il a avantage dans le partage.

1207. Sanction des dispositions qui précèdent. — Aux termes de l'art. 1080 : « L'enfant qui, pour une des causes exprimées en

» l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant,

» devra faire l'avance des frais de l'estimation ; et il les supportera

» en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation

» n'est pas fondée ».

= Des frais de l'estimation. Il s'agit des frais faits pour estimer les biens en vue d'établir la lésion.

Cette disposition a principalement pour but de détourner les enfants de la pensée d'attaquer témérairement le partage d'ascendant. Elle contient une dérogation à l'art. 131 du code de procédure civile, dont la disposition aurait permis au juge, dans le cas dont il s'agit et en raison du lien de parenté existant entre les plaideurs, de compenser les dépens entre le demandeur, qui a follement attaqué le partage, et les défendeurs, qui ont résisté à sa demande : le demandeur, débouté de sa prétention, devra nécessairement être condamné à tous les frais ; on lui applique dans toute sa rigueur la règle de l'art. 130 C. pr., sans lui permettre de bénéficier du tempérament autorisé par l'art. 131.

L'exception établie par notre article n'est formulée qu'en vue du cas où le demandeur en rescision succombe dans sa prétention. Le droit commun reprendra donc son empire s'il triomphe, et le juge pourra dans ce cas opérer la compensation des dépens, conformément à l'art. 131 du code de procédure civile.

D'un autre côté, notre article, ne parlant que de l'enfant qui attaque le partage « pour une des causes exprimées en l'article précédent », ne serait pas applicable à celui qui l'attaquerait pour tout autre motif.

1208. Telles sont les causes de nullité du partage d'ascendant, mentionnées dans notre chapitre : lésion de plus du quart ; atteinte portée à la réserve (art. 1079). En existe-t-il d'autres ? Une jurisprudence constante ¹²⁸ approuvée par la majorité des auteurs décide que le partage d'ascendant est soumis à l'application des art. 826 et 832, qui exigent que chaque lot comprenne, « s'il se

peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur ». Le partage d'ascendant pourrait donc être annulé pour inégale composition des lots, toutes les fois bien entendu que l'inégalité n'a pas une juste cause, ce qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement : la loi dit : s'il se peut ¹²⁹. « Les dispositions des art. 826 et 832, fondées sur le principe d'égalité à maintenir entre les copartageants, tiennent à l'essence même des partages, et s'appliquent par conséquent à ceux dont s'occupent les art. 1075 et suivants ». Voilà tout ce que disent Aubry et Rau pour justifier cette solution. Mais elle soulève des objections d'une extrême gravité. Il est remarquable d'abord que notre chapitre ne fait aucune mention de la cause de nullité dont il s'agit. D'un autre côté, l'art. 832 n'établit pas une règle générale pour tous les partages, mais une règle exceptionnelle pour les partages judiciaires. Est-ce que l'ascendant fait un partage judiciaire ? Il est certain que l'art. 832 n'est pas applicable au partage d'attribution, c'est-à-dire au partage que les parties majeures et capables font sans tirage au sort et en attribuant à chaque copartageant un lot déterminé : ce qui permet de tenir compte des convenances réciproques des intéressés. Eh bien ! c'est un partage d'attribution que fait l'ascendant, et on le prive d'une faculté essentielle dans un semblable partage. Le partage d'ascendant est surtout usité à la campagne, c'est le partage des cultivateurs. Souvent il sera de l'intérêt bien entendu des enfants que le père donne la terre à ses fils et de l'argent à ses filles, ou même, s'il n'a que des terres, qu'il les donne en totalité à ses fils, à la charge par eux de payer une somme d'argent à leurs sœurs. Le système que nous combattons rend ce mode de répartition impossible. La loi a voulu, c'est Bigot-Préameneu qui l'a dit, que les père et mère, qui mieux que personne connaissent la valeur, les avantages et les

inconvenients des biens qu'ils délaissent, pussent « composer les lots en tenant compte des besoins et même des prédilections de leurs enfants », et on soumet les ascendants à une entrave qui rend impossible l'accomplissement de leur mission ! Enfin le système de la jurisprudence conduit à un morcellement infini de la propriété foncière : ce qui, au point de vue de l'intérêt général, est on ne peut plus regrettable, la propriété foncière ne pouvant être exploitée d'une manière fructueuse qu'à la condition d'avoir une certaine étendue. Si la cause de nullité qui nous occupe existait dans la loi, il faudrait solliciter le législateur de l'en faire disparaître ; à plus forte raison ne doit-on pas l'y introduire, quand elle ne s'y trouve pas. Nous souhaiterions vivement que la cour de cassation fût appelée à statuer sur la question toutes chambres réunies.

* La clause pénale, insérée par un ascendant dans un partage qu'il fait entre ses descendants est nulle, en tant qu'elle aurait pour objet d'assurer l'efficacité d'une disposition portant atteinte à la réserve de l'un des copartagés. Elle est valable au contraire en tant qu'elle aurait seulement pour but d'assurer le maintien d'un partage fait en violation de l'art. 832. Cette différence vient de ce que les lois relatives à la réserve sont d'ordre public ; les particuliers ne peuvent donc pas y porter atteinte par leurs conventions (arg. art. 6) ; tandis qu'ils peuvent au contraire déroger à une loi d'intérêt privé, comme l'art. 832. Cass., 26 juin 1882, S., 85. 1. 118 ; Cass. Belgique, 18 avril 1901, S., 05. 4. 20, et Bourges, 24 nov. 1909, D., 11. 2. 333. Cpr. Amiens, 26 fév. 1896, S., 98. 2. 130 ; Bourges, 7 nov. 1900, D., 02. 2. 124 ; Dijon, 14 déc. 1911, S., 12. 2. 175, et supra, n. 812.

1209. Effets de la rescision du partage. Le partage rescindé est considéré comme non avenu, quelle que soit la cause pour laquelle la rescision a été prononcée. L'indivision est donc rétablie entre les ayant-droit, et il y a

lieu de procéder à un nouveau partage dans lequel il faudra comprendre même ceux des copartagés qui, avaient été précédemment déboutés d'une demande en rescision par eux formée. Cass., 6 août 1884, D., 85. 1. 49, S., 85. 1. 369. Il faudra considérer le résultat du nouveau partage pour résoudre la question de savoir si les aliénations et les constitutions de droits réels consenties par les cohéritiers antérieurement à la rescision doivent être maintenues. Cass., 26 juil. 1887, D., 89. 1. 71, S., 87. 1. 377. Cpr. Riom, 14 déc. 1886, D., 88. 2. 21, S., 88. 2. 158.

CHAPITRE VIII

DES DONATIONS FAITES PAR CONTRAT DE MARIAGE AUX ÉPOUX ET AUX ENFANTS A NAÎTRE DU MARIAGE

1210, Notre législateur favorise le mariage ; il devait favoriser par cela même les donations qui le facilitent et l'encouragent. On s'explique ainsi qu'il ait affranchi ces donations, en partie au moins, des entraves du droit commun.

Les donations en faveur du mariage peuvent être faites, soit à l'un des futurs époux par l'autre, soit aux futurs époux ou à l'un d'eux par un tiers, parent ou non. Il n'est question que de ces dernières dans le chapitre VIII ; les premières ont trouvé place dans le chapitre IX où il est traité en même temps des donations que les époux peuvent se faire pendant le mariage et de la quotité disponible entre époux ;

Pour jouir des immunités dont nous allons parler, il ne suffit pas qu'une donation soit faite en faveur du mariage, il faut en outre qu'elle soit faite par le contrat de mariage des futurs époux (arg. de la rubrique des chapitres VIII et IX, et des art 1082, 1084, 1091 et 1093, où la loi spécifie toujours qu'il s'agit de donations faites par contrat de mariage). Cette règle est ancienne dans notre droit. Dumoulin la formule en ces termes : « Nec sufficit quod fuerint in favorem, sed quod in ipso contractu et sint pars pactorum dotium ». En exigeant que la donation fût revêtue de cette enveloppe, on a peut être voulu couper court à toute contestation sur le point de savoir si elle est ou non faite en

faveur du mariage ; le doute aurait été possible dans certains cas pour une donation faite en dehors du contrat.

1211. Les donations faites aux futurs époux dans leur contrat de mariage par des tiers (ce sont, nous l'avons dit, les seules dont s'occupe le chapitre VIII), peuvent être de trois sortes : 1° donation de biens présents (art. 1081) ; 2° donation de biens à venir ou institution contractuelle (art. 1082 et 1083) ; 3° donation de biens présents et à venir (art. 1081 et 1085).

Il y a des règles communes à ces diverses donations ; d'autres qui sont particulières à chacune d'elles. Nous en traiterons dans deux paragraphes distincts.

§ I. Règles communes aux diverses donations dont il est question dans le chapitre VIII.

1212 I. Aux termes de l'art. 1087 : « Les donations faites par

» contrat de mariage ne pourront être attaquées, ni déclarées nulles,

» sous prétexte de défaut d'acceptation ». Ce texte ne signifie pas, comme on pourrait le croire à première vue, que les donations dont il s'agit sont dispensées d'acceptation. Comme tout autre contrat, la donation exige nécessairement pour sa perfection le consentement des deux parties contractantes ; or le consentement du donataire consiste dans son acceptation ; cette acceptation est donc nécessaire. Seulement — et c'est la faveur particulière qu'accorde ici l'art. 1087 — l'acceptation n'est pas soumise aux formes solennelles prescrites par le droit commun (art. 932) : elle pourrait même avoir lieu tacitement, et par suite elle résulterait suffisamment de la présence du donataire à l'acte et de sa signature. En deux mots, les donations dont il s'agit sont dispensées, non de

l'acceptation, mais seulement de la solennité de l'acceptation. Tel est le sens de l'art. 1087.

II. « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque,

» si le mariage ne s'ensuit pas » (art. 1088). La loi considère avec raison la donation, faite en vue d'un mariage déterminé, comme tacitement subordonnée dans l'intention du donateur à la conclusion de ce mariage. Si donc cette condition vient à défaillir, la donation tombera, *deficiente conditione deficit donatio*.

Il ne faudrait pas conclure de là que, jusqu'à la célébration du mariage, la donation ne confère aucun droit au futur époux ou aux futurs époux donataires. Elle fait naître à leur profit un droit conditionnel, que le donateur ne pourrait pas leur ravir en révoquant la donation ; car il s'est lié sous la condition *si nuptiæ sequantur*. Il dépend donc des futurs époux de rendre l'engagement du donateur définitif, en contractant mariage. Peu importe d'ailleurs l'époque à laquelle le mariage sera célébré, fût-ce après la mort du donateur, à moins cependant qu'un délai fatal n'ait été fixé par le contrat (arg. art. 1176).

III. L'intention de celui qui fait une donation en faveur d'un mariage est de faciliter ce mariage et de fonder l'avenir de la famille dont il sera la source. Ce but ne pouvant plus être atteint lorsque l'époux donataire et les enfants issus de son mariage meurent avant le donateur, la loi décide que la donation demeurera sans effet. Telle a probablement été la volonté du donateur : la loi du moins l'interprète en ce sens. Et toutefois cette règle ne s'applique pas à la donation de biens présents, faite dans les termes du droit commun : celui qui fait une semblable donation se dépouille actuellement et irrévocablement ; s'il entend reprendre le bien donné, au cas où il survivrait à l'époux donataire et à sa postérité, il faut qu'il stipule le retour conventionnel ; la loi ne sous-entend plus ici cette stipulation. Notre règle ne s'applique donc qu'aux

donations de biens à venir ou de biens présents et à venir. C'est ce qui résulte de l'art. 1089, qui vise toutes les donations faites en faveur du mariage, excepté celle de biens présents : « Les donations faites à l'un des époux, dans les termes des articles

» 1089, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur

» survit à l'époux donataire et à sa postérité ».

= Et à sa postérité. Entendez la postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite ; car c'est à cette postérité seulement que le donateur a songé (arg. art. 1082 et 1086 où la loi parle des enfants à naître du mariage). Il suffira donc, pour que la donation soit caduque, que le donateur survive à l'époux donataire et à ses descendants issus dudit mariage. La présence d'un enfant du donataire, issu d'un autre mariage, n'empêcherait pas la caducité de se produire.

IV. « Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, » seront, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réduites à la portion dont la loi lui permettait de disposer » (art. 1090).

= Réductibles. Elles sont en outre rapportables ; à moins qu'elles n'aient été faites par préciput et hors part.

V. Les donations, faites en faveur du mariage par des tiers, sont révocables pour cause d'inexécution des charges (arg. art. 953 et 954) et pour cause de survenance d'enfant (art. 960), mais non pour cause d'ingratitude (art. 959).

VI. La règle Donner et retenir ne vaut, dont le législateur indique les conséquences dans les art. 943 à 946, est sans application aux donations qui nous occupent. L'art. 947 nous l'a déjà annoncé en ces termes : « Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre » ; et les articles de notre section mettent ce principe en action. En effet nous voyons, d'une part, que les art. 1082 à 1084

autorisent ici les donations de biens à venir, par exception à la règle formulée dans l'art. 943, et d'autre part, que l'art. 1086 lève les entraves résultant des art. 944, 945 et 946.

1213. L'art. 1086, que nous étudions ici parce que sa disposition est applicable à toutes les donations faites par le contrat en faveur du mariage est ainsi conçu : « La donation par contrat de mariage

- » en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage,

- » pourra encore, être faite, à condition de payer indistinctement

- » toutes les dettes et chargés de la succession du donateur, ou sous

- » d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté, par

- » quelque personne que la donation soit faite : le donataire sera

- » tenu d'accomplir ces conditions, s'il n'aime mieux renoncer à la

- » donation ; et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se » soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation

- » de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces

- » mêmes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé,

- » seront censés compris dans la donation, et appartiendront au

- » donataire ou à ses héritiers ».

= A condition de payer indistinctement toutes les dettes et charges de la succession du donateur. Stipulation que prohibe l'art. 945, et qui permettra ici au donateur de faire disparaître le bénéfice de la donation en contractant de nouvelles dettes. Aussi la loi autorise-t-elle le donataire, dans ce cas comme dans le suivant, à renoncer à la

donation, s'il estime que le bénéfice en est absorbé par les charges.

— Ou sous d'autres conditions dont l'exécution dépendrait de sa volonté. Les conditions dont la loi autorise ici l'insertion dans la donation, sont celles que prohibe en principe l'art. 944 ; par conséquent, il ne s'agit pas de la condition purement potestative, de la condition si voluero, mais bien de la condition potestative ordinaire. Cpr. supra, n. 953.

Enfin la disposition finale de notre article autorise le donateur à faire à son profit la réserve du droit de disposer d'un effet compris dans la donation, sans que cette réserve rende la donation nulle quant à l'effet réservé, comme le décide l'art. 946. Ainsi le donateur peut dire : « Je donne mon domaine de N., et je me réserve le droit de disposer de la futaie comprise dans ce domaine ». Si le donateur n'a pas disposé de la futaie, elle reviendra lors de son décès au donataire, tandis que, s'il s'agissait d'une donation ordinaire, la disposition serait nulle quant à la futaie, alors même que le donateur n'en aurait pas disposé. Cpr. Cass., 8 fév. 1898, D., 99. 1. 265.

Autre serait le cas où l'acte contenant la donation porterait : « Je donne mon domaine de N., et je me réserve la futaie ». Ici la futaie serait exclue de la donation, car le donateur ne s'est pas seulement réservé le droit de disposer, il s'est réservé la futaie, et par conséquent ne l'a point comprise dans la donation.

* La disposition finale de l'art. 1086 doit, suivant l'opinion générale, subir une rectification. La loi dit que, si le donateur n'a pas usé du droit qu'il s'était réservé de disposer d'un effet compris dans la donation, l'effet appartiendra « au donataire ou à ses héritiers ». Il faut lire : ou à sa postérité, le mot héritiers devant être entendu ici *secundum subjectam materiam*. En effet, la donation est faite seulement « en faveur des époux et des enfants à naître de leur mariage » (art. 1086), et l'art. 1089 ajoute

que cette donation sera caduque « si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ». Les descendants du donataire, issus du mariage, sont donc les seuls héritiers, qui, à la mort du donateur, peuvent avoir droit à l'effet dont il s'agit. Les mots qui terminent l'art. 1086 ont été maladroitement copiés dans l'art. 18 de l'ordonnance de 1731, où ils avaient un sens, parce que sous l'ordonnance les donations qui nous occupent n'étaient pas, comme elles le sont aujourd' hui, caduques par le prédécès du donataire et de sa postérité.

§ II. Règles spéciales à chacune des donations dont s'occupe le chapitre VIII.

N° 1. Donation de biens présents.

1214. Le donateur aura recours à la donation de biens présents, lorsqu'il entendra se dépouiller actuellement et irrévocablement.

« Toute donation entre vifs de biens présents, quoique faite par

» contrat de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera soumise aux

» règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre », dit l'art. 1081 al. I. Ainsi une semblable donation devra être transcrite, si elle a pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques (art. 939) ; elle devra être accompagnée d'un état estimatif, si elle a pour objet des biens mobiliers (art. 948). De plus, et cette conséquence est déduite par l'art. 1081 al. 2, qui aurait pu se dispenser de la formuler, « Elle ne pourra avoir lieu au profit

» des enfants à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chapitre

» VI du présent titre ».

Et toutefois, le principe posé par notre article souffre d'assez nombreuses restrictions. Nous venons de les indiquer sous les numéros 1212 et 1213. La plus considérable résulte de l'art. 1086, qui soustrait d'une manière générale les donations faites en faveur du mariage par des tiers dans le contrat, et par conséquent même les donations de biens présents, aux applications de la règle Donner et retenir ne vaut, contenues dans les art. 944, 945 et 946. La donation cesse alors d'être une donation de biens présents proprement dite : le donateur ayant un moyen indirect de la révoquer, elle ne devient parfaite que lors de son décès, et c'est pourquoi la loi la déclare caduque, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089), tandis que la donation de biens présents proprement dite n'est pas soumise à cette cause de caducité.

N° 2. Donation de biens à venir ou institution contractuelle.

1215. Eusèbe de Laurière définit de la manière suivante la donation qui va nous occuper : « Un don irrévocable de succession ou d'une partie de succession, fait par contrat de mariage au profit de l'un des deux époux ou des enfants qu'ils doivent avoir ensemble ». Ainsi un oncle intervient au contrat de mariage de sa nièce, et déclare donner à la future épouse, en considération du mariage projeté, la totalité des biens qu'il laissera à l'époque de son décès.

La donation de biens à venir est une sorte de moyen terme entre la donation entre vifs et la donation testamentaire. Elle se sépare de la première pour se rapprocher de la seconde, en ce qu'elle a pour objet des biens à venir : tout ou partie des biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. Au contraire, elle se sépare de la donation testamentaire pour se rapprocher de la donation entre vifs par son caractère d'irrévocabilité. Elle emprunte donc ses deux traits les plus caractéristiques

à deux institutions entre lesquelles semble exister une sorte d'incompatibilité juridique, la donation entre vifs et la donation testamentaire. Aussi Furgole la qualifie t-il de disposition AMPHIBIE, et un autre, de libéralité HERMAPHRODITE. Mais ce sont là des dénominations de fantaisie. Dans le langage sérieux, nos anciens appelaient la disposition dont il s'agit institution contractuelle : expression merveilleusement choisie, parce qu'elle équivaut à une définition, et que la doctrine moderne emploie fréquemment, bien qu'elle n'ait pas trouvé place dans le code civil. La donation de biens à venir est en effet, comme on vient de le voir, une institution d'héritier faite par contrat de mariage ; c'est un don irrévocable de succession, *datio successionis*, dit Cujas.

Les donataires de biens à venir doivent donc être assimilés à des héritiers. La doctrine les appelle des héritiers contractuels, pour les distinguer des autres héritiers. Il en résulte que, s'ils veulent renoncer au bénéfice de l'institution ou accepter sous bénéfice d'inventaire, ils doivent procéder suivant les formes prescrites par les art. 784 et 793. Poitiers, 12 déc. 1887, S., 88. 2. 32, D., 89. 2. 113.

Ainsi qu'on le voit clairement par notre définition, l'institution contractuelle est un pacte sur une succession future, que le législateur autorise ici en faveur du mariage, par dérogation à la grande règle qui proscriit d'une manière générale dans notre droit les conventions de ce genre (art. 791, 1130 et 1600). Ce n'est pas le seul point de vue sous lequel l'institution contractuelle s'éloigne du droit commun : elle y déroge encore en ce qu'elle porte sur des biens à venir, contrairement à la règle de l'art. 943. Nous sommes donc en présence d'une institution de nature tout à fait exceptionnelle, et par conséquent les textes qui l'organisent doivent recevoir l'interprétation restrictive, d'après la règle *Exceptio est strictissimæ interpretationis*. Il faut interpréter restrictivement aussi les termes d'une

convention que l'on invoque comme établissant une institution contractuelle. Cass., 22 avril 1901, D., 01. 1. 391.

1216. Historique. L'institution contractuelle paraît avoir son origine dans les lois barbares. De là elle passa dans notre ancien droit coutumier, et parvint même à trouver place dans la législation des pays de droit écrit. Supprimée par la loi du 17 nivôse de l'an II, elle a été rétablie par le code civil. Les auteurs disent qu'elle est assez peu usitée dans la pratique. Mais cette assertion ne nous paraît pas exacte.

1217. Qui peut faire une institution contractuelle. — « Les

» pères et mères, les autres ascendants, les parents collatéraux des

» époux, et même les étrangers, pourront, par contrat de mariage,

» disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de

» leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants

» à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à

» l'époux donataire » (art. 1082 al. 1). Toute personne, parente ou non des futurs époux, peut donc disposer à leur profit par institution contractuelle, à la condition, comme on le verra bientôt, d'avoir la capacité requise pour disposer par donation entre vifs. Mais l'institution contractuelle ne peut trouver place que dans le contrat de mariage des futurs époux ; en effet l'art. 1082 al. 1 ne l'autorise que dans un acte de cette nature, et nous savons que le texte de la loi ne comporte pas ici l'interprétation extensive.

1218. Au profit de qui l'institution contractuelle peut être faite. — L'institution contractuelle étant une donation en faveur du mariage, la loi suppose que, dans l'intention du

donateur, elle s'adresse à la famille que le mariage va fonder, non moins qu'aux futurs époux eux-mêmes. Aussi l'art. 1082 al. 2 dispose-t-il : « Pareille donation, quoique faite au profit seulement des époux ou

» de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur,

» présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du

» mariage ». Le donateur, qui entend que la libéralité profite le cas échéant aux enfants à naître du mariage, n'a donc pas besoin de s'expliquer sur ce point ; la loi parle pour lui : elle admet — on l'a contesté à tort — l'existence d'une substitution vulgaire tacite au profit des enfants. En un mot, elle suppose que la disposition faite par le donateur est l'équivalent de celle-ci : « J'institue le futur époux ou les futurs époux mes héritiers ; et, pour le cas où ils se trouveraient, par suite de leur prédécès, dans l'impossibilité de recueillir le bénéfice de la disposition, j'institue leurs enfants à naître du mariage ». Mais ce n'est là qu'une présomption (arg. des mots sera présumée faite), qui tomberait devant la manifestation d'une volonté contraire du donateur. Il pourrait donc, par une clause formelle de la donation, exclure les enfants à naître du bénéfice de la disposition, en disant par exemple que le prédécès de l'époux donataire avec ou sans postérité rendra la donation caduque.

La loi, dans le silence du donateur, ne présume la substitution vulgaire dont nous venons de parler qu'au profit des enfants et, descendants à naître du mariage — on peut ajouter : et des enfants légitimés par ce mariage, car ils en sont considérés comme le fruit anticipé (arg. art. 333) — mais non au profit des enfants que le donataire a eus d'un mariage antérieur ou qu'il pourrait avoir d'un mariage postérieur. Ceux-ci ne sont donc pas appelés à profiter du bénéfice de l'institution. L'art. 1089 dit, il est vrai, que l'institution contractuelle ne devient caduque que

lorsque le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité ; d'où l'on pourrait être tenté de conclure que l'existence d'une postérité quelconque fait obstacle à la caducité. Mais il est manifeste que la loi fait allusion à la postérité en vue de laquelle la donation est présumée faite, c'est-à-dire à la postérité issue du mariage

Non seulement les enfants du donataire, nés ou à naître, d'un mariage autre que celui en vue duquel l'institution contractuelle est faite ne sont pas présumés compris dans la disposition, mais le disposant ne pourrait même pas les y comprendre en vertu d'une déclaration formelle ; car la loi ne l'y autorise pas, et il n'y a de permis dans cette matière exceptionnelle que ce qui est autorisé.

Le même motif conduit à décider :

1° Que les enfants à naître du mariage, eux-mêmes, ne pourraient pas être institués principaliter, en passant, comme le dit un de nos anciens, par dessus la tête des conjoints, c'est-à-dire sans que ceux-ci fussent institués en première ligne ; car la loi n'autorise leur institution que subsidiairement à celle de leurs parents.

* Toutefois il faut reconnaître que l'opinion contraire peut être défendue par des arguments très sérieux. D'abord elle était à peu près unanimement admise dans notre ancien droit, ainsi que l'a formellement reconnu la cour de cassation (Cass., 10 juil. 1888, S., 90. 1. 517). En second lieu l'aptitude que la loi reconnaît aux enfants à naître, contrairement aux règles ordinaires, d'être substitués à leurs parents, implique pour eux l'aptitude à être institués en première ligne. En effet quand la substitution s'ouvre au profit des enfants, leurs parents faisant défaut, les enfants viennent comme s'ils avaient été institués directement. Enfin cette opinion est conforme à l'esprit de la loi, qui est de favoriser le mariage et par suite d'autoriser toutes les combinaisons qui peuvent assurer l'avenir des enfants à naître du mariage, et pour mettre le texte de la loi d'accord avec son esprit, il suffit d'admettre que l'art. 1082 al. 2 a

statué de eo quod plerumque fit en supposant que les enfants sont institués en seconde ligne.

2° Qu'une institution contractuelle ne pourrait pas être faite valablement au profit d'autres personnes que les époux et les enfants à naître de leur union, par exemple au profit du frère de l'un des époux. Et le disposant chercherait vainement à éluder cette prohibition, en instituant le futur époux lui-même et en déclarant qu'il associe une tierce personne au profit de l'institution. La clause d'association, tolérée dans notre ancien droit, devrait être déclarée nulle aujourd'hui, en vertu de ce principe qu'on ne peut pas faire indirectement ce que la loi défend de faire directement. Par conséquent, la part attribuée à l'associé resterait dans la succession ab intestat du disposant, et reviendrait à ses héritiers ;

3° Que l'institution ne pourrait pas être faite au profit des époux et d'un seul ou de quelques-uns seulement des enfants à naître du mariage, par exemple au profit de l'aîné. Les enfants doivent être tous appelés à profiter du bénéfice de la disposition ou en être tous exclus. V. cep. Cass., 10 juil. 1888, précité, et les explications qui l'accompagnent.

4° Que l'instituant ne pourrait pas attribuer des parts inégales aux enfants à naître. Dans ce cas, comme dans le précédent, la disposition qui déroge à la loi serait réputée non écrite et par suite les enfants, le cas échéant, viendraient tous également.

1219. Sur quels biens peut porter l'institution contractuelle. — La loi dit qu'elle peut comprendre « tout ou partie » des biens à venir de l'instituant. Ces mots ont ici le même sens que dans l'art. 895, qui donne la définition du testament. Le mot partie ne désigne donc pas seulement une partie aliquote, comme le tiers, le quart, mais aussi les biens particuliers dépendant de la masse. C'est l'opinion générale. En un mot l'institution contractuelle peut être :

1° Universelle, par exemple si le disposant a dit : « Je donne aux futurs époux tous les biens que je laisserai à l'époque de mon décès » ;

2° A titre universel, si elle a pour objet une partie aliquote du patrimoine de l'instituant, par exemple s'il a dit : « Je donne le tiers des biens que je laisserai à mon décès ». L'institution contractuelle serait encore à titre universel, si elle portait sur tous les immeubles ou sur tous les meubles ou sur une partie aliquote des uns ou des autres (arg. art. 1010) ;

3° A titre particulier, si elle porte sur des biens déterminés, *singulæ res*. Telle serait la disposition ainsi conçue : « Je donne 20.000 fr. à prendre sur les biens que je laisserai à l'époque de mon décès ». Bordeaux, 6 avril 1892, D., 93. 2. 274, et 14 déc. 1911, D., 12. 2. 281. L'institution contractuelle fait naître alors irrévocablement un droit de créance à terme contre la succession. Be ançon, 8 juin 1898, D., 99. 2. 143.

* Et toutefois on est forcé de reconnaître que le nom d'institution contractuelle convient assez mal à une disposition faite à titre particulier, car le mot institution éveille l'idée d'un titre universel. C'est peut-être pour ce motif que le code civil n'a pas reproduit cette ancienne dénomination.

Les distinctions que nous venons d'établir présentent une très grande importance au point de vue du règlement des dettes de l'instituant. Elles sont toutes à la charge de l'institué, si l'institution est universelle ; il ne les supporte que proportionnellement à la fraction qu'il est appelé à recueillir, si l'institution est à titre universel ; enfin il ne doit nullement y contribuer, si l'institution est à titre particulier. Ce n'est qu'une application de la maxime *ÆS alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est*.

1220. Effets de l'institution contractuelle. — Nous avons dit que l'institution contractuelle est un don irrévocable de succession, *datio successionis*. De ce qu'elle est un don de

succession, il résulte qu'elle ne confère à l'institué aucun droit actuel, mais seulement un droit éventuel : c'est le propre de tous les droits successifs. De ce qu'elle est un don irrévocable, il suit que l'instituant ne peut pas donner à un autre ce qu'il a déjà donné à l'institué ; il ne peut pas faire de donation au préjudice du droit de l'institué. C'est ce que dit l'art. 1083, ainsi conçu : « La donation, dans la forme

» portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement

» que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des

» objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques,

» à titre de récompense ou autrement ». Et, comme la loi ne distingue pas, nous en concluons que l'instituant ne peut pas plus disposer au préjudice de l'institué par testament que par donation entre vifs. Bien entendu, l'instituant ne perd le droit de disposer à titre gratuit que relativement aux biens compris dans la disposition ¹³⁰ ; et encore ne le perd-il pas complètement, car la loi l'autorise à faire des donations « pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ». — Pour sommes modiques. La modicité doit être appréciée bien évidemment eu égard à la fortune du disposant ; par conséquent elle est chose essentiellement relative. — A titre de récompense ou AUTREMENT. Les mots ou autrement laissent aux juges une grande latitude d'appréciation ; ils lui permettent de maintenir les donations modiques, faites non seulement pour cause pie, comme on le décidait autrefois, mais aussi à d'autres titres, par exemple les présents d'usage.

Telle est la seule atteinte que l'institution contractuelle apporte aux droits de l'instituant. Il demeure donc propriétaire de tous les biens compris dans la disposition, et conserve le droit illimité d'en disposer à titre onéreux. Il

peut les échanger, les grever d'hypothèques et les vendre même à charge de rente viagère, car l'aliénation à charge de rente viagère est une aliénation à titre onéreux, et sauf à examiner cependant si cette aliénation ne déguise pas une donation, auquel cas elle ne serait pas opposable à l'institué. A plus forte raison, l'instituant, conserve-t-il le droit d'emprunter et de transiger.

En résumé, l'instituant ne peut pas disposer à titre gratuit, au préjudice de l'institué, des biens compris dans la disposition, sauf l'exception relative aux dons modiques ; mais il conserve le droit illimité de disposer à titre onéreux, et il peut par suite rendre la donation stérile en vendant tous ses biens et en dissipant le prix, ou en se ruinant par de fausses spéculations. C'est ce qui a fait dire au tribun Jaubert qu'il faut distinguer en cette matière le titre et l'émolument ; le titre de l'institué est irrévocable, mais son émolument est incertain, tant que vit l'instituant.

1221. De l'ouverture de l'institution contractuelle. — L'institution contractuelle est un don de succession, *datio successionis* ; elle s'ouvre donc comme s'ouvrent les successions, c'est-à-dire par la mort de l'instituant (arg. art. 718) ; et ceux au profit desquels elle est établie, les héritiers contractuels, comme on les appelle, n'en peuvent profiter qu'autant qu'ils existent lors de l'ouverture (arg. art. 725). L'institution contractuelle devient donc caduque, si l'instituant survit à tous ses héritiers contractuels, c'est-à-dire à l'époux ou aux époux institués et aux enfants ou descendants nés de leur union.

Il nous faut examiner successivement le cas où l'institution contractuelle s'ouvre au profit de l'institué et celui où elle s'ouvre au profit de ses enfants.

a. L'institution contractuelle s'ouvre au profit de l'institué, lorsqu'il survit à l'instituant. L'institué peut alors, comme le pourrait un héritier, accepter l'institution ou la répudier ; il prendra ce dernier parti, lorsque le bénéfice de l'institution sera absorbé par les dettes. On peut trouver

étrange, au premier abord, que l'institué puisse répudier l'institution, puisqu'il l'a déjà acceptée expressément ou tacitement dans le contrat de mariage qui la contient. Mais un peu de réflexion suffit pour expliquer cette anomalie apparente. Ce que l'institué a accepté, c'est le titre d'héritier présomptif que lui donnait l'institution, mais non le titre d'héritier définitif.

Pendant toute la vie de l'instituant, la situation de l'institué est celle d'un héritier présomptif. Par conséquent, il ne peut pas exercer son option ni céder son droit (arg, art. 791, 1130 et 1600) ; encore moins pourrait-il aliéner les biens compris dans l'institution ou les grever de droits réels, car il n'en est pas propriétaire.

b. Lorsque l'institué est mort avant l'instituant, laissant des descendants issus du mariage en faveur duquel l'institution a été faite, l'institution s'ouvre au profit de ceux-ci, s'ils survivent à l'instituant. Ils peuvent donc, comme l'aurait pu l'institué lui-même, accepter ou répudier l'institution. Ce droit leur appartient de leur propre chef, comme donataires de l'instituant, et non comme héritiers de l'institué qui n'a jamais eu aucun droit ; par conséquent, ils peuvent recueillir le bénéfice de la disposition, alors même qu'ils auraient renoncé à la succession de l'institué.

Si les descendants de l'institué sont tous au premier degré, ils se partagent par tête les biens compris dans la disposition. Il y a lieu au contraire à un partage par souche, si un ou plusieurs des enfants de l'institué sont prédécédés laissant des descendants : ces derniers viennent par représentation de leur auteur prédécédé. Cela est de tradition, et cette considération est décisive dans une matière toute traditionnelle.

Les descendants de l'institué sont-ils appelés à recueillir le bénéfice de l'institution, si celui-ci y renonce ? En d'autres termes, la renonciation de l'institué donne-t-elle ouverture au droit de ses enfants, de même que son prédécès ? L'affirmative est généralement admise, et avec

raison ce nous semble. L'art. 1082, il est vrai, n'appelle les enfants qu'au cas de prédécès de l'époux donataire ; mais ici comme ailleurs lex statuit de eo quod plerumque fit. Les descendants de l'institué, nous l'avons dit, lui sont substitués vulgairement ; ils sont donc appelés à recueillir le bénéfice de l'institution pour le cas où l'institué ferait défaut, peu importe que ce soit par suite de son décès ou de sa renonciation.

1222. L'institué ou ses descendants, qui acceptent l'institution, sont obligés de respecter toutes les aliénations à titre onéreux consenties par l'instituant, mais non les aliénations à titre gratuit, sauf cependant l'exception indiquée en l'art. 1083. Ils auraient donc une action en revendication contre les tiers détenteurs des biens aliénés à titre gratuit par l'instituant ; et, dans le cas où cette action ne serait pas possible à raison de la nature du bien donné, par exemple s'il s'agit d'une somme d'argent, ils auraient une action personnelle en restitution contre le donataire. L'une ou l'autre action durerait pendant trente ans, à compter du décès de l'instituant.

1223. L'institué ou ses descendants, qui acceptent l'institution, sont tenus, dans la mesure qui a été indiquée au n. 1219, du paiement des dettes de l'instituant.

* En sont-ils tenus *ultra vires*, au cas d'acceptation pure et simple ? La question revient à se demander s'ils doivent être considérés comme les continueurs de la personne du défunt (*supra*, n. 465). Or nous estimons, mais il y a controverse sur ce point, qu'il y a lieu d'appliquer aux institués contractuels la distinction faite par la loi entre les légataires d'universalité. Si l'institution est universelle et que le disposant ne laisse pas d'héritier réservataire (*arg. a fortiori* de l'art. 1006), l'institué contractuel a la saisine, et il est en même temps tenu *ultra vires*. Dans tous les autres cas, il paraît certain que l'institué contractuel n'est qu'un simple successeur aux biens, qu'il n'a pas la saisine et qu'il ne peut être tenu qu'*intra vires*.

1224. De la caducité de l'institution contractuelle. — Les causes de caducité de l'institution contractuelle nous sont à peu près connues d'après les explications qui précèdent ; il suffira de les grouper ici. L'institution contractuelle devient caduque : 1° si le mariage en vue duquel elle a été faite ne se réalise pas (art. 1088) ; 2° si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089) ; 3° enfin par la renonciation de l'institué et de tous ses descendants. La caducité profite à ceux au préjudice desquels la disposition se serait exécutée ; ou si l'on veut cette disposition est réputée non écrite.

* De la promesse d'égalité.

1225. La promesse d'égalité est la clause par laquelle un père, en mariant un de ses enfants, lui promet dans son contrat de mariage de ne pas avantager ses frères ou sœurs à son préjudice. En un mot, le père promet à l'enfant qu'il marie de ne pas le dépouiller de tout ou partie de sa part héréditaire dans la quotité disponible en faveur d'un de ses frères.

La promesse d'égalité équivaut à une institution contractuelle au profit de l'enfant pour sa part dans la quotité disponible, mais avec réserve pour le père du droit de disposer, même à titre gratuit, dans les termes du droit commun, au profit d'étrangers, réserve qu'autorise l'art. 108G. L'instituant peut aussi disposer au profit d'un de ses autres enfants ou descendants de tout ce qui excède la part héréditaire de l'institué dans la quotité disponible. Ainsi un père a trois enfants, Primus, Secundus et Tertius ; en mariant Primus, il lui a promis l'égalité dans son contrat de mariage ; puis il meurt laissant 120.000 fr., ce qui porte la quotité disponible à 30.000 fr. Si le père a légué 30.000 fr. à un étranger, Primus ne pourra pas se plaindre. Il n'aura pas le droit de se plaindre non plus, si son père, lui laissant sa part héréditaire dans la quotité disponible, soit 10.000 fr., a légué le surplus par préciput et hors part à Secundus. Mais Primus aura le droit de réclamer, si le legs fait par

préciput et hors part à Secundus s'élève à plus de 20.000 fr. D'ailleurs la promesse d'égalité n'empêche pas le père ou la mère qui l'a faite d'avantager l'enfant qui en est bénéficiaire. Ainsi, dans notre espèce, le père pourrait léguer par préciput et hors part toute sa quotité disponible à Primus, sans que ses frères eussent le droit de réclamer, car la clause leur est étrangère : ce n'est pas à eux que l'égalité a été promise.

Voyez au sujet de la promesse d'égalité Riom, 21 fév. 1883, D., 85. 1. 108, S., 84. 2. 9, Cass., 10 mars 1884, D., 85. 1. 108, S., 85. 1. 351, Orléans, 30 mars 1892, D., 93. 2. 330, et Cass., 30 nov. 1896, D., 98. 1. 481.

N° 3. Donation cumulative de biens présents et à venir.

1226. L'institution contractuelle ne confère à l'institué qu'un droit très incertain. En effet l'instituant, conservant la faculté illimitée, de disposer de ses biens à titre onéreux, peut se ruiner par de fausses spéculations ou dissiper son patrimoine et laisser une succession obérée, auquel cas l'institué n'aura qu'un titre illusoire. C'est là le côté faible de l'institution contractuelle. La loi permet de la fortifier à l'aide d'une modalité d'une nature particulière, qui assure à tout événement à l'institué tout ou partie des biens que le disposant possède au moment de la disposition. L'institution contractuelle, ainsi perfectionnée, porte le nom de donation de biens présents et à venir. L'art. 1084 dit à ce sujet : « La donation par

- » contrat de mariage pourra être faite cumulativement des biens

- » présents et à venir, en tout ou en partie, à la charge qu'il sera

- » annexé à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes

- » au jour de la donation ; auquel cas, il sera libre au donataire,

» lors du décès du donateur, de s'en tenir aux biens présents,

» en renonçant au surplus des biens du donateur ».

On voit en quoi consiste le perfectionnement qui transforme l'institution contractuelle en une donation de biens présents et à venir. Le donataire a le droit, au décès du donateur, « de s'en tenir aux biens présents en renonçant au surplus des biens du donateur », c'est-à-dire qu'il peut prendre le patrimoine du donateur dans l'état où il se trouvait lors de la donation, ou en d'autres termes réclamer les biens qui appartenaient au donateur à cette époque (biens présents) en payant les dettes dont il était alors tenu (dettes présentes) et qui sont constatées par l'état annexé à la donation. Le donataire prendra ce parti lorsque le donateur aura diminué son patrimoine, dans l'intervalle écoulé entre la donation et son décès, soit par des actes de dissipation, soit par de fausses spéculations. Si au contraire le donateur a augmenté sa fortune, l'institué n'usera pas de la faculté dont nous venons de parler, et exercera son droit sur les biens composant le patrimoine du donateur lors de son décès, absolument comme si la disposition faite à son profit était une institution contractuelle pure et simple.

En somme, le donataire de biens présents et à venir peut exercer, lors du décès du disposant, un droit d'option dont voici les deux termes : 1° s'en tenir aux biens présents, en répudiant les biens à venir ; le donataire doit dans ce cas payer les dettes présentes ; 2° opter pour les biens à venir, et alors la libéralité produit purement et simplement les effets d'une institution contractuelle. On peut donc définir la donation de biens présents et à venir : une institution contractuelle, avec faculté pour l'institué d'opter pour les biens présents du donateur.

1227. Opter pour les biens présents du donateur, c'est transformer la libéralité en une donation de biens présents. En vue de l'éventualité de cette transformation, il faut

remplir les formalités prescrites par le droit commun pour l'efficacité des donations de biens présents. Il devra donc être dressé, conformément à l'art. 948, un état estimatif des meubles présents du donateur compris dans la donation. En l'absence de cet état, le donataire ne pourrait pas, même à l'encontre des héritiers du donateur, réclamer les meubles qu'il prétendrait avoir existé lors de la donation. De même la donation, en tant qu'elle peut s'appliquer à des immeubles présents du donateur, devra être transcrite. Autrement le donataire qui aurait opté pour les biens présents ne pourrait pas faire valoir la donation à l'encontre des tiers détenteurs de ces immeubles ou au préjudice de ceux qui auraient acquis sur ces mêmes immeubles des droits réels et qui se seraient conformés aux prescriptions de la loi pour la conservation de leurs droits. L'institution contractuelle, au contraire, n'a pas besoin d'être transcrite. Cass., 15 mai 1876, D., 77. 1. 95.

Les dettes présentes viennent de plein droit en déduction des biens présents, non sunt bona nisi deducto ære alieno. Le donataire qui opte pour les biens présents, doit donc supporter les dettes présentes. Et comme, en l'absence d'une constatation régulière, il ne manquerait pas de s'élever des difficultés sur le point de savoir quelles étaient les dettes présentes du donateur, la loi exige qu'il en soit joint un état à l'acte de donation. Si cette formalité avait été omise, la disposition ne pourrait valoir que comme institution contractuelle. C'est ce qui résulte de l'art. 1085, ainsi conçu : « Si

- » l'état dont est mention au précédent article n'a point été annexé

- » à l'acte contenant donation des biens présents et à venir, le donataire

- » sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour

- » le tout. En cas d'acceptation, il ne pourra réclamer que les biens

» qui se trouveront existants au jour du décès du donateur, et il

» sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la suc cession ».

1228. Observons maintenant, et ce point présente une importance capitale, que la donation de biens présents et à venir n'est pas, comme on l'entendait autrefois en pays de droit écrit, une donation de biens présents plus une donation de biens à venir : d'où résulterait notamment cette conséquence, que le donataire deviendrait immédiatement propriétaire des biens présents. Elle constitue une donation unique, une donation cumulative de biens présents et à venir, comme le dit la loi. En somme, cette donation n'est qu'une variante de l'institution contractuelle.

De là résultent, entre autres, les conséquences suivantes :

1° Le donataire n'a aucun droit sur les biens du donateur, du vivant de celui-ci. Le donateur conserve donc l'entière propriété et jouissance de ses biens, et peut en disposer, sauf la faculté pour le donataire, si son droit vient à s'ouvrir, de critiquer dans tous les cas les aliénations à titre gratuit faites par le donateur, et même les aliénations à litre onéreux s'il opte pour les biens présents ;

2° La donation de biens présents et à venir, de même que l'institution contractuelle, est censée faite aux enfants et descendants à naître du mariage, en cas de prédécès de l'époux donataire ;

3° Elle devient caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité. Cette dernière conséquence est formulée par l'art. 1089.

Nature de l'institution contractuelle et de la donation de biens présents et à venir.

1229. L'institution contractuelle, nous l'avons dit, est une combinaison de la donation entre vifs et de la donation testamentaire : elle touche à la première par son

irrévocabilité, à la seconde, en ce qu'elle a pour objet des biens à venir. Mais l'art. 893, aux termes duquel : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament... », ne permet pas de considérer l'institution contractuelle comme un mode de disposer à part, distinct de la donation ou du testament : il faut nécessairement qu'elle soit l'un ou l'autre. Lequel des deux ? Le choix ne saurait guère être douteux. La nature contractuelle de la disposition dont il s'agit ne permet pas de l'assimiler aux dispositions testamentaires, et son irrévocabilité lui assigne tout naturellement sa place dans la catégorie des donations. C'est sous ce nom d'ailleurs que le code civil la désigne ; nous avons déjà noté qu'il évite avec une sorte d'affectation de se servir de l'ancienne expression institution contractuelle. Enfin Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du code civil, lui assignait ce caractère. Nous dirons donc que l'institution contractuelle (et à plus forte raison la donation de biens présents et à venir), est une donation entre vifs, et nous lui appliquerons les règles des donations de cette nature, toutes les fois que le législateur n'y aura pas dérogé. Cass., 21 juin 1892, S., 94. 1. 449, D., 93. 1. 369.

De là il suit notamment :

1° Que la capacité requise pour disposer par institution contractuelle est la capacité de donner entre vifs et non celle de donner par testament. Ainsi le prodigue ne peut pas faire une institution contractuelle sans l'assistance de son conseil (arg. art. 513), non plus qu'une femme mariée non séparée de corps, sans autorisation (arg. art. 217), et cependant l'un et l'autre ont capacité pleine et entière pour faire un testament. Cass., arrêt précité.

2° Que le donateur et le donataire devront être capables, l'un de disposer, l'autre de recevoir, à l'époque de la donation. Il n'est pas nécessaire que le donateur ait encore la capacité de disposer à l'époque de son décès : et quant au donataire, il suffit qu'il ait alors la capacité requise pour

recevoir à titre de succession, car il est héritier contractuel : ce qui lui permet de recueillir le bénéfice de la disposition, même lorsqu'il se trouve sous le coup d'une condamnation à une peine afflictive perpétuelle.

3° Les donations de biens à venir ou de biens présents et à venir ne devront être réduites, le cas échéant, qu'après les dispositions testamentaires et après les donations entre vifs de date postérieure (arg. art. 923). En un mot, au point de vue de la réduction, on les traite comme des donations entre vifs : on leur applique le principe de la réduction par ordre de dates.

CHAPITRE IX

DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX SOIT PAR CONTRAT DE MARIAGE, SOIT PENDANT LE MARIAGE

1230. Le législateur s'occupe ici, non seulement, ainsi que nous l'annonce la rubrique, des donations entre époux, mais aussi de la quotité disponible entre époux. Nous traiterons ces matières dans deux paragraphes.

§ I. Des donations entre époux.

N° 1. Des dispositions entre époux par contrat de mariage.

1231. « Les époux pourront, par contrat de mariage, se faire

» réciproquement, ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils

» jugeront à propos, sous les modifications ci après exprimées » (art. 1091).

Les époux peuvent donc se faire l'un à l'autre par leur contrat de mariage, avec ou sans réciprocité, toutes les donations qui pourraient leur être faites par des tiers, c'est-à-dire des donations de biens présents, des donations de biens à venir ou des donations de biens présents et à venir. Cpr. Bourges, 15 fév. 1908, D., 12. 2. 111, S., 10. 2. 53.

Toutefois, faites entre futurs époux, ces diverses donations se distinguent par certaines particularités. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 960, elles ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant. D'autre

part, nous avons vu qu'elles échappent à la règle de l'art. 959, qui déclare les donations faites en faveur du mariage non révocables pour cause d'ingratitude ; mais ce dernier point est contesté.

Deux autres particularités nous sont signalées par les art. 1095 et 1093.

Voici la première. Un mineur ne peut pas faire de donations entre vifs (art. 903). La faveur du mariage a fait admettre une exception à cette règle : l'époux mineur peut disposer par contrat de mariage au profit de son conjoint, sous la seule condition d'être assisté des personnes dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. On lit à ce sujet dans l'art. 1095 : « Le mineur

- » ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux, soit

- » par donation simple, soit par donation réciproque, qu'avec le consentement

- » et l'assistance de ceux dont le consentement est requis

- » pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il

- » pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner

- » à l'autre conjoint ». Nous avons étudié cette disposition sous l'art. 1398, au titre Du contrat de mariage... C'est là qu'est le siège de la matière.

La seconde particularité résulte de l'art. 1093. A la différence de la précédente, qui est applicable à toutes les donations, celle-ci n'a trait qu'aux donations de biens à venir et aux donations de biens présents et à venir. La loi s'exprime en ces termes : « La

- » donation de biens à venir, ou de biens présents et à venir, faite

- » entre époux par contrat de mariage, soit simple, soit réciproque,

- » sera soumise aux règles établies par le chapitre précédent, à l'égard

» des donations pareilles qui leur seront faites par un tiers ; sauf

» qu'elle ne sera point transmissible aux enfants issus du mariage,

» en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur » (art. 1093).

— Sauf qu'elle ne sera point transmissible... Le contraire a lieu lorsque la donation est faite par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux (art. 1082). Quel est le motif de cette différence ? Lorsque la donation de biens à venir ou de biens présents et à venir est faite par un tiers aux futurs époux ou à l'un d'eux ; les enfants à naître du mariage ne peuvent être appelés à profiter de la disposition en cas de prédécès de leurs parents qu'autant qu'ils sont eux-mêmes donataires : n'étant pas héritiers du disposant, ils ne sauraient avoir d'autre titre que celui de donataires pour recueillir ses biens ; la loi présume que le disposant a eu l'intention de leur conférer ce titre, parce que la donation est faite en faveur du mariage, et par conséquent en vue de la postérité des époux aussi bien que des époux eux-mêmes. En d'autres termes, le législateur, interprétant ici la volonté du disposant, admet au profit des enfants l'existence d'une substitution vulgaire tacite, sans laquelle le bénéfice de la donation serait perdu pour eux au cas de prédécès de l'époux donataire. Mais cette présomption n'avait plus sa raison d'être, lorsque la donation est faite par l'un des époux à l'autre. Eu effet, les enfants à naître du mariage, étant ici héritiers du donateur comme du donataire, n'ont plus besoin que la donation s'étende jusqu'à eux pour recueillir un jour les biens donnés ; si la donation devient caduque par le prédécès de l'époux donataire, ils retrouveront plus tard les biens donnés dans la succession du donateur. Pourquoi donc supposer alors l'existence d'une substitution vulgaire à leur profit ? Autant cette présomption est rationnelle quand la donation est faite par un tiers (art. 1082), autant elle le serait peu

lorsque la donation est faite par l'un des époux à l'autre. De sorte qu'en définitive la règle formulée par l'art. 1082 et l'exception consacrée par notre article ont le même fondement : la volonté présumée du donateur.

1232. Sauf les particularités qui viennent d'être signalées, les donations, faites par l'un des époux à l'autre dans le contrat de mariage, demeurent soumises aux mêmes règles que les donations dont il est question au chapitre précédent. Ainsi, comme ces dernières, elles sont affranchies des entraves de la règle Donner et retenir ne vaut (arg. art. 947), et les art. 1087, 1088 et 1090 leur sont applicables.

L'art. 1092, qui semble au premier abord signaler une particularité en ce qui concerne la donation de biens présents, ne fait en définitive que la déclarer soumise aux règles ordinaires : « Toute donation entre-vifs de biens présents, faite entre époux par contrat

» de mariage, ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire, si

» cette condition n'est formellement exprimée ; et elle sera soumise à toutes les règles

» et formes ci-dessus prescrites pour ces sortes de donations ».

= Ne sera point censée faite sous la condition de survie du donataire. C'est le droit commun ; mais le législateur a jugé utile de s'expliquer, parce qu'il y avait controverse sur ce point dans notre ancien droit : plusieurs auteurs, et notamment Furgole, pensaient que la condition de survie était sous-entendue dans les donations dont il s'agit.

= Si cette condition n'est formellement exprimée. Aucune formule particulière ne s'impose d'ailleurs au donateur. Il suffit que sa volonté résulte clairement des termes de l'acte. Cass, 9 juil. 1889, S., 92. 1. 338.

N° 2. Des donations entre époux pendant le mariage.

1233. Historique. L'ancien droit romain permettait aux époux de disposer l'un au profit de l'autre par testament ou par donation à cause de mort, mais non par donation entre vifs. On craignait que l'un des époux n'abusât de son influence sur l'autre pour s'enrichir à ses dépens. *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuato amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*, dit la loi 1, D., De don. int. vir. et ux., XXIV, 1. Sous Septime Sévère et Antonin Caracalla, un sénatus-consulte décida que la donation faite par l'un des époux à l'autre deviendrait rétroactivement valable à l'encontre des héritiers du donateur, si celui-ci était mort sans révoquer la donation. *Ait oratio, fas esse, eum qui donavit poenitere : heredem vero eripere forsitan adversus volunlalem supremam ejus qui donaverit, durum et ovarum esse* (L. 32, § 2, D., hoc lit.). On admettait en vertu d'une fiction que la donation non révoquée était une donation à cause de mort, permise entre époux, et on la déclarait valable à ce titre.

Les règles du droit romain sur cette matière furent suivies dans nos pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, au contraire, les donations entre époux, même celles faites par testament, étaient en général prohibées d'une manière absolue, sauf exception pour le don mutuel de l'usufruit des biens de la communauté, lorsqu'il n'y avait pas d'enfants. Cout. Paris, art. 280. Cette règle avait surtout pour fondement le principe de la conservation des biens dans les familles, qui jouait un rôle si important dans notre ancien droit coutumier ; on aurait porté atteinte à ce principe en autorisant les donations entre époux, puisque les deux époux appartiennent le plus souvent à deux familles différentes. Subsidiairement on ajoutait, pour justifier la prohibition, que l'affection entre époux doit être désintéressée. Toutefois quelques coutumes limitaient la prohibition aux donations entre vifs et autorisaient par

conséquent entre époux les dispositions testamentaires. La coutume d'Auvergne se signalait par une remarquable distinction entre le mari et la femme : le mari pouvait donner à sa femme même la totalité de ses biens ; la femme au contraire ne pouvait rien donner à son mari.

La loi du 17 nivôse an II prit sur ce point le contrepied de notre ancien droit coutumier : elle autorisa les donations entre époux, et les déclara irrévocables quand elles seraient faites par acte entre vifs.

Prohiber d'une manière absolue les donations entre époux, comme le faisait notre ancien droit coutumier, c'était blesser les conjoints dans leurs affections les plus vives ; il y avait à craindre d'ailleurs qu'en pratique on n'employât mille moyens détournés pour éluder la prohibition. D'un autre côté, assimiler les donations entre époux aux donations ordinaires en les déclarant irrévocables, comme le faisait la loi de l'an II, c'était ne pas tenir un compte suffisant de l'influence conjugale, qui permettra souvent à l'époux le plus fort d'arracher une donation au plus faible. Ici, comme dans bien d'autres circonstances, notre législateur a pris un moyen terme entre les deux extrêmes : il autorise les donations entre époux, mais il les déclare toujours révocables.

1234. Aux termes de l'art. 1096 : « Toutes donations faites entre,

» époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront

» toujours révocables. — La révocation pourra être faite par la

» femme, sans y être autorisée par le mari ni par justice. — Ces

» donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants

Les donations faites entre époux pendant le mariage se distinguent des donations ordinaires par trois

particularités, dont deux sont indiquées par notre article, et la troisième par l'art. 946.

1235. PREMIÈRE PARTICULARITÉ. — Les donations dont il s'agit sont toujours révocables. La loi craint qu'elles ne soient le résultat d'une influence abusive. Dans l'association conjugale, il y a presque toujours un des époux qui domine l'autre. Si cet époux a abusé de sa prépondérance pour arracher une donation à son conjoint, la loi permet à celui-ci de revenir sur ce qu'il a fait, en révoquant la donation. Le donateur n'a pas à indiquer les motifs qui le portent à changer de détermination : la loi l'en fait juge souverain ; il n'a pas d'autre contrôle à subir que celui de sa conscience. Si c'est la femme, elle peut exercer son droit de révocation sans autorisation. La loi ne pouvait pas raisonnablement exiger l'autorisation du mari, puisque la révocation est dirigée contre lui, et elle a cru devoir ne pas exiger davantage l'autorisation de la justice, parce que la nécessité de l'obtenir aurait souvent paralysé l'exercice du droit de révocation de la femme, qui peut avoir intérêt à agir en secret pour ne pas irriter son mari. En un mot, la loi a dispensé ici la femme de toute autorisation pour qu'elle pût agir avec une entière indépendance.

On voit que le principe de la révocabilité des donations entre époux est fondé sur des considérations d'ordre public. Aussi faudrait-il déclarer nulle toute clause, par laquelle l'époux donateur renoncerait à son droit de révocation, ou qui aurait pour résultat d'entraver arbitrairement l'exercice de ce droit.

D'ailleurs le droit de révocation est exclusivement attaché à la personne de l'époux donateur ; d'où il suit qu'il ne pourrait pas être exercé de son chef par ses créanciers agissant en vertu de l'art. 1166. ni même après sa mort par ses héritiers. La donation devient donc irrévocable, lorsque le donateur est mort sans l'avoir révoquée. Mais, tant, qu'il vit, l'époux donateur peut toujours, dit la loi, exercer le droit de révocation. Toujours, par conséquent, même après

la mort de l'époux donataire. L'époux donateur ne perd même pas le droit de révocation lorsque le divorce ou la séparation de corps a été prononcée contre lui. On sait que s'il est sorti vainqueur de la lutte, la révocation s'opère de plein droit en sa faveur, aux termes de l'art. 299.

Régulièrement l'époux donateur, qui aura survécu à son conjoint, ne manquera guère d'user de son droit de révocation. Cela posé, il eût peut-être été plus simple de décider que la donation est révoquée de plein droit par le prédécès de l'époux donataire. Mais notre législateur ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire à sa place. C'est un point constant en jurisprudence (Toulouse, 20 mai 1886, D., 87. 2. 40, S., 86. 2. 238). La solution contraire compte de nombreux partisans dans la doctrine ; ils invoquent principalement l'autorité de la tradition. Ils peuvent en outre argumenter aujourd'hui de l'art. 1 in fine de la loi du 5 août 1881, sur la taxe des actes notariés, ainsi conçu : « Pour les actes dont l'exécution est subordonnée au décès, tels que les testaments et donations entre époux pendant le mariage... » En assimilant ainsi les donations entre époux pendant le mariage aux donations testamentaires, le législateur semble bien donner à entendre que les premières comme les secondes deviennent caduques par le prédécès du donataire. Mais ce texte peut, à notre avis, recevoir une autre explication. L'époux donataire n'a pas d'action contre le donateur pendant la vie de celui-ci. L'action suppose en effet que celui qui l'intente a un moyen de contrainte ; or l'époux donataire n'en a pas, puisque le donateur peut se soustraire à la nécessité d'exécuter en révoquant la donation. La donation entre époux pendant le mariage nous apparaît ainsi comme un acte dont l'exécution, au moins l'exécution forcée, est subordonnée au décès de l'époux donateur, sans qu'il en résulte pour cela le moins du monde qu'elle devient caduque par le prédécès de l'époux donataire. Nous ne parlons que des donations de biens

présents. Il est sans difficulté que les donations de biens à venir, et de biens présents et à venir, faites entre époux constante matrimonio, deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire : c'est le droit commun pour les donations de cette nature. Arg. art. 1093.

1236. Formes de la révocation. — La révocation peut être expresse ou tacite, conformément au droit commun.

a. La révocation expresse doit être faite dans l'une des formes indiquées en l'art. 1035, c'est-à-dire soit par un acte fait en la forme testamentaire, soit par un acte notarié. Cette solution, sur l'exactitude de laquelle on pouvait élever des doutes graves avant la promulgation de la loi du 21 juin 1843, a été législativement consacrée par l'art. 2 de cette loi, aujourd'hui abrogé et reproduit presque littéralement dans le nouvel art. 9 de la loi du 25 ventôse de l'an XI (L. 12 août 1902). Cpr. Cass., 26 nov. 1906, D., 07. 1. 76.

b. La révocation tacite résulte de tout acte accompli par le donateur, et qui fait nécessairement supposer chez lui la volonté de révoquer la donation, par exemple de l'aliénation de la chose donnée. Cpr. art. 1016 s., et supra, n. 1108 et s.

Expresse ou tacite, la révocation détruit le titre du donataire ; elle rétroagit donc : le donataire est censé n'avoir jamais eu la propriété de la chose donnée (Rennes, 4 juin 1894, sous Cass 30 nov. 1896, D., 98. 1. 449), et par suite les aliénations et les constitutions de droits réels par lui consenties sont considérées comme non avenues.

Le caractère de révocabilité qui distingue les donations entre époux, suffit à expliquer la disposition de l'art. 1097, ainsi conçu : « Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte

» entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque

» par un seul et même acte ». Ce texte est le pendant de

l'art. 968, et s'explique par les mêmes motifs. Cpr. supra, n. 1009.

1237. DEUXIÈME PARTICULARITÉ. — Les donations faites entre époux pendant le mariage ne sont pas révocables pour cause de survenance d'enfant (art. 1096 al. 3). Il était inutile de les soumettre à cette révocation qui a lieu de plein droit, puisque le donateur jouit de la faculté de les révoquer *ad nutum* ; d'ailleurs il convenait d'éviter que l'un des époux fût intéressé à n'avoir pas d'enfants.

1238. TROISIÈME PARTICULARITÉ. — La règle Donner et retenir ne vaut ne s'applique pas aux donations faites entre époux pendant le mariage. Arg. art. 947. Révocables au gré du donateur, il n'y avait pas lieu de leur appliquer des dispositions qui ne sont qu'une, conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations. Ainsi la donation faite par l'un des époux à l'autre pendant le mariage, pourra comprendre des biens à venir ou cumulativement des biens présents et des biens à venir, ou bien être consentie sous des conditions potestatives de la part du donateur.

1239. Sauf les trois particularités qui viennent d'être signalées, les donations entre époux pendant le mariage demeurent soumises aux règles qui gouvernent les donations ordinaires, notamment :

1° Aux prescriptions de l'art. 931 en ce qui concerne la forme ;

2° A la nécessité d'une acceptation expresse faite dans la forme réglée par l'art. 932 ; l'art. 1087 n'est applicable qu'aux donations faites par contrat de mariage ;

3° A la formalité de l'étal estimatif, si elles portent sur des objets mobiliers (art. 948) ;

4° Enfin, à la formalité de la transcription, quand elles ont pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques.

* Mais, peut-on dire, à quoi servira la transcription ? Son but principal, dans les cas ordinaires, est de rendre le droit du donataire opposable aux ayant-cause à titre particulier

du donateur, par exemple à ceux auxquels il vendrait le bien donné postérieurement à la donation ; or ici la transcription ne saurait procurer cet avantage au donataire, car la donation est révocable ; le donateur peut la révoquer tacitement en aliénant le bien donné, et la transcription ne saurait le priver de ce droit ; elle sera donc inutile. — La réponse est que la transcription produit encore d'autres effets, dont l'époux donataire a intérêt à s'assurer le bénéfice : notamment elle lui sera utile pour empêcher les créanciers chirographaires du donateur de saisir le bien donné, ou pour empêcher l'hypothèque judiciaire résultant des condamnations prononcées contre lui de s'imprimer sur l'immeuble donné (arg. art. 2123 al. 2).

1240. Nature des donations faites entre époux pendant le mariage. — L'art. 893 ne reconnaît que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. Ce texte, nous l'avons déjà noté, proscriit un troisième mode de disposer, admis en droit romain et dans notre ancien droit : la donation à cause de mort ; on ne peut donc songer à attribuer ce caractère à la donation entre époux. D'un autre côté, bien que la donation entre époux soit révocable, sa nature contractuelle ne permet pas de la ranger dans la catégorie des donations testamentaires. Il faut donc dire qu'elle est une donation entre vifs. C'est d'ailleurs ce qui résulte de l'art. 1096, qui la désigne sous ce nom, et de la loi du 21 juin 1843, aujourd'hui fondue dans la loi du 12 août 1902, qui la soumet aux mêmes formes solennelles que la donation entre vifs.

Ce principe, qui paraît aujourd'hui définitivement admis en doctrine et en jurisprudence, engendre les conséquences suivantes :

1° L'époux mineur, même âgé de plus de seize ans, ne peut pas disposer par acte entre vifs au profit de son conjoint. Arg. art. 904 ;

2° L'époux soumis à l'autorité d'un conseil judiciaire ne peut faire une donation à son conjoint sans l'assistance de son conseil. Arg. art. 499 et 513 ;

3° La femme dotale ne peut pas faire donation de ses biens dotaux à son mari. Arg. art. 1554 ;

4° Le donataire est saisi immédiatement, par l'effet de l'acceptation, du droit que la donation lui confère. Ainsi, quand la donation a pour objet des biens présents, l'époux donataire en devient immédiatement propriétaire (arg. art. 938) : désormais les créanciers de l'époux donateur ne pourront plus saisir les biens donnés, si du moins le donataire a rempli les formalités prescrites par la loi pour rendre son droit opposable aux tiers ;

5° Les donations entre époux, doivent, le cas échéant, être réduites comme donations entre vifs, par conséquent après les donations testamentaires et après les donations entre vifs de date postérieure. Nous croyons que cette règle doit être appliquée même aux donations de biens à venir : mais il y a des dissidences sur ce point.

§ II. De la quotité disponible entre époux.

1241. Comme presque toutes les législations, la nôtre établit un disponible spécial entre époux. En d'autres termes, la portion de biens, dont une personne peut disposer au profit de son conjoint, n'est pas la même que celle dont elle peut disposer au profit d'un étranger. Nous entendons ici par étranger toute personne autre que le conjoint du disposant, même ses enfants. Ce langage, singulier en apparence, est emprunté à l'art. 1094, et consacré par la doctrine.

Les art. 913 à 916 déterminent le disponible entre étrangers, ou disponible ordinaire, qui forme le droit commun. Les art. 1094 et 1098 déterminent le disponible entre époux, qui est un disponible d'exception ; il est tantôt

égal au disponible ordinaire, tantôt plus fort, et tantôt plus faible.

Notons, avant d'entrer en matière, que, pour la détermination du disponible entre époux, comme pour celle du disponible ordinaire, la loi se réfère à l'époque du décès du disposant ; elle tient compte de l'état de sa fortune à ce moment suprême et de la qualité des héritiers qu'il laisse. Notons aussi que les héritiers en faveur desquels la loi limite le disponible entre époux et qui pourront, le cas échéant, demander la réduction des donations excessives faites au conjoint, sont les mêmes que ceux au profit desquels elle limite le disponible ordinaire : ce sont les descendants et les ascendants du disposant. En d'autres termes, ce qui varie, suivant qu'une personne dispose au profit de son conjoint ou au profit d'étrangers, c'est le disponible et par suite la réserve, mais non les héritiers réservataires : ils sont toujours les mêmes, quel que soit le bénéficiaire de la disposition ; seulement le taux de la réserve varie, suivant que le défunt a disposé au profit de son conjoint ou au profit d'étrangers. De là résulte une conséquence importante : c'est que, lorsque le disposant ne laisse ni descendants ni ascendants, tous ses biens sont disponibles au profit de son conjoint comme au profit de tout autre.

Cela posé, le disponible entre époux est réglé par la loi d'une manière différente, suivant que le disposant laisse où ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage.

N° 1. Du disponible entre époux lorsque le disposant ne laisse pas d'enfants d'un précédent mariage.

1242. Deux hypothèses doivent être distinguées.

1243. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. L'époux donateur ne laisse pas d'héritier réservataire, ou il ne laisse comme héritiers réservataires qu'un ou plusieurs ascendants. Le disponible au profit du conjoint est alors le même que le

disponible au profit d'un étranger. C'est ce que décide l'art. 1094 al. 1 ainsi conçu : « L'époux pourra, soit par contrat
» de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne
» laisserait point d'enfants ni descendants, disposer en
faveur de
» l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait
disposer
» en faveur d'un étranger ».

L'art. 1094 al. 1. tel qu'il est sorti des mains du législateur de 1803, contenait une disposition finale ainsi conçue : « et en outre de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers ». Entendez des ascendants, puisque la loi suppose l'absence de descendants et qu'il n'y a pas d'autres héritiers réservataires que les descendants et les ascendants. — Ainsi donc, d'après le code de 1803, l'époux qui, n'ayant pas d'enfants, laissait des ascendants, avait pu valablement donner à son conjoint tout ce qu'il aurait pu donner à un étranger et en outre l'usufruit de la portion (un quart ou la moitié, art. 914) réservée à ses ascendants. Ceux-ci pouvaient donc se trouver réduits pour leur réserve à un droit de nue propriété sur des biens dont le conjoint du défunt était usufruitier. Or normalement les ascendants de l'époux prédécédé sont plus âgés que son conjoint survivant, et par conséquent le droit de ces ascendants était illusoire. Ils soupiraient vainement après l'extinction de l'usufruit. « Il est véritablement dérisoire, dit Malleville, de renvoyer les ascendants, pour la jouissance de leur légitime, à la mort de leurs gendres ou brus qui ont ordinairement de moins qu'eux l'âge d'une génération ». L'ascendant qui voulait tirer parti de sa réserve en était réduit à vendre son droit de nue propriété, dont il ne tirait le plus souvent qu'un maigre prix, une nue propriété se vendant généralement mal, surtout quand l'usufruitier est jeune. Il faut reconnaître que le code civil méritait sur ce point les critiques qui lui ont été adressées. Notre

législateur y a enfin donné satisfaction en abrogeant la partie finale de l'art. 1094 al. 1 (L. 17 fév. 1900). Aujourd'hui donc une personne qui meurt sans enfants, laissant un ou plusieurs ascendants, ne peut valablement disposer au profit de son conjoint que de ce dont elle aurait pu disposer au profit d'un étranger. La réserve des ascendants doit leur parvenir intacte ; elle ne peut plus, par le fait de leur descendant, être grevée d'un usufruit au profit du conjoint de celui-ci.

Et toutefois le nouveau législateur n'a pas voulu porter atteinte au principe de la non rétroactivité des lois. L'art. 2 de la loi du 17 février 1900 porte : « Conserveront leur plein et entier effet les dispositions constatées par des contrats de mariage antérieurs à la promulgation de la présente loi, contenant donation de l'usufruit de la totalité ou de partie de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des ascendants ». On a bien fait de résoudre cette question de rétroactivité qui, autrement, aurait certainement donné lieu à des procès. Ce sont seulement les dispositions faites par contrat de mariage antérieurement à la promulgation de la loi qui sont maintenues, à cause de leur irrévocabilité. Il en serait autrement des dispositions testamentaires, quelle que fût leur date (Cass., 29 juil. 1907, D., 09. 1. 271, S., 08. 1. 393) et même des donations entre vifs faites au profit du conjoint pendant le mariage. Les unes comme les autres sont en effet révocables. Arg. arg. 895 et 1096.

1244. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. L'époux donateur laisse des enfants ou descendants issus de son mariage avec l'époux donataire. La quotité disponible est alors réglée par l'art. 1094 al. 2, ainsi conçu : « Et pour le cas où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants,

» il pourra donner à l'autre époux, ou un quart en propriété

» et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses

» biens en usufruit seulement ». Ainsi le défunt laisse des

enfants et un patrimoine évalué à 100.000 fr., dettes déduites ; il a pu valablement disposer au profit de son conjoint d'un quart, soit 25.000 fr., en pleine propriété, et d'un autre quart, 25.000 fr. également, en usufruit, ou bien d'une moitié, 50.000 fr., en usufruit seulement.

Notre disposition paraît au premier abord établir au profit du conjoint une alternative singulière, pour ne rien dire de plus. Le premier terme de l'alternative comprend un quart en pleine propriété, plus un quart en usufruit : ce qui équivaut à une moitié en usufruit, plus un quart en nue propriété. Le deuxième terme comprend une moitié en usufruit seulement. Or n'était il pas évident, d'après la règle Qui peut le plus peut le moins, que celui qui a le droit de donner une moitié en usufruit plus un quart en nue propriété, peut à plus forte raison donner une moitié en usufruit seulement ? — C'était bien évident, en effet, et nous convenons volontiers que, si la loi n'avait voulu exprimer que cette idée, elle aurait dit au moins une naïveté. Mais sa disposition a une portée plus étendue : elle signifie — car un texte qui fixe les limites du disponible défend tout ce qu'il n'autorise pas — que, si le disposant veut ne donner que de l'usufruit, il ne peut pas, convertissant en usufruit la nue propriété dont il ne dispose pas, donner plus de la moitié. Ainsi une disposition en usufruit seulement, portant sur les trois quarts des biens, excéderait la limite légale, et devrait être réduite à la moitié. Et cependant il se peut que les trois quarts en usufruit, dont le défunt a disposé au profit de son conjoint, n'aient pas une valeur supérieure à un quart en propriété plus un quart en usufruit, et, si la loi ne s'était pas expliquée, les juges auraient pu maintenir une semblable disposition comme n'excédant pas la limite légale. C'est précisément ce qu'a voulu empêcher le législateur. — Eu somme, la disposition de l'art. 1094 al. 2 doit être interprétée ainsi : un époux peut valablement, pour le cas où il laisserait des enfants lors de son décès, disposer au

profit de son conjoint d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit, et s'il ne veut donner que de l'usufruit, il ne peut pas disposer de plus de la moitié. — En sens inverse, si un époux ne veut donner à son conjoint que de la nue propriété, il ne peut pas excéder la limite légale qui est du quart. Ainsi une donation d'un tiers en nue propriété devrait être réduite de la différence entre un quart et un tiers, soit un douzième.

* 1245. La loi établit donc dans l'art. 1094 al. 2 deux disponibles distincts, l'un en propriété, l'autre en usufruit. D'où il faut conclure, sans hésiter, que l'art. 917 ne reçoit pas ici son application. Ainsi un époux a disposé au profit de son conjoint des trois quarts de ses biens en usufruit ; il meurt laissant des enfants du mariage. La donation devra être réduite à la moitié en usufruit. Le conjoint survivant n'aura pas le droit de dire à ses enfants : « Si vous ne voulez pas exécuter complètement la disposition faite à mon profil, abandonnez-moi, aux termes de l'art. 917, un quart en pleine propriété et un quart en usufruit ». Cette prétention, qui, si elle était fondée, détruirait toute l'utilité de la disposition finale de l'art. 1094, établissant un disponible spécial en usufruit, est d'ailleurs inconciliable sinon avec le texte, du moins avec l'esprit de l'art. 917. dont la disposition a été écrite pour tariff les difficultés auxquelles pourrait donner lieu la comparaison d'une donation faite en usufruit avec un disponible fixé en pleine propriété, comme l'est celui des art. 913 et 914. Or, cette difficulté ne peut pas se présenter, lorsqu'il existe un disponible spécial en usufruit : ce qui est précisément notre hypothèse. La doctrine et la jurisprudence paraissent se fixer en ce sens. Paris, 14 nov. 1894, D., 95. 2. 115, et Cass. (motifs), 30 mai 1905, S., 07. 1. 125, D., 08. 1. 166.

Même solution, si la disposition excessive, faite au profit du conjoint, consiste en une rente viagère. Les enfants pourraient demander qu'elle fût réduite à une somme égale au revenu de la moitié des biens, sans pouvoir être obligés

d'abandonner au conjoint un quart en propriété et un quart en usufruit.

* 1246. Si l'on compare le disponible spécial établi au profit du conjoint par l'art. 1094 avec le disponible ordinaire, on voit que le premier est tantôt égal au disponible ordinaire, tantôt plus fort et tantôt plus faible. — Il est égal au disponible ordinaire, lorsque le disposant ne laisse pas d'enfants, mais bien des ascendants (nouvel art. 1094 al. 1). Avant la loi du 17 février 1900, qui a supprimé la partie finale de l'art. 1094 al. 1, le disponible au profit du conjoint était plus fort, dans ce cas, que le disponible ordinaire : en sus du disponible ordinaire, le conjoint pouvait recevoir l'usufruit de la réserve des ascendants de son conjoint prédécédé. — Le disponible au profit du conjoint est plus fort que le disponible ordinaire, quand le disposant laisse trois enfants légitimes ou un plus grand nombre : le disponible ordinaire est alors d'un quart en propriété (art. 913 al. 1), tandis que le disponible au profit du conjoint comprend en outre un quart en usufruit. — Le disponible au profit du conjoint est plus faible, au contraire, si le disposant ne laisse qu'un seul enfant légitime ; en effet, il reste toujours d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit ; tandis que le disponible au profit d'un étranger est, en pareil cas, de la moitié en propriété (art. 913 al. 1). — Quand le disposant laisse deux enfants légitimes, les deux disponibles sont sensiblement égaux. Il est impossible de dire avec certitude quel est celui des deux qui est le plus élevé. En effet le disponible ordinaire est dans ce cas d'un tiers en propriété (art. 913 al. 1), et le disponible au profit du conjoint, toujours d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit. Pour apprécier la valeur relative de ces deux disponibles, il faut nécessairement les réduire au même dénominateur ; car il est indispensable que deux quantités aient une commune mesure pour qu'on puisse les comparer l'une à l'autre. En d'autres termes, il faut rechercher ce que vaut l'usufruit

par rapport à la propriété. Or on ne peut faire à cet égard qu'un calcul de probabilités, en déterminant la durée probable de la vie de l'usufruitier, c'est-à dire du conjoint survivant, d'après les tables de mortalité et d'après la constitution et l'état de santé de l'usufruitier. Les résultats varieront autant que les hypothèses. Cpr. L. 25 fév. 1901, art. 13, obligatoire seulement en matière fiscale.

Ainsi la comparaison de l'art. 1094 avec les art. 913 et 914 démontre que, d'après le code civil, le disponible au profit du conjoint est en général plus fort que le disponible au profit d'un étranger. Dans une seule hypothèse il est certainement plus faible : c'est celle où le disposant ne laisse qu'un enfant légitime ; l'art. 913 al. 1 lui permet, en pareil cas, de donner la moitié de ses biens en propriété à un étranger, tandis que l'art. 1094 ne l'autorise à donner à son conjoint qu'un quart en propriété et un quart en usufruit, par conséquent un quart en nue propriété de moins qu'à un étranger.

Ce dernier résultat a paru si extraordinaire à certains auteurs qu'ils l'ont déclaré inacceptable, et ils ont fait de véritables tours de force pour échapper au texte de la loi qui semble l'imposer. Il n'est pas possible, a-t-on dit, que la qualité d'époux soit, tantôt une cause de faveur, tantôt une cause de défaveur, et surtout qu'elle soit une cause de défaveur dans un cas unique, qui est précisément l'un de ceux où le conjoint semblait devoir être le mieux traité, celui où il n'y a qu'un seul enfant du mariage. Comment comprendre que, dans ce cas, et dans ce seul cas, on ne puisse donner à son conjoint autant qu'à un étranger ? La raison exige donc impérieusement que l'on considère l'art. 1094 comme ayant été écrit en vue d'étendre au profit du conjoint le disponible du droit commun, mais non de le restreindre : ce qui permet de faire bénéficier le conjoint du disponible ordinaire dans l'hypothèse où celui-ci est plus fort que le disponible exceptionnel. Et, comme il faut bien à tout prix trouver un moyen de mettre le texte de la loi

d'accord avec ce que l'on suppose être son esprit, on prétend que la loi ne se sert pas dans l'art. 1094 de termes limitatifs ; elle ne dit pas que le conjoint NE pourra donner QUE..., mais bien qu'il pourra donner, expressions qui ne sont pas restrictives.

Mauvaises raisons, à notre avis. Le texte de la loi est clair, et quant à son esprit il est au moins douteux ; il faut donc s'en tenir au texte. Nous disons que le texte est clair. En effet, la loi, dans l'art. 1094 al. 2, fixe le disponible entre époux, sans se préoccuper du nombre des enfants (on va voir à l'instant pourquoi), et il est clair que les mots pourra donner sont l'équivalent de ceux-ci ne pourra donner que, car en matière de disponibilité tout ce qui n'est pas permis est défendu : les limites que le législateur fixe sont des limites qu'on ne peut pas dépasser ; un texte est limitatif par cela seul qu'il établit une limite. Nous ajoutons que l'esprit de la loi est au moins douteux. Quand le législateur règle le disponible ordinaire, il ne se place pas au point de vue du donataire, mais uniquement à celui du donateur et de ses héritiers. Au contraire, le législateur prend en grande considération la personne du donataire, quand il règle le disponible entre époux : ce qui le préoccupe surtout en pareil cas, c'est de permettre à l'époux qui prédécèdera d'assurer à l'autre pendant son veuvage une situation à peu près équivalente à celle qu'il avait durant le mariage. Or, les besoins du conjoint survivant ne varient pas avec le nombre de ses enfants, et on comprend fort bien que le législateur ait fixé pour ce cas le disponible d'une manière invariable. Cpr. nouvel art. 767. La jurisprudence a toujours résolu la question dans ce sens, et c'est aussi la solution à laquelle la doctrine paraît aujourd'hui se rallier après de fortes oscillations.

* Concours du disponible exceptionnel de l'art. 1094 avec le disponible ordinaire des art. 913 à 915.

1247. Le disponible ordinaire des art. 913 à 915 et le disponible exceptionnel de l'art. 1094 peuvent-ils être cumulés ? En d'autres termes, est-il permis de disposer à la fois, et du disponible des art. 913 à 915 au profit d'un étranger, et du disponible de l'art. 1094 au profit de son conjoint ? La négative est admise par tout le monde, sans difficulté. Le cumul conduirait, en effet, à des résultats manifestement inacceptables que le législateur n'a pu avoir la volonté de sanctionner. Ainsi, supposons que le défunt laisse un seul enfant : s'il a pu valablement disposer d'une moitié de ses biens au profit d'un étranger (art. 913), et d'un quart en propriété, plus d'un quart en usufruit au profit de son conjoint (art. 1094), que restera-t-il à l'enfant pour sa réserve ? Un quart en nue propriété ! Ce serait dérisoire, et personne n'a jamais songé à l'admettre.

De là, on aurait tort de conclure qu'il n'est pas permis à une personne, qui a des héritiers réservataires, de disposer au profit d'étrangers et au profit de son conjoint tout à la fois. Mais la difficulté, et elle est considérable, consiste à savoir quelle est la limite que ces diverses libéralités réunies ne pourront pas dépasser. Il s'agit de combiner entre elles les dispositions des art. 1094 d'une part, et 913 à 915 d'autre part. Plusieurs auteurs parlent de collision entre ces divers textes, c'est dire que leur combinaison n'est pas chose facile.

1247 I. Pour faire cette combinaison, nous distinguerons deux hypothèses, suivant que la quotité disponible spéciale de l'art. 1094 est inférieure ou supérieure à la quotité disponible ordinaire.

1247 II. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. La quotité disponible spéciale de l'art. 1094 est inférieure à la quotité disponible ordinaire. Il s'agit, par exemple, d'un époux qui n'a qu'un seul enfant. Il est incontestable que cet époux peut disposer de la quotité disponible la plus forte. Il est, d'autre part, non moins certain qu'il ne peut rien donner à son conjoint, au delà de la quotité disponible de l'art. 1094. De

ces deux règles découle la solution de toutes les hypothèses susceptibles de se présenter. L'époux donateur a-t-il d'abord donné à un étranger la quotité disponible ordinaire ? Il ne peut plus rien donner à son conjoint, pas plus qu'à toute autre personne. A-t-il d'abord donné à son conjoint la quotité disponible de l'art. 1094 ? Il est bien certain qu'il peut donner à un étranger ce qui reste disponible, c'est-à-dire, suivant les cas, le quart ou la moitié en nue propriété. Cass., 14 juin 1893, D., 94. 1. 65.

La réduction des libéralités excessives reçues par le conjoint donataire ne pourra être demandée que par les réservataires, qui auront seuls également le droit de profiler des résultats de leur action. Arg. art. 921.

1247 III. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. La quotité disponible de l'art. 1094 dépasse la quotité disponible ordinaire. C'est alors que la combinaison de ces quotités ne va point sans difficulté. Pour examiner la question dans tous ses détails, il est nécessaire de distinguer les trois cas suivants : 1° la libéralité adressée à l'époux est postérieure à la libéralité reçue par l'étranger ; 2° les deux libéralités sont simultanées ; 3° la libéralité reçue par l'époux est antérieure.

1247 IV. 1^{er} Cas. Primus a donné sa quotité disponible ordinaire à un autre que son conjoint. Ayant trois enfants, par exemple, il a disposé au profit d'un étranger ou de l'un de ses enfants du quart de ses biens ; peut-il encore disposer au profit de son conjoint du quart de ses biens en usufruit ? L'affirmative ne semble pas douteuse. Les réservataires ne peuvent se plaindre. La quotité disponible la plus forte n'est point dépassée, et, d'autre part, chacun des bénéficiaires ne reçoit que ce qu'il peut recevoir. — On l'a contesté cependant. C'est l'esprit de la loi qu'on invoque. En augmentant au profit du conjoint la quotité disponible de droit commun, le législateur a obéi à la préoccupation d'assurer au survivant des époux une

situation équivalente à celle que lui faisait la vie commune. De là, la quotité disponible spéciale de l'art. 1094, fixée, en tout cas, à la moitié de l'usufruit des biens du prémourant. Or, si celui-ci ne donne point à son conjoint la totalité de la quotité disponible de l'art. 1094, il montre, d'une façon manifeste, qu'il n'obéit point aux préoccupations qui ont guidé le législateur. A quoi bon, dès lors, lui donner un disponible spécial pour faire une libéralité que le disponible ordinaire lui aurait parfaitement permis d'effectuer ? Ce n'est point le cas d'appliquer l'art. 1094.

Cette doctrine, dite de l'unité et de l'indivisibilité de la quotité disponible de l'art. 1094, est aujourd'hui généralement repoussée. Elle restreint trop arbitrairement la portée d'application de l'art. 1094, pour que nous hésitions à nous ranger à l'opinion contraire qui prévaut en doctrine et en jurisprudence.

1247 v. 2^e Cas. Les libéralités sont simultanées ; ce sont ou des legs ou des donations contenues dans un même acte. Par exemple Primus, qui laisse trois enfants, a légué à un étranger la propriété du quart de ses biens et à sa femme, Prima, l'usufruit du quart. Nous pensons que, là encore, comme dans l'hypothèse précédente, les libéralités doivent être intégralement exécutées. D'une part, en effet, la quotité disponible la plus forte n'a point été dépassée. D'autre part, chacun des gratifiés n'a rien reçu au delà de ce qu'il pouvait recevoir. Or, quel serait le résultat d'une réduction ? Ce serait de faire réduire et l'étranger et l'époux. L'art. 926 est, en effet, formel. La réduction de libéralités testamentaires [ou de donations portant la même date] doit se faire au marc le franc. Voilà donc des gratifiés qui seraient réduits, alors qu'ils n'ont rien reçu au delà de ce qu'ils pouvaient recevoir. — Il est évident que ces conclusions se heurtent à la doctrine de l'unité et de l'indivisibilité de la quotité disponible. Mais cette doctrine

nous l'avons écartée dans l'hypothèse précédente et les mêmes motifs doivent nous conduire à la repousser ici.

Mais, dit-on, n'arrive-t-on pas ainsi, indirectement au moins, à faire profiter les tiers de l'augmentation que l'art. 1094 apporte à la quotité disponible ordinaire, en faveur de l'époux ? Nous ne le pensons point. Puisqu'il s'agit, nous l'avons supposé, de libéralités portant une même date, on ne peut pas dire qu'au moment, où il donne à un autre qu'à son époux, le disposant ait déjà épuisé sa quotité disponible. Dans ces conditions, comment pourrait-on prétendre qu'il fait profiter un tiers de l'augmentation apportée par l'art. 1094 à cette quotité disponible en faveur de l'époux gratifié ? Ce serait oublier qu'au moment où il dispose, le de cujus envisage nécessairement, en ce qui concerne chacun de ses gratifiés, la quotité disponible qui lui est spéciale. Aux tiers, il donne dans les limites de la quotité disponible ordinaire ; à son conjoint, il donne dans les limites de la quotité de l'art. 1094. Or, dès l'instant qu'il reste dans les limites respectives de ces deux quotités et que, d'autre part, la quotité disponible la plus forte n'est point dépassée, il nous paraît vraiment impossible d'admettre qu'une réduction puisse avoir lieu.

Quant à distinguer, comme on l'a proposé, suivant l'ordre des libéralités, c'est oublier trop manifestement que toutes les libéralités testamentaires n'ont qu'une seule et même date : la mort du testateur. N'est-ce pas, en effet, ce que prouve avec évidence l'art. 926 du C. civ. en décidant que, s'il y a lieu à réduction, toutes les libéralités testamentaires sont atteintes en même temps ? Comment, dès lors, justifier une distinction basée sur un ordre dont la loi ne tient pas compte ?

1247 VI. 3e Cas. C'est celui qui présente le plus de difficultés. La libéralité reçue par l'époux est antérieure à celles qu'ont reçues les tiers, et nous la supposons irrévocable, pour écarter les difficultés spéciales tenant à l'application de l'art. 1096. En pareil cas, la jurisprudence

paraît fixée en ce sens que c'est sur la quotité disponible ordinaire que doit s'imputer la libéralité reçue par l'époux. Elle en conclut que, si cette libéralité l'épuise, rien ne reste plus disponible au profit des tiers.

Nous ne pouvons qu'approuver cette jurisprudence lorsque la disposition au profit de l'époux est faite en pleine propriété. Il s'agit par exemple d'un époux qui, par contrat de mariage, a donné à son conjoint la pleine propriété du quart de ses biens. Il meurt, laissant trois enfants. La libéralité l'aile au conjoint épuisant la quotité disponible ordinaire, nous en concluons que toutes les libéralités par lui failes à des tiers ou à ses enfants ne sauraient être exécutées, même dans la mesure de la quotité disponible de l'art. 1094, c'est-à-dire jusqu'à concurrence d'un quart en usufruit. Et, en effet, l'augmentation que ce texte apporte à la quotité disponible ordinaire a été établie en faveur de l'époux et uniquement en sa faveur. Permettre à un étranger d'en profiler, c'est aller manifestement à l'encontre de l'esprit de la loi.

Mais lorsque la disposition faite au profit du conjoint est une disposition en usufruit, nous pensons que des doutes sérieux peuvent être émis contre le maintien de la même opinion. Il s'agit, par exemple, d'un époux qui, par contrat de mariage, a fait à son conjoint donation de l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès. Il meurt, laissant trois enfants, et, par testament, il a légué par préciput à l'un d'entre eux la nue propriété du quart de ses biens. Un a soutenu que ce legs ne saurait être exécuté. L'argument capital, c'est toujours que l'augmentation, apportée à la quotité disponible ordinaire par l'art. 1094, n'existe qu'au profit de l'époux. On viole manifestement l'esprit de la loi en en faisant profiler un autre. Or, fait-on remarquer, si le disposant avait donné à un autre qu'à son conjoint l'usufruit de la moitié des biens qu'il laissera à son décès, sa quotité disponible se trouverait épuisée (art. 913 et 917). Son conjoint seul aurait pu recevoir quelque chose

encore, mais, dans notre espèce, ce n'est point l'époux mais un des enfants qui a intérêt à se prévaloir des dispositions de l'art. 1094. La prétention de l'enfant doit être nécessairement écartée.

Celle argumentation ne paraît cependant point irrésistible. On peut, en effet, faire remarquer que, dès l'instant qu'il a fait une donation d'usufruit à son conjoint, le de cujus a nécessairement envisagé non la quotité disponible de l'art. 913 mais celle de l'art. 1094. Transformer la donation qu'il a faite en donation de pleine propriété, dire que, comme telle, elle épuise la quotité disponible ordinaire, c'est aller manifestement, nous semble-t-il, à l'encontre des intentions du disposant. Il a entendu donner à son conjoint dans les limites du disponible fixé par l'art. 1094, sans vouloir, pour cela, se priver de son disponible ordinaire, dans la mesure, du reste, où ces deux disponibles peuvent se combiner. — On objecte qu'on arrive ainsi à faire profiler les tiers de l'extension donnée au disponible ordinaire par l'art. 1094. Ce n'est rien moins qu'exact. Qu'est-ce donc, en définitive, que le supplément ajouté par l'art. 1094 au disponible ordinaire ? Il consiste, en dernière analyse, en ce que l'époux donataire peut prendre ou retenir l'usufruit de biens non disponibles. Or, lorsque c'est l'époux qui prend cet usufruit, lorsque c'est sur sa tête et en sa faveur qu'il est créé, n'est-on pas fondé à prétendre que c'est lui, et lui seul, qui profite de l'augmentation apportée au disponible ordinaire ? Nombre d'auteurs se prononcent en ce sens, et c'est également ce qui a été maintes fois jugé. La cour de cassation a cependant consacré pendant longtemps l'opinion contraire. Toutefois ses décisions les plus récentes semblent affirmer qu'un revirement s'est produit dans sa jurisprudence. V. notamment Cass., 14 juil. 1893, D., 94. 1. 65. — V. également un arrêt de la cour de Paris, en date du 24 février 1899, maintenu en cassation, Cass., 30 déc.

1902, D. 03. 1. 151, S., 04. 1. 313. On ne peut qu'y applaudir.

L'opinion que nous venons de combattre arrive à des résultats si manifestement contraires aux intentions du disposant qu'on a vu la pratique s'ingénier à trouver des combinaisons permettant d'échapper aux conséquences de la doctrine qui a longtemps prévalu devant la cour suprême. De ces expédients, le plus employé consiste, pour le disposant, à refaire par testament la libéralité déjà faite par contrat de mariage à son conjoint. Celui-ci renonce à la première libéralité pour s'en tenir à la seconde. Celle-ci peut alors se combiner avec certaines donations ou certains legs qui eussent été sans effet, si le conjoint s'en était tenu à la première libéralité faite à son profit. La jurisprudence a validé des combinaisons de ce genre. Mais il est bien entendu que la renonciation du conjoint ne peut valablement intervenir qu'après la mort du donateur.

1247 VII. Dans tous les cas, le conjoint qui a disposé en faveur de son conjoint de la quotité disponible en usufruit ne peut plus, quand il laisse des enfants, disposer d'autre chose que d'une fraction de nue propriété. C'est dans les limites de cette fraction de nue propriété, restée disponible, que s'exécuteront les libéralités faites par le disposant.

Pas de difficulté quand il s'agira de libéralités faites en nue propriété ou même en pleine propriété.

Mais que décider si les libéralités sont des libéralités d'usufruit, si, par exemple, après avoir donné par contrat de mariage à son conjoint la moitié de son patrimoine en usufruit, le disposant meurt, laissant trois enfants et un testament par lequel il lègue à un étranger l'usufruit du quart de ses biens ? Il est d'évidence que le légataire ne pourrait réclamer l'exécution in terminis de la libéralité qui lui a été faite. Mais serait-il fondé à demander qu'on lui délivre de la nue propriété jusqu'à due concurrence de ce qui restait disponible, et les juges pourraient-ils admettre

une semblable prétention, par interprétation de la volonté du disposant ? Nous ne croyons pas qu'une prétention de ce genre soit admissible. Sans doute, nous l'avons vu, les juges ont, en ce qui concerne l'interprétation des testaments, de très larges pouvoirs. Mais ils ne peuvent aller jusqu'à dénaturer les intentions du testateur, ou même jusqu'à lui supposer des intentions que ne révèlent point les termes de la disposition. Or, c'est bien là ce qu'ils feraient si, par interprétation d'une volonté présumée par eux chez le disposant, ils arrivaient à changer l'objet même du legs, à donner de la nue propriété à un légataire d'usufruit.

C'est en ce sens que s'est prononcée la cour suprême. Cass., 14 juil. 1893, D., 94. 1. 65. — V. également Paris, 14 nov. 1894, D., 95. 2. 115.

1247 VIII. Si nous résumons les développements ci-dessus, nous arrivons à formuler ces trois règles dont l'application permet de résoudre la plupart des difficultés susceptibles de se présenter :

1° L'ensemble des libéralités, faites par le défunt tant à son conjoint qu'à un étranger, doit être réduit aux limites du disponible le plus élevé, qui est ordinairement celui de l'art. 1094.

2° Chaque gratifié ne peut recevoir au delà du disponible qui lui est spécial. En d'autres termes, si, d'après notre première règle, les libéralités, dans leur ensemble, ne peuvent pas dépasser le disponible absolu, d'après la seconde, chaque libéralité en particulier ne peut pas dépasser le disponible relatif, c'est-à-dire le disponible afférent à chaque gratifié.

3° L'usufruit, dont l'art. 1094 permet de grever la réserve des héritiers, ne peut être établi qu'au profit du conjoint. Il s'agit, en effet, d'une faveur spéciale que la loi accorde à celui-ci. D'ailleurs, l'usufruit établi sur une tête autre que la sienne pourrait constituer pour les héritiers réservataires une charge beaucoup plus lourde, le poids de

la charge dépendant de l'âge, de la force et de la santé de l'usufruitier.

N° 2. De la quotité disponible entre époux, lorsque le disposant laisse des enfants d'un précédent mariage.

1248. L'existence d'un ou de plusieurs enfants, souvenir vivant de l'union dissoute, est une cause de défaveur pour le veuf ou la veuve qui aspire à nouer un nouveau lien. Un moyen s'offre à lui pour racheter cette défaveur : c'est de donner une compensation pécuniaire au nouveau conjoint qu'il recherche, de lui faire une donation en vue du futur mariage et comme prix en quelque sorte de ce mariage. Cette donation, il est vrai, sera nécessairement faite aux dépens des enfants du premier lit du disposant : les biens donnés seront perdus pour eux, puisqu'ils ne sont pas héritiers du nouveau conjoint, et il semble qu'il y ait là de quoi faire reculer le donateur. Mais rien n'arrête les veufs, et surtout les veuves, qui ont envie de se remarier, et l'expérience a prouvé qu'ils ne sont que trop disposés à sacrifier l'intérêt de leurs enfants à celui de leur nouveau conjoint ; l'amour conjugal étouffe souvent en eux l'amour paternel. Il y avait là pour les enfants du premier lit un danger grave, contre lequel notre législateur a cherché à les prémunir en augmentant leur réserve par rapport au nouveau conjoint, en resserrant dans d'étroites limites le disponible à l'égard de celui-ci. C'est dans cette vue qu'a été édicté l'art. 1098, ainsi conçu : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre

» lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra

» donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins

» prenant, et, sans que, dans aucun cas, ces donations puissent

» excéder le quart des biens ».

1249. Historique. L'art. 1098 tire son origine du droit romain et de notre ancien droit.

Le droit romain contenait sur cette matière deux dispositions importantes.

1° D'après la loi *Fæminæ quæ* (L. 3, C., De secundis nuptiis, V, 9), la veuve ayant des enfants d'un premier lit, qui convolait après le délai du deuil, était obligée de conserver tous les biens qu'elle tenait de la libéralité de son premier mari pour les transmettre à ses enfants du premier lit. Cette disposition fut plus tard étendue aux veufs (L. 5, C., hoc lit.), parce qu'on reconnut que, dans leurs nouvelles unions, ils ne se montraient pas plus raisonnables que les veuves. Dans le principe, l'époux remarié avait le droit de répartir comme il l'entendait, entre ses enfants du premier lit, les biens qu'il était tenu de leur conserver, mais Justinien supprima cette faculté, de sorte qu'à dater de cette époque le droit de l'époux remarié sur les biens dont il s'agit se trouva réduit à un simple usufruit.

2° Ce n'était pas assez d'assurer aux enfants du premier lit la conservation des biens que leur auteur devait à la libéralité de son premier conjoint ; il fallait en outre empêcher que cet auteur ne pût les dépouiller de ses autres biens en les donnant à son nouveau conjoint. C'est ce que firent les empereurs Léon et Anthémios par la constitution *Hac edictali* (L. 6, C., hoc tit.), décidant que le père ou la mère, *pater materve*, ne pourrait donner à son nouvel époux, *novercæ vel vitrico*, qu'une part d'enfant le moins prenant.

Les dispositions du droit romain passèrent dans nos pays de droit écrit ; mais elles ne furent pas admises en pays de coutume. Au seizième siècle, un événement, qui est demeuré célèbre dans les annales juridiques, en fit regretter l'absence. La dame Anne d'Aligre, veuve et mère de huit enfants, réussit à se faire épouser en secondes noces par un homme jeune encore, Georges de Clermont ;

une donation considérable fut le prix de cette union désassortie. Le chancelier de l'Hospital saisit cette occasion pour proposer à l'agrément du roi François II une disposition, qui est devenue l'édit de juillet 1560, connu sous le nom d'Edit des secondes noces. Le préambule de l'édit vaut la peine d'être cité : « Comme les femmes veuves ayant enfants sont souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces, et, ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leur personne, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et faveur du mariage, leur font des donations immenses, mettent en oubli les devoirs de la nature envers leurs enfants, de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles s'en dussent éloigner par la mort des pères ; que les voyant destitués des secours et aide de leur père, elles devraient par tous moyens s'exercer à leur faire l'office de père et de mère ; desquelles donations, outre les querelles et divisions entre mari et enfants, s'ensuit la désolation des bonnes familles et conséquemment diminution de la force de l'état public ; à quoi les empereurs ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois et constitutions sur ce par eux faites... ».

L'édit comprenait deux chefs.

Le premier reproduisait à peu de chose près les dispositions de la loi *Hac edictati*. Bien qu'il ne parlât que des femmes veuves, la jurisprudence, s'inspirant de l'esprit de la loi plutôt que de ses termes, étendit sa disposition aux hommes veufs, « qui ne devaient pas, dit Ricard, se plaindre de cette extension, attendu qu'elle ne les regarde qu'en tant qu'ils témoignent autant de faiblesse que les femmes ».

Le deuxième chef de l'édit n'était guère que la reproduction de la loi *Fæminæ*.

Ces dispositions parurent si sages que la plupart des coutumes les adoptèrent lors de leur réformation.

L'art. 176 du projet du code civil reproduisait, sauf quelques modifications, les deux chefs de l'édit. Mais dans la rédaction définitive le premier seul a été maintenu. Le deuxième, qui obligeait l'époux remarié à conserver à ses enfants du premier lit les biens provenant de la libéralité de son premier conjoint, a paru sans doute en opposition, d'une part avec le principe de l'art. 732, qui dispose que la loi ne considère pas l'origine des biens pour en régler la succession, et d'autre part avec le principe de l'art. 745, qui appelle tous les enfants à succéder également à leur auteur, encore qu'ils soient issus de différents mariages.

On voit, en résumé, que l'art. 1098 a sa source dans la loi Hac ediclali et dans l'édit de juillet 1560.

1250. A quelles personnes s'applique l'art. 1098. — Il s'applique à l'homme ou à la femme qui contracte un second ou subséquent mariage, ayant des enfants d'un autre lit. La présence d'un seul enfant d'un autre lit entraînerait l'application de l'art. 1098 ; il faut dire avec la loi romaine : Non est sine LIBERIS cui vel unus filius unave filia est.

Les mots enfants D'UN AUTRE LIT, qu'emploie la loi, témoignent qu'elle songe à des enfants — ou descendants : le mot enfants est générique — légitimes ou légitimés (arg. art. 333) ; et cette induction est confirmée par la partie finale de l'article qui parle d'une part d'enfant légitime. La présence lors du mariage d'un ou de plusieurs enfants naturels ou même adoptifs appartenant à l'un des époux ne suffirait donc pas pour entraîner l'application de l'art. 1098.

D'ailleurs l'art. 1098 nous paraît applicable non seulement à l'époux veuf, mais aussi à l'époux divorcé qui veut se remarier ayant des enfants. Le texte de la loi ne s'y oppose pas, car il dit l'homme ou la femme..., à la différence de l'édit de juillet 1560 qui ne pouvait songer qu'à l'époux veuf, le divorce étant proscrit par la législation d'alors. En second lieu il y a même raison de décider : il y a

même une raison plus forte pour appliquer l'art. 1098 à l'époux divorcé, qui reportera souvent sur ses enfants, issus du mariage brisé par le divorce, une partie de la haine qu'il a vouée à son conjoint. Enfin les enfants courent ici un danger double de celui qui les menace au cas de dissolution, par la mort de l'un de leurs auteurs, du mariage auquel ils doivent le jour, puisqu'ils ont à redouter les conséquences d'un nouveau mariage contracté soit par l'un soit par l'autre de ces auteurs, et il serait singulier qu'ils fussent moins protégés précisément dans le cas où ils sont le plus menacés. La jurisprudence est muette, et les auteurs ne prévoient pas la question qui paraît cependant de nature à se présenter fréquemment dans la pratique.

1251. Montant de la quotité disponible au profit du nouveau conjoint. — Elle est égale à « une part d'enfant légitime le moins prenant », sans pouvoir cependant jamais excéder le quart des biens ¹³¹.

Ainsi la loi part de ce principe : que le nouveau conjoint doit être assimilé à un enfant, et qu'il peut recevoir par conséquent autant qu'un enfant. Mais ce principe souffre deux restrictions : la première consiste en ce que, si un ou plusieurs enfants ont été avantagés, la part du nouvel époux ne pourra être supérieure à celle de l'enfant qui prend le moins ; d'après la deuxième, la part du nouveau conjoint ne pourra jamais dépasser le quart des biens. — Etudions le principe et les deux restrictions qu'il comporte.

1252. PRINCIPE. L'homme ou la femme, qui se remarie ayant des enfants d'un autre lit, peut donner à son nouveau conjoint une part d'enfant. Le montant de la part d'enfant ne peut être exactement connu qu'au décès de l'époux remarié ; car il s'agit d'une question de disponibilité, et nous savons que tout dépend en cette matière de l'état de choses existant lors du décès du disposant (supra, n. 817). Il faudrait donc avoir égard au nombre d'enfants légitimes laissés par le disposant à l'époque de son décès, en y

comprenant même ceux issus du nouveau mariage. Toutefois on ne tiendra pas compte des enfants renonçants (arg. art. 785) ni des indignes, et les enfants prédécédés ne seront comptés qu'autant qu'ils laisseront des descendants venant à la succession. Le nouvel époux sera considéré comme un enfant de plus, et la part d'enfant calculée d'après cette base. Ainsi, un veuf, ayant deux enfants de son premier lit, se remarie ; outre ces deux enfants, il en laisse à son décès trois autres issus de sa nouvelle union : total cinq enfants légitimes. La part d'enfant, dont il a pu valablement disposer au profit de sa nouvelle épouse, est d'un sixième, celle-ci étant comptée comme un enfant de plus.

Toutes les libéralités faites au nouveau conjoint tombent d'ailleurs sous le coup de l'art. 1008 : mais toutes aussi sont autorisées dans les limites qu'il détermine : donations de biens présents, donations de biens à venir, legs. Ce n'est pas la forme de la disposition que la loi réglemente, mais seulement sa quotité. L'art. 1098 s'applique même aux libéralités antérieures au mariage, si elles ont été faites en vue et en faveur de ce mariage. Besançon, 25 nov. 1903, D., 07. 2. 223.

D'ailleurs, en fixant à une part d'enfant la quotité disponible au profit du nouvel époux, la loi n'a pas entendu assigner à la donation qui peut lui être faite une formule particulière. Eu d'autres termes, il n'est pas nécessaire que le disposant dise : « Je donne ou je lègue une part d'enfant. » La donation peut porter sur une somme d'argent, sur un immeuble, sur des biens quelconques, sous la condition de ne pas excéder une part d'enfant.

« Toutefois la donation d'une part d'enfant est très usitée. Elle constitue une donation de biens à venir, si la disposition a été faite par acte entre vifs, et un legs à titre universel, si elle a été faite par testament ; car une semblable donation porte sur l'ensemble des biens que le disposant laissera à son décès. D'où il faut conclure : 1°

que le donataire n'est saisi d'aucun bien pendant la vie du disposant ; 2° que la donation devient caduque par le prédécès du donataire (arg. art. 1039, 1082, 1086, et 1089) ; 3° que, si le donataire survit au donateur, il a le droit de figurer au partage de sa succession concurremment avec les enfants, et doit supporter une part proportionnelle des dettes du disposant.

1253. Venons aux restrictions que souffre notre principe.

1254. PREMIÈRE RESTRICTION. La loi l'indique par ces mots le moins prenant : ils signifient que si, parmi les enfants du disposant, un ou plusieurs ont été avantagés par des dispositions préciputaires, le nouveau conjoint ne pourra pas recevoir autant qu'eux ; sa part ne pourra pas dépasser celle de l'enfant qui prend le moins. En d'autres termes, le montant des donations préciputaires, faites par le disposant au profit d'un ou de plusieurs de ses enfants, doit être prélevé sur la masse, et la part d'enfant du nouveau conjoint calculée seulement sur ce qui reste une fois ce prélèvement opéré.

Il y aurait lieu de prélever aussi sur la masse, préalablement au calcul de la part d'enfant, la portion de biens revenant aux enfants naturels reconnus que pourrait avoir le disposant.

D'ailleurs les donations en avancement d'hoirie faites à un ou plusieurs enfants du disposant doivent être réunies fictivement à la masse pour le calcul de la part d'enfant. Il en est de même des donations qui auront été faites au nouveau conjoint. Arg. art. 922.

DEUXIÈME RESTRICTION. Les donations faites au nouveau conjoint ne peuvent en aucun cas excéder le quart des biens du disposant. Ainsi, une veuve, ayant un seul enfant de son premier mariage, en contracte un nouveau, et elle ne laisse à son décès que cet enfant. La part d'enfant, calculée d'après les règles ci-dessus, serait de la moitié des biens ; mais les donations faites au nouveau conjoint ne pourront pas atteindre cette limite. Ici

s'applique notre deuxième restriction : les libéralités ne pourront pas dépasser le quart.

C'est un renchérissement sur la sévérité de l'édit des secondes nocés. Et cette considération ne doit pas être sans influence sur la solution de la question suivante : il s'agit de savoir si le veuf ou la veuve, qui, ayant des enfants de sa première union, se remarie plusieurs fois successivement, peut valablement donner à chacun de ses nouveaux conjoints la quotité disponible fixée par l'art. 1098 (à la condition bien entendu que l'ensemble des libéralités n'excède pas la limite fixée par l'art. 1094), ou si tous les nouveaux conjoints successifs ne peuvent recevoir à eux tous que cette quotité. En d'autres termes, la quotité disponible de l'art. 1098 peut-elle être donnée autant de fois qu'il y a de subséquents mariages, ou bien une seule fois à tous les nouveaux conjoints réunis ? C'est dans ce dernier sens que la question était résolue sous l'empire de l'édit de 1560, et c'est dans ce sens encore qu'elle nous semble devoir l'être aujourd'hui, puisque notre législateur s'est montré plus sévère que l'édit. Les travaux préparatoires de la loi confirment pleinement cette interprétation, qui est généralement admise.

1255. Nature de la disposition de l'art. 1098. On dit, souvent que l'art. 1098 a été écrit en haine des seconds mariages. Cette manière de voir ne nous paraît pas exacte. Nous le connaissons aucun texte, d'où l'on puisse induire avec certitude que notre législateur voit les seconds mariages d'un œil défavorable. Ceux que l'on cite d'ordinaire sont susceptibles de recevoir une tout autre interprétation : on peut les considérer comme inspirés par une pensée de protection pour les enfants du premier lit, auxquels il y a lieu de craindre que le second mariage ne porte préjudice. Il en est ainsi de l'art. 1098. Le législateur redoute, non sans raison, que l'époux qui convole en secondes nocés ne se laisse aller trop facilement à dépouiller ses enfants du premier lit au profit de son

nouveau conjoint. Pour parer à ce danger, il attribue aux enfants du premier lit à l'égard du nouveau conjoint une réserve plus forte qu'à l'égard de tous autres. Ce n'est donc pas une incapacité personnelle de recevoir que la loi édicté contre le nouveau conjoint, en haine de son union, c'est une indisponibilité qu'elle établit en faveur des enfants du premier lit. Cpr. supra, n. 1248.

De là résultent entre autres les conséquences suivantes :

1° Toute question d'indisponibilité se réglant d'après l'état de choses existant au décès du disposant, c'est à cette époque qu'il faut se reporter pour décider si les libéralités faites au nouveau conjoint tombent sous le coup de l'art. 1098. Ainsi l'époux qui a convolé avait des enfants de sa première union au moment où il a contracté la seconde, mais tous sont morts avant lui sans laisser de postérité : l'art. 1098 ne recevra pas son application. Sur ce point, la rédaction du texte de la loi laisse à désirer ; car il parle de l'époux qui se remarie ayant des enfants d'un autre lit : il sous-entend que ces enfants ou leur postérité vivront encore lors du décès de leur auteur.

Mais, si l'action en réduction, autorisée par l'art. 1098, ne peut s'ouvrir que dans la personne des enfants du premier lit, ils n'en auront pas toujours le profit exclusif ; ils seront en effet tenus de le partager avec les enfants auxquels le nouveau mariage aurait donné naissance, avec leurs frères utérins ou consanguins. C'est une conséquence nécessaire du principe posé par l'art. 745, qui attribue à tous les enfants du défunt un droit égal sur ses biens, alors même qu'ils sont issus de différents mariages. Bourges, 28 déc. 1891, S., 92. 2. 69, D., 93. 2. 169.

* Il faut même, croyons-nous, aller plus loin, et décider que, une fois ouverte dans la personne des enfants du premier lit, l'action en réduction peut être intentée par les enfants du nouveau mariage, si ceux du premier refusent ou négligent de le faire. Il serait inconséquent de leur reconnaître le droit de profiler de l'action en réduction,

sans leur donner les moyens de l'exercer. C'était la solution admise par Pothier. On ne l'a pas bien fortement ébranlée, à notre avis, en objectant que l'art. 1496, dans le cas particulier qu'il prévoit, dit « les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement » ; d'où l'on induit que cette action est refusée aux autres enfants. Cet argument perd presque toute sa force, si l'on remarque, d'une part, que c'est un argument a contrario, ce qui le discrédite déjà, et d'autre part, qu'il est tiré d'une disposition dans laquelle le législateur se préoccupait exclusivement de décider s'il y avait lieu à réduction, et non de résoudre la question de savoir par qui l'action en réduction peut être intentée.

2° Les enfants du premier lit ne peuvent pas, du vivant de leur auteur, renoncer au droit de faire réduire les donations qu'il a faites à son nouveau conjoint, pour le cas où elles se trouveraient excéder la quotité disponible fixée par l'art. 1098. Cette renonciation constituerait un pacte sur succession future, tombant sous le coup de la prohibition générale des art. 791, 1130 et 1600.

* 3° Les enfants du premier lit n'ont, du vivant de leur auteur, aucune action pour faire réduire les libéralités même les plus excessives par lui faites à son nouveau conjoint. En effet, l'action en réduction, sanction du droit de réserve, ne prend naissance qu'au jour où s'ouvre le droit à la réserve, c'est-à-dire au décès du disposant (supra, n. 901).

* 4° Après la mort de leur auteur, les enfants du premier lit ne peuvent se prévaloir de l'art. 1098 qu'autant qu'ils se portent héritiers du disposant ; car il s'agit d'un droit de réserve, et il faut être héritier pour avoir droit à la réserve et à l'action en réduction qui en est la sanction, non habet legitimant nisi qui heres est. Ce droit sera donc refusé aux enfants renonçants ou indignes. Il y a toutefois quelques dissidences sur ce point.

1256. L'indisponibilité établie par l'art. 1098 n'existe qu'à l'égard du nouveau conjoint. En faveur de tous autres, l'époux remarié peut donc disposer dans les termes du droit commun. D'ailleurs, l'indisponibilité dont il s'agit n'est pas réciproque : le nouveau conjoint peut disposer au profit de son époux dans les limites autorisées par l'art. 1094, pourvu qu'il n'ait pas lui-même d'enfant d'un précédent mariage.

* On admet sans difficulté que le disponible de l'art. 1098 ne peut pas être cumulé avec celui des art. 913 et 914. Le concours de ces deux disponibles est régi *mutatis mutandis* par les règles qui ont été exposées aux n^{os} 1247 s. Cpr. Nancy, 25 fév. 1891, S., 92. 2. 65.

N° 3. Sanction des dispositions qui précèdent.

1257. La prohibition de s'avantager au delà des limites de la quotité disponible est gênante pour les époux, et il était facile de prévoir qu'ils chercheraient souvent dans la pratique à l'éluder. Le législateur devait, pour couronner son œuvre, déjouer par avance toutes les combinaisons qui pourraient être tentées à cette fin. Les plus usitées ont été de tout temps la libéralité indirecte, la libéralité déguisée et la libéralité faite à personne interposée. De là l'art. 1099, ainsi conçu : « Les époux ne pourront se donner

» indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions

» ci-dessus. — Toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposée, sera nulle ».

A bien prendre, la donation déguisée et la donation faite à personne interposée ne sont que des cas particuliers de libéralités indirectes, expression qui comprend dans son sens le plus large toute donation faite *per viam obliquam et indirectam*. Cpr. *supra*, n. 699. Mais, le législateur

opposant ici les donations déguisées ou faites à personne interposée aux libéralités indirectes, il en résulte qu'il prend l'expression libéralité indirecte dans un sens restreint.

D'après cela, la libéralité indirecte est celle qui résulte d'un acte fait ostensiblement, sans fraude ni déguisement. Tel serait le cas où, deux époux étant colégataires conjoints, l'un d'eux renoncerait au legs pour en faire acquérir le bénéfice exclusif à l'autre. Celui qui fait une libéralité indirecte ne dissimule ni la nature de l'acte ni la personne du donataire. Cpr. supra, n. 941.

Au contraire, la libéralité déguisée est celle qui se cache sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux ou qui est faite par un acte simulé. Ainsi un mari a reconnu dans son contrat de mariage avoir reçu de sa femme une dot de 100,000 fr., alors que celle-ci ne lui a rien apporté ; il y a libéralité déguisée. Le mari se reconnaît en effet débiteur d'une dot qu'il ne doit point : ce qui constitue une simulation. Rennes, 7 avril 1892, D., 92. 2. 245.

Quant à la libéralité faite à personne interposée, nous savons que c'est celle qui est adressée à un intermédiaire, donataire apparent, chargé par un acte secret de restituer à celui que le disposant veut gratifier, son conjoint dans l'espèce proposée.

1258. Quel sera le sort de ces diverses libéralités ? Les libéralités indirectes ne se cachent pas : elles se font au grand jour ; leur existence sera donc facilement découverte. Notre législateur a trouvé suffisant de leur appliquer la même règle qu'aux libéralités directes : elles seront, comme ces dernières, réductibles à la quotité disponible en cas d'excès (art. 1099 al. 1). Il n'en est pas de même des libéralités déguisées ou faites à personnes interposées : elles se dissimulent sous un voile qu'il ne sera pas toujours facile de déchirer ; fréquemment la combinaison de celui qui a employé ce moyen détourné pour éluder la loi réussira, parce qu'il ne sera pas possible

de restituer à l'acte sa véritable nature, son véritable caractère, de démontrer l'existence de la simulation ou de l'interposition de personne. Aussi la loi se montre-t-elle plus sévère : l'art. 1099 al. 2 dit : « Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle », et non pas seulement réductible. En formulant cette sanction d'une extrême rigueur, la loi espère détourner les disposants de l'idée d'avoir recours à une fraude, qu'elle considère comme très dangereuse pour le succès de sa prohibition, à cause des nombreuses chances qu'elle a de réussir.

L'art. 1099 peut donc être paraphrasé de la manière suivante. La loi dit aux époux : « Ce que je vous défends de faire directement, par les art. 1094 et 1098 (vous avantager au delà des limites de la quotité disponible), je vous défends aussi de le faire par un moyen détourné. Si vous violez cette dernière prohibition, je serai plus ou moins sévère suivant les cas. Le détour par vous employé consiste-t-il dans une libéralité indirecte ? C'est là une innocente supercherie, dont je découvrirai facilement l'existence ; je me bornerai à vous traiter comme si vous aviez fait une donation directe ; la libéralité sera donc seulement réductible, si elle excède la quotité disponible. Mais si vous avez recours à la libéralité déguisée ou faite à personne interposée, prenez garde ! vous jouez le tout pour le tout. Votre fraude réussira peut-être, car il n'est pas certain qu'elle soit découverte ; alors vous aurez éludé ma prohibition. Mais si les intéressés parviennent à déchirer le voile dont vous avez couvert la libéralité — et je leur donnerai toute facilité pour arriver à ce résultat —, je ne me bornerai pas à déclarer la libéralité réductible, elle sera nulle pour le tout ».

L'interprétation que nous venons de donner de l'art. 1099 est consacrée par une jurisprudence constante (v. infra, n. 1260). Elle aboutit à des conséquences extrêmement rigoureuses. Ainsi il faudra déclarer nulle pour le tout, par

application de notre texte, la libéralité déguisée résultant de la déclaration faite par l'un des époux, dans le contrat de mariage, d'un apport supérieur à celui qu'il a réellement effectué. En vertu de la présomption légale d'interposition de personne édictée par l'art. 1100, les enfants du premier lit de l'un des époux seront frappés, à l'égard de l'autre époux, du vivant du moins de leur auteur, de l'incapacité de recevoir à titre gratuit. Il faudra également décider, pour nous conformer à l'esprit non moins qu'au texte de la loi, que la donation déguisée ou faite par personne interposée est nulle dans tous les cas, même quand elle n'excède pas la quotité disponible : elle est nulle par cela seul qu'une fraude a été commise. La cour de cassation paraît cependant reculer devant cette conséquence, mais elle a été admise par un certain nombre de cours d'appel. V. les arrêts cités au n. 1260.

Un parti important dans la doctrine donne à l'art. 1099 une interprétation toute différente (V. Ferron, *Rev. crit.*, 1911). Les donations déguisées ou faites à personnes interposées ne seraient que réductibles à la quotité disponible, en cas d'excès, de même que les donations indirectes : quand l'art. 1099 in fine dit que ces donations sont nulles, il faut, dit-on, sous-entendre : pour ce qui excède la quotité disponible. — Mais, outre que cette restriction est contraire au texte de la loi, qui prononce la nullité dans des termes absolus, elle aboutit en définitive à considérer l'alinéa 2 de l'art. 1099 comme une répétition, et une répétition en termes fort peu satisfaisants, de la disposition contenue dans l'alinéa 1. Nous convenons volontiers d'ailleurs qu'il sera souvent difficile en pratique de distinguer une donation indirecte d'une donation déguisée. Mais la difficulté que peut éprouver le juge pour appliquer une distinction ne nous paraît pas être un motif suffisant pour la repousser, lorsque les termes de la loi commandent de l'admettre.

1259. Le législateur établit ici, comme il l'a déjà fait dans l'art. 911 au sujet d'un cas analogue, certaines présomptions légales d'interposition de personnes, qui dispensent de toute preuve ceux au profit de qui elles sont établies et n'admettent pas la preuve contraire de la part de ceux contre qui elles sont dirigées. L'art. 1100 dit à ce sujet : « Seront réputées faites à personnes interposées,

- » les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants

- » de l'autre époux issus d'un autre mariage, et celles faites par le

- » donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif

- » au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu

- » à son parent donataire ». Cpr. art. 911.

La loi considère donc comme personnes interposées par rapport au conjoint du donateur :

1° Les enfants de ce conjoint issus D'UN AUTRE MARIAGE, mais non ceux issus de son mariage avec le donateur. En d'autres termes, la donation que l'un des époux fait à un enfant d'un autre lit de son conjoint, par conséquent à un enfant qui n'est pas le sien, est réputée s'adresser au conjoint auteur de cet enfant. Mais il n'en est pas de même de celle qu'il fait à un enfant de ce conjoint qui est aussi le sien, c'est-à-dire à un enfant issu de son mariage avec ce conjoint. La première est inspirée, la loi du moins le suppose, par l'amour conjugal, la deuxième par l'amour paternel. D'ailleurs la présomption d'interposition de personne, appliquée aux enfants du mariage, aurait abouti à frapper ces enfants d'une incapacité personnelle de recevoir de leur père et de leur mère : ce qui n'aurait eu aucune raison d'être.

2° Les personnes dont le conjoint du donateur est héritier présomptif au jour de la donation. Aux yeux de la loi, la donation que je fais à une personne dont mon conjoint est

héritier présomptif est destinée à ce conjoint : je donne en vue de le faire profiter de la donation quand il recueillera la succession du donataire, dans laquelle il trouvera le bien donné. Il faut et il suffit que la qualité d'héritier présomptif du donataire existe chez le conjoint au jour de la donation, sans qu'il y ait lieu de se préoccuper de savoir si elle existe encore au jour du décès du donataire ; car la loi interprète la volonté du donateur, et elle ne peut l'interpréter que d'après l'état de choses existant lors de la donation.

Tels sont les seuls cas dans lesquels l'interposition de personne est présumée de plein droit. En fait, elle peut exister dans bien d'autres hypothèses ; mais alors les intéressés, qui en allèguent l'existence, devront en fournir la preuve : ce qu'ils pourront d'ailleurs faire par tous les moyens possibles. C'est le droit commun quand il s'agit de démasquer une fraude.

* 1260. Reste une question Il est incontestable que les art. 1099 et 1100 servent de sanction à l'art. 1098 qui les précède immédiatement. Mais servent-ils en outre de sanction aux art. 1094 et 1096 ? On l'admet généralement. On argumente surtout en ce sens de l'art 1099 qui dispose : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ». Le législateur ne se serait vraisemblablement pas exprimé de la sorte, s'il n'avait songé qu'au cas prévu par l'art. 1098. D'abord, au lieu de dire : « Les époux... », il aurait dit probablement : L'époux ayant des enfants d'un autre lit ; car l'art. 1098 ne limite pas le droit de disposer pour les époux, mais seulement pour celui qui a des enfants d'un précédent mariage. Et puis, à la place des mots par les dispositions ci-dessus, il aurait employé ceux-ci : par l'article précédent. L'art. 1099 se réfère donc, dit-on, à toutes les dispositions qui le précèdent ; il sert de sanction, non seulement à l'art. 1098, mais aussi à l'art. 1094, qui fixe le disponible entre époux n'ayant pas d'enfant d'un précédent mariage, et en outre à l'art. 1096, en tant qu'il

défend aux époux de se faire des donations irrévocables : les époux pourraient songer à éluder cette dernière prohibition, comme celle de l'art. 1098 ou celle de l'art. 1094, par le moyen d'une donation déguisée ou faite à personne interposée, dont il serait le plus souvent fort difficile d'établir le véritable caractère ; pour les détourner de cette idée, la loi frappe la donation de nullité.

Nous pensons avec quelques auteurs qu'il y a lieu de distinguer. Nous admettons bien que les art. 1099 et 1100 se réfèrent à l'art. 1094, mais nous ne croyons pas qu'ils servent aussi de sanction à l'art. 1096. Les mots AU DELA de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus annoncent que la loi ne songe ici qu'aux dispositions limitant la faculté de disposer entre époux. La sanction qu'elle établit s'applique donc à l'art. 1094, qui est conçu dans cet ordre d'idées aussi bien que l'art. 1098, mais non à l'art. 1096 qui détermine seulement le caractère des donations faites entre époux, constante matrimonio, en les déclarant révocables.

Suivant que l'on admet l'une ou l'autre des deux solutions que nous avons indiquées, on est logiquement conduit à des conséquences notablement différentes. Si l'on voit dans les art. 1099 et 1100, la sanction des règles relatives à la quotité disponible (art. 1094 et 1098), il faut, semble-t-il, décider que seuls les héritiers réservataires peuvent en réclamer l'application. Solution qui va de soi, si l'on pense que les donations visées par l'art. 1099 al. 2 sont simplement réductibles, mais qu'il faudrait également admettre dans l'interprétation que nous avons proposée, soit qu'on déclare la donation nulle même dans le cas où elle n'entame pas la réserve, soit qu'on ne la déclare nulle que dans le cas où elle excède la quotité disponible. Dans tous les cas, en effet, il s'agit seulement de sauvegarder les droits des héritiers réservataires. — Mais si l'on pense que les art. 1099 et 1100 ont été édictés non seulement pour empêcher les époux de se faire des donations excessives,

mais encore pour les empêcher de violer la règle de la révocabilité *ad nutum* écrite dans l'art 1096, la conséquence logique est que la donation déguisée ou faite par personne interposée est frappée d'une nullité d'ordre public. Le donateur lui-même pourrait au besoin s'en prévaloir, mais seulement dans le cas où la donation est faite pendant le mariage, car c'est alors seulement qu'il peut être question d'appliquer l'art. 1096. A vrai dire, il n'y aurait guère intérêt à raison de la faculté de révocation qui lui appartient. Mais l'action en nullité née en sa personne se transmettrait à tous ses successeurs universels, tandis qu'ils ne pourraient pas révoquer une donation faite ouvertement et directement, et elle pourrait être exercée après sa mort même par ses héritiers non réservataires. Quant aux donations déguisées faites par le contrat de mariage, il semble qu'elles ne puissent être attaquées que par les héritiers réservataires du donateur. L'art. 1096 n'est pas alors en cause.

Les décisions de la jurisprudence sur ce point sont assez peu cohérentes. Dans la plupart de ses arrêts la cour de cassation décide que les donations déguisées ou faites par personnes interposées ne peuvent être attaquées que par les héritiers réservataires ou les institués contractuels (15 juil. 1881, S., 82 1. 49, 23 mai 1882, D., 83. 1. 407, S., 83. 1. 72, et les références), et elle paraît admettre que seules sont atteintes de nullité les donations excessives (22 juil. 1884, D., 85. 1. 164, S., 85. 1. 112). Mais il existe un certain nombre d'arrêts de cours d'appel qui ont adopté un système plus radical : ils déclarent nulles les donations déguisées et par personnes interposées, soit qu'elles soient intervenues pendant le mariage, soit qu'elles aient été faites par contrat de mariage, qu'elles excèdent ou non la quotité disponible, et ils permettent à tous héritiers du donateur, réservataires ou non, et même au donateur, d'invoquer cette nullité. Lyon, 14 mai 1880, S., 81. 2. 38 :

Limoges, 15 mars 1895 (sous Cass.), D., 97. 1. 273 ¹³² ; Rennes, 7 avril 1892, D., 92. 2. 245 et 9 fév. 1904, D., 05. 2. 273 et la note. Dans ce système, la nullité édictée par l'art. 1099 al. 2 tend non seulement à protéger les héritiers réservataires, mais aussi à mettre en garde le donateur lui-même contre sa propre faiblesse.

* En admettant avec la jurisprudence que les donations entre époux pendant le mariage sont nulles pour le tout, et non pas seulement réductibles, quand elles sont déguisées ou faites à personne interposée, ces donations sont-elles susceptibles de confirmation ? Non certainement, pendant la vie du donateur. La confirmation soit expresse, soit tacite aurait en effet pour résultat, si elle était efficace, de rendre la donation irrévocable contrairement à la prohibition de l'art. 1096. Adde arg. art. 1338. Mais après la mort du donateur, la donation pourrait être confirmée par ses héritiers. Arg. art. 1340. Limoges. 15 mars 1895, sous Cass., D., 97. 1. 273.

APPENDICE

1261. Cet appendice comprendra :

1° Le commentaire du titre Des absents (Code civil, liv. I, tit. IV), qui est compris aujourd'hui dans le programme de la troisième année de la licence en droit (arrêté ministériel du 20 juillet 1904).

2° L'étude du titre De la jouissance et de la privation des droits civils (Code civil, liv. I, tit. I), qui, d'après le nouveau programme, ne fait plus partie de l'enseignement du droit civil.

PREMIÈRE PARTIE

Des absents.

(Code civil, liv. I, tit. IV).

1262. Nous avons donné dans notre tome I (n. 288 à 290) des notions générales sur l'absence. On se souvient qu'il y a lieu de distinguer trois périodes en matière d'absence : 1° La présomption d'absence, qui s'ouvre aussitôt que des doutes sérieux s'élèvent sur le sort de l'absent ; 2° la déclaration d'absence, qui a pour point de départ le jugement de déclaration d'absence ; elle donne lieu à l'envoi en possession provisoire ; 3° enfin l'envoi en possession définitif, qui n'est qu'un développement de l'envoi provisoire.

CHAPITRE PREMIER

DE LA PRÉSUMPTION D'ABSENCE

1263. Un homme a disparu de son domicile ou de sa résidence depuis un certain temps ; sa femme, ses enfants, ses parents ignorent où il est. Personne n'a de ses nouvelles, et cependant son silence est inexplicable, car il a laissé de nombreux intérêts en souffrance. Un doute s'élève : peut-être cet homme est-il décédé. S'il était vivant, laisserait-il ainsi sa famille et ses biens à l'abandon ? Ce doute constitue la présomption d'absence. Le présumé absent est donc celui dont l'existence est devenue incertaine, à raison du défaut de nouvelles depuis qu'il a quitté son domicile ou sa résidence. On comprend que cette

incertitude naîtra après un temps plus ou moins long, suivant les circonstances ; aussi la loi s'est elle abstenue de rien préciser, laissant la plus grande latitude d'appréciation sur ce point au juge du fait, dont la décision est souveraine. Alger, 4 mai 1896, S., 98. 2. 140.

1264. La présomption d'absence ne donne lieu à l'application d'aucune mesure relativement aux biens de l'absent, tant que ces biens ne sont pas en souffrance. La nécessité seule peut légitimer l'immixtion de la justice dans la gestion des intérêts de l'absent, car cette immixtion, quelque discrète qu'elle soit, l'expose toujours plus ou moins au danger de voir pénétrer le secret de ses affaires. On lit à ce sujet dans l'art. 112 : « S'il y a nécessité de

» pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par

» une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur

» fondé, il y sera statué par le tribunal de première instance, sur

» la demande des parties intéressées ».

La présence d'un procureur fondé, qui est muni de pouvoirs suffisants pour l'administration des biens et qui exerce ces pouvoirs, exclut certainement l'intervention de la justice. La nécessité seule, nous venons de le dire, peut légitimer cette intervention ; or où est la nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent, lorsqu'il y a pourvu lui-même efficacement ? Mais il se peut que le procureur laissé par l'absent n'ait qu'un mandat tout à fait spécial et limité, qui ne lui donne pas des pouvoirs suffisants pour administrer les biens, ou que son mandat, si étendu qu'on voudra le supposer, prenne fin, par sa renonciation ou par sa mort par exemple, ou que le mandataire néglige de remplir son mandat. Dans ces différents cas, il pourra y avoir nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens du présumé absent. La justice aura-t elle le droit d'intervenir, sur la

demande des intéressés, et d'ordonner les mesures nécessaires ? Nous l'admettons sans difficulté.

On a objecté que la loi n'autorise l'intervention de la justice que lorsqu'il n'y a pas de procureur fondé (art. 112) ; or ici il y en a un. — La réponse est qu'en réalité l'absent, bien qu'il ait laissé un procureur fondé, n'en a point, relativement aux biens en souffrance, ce qui, d'après le texte, autorise la justice à intervenir s'il y a nécessité. — En définitive, de deux choses l'une : Ou le présumé absent a laissé un procureur chargé de l'administration de ses biens, qui remplit son mandat, et alors la justice n'a pas à intervenir parce qu'il n'y a pas nécessité, aucun bien n'étant en souffrance ; ou bien l'absent a laissé un procureur qui n'a pas de pouvoirs suffisants pour administrer tout le patrimoine, ou qui, ayant des pouvoirs suffisants, ne les exerce pas, et alors il peut être nécessaire que la justice intervienne pour pourvoir à l'administration des biens qui sont en souffrance, et on ne concevrait pas que la loi lui eût lié les mains. Les deux conditions auxquelles la loi paraît subordonner l'intervention de la justice, savoir la nécessité et l'absence d'un procureur fondé, se réduisent donc en définitive à une seule, la première.

1265. La nécessité, qui seule peut autoriser l'intervention de la justice relativement à l'administration des biens de l'absent, détermine aussi les limites de cette intervention. En d'autres termes, la justice ne doit intervenir qu'autant que cela est nécessaire, et seulement dans la limite du nécessaire. Quant à savoir quelles sont les mesures que la nécessité commande et que la justice doit ordonner, ce n'est plus là qu'une question de fait que le législateur ne pouvait pas régler, et pour la solution de laquelle il s'en est pleinement rapporté à la prudence du juge. Ce seront presque toujours des mesures simplement conservatoires, des mesures relatives à l'administration des biens, comme dit l'art. 112, telles que réparations urgentes, ventes de

récoltes parvenues à maturité, baux de maisons ou de fonds de terre. Quelles que soient les mesures à prendre, le juge qui les ordonnera devra toujours s'inspirer de l'intérêt de l'absent et non de celui des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès.

Rien ne s'oppose à ce que la justice, ainsi que cela se faisait ordinairement dans notre ancien droit, nomme un curateur au présumé absent. Mais il est désirable que le juge, en nommant ce curateur, détermine l'étendue de ses pouvoirs. Les actes par lui accomplis dans les limites de ses attributions seraient opposables à l'absent de retour. Cpr. trib. civ. de Bernay, 19 janv. 1909, D., 09. 2. 145.

1266. La loi laisse donc au juge la plus grande latitude en ce qui concerne le choix des mesures à ordonner : ce qui allait de soi, puisque ces mesures dépendent toujours des circonstances. Il y a cependant un cas particulier dans lequel le législateur a cru devoir fixer le mode d'après lequel il y a lieu de pourvoir à la conservation des droits de l'absent. C'est celui prévu par l'art. 113 ainsi conçu : « Le tribunal, à la requête de la partie la plus diligente

» commettra un notaire pour représenter les présumés absents, dans

» les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils

» seront intéressés ».

Un présumé absent se trouve avoir des droits dans une société ou une communauté dissoute, ou dans une succession ouverte avant sa disparition ou ses dernières nouvelles (si la succession ne s'était ouverte que depuis cette époque, l'absent n'y aurait aucun droit d'après l'art. 136). Il y a des inventaires à faire, des comptes, des liquidations, des partages, toutes opérations qui intéressent le présumé absent. Par qui sera-t-il représenté dans ces diverses opérations ? Il le sera, nous dit la loi, par un notaire que le tribunal commettra. Ici le tribunal n'a pas le choix de la mesure à prendre. Le législateur la lui

impose, et on peut dire qu'elle s'imposait au législateur lui-même ; le notaire, à raison de ses connaissances spéciales, était naturellement désigné pour représenter les présumés absents dans les opérations dont il s'agit.

La justice ne devant jamais intervenir que dans la mesure de la nécessité, il n'y aurait pas lieu de commettre le notaire dont parle l'art. 113, si le présumé absent avait laissé un procureur fondé muni de pouvoirs suffisants.

Le notaire commis par le tribunal n'aurait pas qualité, à moins qu'il n'y eût été autorisé par une décision spéciale du tribunal, pour provoquer le partage au nom de l'absent. L'exercice de l'action en partage est un acte de disposition, que la loi ne permet pas facilement d'accomplir pour le compte d'autrui (art. 815 s.). La justice ne devra autoriser le notaire à l'accomplir au nom de l'absent que lorsqu'il y aura nécessité, ce qui sera rare.

Mais le notaire, commis purement et simplement par le tribunal, aurait au contraire qualité pour représenter le présumé absent dans le partage provoqué par ses consorts, parce que le partage devient alors un acte nécessaire (art. 815).

S'il y avait plusieurs présumés absents intéressés dans une même succession, société ou communauté, il serait certainement conforme au vœu de la loi qu'ils fussent représentés chacun par un notaire différent, puisqu'ils ont des intérêts opposés. Par où l'on voit qu'il ne faut pas confondre le notaire commis aux termes de l'art. 113 avec celui qui est chargé de représenter de simples non présents pour la levée des scellés et l'inventaire, aux termes des art. 928, 931 et 942 C. pr. Ce dernier, à la différence du premier, peut représenter plusieurs non-présents. De plus il est nommé d'office par le président du tribunal, et sa mission se termine avec l'inventaire ; tandis que le notaire dont parle l'art. 113 est commis par le tribunal tout entier, sur la réquisition de la partie la plus diligente, et sa mission dure jusqu'au partage.

1267. Les différentes mesures, relatives à l'administration des biens d'un présumé absent, ne peuvent pas être ordonnées d'office par la justice, mais seulement sur la demande des parties intéressées (art. 112) ou du ministère public (art. 114).

a. — Quelles sont les personnes que la loi entend désigner sous la dénomination de parties intéressées ? Un point tout d'abord paraît certain, c'est que cette expression ne comprend pas les personnes qui n'ont qu'un intérêt d'affection, mais seulement celles qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens du présumé absent ; les intérêts pécuniaires sont en général les seuls dont la loi se préoccupe. Cela posé, on doit considérer comme parties intéressées dans le sens de l'art. 112 :

1° Les créanciers du présumé absent, même ceux dont la créance est à terme ou conditionnelle. Tout créancier, quel qu'il soit, a un intérêt pécuniaire à la conservation du patrimoine de son débiteur, puisque ce patrimoine est son gage (art. 2092). Sans préjudice du droit qui appartient aux créanciers dont la créance est exigible de poursuivre immédiatement leur paiement.

2° Les héritiers présomptifs du présumé absent. Appelés éventuellement à recueillir la succession de l'absent, ils ont un intérêt évident à la conservation de son patrimoine.

3° Le conjoint du présumé absent. Les revenus des biens de l'absent sont affectés aux besoins du ménage. Qui donc plus que son conjoint a intérêt à ce que ces biens soient conservés ?

On voit que nous considérons comme parties intéressées, dans le sens de l'art. 112, non seulement les personnes qui ont un intérêt pécuniaire né et actuel, c'est-à-dire actuellement existant, mais celles aussi qui n'ont qu'un intérêt futur et éventuel à la conservation des biens de l'absent, tels que les créanciers conditionnels et les héritiers présomptifs. Ce serait en effet restreindre arbitrairement la portée des termes si généraux de notre

texte « les parties intéressées » que de les considérer comme applicables, ainsi que le veulent quelques auteurs, à une certaine catégorie seulement d'intéressés, ceux qui ont un intérêt né et actuel. La doctrine se prononce en général dans ce sens, ainsi que la jurisprudence.

b. — Le droit de provoquer l'application des mesures nécessaires à la conservation des biens du présumé absent appartient en outre au ministère public. C'est du moins ce qui paraît résulter de l'art. 114 ainsi conçu : « Le ministère public est spécialement

» chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ;

» et il sera entendu sur toutes les demandes qui les concernent ».

La première partie de cette disposition, en imposant d'une manière générale au procureur de la république l'obligation de veiller aux intérêts des présumés absents, l'autorise implicitement à provoquer les mesures conservatoires dont parle l'art. 112. La deuxième partie de ce même texte, confirmée sur ce point par l'art. 83-7° du code de procédure civile, exige que toutes les causes intéressant les présumés absents soient communiquées au ministère public, pour que celui-ci donne ses conclusions. C'est un point constant en doctrine et en jurisprudence.

1268. Quel est le tribunal compétent pour ordonner, sur la réquisition de qui de droit, les mesures indispensables à la conservation du patrimoine du présumé absent ? La loi nous dit — ce dont on ne pouvait douter — que c'est un tribunal de première instance (art. 112) ; mais elle omet de nous indiquer lequel. Cette omission a donné lieu à une controverse. Toutefois la difficulté n'existe que dans le cas où le domicile du présumé absent et ses biens, ou quelques uns, sont situés dans le ressort de tribunaux différents ; car l'hésitation n'est possible qu'entre le tribunal du dernier domicile du présumé absent et celui de la situation de ses biens, et par suite il n'y a plus d'embarras quand le

domicile et tous les biens se trouvent situés dans le ressort d'un même tribunal.

La question fut soulevée au conseil d'Etat lors de la confection de la loi, et voici la solution à laquelle on s'arrêta : Le tribunal du dernier domicile du présumé absent sera compétent pour décider s'il y a présomption d'absence, et, ce point une fois résolu dans le sens de l'affirmative, il appartiendra au tribunal de la situation des biens de pourvoir à leur administration. Plusieurs jugements pouvaient ainsi devenir nécessaires, au moins quand tous les biens n'étaient pas situés dans le ressort du tribunal du domicile : un pour constater la présomption d'absence, un autre ou plusieurs autres pour organiser l'administration des biens laissés par le présumé absent. Système coûteux peut-être dans son application, mais du moins logique ; car le tribunal du domicile est le mieux placé pour apprécier les circonstances d'où résulte la présomption d'absence, et le tribunal de la situation des biens pour en régler l'administration.

Quelques auteurs pensent que ce système doit encore être suivi. Mais il est généralement rejeté ; car en définitive, par suite d'un oubli peut-être, l'opinion à laquelle s'était arrêté le conseil d'Etat n'a pas été convertie en loi. Le législateur ayant gardé le silence, on ne peut qu'appliquer les principes généraux. Or, en règle générale, le tribunal compétent, quand la loi n'en désigne pas un autre, est celui du domicile du défendeur qui est ici l'absent : *actor sequitur forum rei* (C. pr., art. 59). Donc la compétence appartiendra au tribunal du dernier domicile ou, si ce domicile n'est pas connu, de la dernière résidence du présumé absent. Et ce tribunal sera compétent, non seulement pour apprécier s'il y a présomption d'absence, mais aussi pour pourvoir à l'administration de tous les biens, même de ceux qui sont situés en dehors de son ressort, sans qu'il soit nécessaire qu'un jugement distinct soit rendu pour constater l'absence, et un autre pour régler

l'administration des biens. Cette solution, en même temps qu'elle est plus conforme aux principes généraux, procure une économie de frais, puisqu'un seul jugement suffira dans tous les cas. On objecte que le tribunal du domicile sera souvent dans l'impossibilité de pourvoir utilement à l'administration de biens situés au loin. Il faut répondre que le tribunal du domicile, s'il éprouve quelque embarras de ce chef, pourra adresser une commission rogatoire au tribunal de la situation des biens.

1269. La justice pourrait-elle, sur la demande des intéressés, pourvoir en cas de nécessité à l'administration des biens d'une personne qui est simplement non présente, c'est-à-dire éloignée de son domicile ou de sa résidence, sans que son existence soit incertaine ? Les art. 112 et suivants ne parlent que des présumés absents ; et, comme ils contiennent des dispositions exorbitantes du droit commun, puisqu'ils autorisent la justice à s'immiscer dans les affaires d'un particulier, ils ne sauraient être étendus d'un cas à un autre. — On objecte que l'art. 131 in fine permet l'application des mesures conservatoires, prescrites par l'art. 112, aux biens de l'absent qui reparaît ou donne de ses nouvelles après la déclaration d'absence, par conséquent aux biens d'un non-présent. D'accord ; mais ici l'intervention de la justice se conçoit facilement, car elle a déjà pénétré dans le secret des affaires de l'absent, puisque l'absence a été déclarée, et il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'elle continue son rôle. Tout autre est le cas qui nous occupe : il s'agit de s'ingérer pour la première fois dans l'administration des biens d'un particulier, ce qui est beaucoup plus grave. En tout cas, il paraîtrait bien difficile d'admettre que la justice pût pourvoir d'une manière générale à l'administration des biens d'un non-présent, par exemple en lui nommant un curateur ; tout au plus pourrait-on concéder qu'elle a le droit d'ordonner, en cas de nécessité, certaines mesures spéciales pour la conservation des biens (Bordeaux, 30 juil. 1895, D., 98. 2.

253), par exemple des réparations urgentes, et encore il nous paraîtrait plus sûr de ne pas faire cette concession.

1270. Comment la présomption d'absence prend fin. — La présomption d'absence prend fin :

1° Par la preuve acquise du décès de l'absent ;

2° Par la preuve acquise de son existence ;

3° Par la déclaration d'absence, dont nous allons maintenant nous occuper.

CHAPITRE II

DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE

1271. Les doutes qui existent sur le sort d'un absent s'accroissent avec le temps : chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend son décès plus probable. Aussi la loi, qui, pendant la première période, celle de la présomption d'absence, s'est préoccupée à peu près exclusivement des intérêts de l'absent, parce que son retour paraissait probable, va-t-elle, pendant la deuxième période, celle de la déclaration d'absence, se préoccuper en outre des intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent et principalement de ses héritiers.

I. Du tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence.

1272. Le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence est le tribunal de première instance du dernier domicile, ou, si le domicile n'est pas connu, de la dernière résidence de l'absent (arg. de l'art. 115 C. civ., de l'art. 59 al. 1 C. pr., et de l'art. 1 de la loi du 13 janvier 1817, sur les militaires absents).

II. A quelle époque la déclaration d'absence peut être demandée.

1273. La loi distingue :

a. — L'absent n'a pas laissé de procuration. — La déclaration d'absence peut être demandée, dans cette hypothèse, après quatre ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles : « Lorsqu'une

» personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa

» résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de

» nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le

» tribunal de première instance, afin que l'absence soit déclarée » (art. 115).

b. — L'absent a laissé une procuration. — Le délai après lequel la déclaration d'absence peut être demandée est alors porté à dix ans. « Si l'absent a laissé une procuration, ses héritiers présomptifs

» ne pourront poursuivre la déclaration d'absence et l'envoi en possession

» provisoire, qu'après dix années révolues depuis sa disparition

» ou depuis ses dernières nouvelles » (art. 121).

Le texte qui vient d'être cité a été placé à tort dans le chapitre III ; sa place était dans notre chapitre, le chapitre II, D'après le projet, l'existence d'une procuration devait retarder seulement l'envoi en possession provisoire et non la déclaration d'absence. Dans ce système, il était tout simple que l'art. 121 figurât dans le chapitre III. Il aurait dû être reporté dans le chapitre II, lorsqu'il reçut sa rédaction actuelle, d'après laquelle l'existence d'une procuration retarde non seulement l'envoi en possession provisoire, mais aussi la déclaration d'absence.

Il est facile de comprendre pourquoi l'existence d'une procuration retarde le moment où la déclaration d'absence peut être demandée. L'absent, qui a laissé un procureur fondé chargé de l'administration de ses biens, a, par cela même, manifesté l'intention de rester longtemps éloigné de son domicile. Son silence prolongé est plus facilement explicable que celui de l'absent qui a disparu sans pourvoir à la gestion de ses intérêts. On doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur le sort du premier que sur celui du second.

1274. Quel est le point de départ du délai de quatre ans ou de dix ans, passé lequel la déclaration d'absence peut être demandée ? Si on n'a jamais reçu aucunes nouvelles de l'absent, il va de soi que le délai courra à dater du jour de sa disparition. Une difficulté s'élève au contraire, si on a reçu des nouvelles : le délai courra-t-il dans ce cas à dater du jour de l'émission ou à dater de celui de la réception des dernières nouvelles ? Ainsi la dernière lettre de l'absent a été écrite le 1^{er} janvier et reçue le 1^{er} février ; le délai courra-t-il à partir du 1^{er} janvier ou du 1^{er} février ? Rationnellement, le délai doit avoir pour point de départ le jour où l'existence de l'absent a cessé d'être certaine, par conséquent le jour de l'émission des dernières nouvelles, car l'existence de l'absent n'est certaine qu'à ce moment ; elle devient incertaine immédiatement après. La lettre écrite par l'absent le 1^{er} janvier prouve bien qu'il existait à cette date, mais elle ne prouve certes pas qu'il existât encore le 1^{er} février, jour où sa lettre est parvenue à destination. L'art. 121, qui fait courir le délai de dix ans à compter des dernières nouvelles ; confirmerait cette solution plutôt qu'il ne la contredirait. Mais l'art. 115 fait naître quelque doute sur son exactitude, quand il dit : et que depuis quatre ans ON N'EN AURA POINT EU de nouvelles. Ici le législateur paraît bien s'attacher à la date de la réception des nouvelles. Peut-être se place-t-il dans

l'hypothèse, fréquente en pratique, d'un absent qui n'a donné aucune nouvelle depuis sa disparition. Ainsi entendu, ce texte ne contredit nullement la solution que nous venons de développer et qui est généralement admise.

1275. Autre question. — Une procuration quelconque suffit-elle pour retarder jusqu'à l'expiration du délai de dix ans la demande en déclaration d'absence ; ou bien faut-il une procuration générale ? Les termes de la loi semblent faire allusion à une procuration générale. En effet l'art. 120 dit : « Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens... » ; or une procuration pour l'administration DES BIENS, c'est-à-dire du patrimoine, est une procuration générale. Et quand l'art. 121 ajoute, sans autre explication : « Si l'absent a laissé une procuration.... », il est bien évident que la procuration dont il s'agit est la même que celle dont parle l'article précédent, une procuration générale par conséquent. La pensée du législateur paraît donc être que la procuration laissée par l'absent ne retardera la déclaration d'absence qu'autant qu'elle sera générale. Cette solution d'ailleurs est fondée en raison. L'existence d'une procuration générale, qui ne laisse aucun bien en souffrance, explique jusqu'à un certain point le silence prolongé de l'absent. il ne donne point de ses nouvelles, parce qu'il sait que tous ses intérêts sont sauvegardés ; on doit donc concevoir moins promptement des inquiétudes sur son compte, et moins se hâter de prononcer la déclaration d'absence. Au contraire une procuration spéciale, surtout si elle laisse un grand nombre d'intérêts en souffrance, n'explique pas ou n'explique que fort imparfaitement le silence prolongé de l'absent. A quel titre pourrait-elle donc être prise en considération pour retarder la déclaration d'absence ? Il n'y a d'ailleurs aucun inconvénient pratique à décider qu'une procuration spéciale, ne porte pas nécessairement à dix ans le délai après lequel la déclaration d'absence peut être demandée ;

car les juges seront toujours autorisés à tenir compte de cette procuration pour ne pas faire droit à une demande qui leur paraîtrait prématurément formée. Aussi l'opinion que nous venons d'exposer est-elle généralement admise.

1276. Il peut arriver que la procuration générale laissée par l'absent vienne à cesser. Si elle cesse par une cause étrangère à sa volonté, par exemple par la mort du mandataire ou par son, interdiction, ces événements, qui sont inconnus de l'absent, n'affaiblissent aucunement l'induction que la loi tire de la procuration. L'absent a pourvu à la gestion de ses intérêts ; il les croit bien gérés, son silence se comprend. On applique alors sans difficulté l'art. 122, ainsi conçu : « Il en sera de même » [c'est-à-dire que la déclaration d'absence ne pourra être poursuivie qu'au bout de dix ans] « si la procuration vient à

» cesser ; et dans ce cas, il sera pourvu à l'administration des biens de l'absent, comme

» il est dit au chapitre I du présent titre ».

Mais cette solution doit-elle encore être admise, si la procuration prend fin par l'expiration du terme que l'absent lui-même a assigné aux pouvoirs de son mandataire ? Ainsi la procuration laissée par l'absent porte pouvoir de gérer ses biens pour deux ans seulement ; on ne reçoit de lui aucune nouvelle ; faudra-t-il néanmoins attendre dix ans pour demander la déclaration d'absence ? L'affirmative semble résulter de l'art. 122, dont le texte ne fait aucune distinction entre les diverses causes qui peuvent mettre fin au mandat. — Il y a cependant une objection grave contre cette solution. La procuration que l'absent a donnée pour deux ans explique bien jusqu'à un certain point son silence pendant deux ans ; mais après l'expiration de ce délai, son silence n'est guère plus explicable que dans l'hypothèse où il n'a pas laissé de procuration. Aussi plusieurs auteurs, faisant prévaloir l'esprit de la loi sur son texte, décident-ils que la déclaration d'absence pourra être demandée quatre

ans après l'expiration du terme assigné par l'absent aux pouvoirs de son mandataire.

Quelque parti que l'on prenne sur le point qui précède, on doit admettre qu'une procuration donnée par l'absent pour un délai plus long que dix années ne retarderait pas la déclaration d'absence au delà du terme fixé par l'art. 121. Du moins la demande formée à l'expiration de ce terme ne devrait pas être déclarée non recevable comme prématurée ; car le tribunal aurait certainement le droit de la rejeter par application de l'art. 117, ainsi conçu : « Le tribunal, en statuant sur la demande, aura d'ailleurs égard aux motifs » de l'absence, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'individu » présumé absent ».

III. Qui peut demander la déclaration d'absence.

1277. La déclaration d'absence peut être demandée par les parties intéressées (art. 115). Pour déterminer le sens de cette expression. il faut savoir que l'intérêt de la déclaration d'absence consiste dans l'envoi en possession provisoire, qui en est le fruit. Il s'ensuit que la déclaration d'absence ne peut être demandée que par ceux qui, l'absence une fois déclarée, ont droit à l'envoi en possession provisoire, principalement par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles et par ses légataires. Le droit de demander la déclaration d'absence n'appartiendrait donc ni aux créanciers de l'absent ni au procureur de la république, qui, l'absence une fois déclarée, n'ont aucun droit à l'envoi en possession provisoire.

On remarquera d'ailleurs :

a. — En ce qui concerne les créanciers, que la déclaration d'absence leur serait non seulement inutile, mais le plus souvent préjudiciable ; car, par suite de l'envoi en possession provisoire qui en résulte, les biens de l'absent

seront fréquemment morcelés ou tout au moins divisés entre divers ayant-droit, ce qui rendra les poursuites des créanciers plus onéreuses. C'est à tel point qu'on s'explique difficilement comment l'art. 11 de la loi du 13 janvier 1817. sur les militaires absents, a pu faire figurer les créanciers parmi les personnes auxquelles appartient le droit de demander la déclaration d'absence.

b. — En ce qui concerne le ministère public, qu'il est spécialement chargé de veiller aux intérêts de l'absent (art. 114), et que, par suite, loin d'avoir le droit de former une demande en déclaration d'absence, il est tenu de proposer au nom de l'absent tous les moyens propres à faire échouer celle formée par les divers ayant-droit. Car l'absent est intéressé à ce que son absence ne soit pas déclarée, ne fût-ce que pour conserver la jouissance entière de ses revenus, dont t'envoi en possession provisoire, fruit de la déclaration d'absence, lui fait perdre une partie considérable (art. 127).

On voit que le mot parties intéressées n'a pas dans l'art. 115 le même sens que dans l'art. 112. Les parties intéressées de l'art. 112 sont toutes personnes ayant intérêt à la conservation des biens de l'absent ; les parties intéressées de l'art. 115 sont toutes personnes ayant des droits subordonnés au décès de l'absent.

IV. De la procédure à suivre sur la demande en déclaration d'absence.

1278. En organisant cette procédure, la loi s'est proposé, d'une part, de mettre le tribunal à même de savoir s'il n'a été reçu aucune nouvelle de l'absent, d'autre part, d'informer l'absent de la demande en déclaration d'absence, et de le provoquer ainsi à donner signe de vie. Voici maintenant les détails.

La demande en déclaration d'absence s'introduit par une requête adressée au président du tribunal. Il faut se

reporter sur ce point à rad. 860 du code de procédure civile, applicable à la déclaration d'absence, bien qu'il ne parle que de l'envoi en possession provisoire, parce qu'il y a un lien étroit entre ces deux demandes qui, d'ailleurs, dans la pratique, sont presque toujours formées simultanément.

Aux termes de l'art, 116 : « Pour constater l'absence, le tribunal, » d'après les pièces et documents produits, ordonnera qu'une enquête

» soit faite contradictoirement avec le procureur du Roi, dans

» l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence, s'ils

» sont distincts l'un de l'autre ».

Pour que la demande en déclaration d'absence soit recevable, il faut qu'on n'ait pas eu de nouvelles de l'absent depuis quatre ans ou dix ans, suivant les cas (supra, n. 1273). L'enquête a été considérée comme le meilleur moyen d'éclairer le juge sur le point de savoir si cette condition est remplie. Aussi la loi ne permet-elle pas au tribunal de déclarer l'absence sans avoir préalablement recours à cette mesure d'instruction. — Les personnes les mieux renseignées sur le sort de l'absent devant naturellement se trouver au dernier domicile et à la dernière résidence de l'absent, la loi exige qu'une enquête soit faite dans l'arrondissement du domicile et dans celui de la résidence tout à la fois, s'ils sont distincts l'un de l'autre. — C'est le tribunal du dernier domicile de l'absent qui est seul compétent pour ordonner l'enquête. S'il arrive que, l'absent ayant eu sa dernière résidence dans un arrondissement autre que celui de son domicile, il y ait lieu de procéder à une double enquête, le tribunal du domicile adressera une commission rogatoire au tribunal de la résidence, pour qu'il procède à la seconde. Dans tous les cas, l'enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur de la République. Cela signifie que ce magistrat

doit figurer dans l'enquête, au nom de l'absent, comme contradicteur de ceux qui demandent la déclaration, d'absence. A ce titre il a le droit, dans une contre-enquête, de faire entendre des témoins pour contredire les assertions de ceux qui sont venus déposer dans l'enquête. L'absent, étant représenté par le procureur de la République dans l'instance relative à la déclaration d'absence, ne pourrait pas, après son retour, se pourvoir par tierce opposition contre le jugement qui déclare l'absence.

Le tribunal ne pourrait pas déclarer l'absence sans ordonner préalablement l'enquête dont parle l'art. 116 ; mais il peut fort bien, au contraire, s'il se trouve suffisamment éclairé, si par exemple il a sous les yeux une lettre récente de l'absent, rejeter la demande en déclaration d'absence de plano, c'est-à-dire sans enquête préalable.

« Le procureur du Roi enverra, aussitôt qu'ils seront rendus, les

» jugements tant préparatoires que définitifs, au ministre de la

» Justice, qui les rendra publics (art. 118).

Sous le nom de jugement préparatoire, ce texte désigne le jugement qui ordonne l'enquête. D'après la terminologie adoptée depuis lors par le code de procédure civile, il faudrait dire jugement INTERLOCUTOIRE.

Quant au jugement définitif, c'est celui qui déclare l'absence. — Le ministre de la justice rend ces jugements publics par la voie du Journal officiel. Cette mesure de publicité est à l'adresse de l'absent. La loi espère que le journal officiel, qui va dans tous les pays du monde civilisé, tombera entre ses mains, et qu'informé de ce qui se passe, il se décidera à donner de ses nouvelles, s'il est encore en vie.

La cour de Nîmes avait jugé que la publication du jugement ordonnant l'enquête n'était pas nécessaire pour

que l'absence pût être déclarée ; son arrêt a été cassé par la cour suprême le 15 juillet 1878 (D., 78. 1. 422, S., 78. 1. 452).

Enfin, aux termes de l'art. 119 : « Le jugement de déclaration » d'absence ne sera rendu qu'un an après le jugement qui aura » ordonné l'enquête ». En ajoutant ce délai d'un an au délai de quatre ans ou de dix ans avant l'expiration duquel la déclaration d'absence ne peut pas être utilement demandée, on arrive à un délai total de cinq ans ou de onze ans, qui représente la durée minima de la période de la présomption d'absence, à laquelle la déclaration d'absence met fin.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE L'ABSENCE

SECTION PREMIÈRE

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX BIENS QUE L'ABSENT POSSÉDAIT AU JOUR DE SA DISPARITION

1279. La loi s'occupe ici successivement : de l'envoi en possession provisoire ; — du droit d'option accordé au conjoint de l'absent ; — de l'envoi en possession définitif ; — de la fin de l'absence. Ces matières feront l'objet d'autant de paragraphes. Nous en ajouterons un cinquième dans lequel il sera traité de l'action en pétition de la possession de l'hérédité.

§ 1. De l'envoi en possession provisoire.

N° 1. Généralités.

1280. Pendant la première période de l'absence, il est toujours pourvu d'une manière assez imparfaite à l'administration du patrimoine de l'absent. On ne prend que des demi-mesures, parce qu'on espère le prompt retour de l'absent ; et encore souvent surviennent-elles trop tard, par suite des lenteurs de la justice ou de la négligence des intéressés. Quelquefois le tribunal nomme un curateur salarié, qui administre comme peut administrer un homme dont les actes ne sont soumis à aucun contrôle et que sa gestion n'intéresse qu'au point de vue des émoluments qu'elle lui procure. Bref les cinq ou onze années, et plus, que dure la présomption d'absence, équivalent ordinairement, comme le dit Laurent, à autant d'années d'abandon. L'intérêt des héritiers de l'absent, et généralement de tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, l'intérêt de l'absent lui-même s'il est encore en vie, l'intérêt social enfin, qui n'est que la somme des intérêts particuliers, exigent que cette situation ne se prolonge pas indéfiniment. Il est temps, la déclaration d'absence une fois prononcée, de prendre des mesures un peu mieux définies qui, dans l'intérêt de tous, assureront la conservation du patrimoine de l'absent. En les organisant, la loi s'est certainement préoccupée à la fois des intérêts de l'absent et de ceux des personnes qui ont des droits subordonnés à son décès ; mais c'est une grosse question que celle de savoir lequel de ces deux intérêts est dominant aux yeux du législateur. Nous verrons que c'est celui de l'absent (infra, n. 1290).

Quoi qu'il en soit sur ce point, voici le système de la loi. Les meilleurs administrateurs d'un bien sont ceux auxquels ce bien appartient ou doit appartenir un jour : il faut par conséquent confier l'administration des biens de l'absent à ceux auxquels ces biens doivent revenir après sa mort, à ceux en un mot qui ont sur lesdits biens des droits subordonnés à son décès. Ainsi on confiera au légataire les

biens que l'absent lui a légués, aux héritiers les plus proches de l'absent, ceux dont il n'a pas disposé par testament. C'est là ce qu'on appelle l'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE. — Envoi en possession, parce que chaque intéressé est mis en possession des biens sur lesquels il a un droit subordonné au décès de l'absent. — Provisoire, parce que cette attribution n'est faite que provisoirement, en ce sens surtout que les biens devront être restitués à l'absent s'il reparaît.

L'envoi en possession provisoire est pour les envoyés la source d'un avantage important : ils gagnent une grande partie des fruits par eux perçus (art. 127). La loi veut ainsi sans doute, dans l'intérêt même de l'absent, les convier à demander l'envoi en possession provisoire ; vraisemblablement ils ne le demanderaient pas s'il devait entraîner pour eux une charge sans compensation.

1281. La plupart des auteurs établissent comme principe, au début de cette matière, que l'absent est présumé mort le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et que par suite sa succession est réputée provisoirement ouverte à dater de cette époque. Cette présomption n'étant écrite dans aucun texte, on ne doit pas l'admettre ; car il ne saurait y avoir de présomption légale sans loi. Comme le dit fort bien la cour de cassation dans un arrêt du 7 mai 1889 (S., 92. 1. 396, D. ; 90. 1. 119), « l'absent n'est légalement réputé ni mort ni vivant ». Il y a incertitude sur son existence ; voilà tout. Ce point est important à constater dès le début, car un faux principe engendre de fausses conséquences. On en aura bientôt la preuve.

N° 2. A quelle époque l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

1282. L'envoi en possession provisoire est le fruit de la déclaration d'absence. Il peut donc être demandé aussitôt

que l'absence est déclarée. C'est ce que disent les art. 120 et 121.

D'après le projet primitif, ainsi que nous l'avons déjà noté (supra, n. 1273), l'existence d'une procuration laissée par l'absent devait retarder, non pas la déclaration d'absence, mais seulement renvoi en possession provisoire. Ce système ayant été abandonné, on aurait dû reporter l'art. 121 dans le chapitre II, en effaçant les mots et L'envoi provisoire, et supprimer en outre dans l'art. 120 les mots Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens. Par mégarde, sans doute, on a omis de faire ces modifications ; de sorte que, au point de vue de la rédaction, la loi est assez défectueuse. Il n'y a d'ailleurs aucun doute sur l'interprétation qu'elle doit recevoir.

L'envoi en possession provisoire doit être demandé à la justice.

Le tribunal compétent pour l'accorder est celui qui a déclaré l'absence. Dans la pratique il est d'usage, pour diminuer les frais, de demander à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire : il est statué sur le tout par un même jugement.

N° 3. Par qui l'envoi en possession provisoire peut être demandé.

1283. L'envoi provisoire peut être demandé par tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Pour déterminer quels ils sont, il faut se reporter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, c'est-à-dire au jour où il a donné le dernier signe de vie. En effet, c'est à cette époque que l'absent sera considéré comme mort, si on ne reçoit jamais de ses nouvelles. La fixation de toute autre époque, eût été arbitraire.

L'envoi en possession pourra donc être obtenu :

1° Par les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, c'est-à-dire par ceux qui auraient recueilli sa succession si elle s'était véritablement ouverte à cette époque. L'art. 120 dit à ce sujet : « ...ses héritiers présomptifs, au

» jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, pourront, en

» vertu du jugement définitif qui aura déclaré l'absence, se faire

» envoyer en possession provisoire des biens qui appartenaient à

» l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, à la

» charge de donner caution pour la sûreté de leur administration ».

Sous le nom d'héritiers, la loi comprend ici non seulement les héritiers proprement dits de l'absent, mais aussi ses successeurs irréguliers. Il y a un texte en ce qui concerne le conjoint (art. 140), et il n'est pas douteux que les autres successeurs irréguliers n'aient aussi le droit de demander, le cas échéant, l'envoi en possession provisoire.

Notre article accorde l'envoi en possession provisoire aux héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et non à ses héritiers au jour où l'envoi en possession est demandé. En d'autres termes, pour déterminer quels sont ceux auxquels l'envoi provisoire doit être accordé, il faut supposer l'absent mort, non pas le jour où l'envoi en possession est demandé, mais le jour où il a donné le dernier signe de vie, c'est-à-dire le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. C'est à celui qui était son héritier présomptif à cette époque que l'envoi provisoire devra être accordé, ou à ses successeurs s'il est décédé ; car le droit à l'envoi s'est irrévocablement fixé sur sa tête. Exemple : Au moment de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, son héritier présomptif était son conjoint, l'absent n'ayant alors, on le suppose,

aucun parent au degré successible (art. 767) ; ce conjoint meurt avant la déclaration d'absence, laissant son frère pour héritier. Par qui l'envoi en possession provisoire pourra-t-il être obtenu ? S'il devait être attribué à l'héritier présomptif au jour où l'envoi est demandé, c'est l'Etat qui l'obtiendrait (art. 768), puisque l'absent, à cette époque, n'a plus ni parent ni conjoint. Mais, en vertu de notre principe, on l'accordera à l'héritier du conjoint, son frère, dans l'espèce, le beau-frère de l'absent, bien qu'il n'ait aucun titre personnel pour lui succéder, parce que le droit à l'envoi provisoire s'est irrévocablement fixé sur la tête du conjoint dont il est l'héritier.

2° Par les Légataires (art. 123). On les mettra provisoirement en possession des biens qui leur ont été légués.

Si un légataire est mort depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, l'envoi en possession provisoire sera accordé à son héritier. En effet, le droit à l'envoi s'est fixé sur la tête du légataire, par cela seul qu'il était vivant au moment de la disparition ou des dernières nouvelles. Arg. art. 120 et 1039.

Mais comment saura-t-on quels sont les légataires de l'absent ? On ouvrira son testament à la réquisition des intéressés ou du procureur de la République (art. 123).

3° Par les donataires (art. 123).

Il s'agit des donataires de biens à venir (art. 1082 s.) et non des donataires de biens présents. En effet, l'envoi en possession n'a lieu qu'au profit de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Or le donataire de biens à venir est seul dans ce cas : le donataire de biens présents a un droit indépendant du décès du donateur (art. 894 ;

4° Par toutes autres personnes ayant sur les biens de l'absent des droits subordonnés à son décès (art. 123).

Ce qui s'applique notamment : au nu-propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier, au donateur qui a donné

un bien à l'absent avec stipulation du droit de retour, aux appelés à une substitution dont l'absent était grevé.

1284. Régulièrement les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles doivent obtenir d'abord l'envoi en possession de tous les biens composant le patrimoine de l'absent ; puis ils délivrent, sur leur demande, aux autres intéressés, tels que les légataires, les biens particuliers sur lesquels ceux-ci ont des droits subordonnés au décès de l'absent. Cette marche, qui est éminemment rationnelle, puisque les héritiers, étant appelés à l'universalité des biens, sont les contradicteurs naturels de tous ceux dont la prétention tend à distraire quelque chose de cette universalité, est indiquée par l'art. 123, ainsi conçu :

« Lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession

» provisoire, le testament, s'il en existe un sera ouvert à la
» réquisition des parties intéressées, ou du procureur du Roi près

» le tribunal ; et les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux

» qui avaient sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la

» condition de son décès, pourront les exercer provisoirement à la

» charge de donner caution ».

Mais supposez que les héritiers présomptifs ne veuillent pas demander l'envoi en possession. Peut-être ont-ils leurs raisons pour cela ; ils savent par exemple que le testament de l'absent les dépouille, et ils se disent : à quoi bon agir pour le profil des légataires ? Leur inaction va-t-elle tenir en échec le droit des autres intéressés ? Nous ne le croyons pas. En effet, les termes de l'art. 123 ne sont pas restrictifs. Ce texte ne dit pas que les légataires et autres intéressés ne pourront exercer provisoirement leurs droits que lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en

possession ; il porte simplement, statuant de eo quod plerumque fit, que, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en possession, les autres intéressés devront s'adresser à eux pour obtenir l'exercice de leurs droits. Le cas qui nous occupe se trouve être ainsi resté en dehors des prévisions de la loi, parce qu'il est de nature à se présenter rarement, et il doit être résolu d'après les principes généraux. Or, ces principes ne permettent pas que le droit qui nous appartient puisse être paralysé par le mauvais vouloir d'autrui. Comprendrait-on d'ailleurs que les légataires et autres intéressés, qui ont incontestablement le droit de demander la déclaration d'absence sans la participation des héritiers (supra, n. 1277), eussent besoin de cette participation quand ils veulent obtenir l'envoi en possession provisoire qui est le fruit de la déclaration d'absence ? Aussi la solution que nous venons de développer triomphe-t-elle en jurisprudence, et la doctrine l'accepte aussi, sauf quelques dissentiments. Voici la marche que les intéressés devront suivre en pareil cas : ils mettront, au moyen d'une sommation, les héritiers en demeure de demander l'envoi, et, si ceux-ci s'y refusent, ils s'adresseront à la justice pour obtenir d'elle l'exercice provisoire de leurs droits.

En procédant d'une manière analogue, les légataires, ou du moins ceux qui se présument tels, pourraient, si les héritiers présomptifs refusent de demander l'envoi en possession, obtenir l'ouverture du testament de l'absent, bien que normalement l'envoi en possession des héritiers doive précéder cette ouverture (art. 123).

On s'accorde d'ailleurs à reconnaître qu'une mise en demeure préalable des héritiers légitimes ne serait plus nécessaire, s'il s'agissait d'un légataire universel saisi aux termes de l'art. 1006. Il pourrait demander directement l'envoi en possession à son profit, car il est heredis loco.

1285. A qui attribuera-t-on les fruits des biens de l'absent, recueillis depuis son départ jusqu'à l'envoi en

possession provisoire ? Ils doivent, à notre avis, en leur qualité d'accessoires, suivre le sort de la chose qui les a produits. On attribuera donc les fruits de la chose léguée au légataire, ceux de la chose dont l'absent était usufruitier au nu propriétaire... Et remarquez que ces fruits sont attribués aux divers intéressés comme capital, par conséquent sauf restitution à l'absent s'il reparaît. Aussi l'art. 126 ordonne-t-il qu'il soit fait emploi de ces fruits.

N° 4. A quels biens s'applique l'envoi en possession provisoire.

1286. L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les biens et seulement aux biens qui figuraient dans le patrimoine de l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (art. 120). Il comprend donc tous les droits tant réels que personnels qui lui appartenaient alors, même les droits conditionnels, mais non les droits éventuels dont parle l'art. 135.

* La loi n'autorisant. l'envoi en possession provisoire que relativement aux biens « qui appartenaient à l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles » (art. 120 et rubrique de la section I du chapitre III), il en résulte que l'envoi en possession provisoire ne s'applique pas aux biens qui, à ce moment de la disparition ou des dernières nouvelles, étaient sortis du patrimoine de l'absent, et sur lesquels les envoyés peuvent avoir des droits subordonnés à son décès. De là nous tirerons deux conséquences qui, toutes les deux, la seconde surtout, sont contestées.

* 1° Les envoyés en possession provisoire, quand ils sont héritiers réservataires de l'absent, ne peuvent pas demander la réduction des donations par lui faites, et qui excèdent la quotité disponible. Le donataire attaqué par l'action en réduction répondrait victorieusement : Votre droit de demander la réduction de la donation qui m'a été faite par l'absent, est subordonné au décès de celui-ci ;

prouvez donc ce décès, ainsi que vous y oblige la règle *Actori incumbit probatio* ; jusque-là vous devez être déclarés non recevables dans votre demande. — Inutilement les envoyés répliqueraient-ils que l'absent est présumé mort le jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Comme l'a dit fort bien la cour de cassation, cette prétendue présomption légale n'est écrite nulle part : l'absent n'est légalement réputé ni mort ni vivant (Cass., 29 janv. 1879, D., 79. 1. 76, S., 79. 1. 159 et supra, n. 1281). La jurisprudence est en ce sens (Caen, 24 fév. 1812, D., 73. 2. 81, S., 72. 2. 241). C'est aussi la solution admise dans la doctrine, sauf quelques dissentiments.

* 2° Les héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire des biens laissés par l'absent, ne peuvent pas se demander respectivement le rapport des donations qu'ils ont reçues de l'absent sans clause de préciput. Les biens donnés par l'absent étaient définitivement sortis de son patrimoine quant à lui ; les cohéritiers du donataire n'en peuvent demander le rapport qu'à la condition de prouver le décès de l'absent, c'est-à-dire l'ouverture de sa succession. Malgré ces raisons, la doctrine, en général, se prononce en sens contraire. On invoque surtout, en faveur de l'obligation du rapport, des raisons d'équité. Quelque puissantes qu'elles soient, elles ne sauraient, à notre avis, prévaloir sur les principes.

N° 5. Des garanties de restitution, établies par la loi au profit de l'absent.

1287. Bien que la supposition du décès de l'absent soit assez vraisemblable lorsque l'absence est déclarée, son retour est cependant possible. En vue de cette éventualité qui, si elle se réalise, aura pour résultat d'obliger les envoyés en possession provisoire à la restitution des biens de l'absent, la loi devait organiser au profit de celui-ci certaines garanties. Les art. 120 et 123 nous ont déjà dit

que les envoyés en possession provisoire doivent fournir caution. A cette garantie l'art. 126 en ajoute trois autres, savoir : l'inventaire, la vente du mobilier et l'emploi du prix et des fruits échus.

Etudions-les successivement.

1° Les envoyés en possession provisoire doivent fournir caution (art. 120 et 123 in fine). Cette règle ne souffre exception qu'en ce qui concerne l'Etat : *fiscus semper solvendo censetur* ; elle s'applique même aux enfants de l'absent.

La caution que doivent fournir les envoyés en possession provisoire est une caution légale ; car c'est la loi qui l'impose. Elle devrait donc satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019. V. art. 2040.

A défaut de caution, les envoyés en possession provisoire devraient être admis à fournir des sûretés équivalentes, savoir un gage ou nantissement suffisant (art. 2041), ou une hypothèque.

Mais qu'arrivera-t-il si un envoyé en possession provisoire ne peut pas trouver de caution et qu'il n'ait pas de sûretés équivalentes à offrir ? L'opinion générale admet l'application analogique des mesures prescrites par les art. 602 et 603. Cette solution suppose que l'envoi en possession provisoire a été établi par la loi dans l'intérêt des envoyés plutôt que dans celui de l'absent. Si l'on admet au contraire qu'il a été organisé principalement dans l'intérêt de l'absent, il faut dire que les art. 602 et 603 ne sont pas applicables, et décider que l'intéressé qui ne peut pas fournir caution n'obtiendra pas l'envoi ; il devra être accordé à celui ou à ceux qui sont appelés à son défaut, s'ils offrent les garanties nécessaires, et, à défaut de toute personne intéressée pouvant offrir ces garanties, à l'Etat, s'il le demande.

2° Inventaire. — La confection d'un inventaire est une garantie exigée par la loi de tous les administrateurs du patrimoine d'autrui, même de ceux qu'elle n'oblige pas à

fournir caution, comme le tuteur. L'art. 126 al. 1 dit au sujet de l'inventaire : « Ceux qui auront

» obtenu l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté,

» devront faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en

» présence du procureur du Roi près le tribunal de première instance, ou d'un juge de

» paix, requis par ledit procureur du Roi ».

3° Vente du mobilier. — « , Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou pur » lie du mobilier » (art. 126 al. 2). Le tribunal a un pouvoir discrétionnaire pour décider quels meubles doivent être vendus et quels autres conservés. Ordinairement il ordonnera la vente des meubles périssables, c'est-à-dire de ceux qui perdent beaucoup de leur valeur par l'effet du temps ou les caprices de la mode : l'absent a intérêt à les voir convertir en : un capital dont il pourra être fait un emploi sûr et rémunérateur. La loi n'indique pas les formes dans lesquelles la vente doit avoir lieu. Toute latitude est donc laissée sur ce point au tribunal, qui ordonnera, suivant les circonstances, une vente à l'amiable ou une vente aux enchères publiques.

4° Emploi du prix provenant de la vente du mobilier et des fruits échus. — « Dans » le cas de vente, il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus » (art. 126 al. 2). La loi gardant le silence en ce qui concerne le mode d'emploi des deniers et le délai dans lequel cet emploi devra être fait, on en conclut qu'il appartiendrait au tribunal de régler ces différents points.

1288. Aux termes de l'art 126 al. final : « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire

» pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé, par le

» tribunal, à la visite des immeubles, à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera

» homologué en présence du procureur du Roi ; les frais en seront pris sur les biens de

» l'absent ». C'est là une mesure organisée dans l'intérêt des envoyés plus que dans celui de l'absent ; aussi est-elle facultative. Elle a pour but de prévenir un procès entre l'absent de retour, qui soutiendrait que l'envoyé a reçu les immeubles en bon état et doit les restituer tels, et l'envoyé qui prétendrait le contraire.

Qu'arrivera-t-il si l'état dont il s'agit n'a pas été dressé ? Plusieurs auteurs décident que l'envoyé sera présumé avoir, reçu les immeubles en bon état et devra les restituer tels. Ils induisent cette solution de l'art. 1731, ainsi conçu : « S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire ». Mais il y a une raison puissante pour ne pas appliquer ce texte au cas qui nous occupe : il établit une présomption légale, et il est de principe que les présomptions légales ne s'étendent pas d'un cas à un autre, surtout quand l'analogie l'ait défaut. Or c'est précisément ce qui arrive ici. La loi autorisant le locataire à exiger que la chose louée lui soit délivrée en bon état (art. 1719), il n'aura très probablement pas manqué d'user de ce droit ; on devait donc présumer dans le doute qu'il a reçu la chose en bon état : *præsumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Au contraire, l'envoyé provisoire prend les biens dans l'état où il les trouve, c'est-à-dire presque toujours en mauvais état (supra, n. 1280,. Présumer qu'il les a reçus en bon état, ce serait donc supposer le contraire de ce qui arrive ordinairement. Il faut en conclure que la preuve de l'état des biens, en cas de contestation entre l'absent de retour et l'envoyé, devra être faite conformément au droit commun.

La loi nous dit que les frais, faits en vue de constater l'état des immeubles, seront pris sur les biens de l'absent (art. 126). Elle nous donne à entendre par là qu'il doit en être de même des frais occasionnés par l'inventaire et par

la vente des meubles. Si la loi fait payer à l'absent les frais d'une mesure qui est prise dans l'intérêt des envoyés, à plus forte raison a-t-elle dû vouloir lui faire supporter les frais de mesures qui sont prises principalement ou même exclusivement dans son intérêt. D'ailleurs les envoyés sont par rapport à l'absent des mandataires, et l'art. 1999 accorde au mandataire le remboursement de ses frais, même quand le mandataire, comme dans l'espèce, est salarié.

N° 6. Effets de l'envoi en possession provisoire.

1289. L'envoi en possession provisoire produit un triple effet : 1° il confère aux envoyés l'administration des biens de l'absent ; 2° la loi alloue aux envoyés, à titre de rémunération, la plus grande partie des revenus produits par ses biens ; 3° enfin les envoyés doivent payer à l'Etat le droit de mutation qu'ils paieraient si la succession de l'absent était réellement ouverte. Etudions successivement ces divers points.

1290. I. Les envoyés en possession provisoire sont chargés de l'administration des biens de l'absent. — Aux termes de l'art. 125 :

« La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux

» qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les

» rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait

» de ses nouvelles ».

Il y a des différences essentielles entre le dépôt et la possession provisoire. D'abord le dépositaire n'est pas chargé d'administrer, tandis que les envoyés administrent. Ensuite le dépôt est essentiellement gratuit (art. 1917), tandis que l'administration provisoire est salariée et largement salariée (art. 127). Alors pourquoi la loi dit-elle que l'administration provisoire est un dépôt ? C'est pour

qu'il soit bien entendu que l'envoyé en possession provisoire, de même que le dépositaire, possède à titre précaire, c'est-à-dire non pour son compte personnel, mais pour le compte de l'absent qu'il reconnaît propriétaire. Il en résulte notamment que les envoyés en possession provisoire ne peuvent jamais prescrire contre l'absent, par quelque laps de temps que ce soit (arg. art. 2236).

Peut-être aussi le législateur voyait-il une autre analogie entre le dépôt et la possession provisoire : de même que le dépôt a lieu pour l'avantage du déposant, et non du dépositaire, de même l'administration provisoire est organisée dans l'intérêt de l'absent, bien plus que dans celui des envoyés. La loi, dans l'intérêt de l'absent, dont elle espère le retour malgré la déclaration d'absence, a recherché les meilleurs administrateurs de ses biens, et elle a cru devoir choisir à ce titre ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, et auxquels ces biens doivent revenir un jour s'ils ne leur appartiennent déjà ; mais ce n'est pas leur intérêt que la loi a principalement en vue. — On objecte que l'art. 127 accorde aux envoyés en possession provisoire la portion la plus considérable des fruits produits par les biens de l'absent : les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou même la totalité, suivant les cas, ce qui constitue une rémunération hors de toute proportion avec le salaire dû à un administrateur. Cela prouve, dit-on, que la loi se préoccupe avant tout des intérêts des envoyés ; quant à ceux de l'absent, elle ne les fait plus figurer qu'au deuxième plan. — La réponse est qu'il fallait bien offrir des avantages aux envoyés pour les déterminer à se charger de l'administration des biens de l'absent, et c'est dans l'intérêt même de celui-ci que la loi s'est montrée généreuse à ses dépens : l'important, après tout, n'est-il pas que l'absent, s'il reparaît, retrouve son capital intact ? Voilà ce dont la loi s'est surtout préoccupée. L'absent retrouvera même son capital sensiblement augmenté s'il reparaît avant trente ans, puisque les

envoyés lui restitueront alors une partie des fruits (art. 127).

1291. Si l'absent a laissé plusieurs héritiers présomptifs au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ils ont tous droit à l'envoi provisoire. Comment se répartira entre eux l'administration des biens de l'absent ? Les envoyés en possession provisoire devront diviser entre eux cette administration proportionnellement à leurs droits héréditaires ; s'ils ne peuvent pas s'entendre, la justice réglera le différend. Il paraît difficile d'admettre, comme on le fait généralement, que les envoyés puissent procéder à un partage des biens de l'absent, partage qui deviendrait plus tard irrévocable par l'envoi en possession définitif. Comment un partage de propriété ou même de jouissance pourrait-il intervenir entre des administrateurs, entre des dépositaires (art. 125) ? L'art. 129, d'ailleurs, en accordant à tous les ayant-droit, après l'envoi en possession définitif, le droit de demander le partage des biens de l'absent, ne suppose-t-il pas que ce droit n'existe pas auparavant ?

* 1292. On demande si les envoyés en possession provisoire sont tenus de payer les dettes de l'absent, et, dans le cas de l'affirmative, s'ils en sont tenus *ultra vires*, ou seulement *intra vires bonorum*. D'après l'opinion générale, les dettes de l'absent se divisent de plein droit entre les envoyés en possession provisoire ; mais, de même que des héritiers bénéficiaires, ils n'en sont tenus qu'*intra vires bonorum*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence seulement de la valeur des biens qu'ils détiennent, et cela sans qu'une acceptation sous bénéfice d'inventaire soit nécessaire. — En supposant, suivant l'opinion générale, que la succession de l'absent doive être considérée comme provisoirement ouverte par la déclaration d'absence, ce qui conduit à traiter les envoyés comme des héritiers, comment admettre qu'ils puissent être héritiers bénéficiaires sans avoir accepté sous bénéfice d'inventaire ? Il nous paraît plus logique de décider que les envoyés en possession provisoire

ne sont pas autre chose que des dépositaires, des administrateurs (art. 125), et qu'ils doivent, à ce titre, payer les dettes de l'absent, mais évidemment sur ses biens seulement.

1293. Quels sont maintenant les pouvoirs des envoyés en possession provisoire relativement aux biens dont la possession leur a été déférée ? Ce sont ceux qui appartiennent d'une manière générale à tout administrateur du bien d'autrui. Ainsi les envoyés peuvent et doivent :

1° Faire tous actes conservatoires des biens de l'absent : par exemple interrompre les prescriptions qui courent contre lui (l'absence n'est pas une cause de suspension de la prescription) ; faire exécuter toutes les réparations qui peuvent être nécessaires, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les grosses réparations, les réparations d'entretien et les réparations locatives ; renouveler les inscriptions hypothécaires qui vont se périmer, etc.

2° Donner à bail les biens de l'absent. La loi ne contenant aucune disposition relativement à la durée des baux faits par les envoyés, il y aurait lieu d'appliquer sur ce point les règles prescrites par les art. 1429 et 1430, qui semblent contenir le droit commun de la matière. Cpr. art. 481, 595, 1718.

3° Toucher à l'échéance les créances appartenant à l'absent et donner quittance des sommes perçues.

4° Faire emploi des capitaux de l'absent, même en acquisitions d'immeubles, pourvu que les acquisitions soient faites au comptant.

5° Défendre à toutes les actions intentées contre l'absent. L'art. 134 dit à ce sujet : « Après Le jugement de déclaration d'absence,

» toute personne qui aurait des droits à exercer contre L'absent ne

» pourra les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en

» possession des biens, ou qui en auront l'administration légale ».

Les envoyés en possession provisoire peuvent-ils intenter les actions qui appartiennent à l'absent ? On leur reconnaît ce droit en ce qui concerne les actions mobilières et les actions possessoires, dont la loi paraît accorder l'exercice à tout administrateur en général (arg. art. 464, 482, 1428). Quant aux actions immobilières pétitoires, il y a controverse. Plusieurs auteurs admettent que l'exercice de ces actions doit être refusé aux envoyés en possession provisoire, comme il l'est aux administrateurs en général (art. 464, 482, 1428), que du moins ils ne peuvent exercer ces actions qu'avec l'autorisation de la justice. L'opinion contraire tous paraît préférable. En effet, aux termes de l'art. 817 al. 2, les envoyés en possession provisoire peuvent intenter au nom de l'absent l'action en partage qui appartiendrait à celui-ci. Cela implique qu'ils ont le même droit pour toutes les autres actions ; car l'action en partage est une de celles dont la loi accorde le plus difficilement l'exercice. On peut même citer un administrateur, le mari dotal, qui a l'exercice de toutes les actions, sauf de l'action en partage (arg. art. 818 et 1549. Cpr. supra, n. 375).

1294. Mais si les envoyés en possession provisoire ont qualité pour accomplir tous les actes d'administration, l'exercice des actes de disposition leur est interdit. Ainsi les envoyés ne peuvent pas :

1° Aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent.
« Tous

» ceux qui ne jouiront qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne pourront

» aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent », dit l'art. 128.

Ce texte ne parlant que des immeubles, il semble en résulter par argument a contrario que les envoyés en possession provisoire peuvent aliéner les meubles de l'absent. C'est l'avis de quelques auteurs. — Nous

préférons le sentiment contraire. L'argument a contrario est en général peu probant. Ici il n'a presque aucune valeur, parce que le silence de l'art. 128 en ce qui concerne les meubles reçoit une explication : ce texte n'en a pas parlé, parce qu'un autre s'en est déjà occupé, et précisément celui-là semble refuser aux envoyés le droit d'aliénation. C'est l'article 126 al. 2 où on lit : « Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier ». N'est-ce pas dire implicitement que les envoyés ne peuvent pas vendre les meubles sans l'autorisation de la justice ? Quand la justice ordonne, ainsi qu'elle en a le droit, que telle partie du mobilier sera vendue, elle ordonne bien implicitement que le reste sera conservé. D'ailleurs, d'une manière générale, les administrateurs n'ont point, en cette seule qualité, le droit de vendre le mobilier, et il faudrait un texte bien précis pour qu'une autre règle dût s'appliquer aux envoyés en possession provisoire. Il y a cependant certaines aliénations de meubles qui rentrent certainement dans la catégorie des actes de pure administration et que les envoyés auraient, comme tout autre administrateur, le droit de faire librement, par exemple les ventes de récoltes ou de meubles hors d'usage. Cpr. t. I, n. 1157, .al. antép.

Il est bien entendu que l'absent de retour devrait respecter les aliénations de meubles, consenties par les envoyés au profit d'acquéreurs qui seraient en situation d'invoquer la maxime En fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279),

Les envoyés en possession provisoire n'ont pas le droit de convertir en titres au porteur les titres nominatifs de l'absent. Dans l'esprit de notre législation actuelle, cette conversion est assimilée à une aliénation : en effet elle facilite l'aliénation et la prépare. V. notamment la loi du 27 février 1880, qui met sur la même ligne la conversion et l'aliénation des titres nominatifs appartenant à un mineur.

Dans certaines circonstances, il peut être nécessaire d'aliéner des immeubles de l'absent ou d'emprunter de l'argent avec hypothèque sur ces mêmes immeubles. Par exemple l'absent a des dettes dont il faut servir l'intérêt à 5%, et son patrimoine ne comprend que des immeubles rapportant 2%, il est urgent d'aliéner une partie des immeubles pour payer les dettes ; autrement on marche vers la ruine. Ou bien de grosses réparations sont indispensables pour la conservation d'un immeuble de l'absent, et celui-ci n'a pas de capitaux ; il faut absolument, pour se procurer les fonds nécessaires, ou vendre une partie des immeubles, ou emprunter sur hypothèque. L'art. 2126 permet à la justice d'autoriser les envoyés à contracter un emprunt sur hypothèque. De là à décider que la justice peut aussi autoriser en cas de besoin l'aliénation des immeubles, il n'y a qu'un pas, et il faut le faire sans hésiter.

2° Les envoyés en possession provisoire ne peuvent pas transiger sur des droits appartenant à l'absent, ni compromettre (arg. art. 1989 et 2045), ni accepter ou répudier une succession échue à l'absent avant sa disparition ou ses dernières nouvelles. Du moins ils ne pourraient pas accomplir ces actes sans l'autorisation de la justice, parce qu'ils excèdent le mandat d'un administrateur.

* 1295. De quelle diligence les envoyés en possession provisoire sont-ils tenus dans la gestion des intérêts de l'absent ? En d'autres termes, de quelles fautes sont-ils responsables dans leur administration ? Un parti important dans la doctrine les déclare responsables seulement des fautes graves. On induit cette solution par argument de l'art. 804, aux termes duquel l'héritier bénéficiaire n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont il est chargé. Incontestablement il existe une certaine analogie entre la situation de l'héritier bénéficiaire et celle des envoyés en possession provisoire. Il y a une différence

cependant, et elle est capitale : l'héritier bénéficiaire administre des biens qui sont certainement à lui, tandis que les envoyés en possession provisoire administrent un patrimoine qui peut-être est encore la propriété de l'absent. Cela suffit, à notre avis, pour qu'on ne puisse pas appliquer aux envoyés en possession provisoire la disposition qui détermine la responsabilité de l'héritier bénéficiaire ; d'autant plus que cette disposition est exceptionnelle. Les envoyés en possession provisoire seront donc responsables, conformément au droit commun, de la culpa levis in abstracto (art. 1137).

1296. Les actes, valablement accomplis par les envoyés en possession provisoire dans les limites de leur mandat d'administrateurs, sont opposables à l'absent de retour. Ainsi l'absent ne pourrait pas former tierce opposition (C. pr., art. 474) aux jugements rendus contre les envoyés en possession provisoire dans les procès où il a été valablement représenté par eux. Au contraire, l'absent de retour pourrait critiquer les actes accomplis par les envoyés en dehors des limites de leur mandat. Qui excessit fines mandati aliud quid facere videtur.

1297. II. Aux termes de l'art. 127 : « Ceux qui, par suite de l'envoi

- » provisoire, ou de l'administration légale, auront joui des
- » biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre que le cinquième
- » des revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis le jour
- » de sa disparition ; et le dixième, s'il ne reparaît qu'après les
- » quinze ans. — Après trente ans d'absence, la totalité des revenus
- » leur appartiendra ».

Faisons sur ce texte trois remarques préliminaires.

1° Les fruits que la loi permet ici aux envoyés de conserver en partie ou en totalité suivant les cas, sont ceux

perçus depuis l'envoi en possession provisoire. Quant aux fruits perçus auparavant, notre article ne s'en occupe pas ; nous savons qu'ils doivent être attribués aux envoyés comme capital, ce qui implique l'obligation de les restituer en totalité à l'absent s'il reparaît (supra, n. 1285).

2° La quotité des fruits attribués aux envoyés en possession provisoire est calculée par la loi proportionnellement à la durée de l'absence, et non proportionnellement à celle de la gestion des envoyés.

3° Enfin le calcul qui sert de base à la répartition opérée par l'art. 127, doit s'effectuer sur la valeur des fruits, déduction faite des dépenses qui sont une charge des fruits, telles que les frais de culture, les impôts ordinaires, les réparations d'entretien (arg. art. 605). La loi emploie le mot revenu ; or c'est seulement l'excédent des produits sur les dépenses qui constitue le revenu ou revenu net. — Il n'y aurait pas lieu d'imputer sur les fruits les sommes dépensées pour les grosses réparations, car elles sont charge du capital et doivent rester à ce titre au compte de l'absent.

1298. Cela posé, voici comment la loi règle les droits respectifs de l'absent et des envoyés en ce qui concerne les fruits.

a. — L'absent reparaît avant quinze ans depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un cinquième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire : ils garderont donc les quatre cinquièmes.

b. — L'absent reparaît après quinze ans depuis son départ ou ses dernières nouvelles. — Les envoyés n'auront à lui restituer qu'un dixième des fruits par eux perçus depuis l'envoi provisoire, même de ceux perçus avant l'expiration des quinze ans ; ils garderont donc les neuf dixièmes. — Si l'envoi en possession provisoire n'a été prononcé qu'après quinze ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles

de l'absent, les envoyés commenceront de suite à n'être comptables envers l'absent que d'un dixième des fruits.

c. — Après trente ans d'absence (ajoutez : ou cent ans écoulés depuis la naissance de l'absent [arg. art. 129]), les envoyés en possession provisoire pourront conserver la totalité des revenus par eux perçus. Ils n'auront donc à restituer à l'absent, s'il reparaît, aucune portion des revenus perçus depuis l'envoi provisoire, même avant l'expiration des trente ans.

Quel est le point de départ de ces trente ans ? Quelques-uns pensent que c'est la déclaration d'absence ; car la loi dit trente ans D'ABSENCE, et l'absence proprement dite ne commence que lorsqu'elle est déclarée. Mais nous savons que le langage de la loi en matière d'absence n'est pas toujours d'une précision rigoureuse. On s'expliquerait d'ailleurs difficilement que chacune des trois périodes établies par l'art. 127 n'eût pas le même point de départ, savoir la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Enfin on remarquera que c'est aux envoyés en possession provisoire que l'attribution des fruits est faite après trente ans d'absence ; or, si la loi avait entendu donner pour point de départ aux trente ans la déclaration d'absence, elle aurait dû attribuer les fruits aux envoyés en possession définitive, car après trente ans depuis la déclaration d'absence il y a lieu à l'envoi définitif, et il n'est pas probable que les envoyés négligent de le demander ; ils y ont le plus grand intérêt. Aussi admet-on généralement que ces mots « après trente ans d'absence » signifient : après trente ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent.

On le voit, la portion des fruits que la loi alloue aux envoyés en possession provisoire est considérable, si considérable qu'il est impossible de la regarder comme constituant exclusivement le salaire de l'administration dont ils sont chargés. En dotant si largement l'envoi provisoire, la loi a voulu, dans l'intérêt même de l'absent,

engager ceux auxquels cet envoi est offert à le demander. Elle a tenu compte aussi de la propension bien naturelle qu'ont les envoyés à se considérer comme propriétaires des biens de l'absent et à se comporter comme tels. Souvent on les aurait ruinés, en les obligeant à restituer une portion considérable des revenus qu'ils ont touchés pendant de longues années et probablement dépensés. Et comme chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend le retour de l'absent moins probable, et que la tentation pour les envoyés de dépenser les revenus qu'ils perçoivent devient de plus en plus forte, il est tout simple que la loi fasse décroître avec le temps la quotité des fruits qu'elle réserve à l'absent.

1299. III. Aux termes de l'art. 40 de la loi du 28 avril 1816 : « Les héritiers, légataires et tous autres appelés à exercer des droits subordonnés au décès d'un individu dont l'absence est déclarée, sont tenus de faire, dans les six mois du jour de l'envoi en possession provisoire, la déclaration à laquelle ils seraient tenus s'ils étaient appelés par l'effet de la mort, et d'acquitter les droits sur la valeur entière des biens ou droits qu'ils recueillent. En cas de retour de l'absent, les droits payés seront restitués, sous la seule déduction de celui auquel aura donné lieu la jouissance des héritiers ». La succession de l'absent n'est pas ouverte par l'envoi en possession provisoire (arg. art. 718). Régulièrement donc les envoyés ne devraient pas payer au fisc le droit de mutation par décès ; il a fallu une loi spéciale pour les y obliger. Cette loi se justifie par cette considération que, la plupart du temps, l'envoi provisoire devient définitif, le sort de l'absent demeurant toujours ignoré, et que rarement par suite les envoyés en possession provisoire sont troublés dans la paisible possession des biens de l'absent. On a donc pu, au point de vue fiscal, les considérer dès à présent comme héritiers, sauf à leur restituer plus tard, si l'absent reparaît, les droits qu'ils se trouveraient avoir indûment payés.

No 7. Des événements qui mettent fin à l'envoi en possession provisoire.

1300. La possession provisoire prend fin :

1° Par le retour de l'absent ;

2° Par la réception de ses nouvelles. « Si l'absent réparaît ou si

» son existence est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets du

» jugement qui aura déclaré l'absence cesseront ; sans préjudice,

» s'il y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre fer

» du présent titre pour l'administration de ses biens » (art. 131).

Dans ces deux premiers cas, les envoyés cessent d'avoir droit aux fruits pour l'avenir, et sont tenus de restituer à l'absent de retour ses biens, augmentés, s'il y a lieu, de la portion des revenus déterminée par l'art. 127.

3° Par le décès prouvé de l'absent. On règle alors définitivement la succession de l'absent, en se reportant à l'époque de son décès. De là il résulte que les envoyés en possession provisoire pourront avoir à restituer les biens de l'absent à ceux qui, n'étant pas ses héritiers présomptifs lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, avaient cette qualité lors de son décès prouvé. « La

» succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé,

» au profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux

» qui auraient joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer,

» sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article

» 427 » (art. 130). Exemple : L'envoi en possession

provisoire a été obtenu par le conjoint de l'absent, à défaut de parents ; le conjoint meurt, puis on apprend que l'absent lui-même est mort à une époque postérieure au décès de son conjoint. Les héritiers du conjoint devront restituer les biens de l'absent à l'Etat, qui se trouve être héritier au jour du décès prouvé.

4° Par l'envoi en possession définitif, dont nous traiterons plus loin.

§ II. Droit d'option accordé au conjoint de l'absent.

1301. Aux termes de l'art. 124 : « L'époux commun en biens,

- » s'il opte pour la continuation de la communauté, pourra empêcher

- » l'envoi provisoire, et l'exercice provisoire de tous les droits

- » subordonnés à la condition du décès de l'absent et prendre ou

- » conserver par préférence l'administration des biens de l'absent.

- » Si l'époux demande la dissolution provisoire de la communauté,

- » il exercera ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels,

- » à la charge de donner caution pour les choses susceptibles de restitution

- » — La femme, en optant pour la continuation de la communauté,

- » conservera le droit d'y renoncer ensuite ».

L'absent était marié sous le régime de la communauté ; son conjoint est présent ; l'absence est déclarée. Telle est l'hypothèse prévue.

Si l'art. 124 n'existait pas, on appliquerait la règle qui sert de base à l'envoi en possession provisoire : faire

provisoirement tout ce que l'on ferait définitivement s'il était prouvé que l'absent est mort le jour où il a donné le dernier signe de vie. Par conséquent, la communauté serait provisoirement considérée comme dissoute au jour du départ ou des dernières nouvelles de l'absent (arg. art. 1441-1°), et liquidée d'après son état à cette époque. Puis le conjoint présent serait admis à exercer provisoirement ses droits, tant dans la communauté ainsi liquidée, que sur les biens personnels de l'absent. Le surplus des biens de la communauté, représentant la part de l'absent, ainsi que tous les autres biens personnels de celui-ci, seraient provisoirement attribués à ses héritiers présomptifs au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles et à tous autres ayant des droits subordonnés à son décès (art. 120 et 123).

Le conjoint présent peut accepter ce résultat, s'il le juge à propos. Mais la loi lui permet de l'écarter en optant pour la continuation de la communauté. S'il prend ce dernier parti, la communauté sera provisoirement considérée comme existant encore ; en conséquence, il conservera ou prendra l'administration des biens de la communauté, et aussi des biens personnels de l'absent qui n'étaient point entrés en communauté.

L'époux présent commun en biens a donc un droit d'option dont voici les deux termes : dissolution provisoire de la communauté ; continuation provisoire de cette même communauté. Le conjoint présent restant enfermé dans les liens du mariage tant que le décès de l'absent n'est pas prouvé (art. 139 et 227), la justice exigeait qu'il pût demander le maintien de ses conventions matrimoniales. Puisqu'on lui oppose son mariage comme faisant obstacle à la création d'un nouveau lien, il doit pouvoir l'invoquer en tant qu'il est pour lui la source d'avantages pécuniaires. D'ailleurs, le droit certain de l'époux présent devait être préféré au droit incertain et précaire des héritiers présomptifs de l'époux absent. Enfin l'option de l'époux

présent pour la continuation de la communauté a pour résultat de concentrer dans ses mains l'administration de tous les biens de l'absent, qui sans cela serait peut-être divisée et morcelée entre de nombreux ayant-droit, au grand préjudice des intérêts de l'absent. Voilà plus de raisons qu'il n'en faut pour justifier le droit d'option accordé au conjoint présent marié sous le régime de la communauté.

1302. Ce qui peut surprendre, c'est que la loi limite sa faveur au cas où l'époux présent est commun en biens, c'est-à-dire marié sous le régime de la communauté ; car il y avait exactement les mêmes raisons pour la lui accorder dans tous les autres cas. En effet, quel que soit le régime nuptial auquel il est soumis, l'époux présent peut avoir intérêt au maintien provisoire de ses conventions matrimoniales. Ainsi, sous le régime dotal, le mari dont la femme est déclarée absente peut avoir intérêt à la continuation du régime sur la foi duquel il a contracté et qui lui donne le droit de jouir de tous les biens dotaux de son épouse (art. 1549). Il est pourtant impossible, vu le caractère exceptionnel et tout de faveur de la disposition dont il s'agit, de l'étendre en dehors du cas prévu par la loi. L'interprète a le droit de le regretter et de solliciter sur ce point une réforme législative ; mais il ne lui est pas permis de corriger l'œuvre imparfaite de la loi.

* S'il ne faut pas étendre au delà de ses justes limites la disposition de l'art. 124, il ne faut pas non plus en restreindre arbitrairement la portée. L'article devra donc être appliqué toutes les fois qu'il y a communauté de biens entre les époux (la loi dit : l'époux commun en biens...), non seulement, par suite, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale ou conventionnelle, mais aussi lorsqu'ils sont mariés sous le régime dotal avec société d'acquêts.

1303. La loi suppose que l'époux présent exerce son droit d'option avant que l'envoi provisoire ait été accordé

(argument des mots et empêcher l'envoi provisoire). C'est en effet ce qui arrivera le plus souvent. Mais supposer n'est pas disposer, et on est d'accord pour décider que, la loi n'ayant fixé aucun délai au conjoint, il pourrait exercer son droit d'option même après l'envoi provisoire et le faire ainsi cesser.

La loi n'indique pas non plus la forme dans laquelle doit être exercé le droit d'option, et de là il résulte qu'aucune forme particulière n'est requise. Il suffira que l'époux manifeste sa volonté d'une manière quelconque, même tacitement.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de l'option accordée à l'époux présent.

1304. PREMIER TERME. L'époux présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté. — Quand l'époux prend ce parti, la communauté est, comme nous l'avons dit, réputée dissoute à dater du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle doit être provisoirement liquidée d'après son état à cette époque, et l'époux présent exerce provisoirement, tant sur les biens de cette communauté que sur les biens personnels de l'absent, qui n'étaient point entrés en communauté, tous ses droits légaux et conventionnels (art. 124).

Tous ses droits légaux. L'époux présent aura donc droit à la reprise de ses propres, au paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté et à la moitié des biens communs. Il pourra en outre réclamer, sur les biens propres de l'absent et sur la part de celui-ci dans la communauté, le droit d'usufruit ou la pension alimentaire que la loi du 9 mars 1891 accorde au conjoint survivant.

Tous ses droits conventionnels. Ainsi l'époux présent pourra réclamer provisoirement le bénéfice des donations que l'absent lui a faites sous condition de survie. De même il pourra exercer provisoirement le droit de préciput que son contrat lui accorde, ou le droit qu'il a stipulé dans ce

même contrat de prendre une part de la communauté plus forte que la moitié...

L'époux présent qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, est tenu « de donner caution pour les choses susceptibles de restitution » (art. 124). La femme devra donc donner caution pour tout ce qu'elle prend, même pour ses biens personnels, à l'exception toutefois de ceux dont son mari n'avait pas l'administration et la jouissance. Car, sauf ces derniers biens, elle devra tout restituer à son mari s'il reparaît. Quant au mari, il doit certainement caution pour les biens qu'il prend en qualité de légataire de sa femme, ou de donataire de celle-ci sous condition de survie ; il y aura lieu en effet à la restitution de ces biens par les héritiers du mari, s'il vient à être prouvé que la femme lui a survécu. Mais le mari ne devrait pas caution pour ses biens personnels, à la restitution desquels il ne peut être tenu en aucun cas, ni même, suivant l'opinion générale, pour la portion des biens de la communauté qui lui est provisoirement attribuée.

L'époux présent, qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, n'a que les pouvoirs d'un envoyé en possession provisoire, c'est-à-dire d'un administrateur, sur tous les biens qui lui sont attribués par suite de l'exercice provisoire de ses droits et qui sont sujets à restitution. L'obligation que la loi lui impose de fournir caution, prouve qu'elle le considère seulement comme un administrateur et non comme un propriétaire.

Cela posé, il semble que l'époux présent, qui opte pour la dissolution de la communauté, devrait être tenu de faire inventaire. Cette obligation n'incombe-t-elle pas, en règle générale, à tout administrateur du bien d'autrui ? Ne voyons-nous pas la loi l'imposer même à certains administrateurs, desquels elle n'a pas cru devoir exiger une caution, par exemple au tuteur ? — Ces raisons sont graves ; mais sont-elles suffisantes, en présence du texte de l'art. 126, qui n'assujettit à l'obligation de faire inventaire

que l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté, et semble par suite en dispenser celui qui a opté pour la dissolution ?

1305. DEUXIÈME TERME. L'époux présent opte pour la continuation provisoire de la communauté. — Quand l'époux présent prend ce deuxième parti, le régime matrimonial sous la foi duquel son union a été contractée est provisoirement maintenu.

Cette option produit deux effets :

1° Elle empêche l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent, et aussi l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à son décès.

Il est facile de justifier la préférence accordée au conjoint présent sur les héritiers présomptifs de l'absent, et même sur les légataires et les héritiers contractuels de celui-ci : le droit certain du conjoint présent, résultant de son contrat de mariage, devait primer le droit incertain et éventuel des héritiers et des légataires de l'absent. Mais la loi mérite d'être critiquée en tant qu'elle préfère le conjoint présent aux autres intéressés qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, tels que le nu propriétaire d'un bien dont l'absent était usufruitier ; car les intéressés dont il s'agit ont, eux aussi, un droit certain, et on s'explique difficilement que l'exercice de leur droit puisse être paralysé, pendant un temps, qui sera peut-être fort long, par l'option de l'époux présent pour la continuation provisoire de la communauté. Quoi qu'il en soit, statuit lex.

2° L'époux présent qui a opté pour la continuation provisoire de la communauté, peut « prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent ». Cette administration est dite légale, parce qu'elle dérive de la loi.

PRENDRE l'administration. Ces mots font allusion à la femme : elle prendra l'administration qui appartenait à son mari. Or cette administration s'appliquait aux biens personnels du mari, aux biens de la communauté et aux

biens personnels de la femme, la plupart du temps au moins.

En ce qui concerne les biens du mari, on doit remarquer que la femme en prend l'administration dans tous les cas où elle opte pour la continuation de la communauté, même quand elle est mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts. La loi dit qu'elle prend l'administration des biens de l'absent, et non pas seulement des biens de la communauté. Ce point a été contesté à tort.

La femme, relativement aux biens dont elle prend l'administration, n'a pas d'autres pouvoirs que ceux d'un envoyé en possession provisoire. Elle aurait donc besoin de l'autorisation de la justice pour aliéner ou hypothéquer ces biens (cpr. art. 222 et 1427). Mais la femme n'a pas besoin d'une autorisation spéciale pour chaque acte d'administration qu'elle veut accomplir ; cette exigence rendrait sa gestion impossible. Le jugement qui l'autorise à administrer l'autorise par cela même d'une manière générale à accomplir tous les actes qui dépendent de l'administration. Et toutefois il faut excepter le cas où la femme voudrait ester en justice relativement à des actes d'administration : une autorisation spéciale lui serait alors nécessaire. Cpr. art. 223, 1538, 1576.

CONSERVER l'administration. Cela fait allusion au mari. Avant la disparition de la femme, il administrait, outre ses biens propres, les biens personnels de sa femme et ceux de la communauté. Cette administration, il la conserve, dit la loi. Dire qu'il conserve l'administration, c'est dire qu'il continue à l'exercer comme autrefois, avec les mêmes pouvoirs. Le mari conservera donc sur les biens de la femme les droits que lui accordent les art. 1428 et suivants et sur ceux de la communauté les pouvoirs déterminés par les art. 1421 et suivants. Par conséquent les actes de disposition à titre onéreux, accomplis par le mari relativement aux biens de la communauté, et même les actes de disposition à titre gratuit, dans les limites fixées

par l'art. 1422, seront valables, quoi qu'il arrive, par application de ce principe que les actes faits conformément à la loi doivent être validés.

Il se peut que la femme ait des biens personnels dont elle s'était réservé, par une clause de son contrat, l'administration et la jouissance. Le mari prendra l'administration de ces biens. Mais ses pouvoirs ne dépasseraient pas en ce cas ceux d'un envoyé en possession provisoire.

1306. La loi impose à l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté, que ce soit le mari ou la femme, l'obligation de faire inventaire (art. 126 al. 1). Cet inventaire doit comprendre, non seulement les biens personnels de l'absent, mais aussi ceux de la communauté, qui sont d'ailleurs, à bien prendre, des biens de l'absent, puisque celui ci en est copropriétaire.

Rationnellement l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté devrait être tenu de fournir caution, au moins pour les biens sujets à restitution dont il prend ou conserve l'administration. Mais il est difficile de lui imposer cette obligation dans le silence des textes. Ce silence ne peut guère être mis sur le compte d'un oubli ; car l'art. 124 parle de la caution, mais ne l'exige que de l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté. Relativement aux garanties à fournir par l'époux présent, suivant le sens dans lequel il exerce son droit d'option, la loi paraît avoir été rédigée avec une grande légèreté : elle soumet l'époux qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté à l'obligation de fournir caution, mais non à celle de faire inventaire ; elle exige au contraire l'inventaire, mais non la caution, de l'époux qui opte pour la continuation provisoire de la communauté. Tout cela n'est pas bien concordant.

1307. Aux termes de l'art. 124 al. final : « La femme, en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite ». C'était utile à dire :

autrement on aurait pu penser qu'en optant pour la continuation provisoire de la communauté, la femme se rendait non recevable à y renoncer plus tard. En effet le principal motif qui a fait établir au profit de la femme le droit de renoncer à la communauté, est qu'on n'a pas voulu l'obliger à subir les conséquences d'une gestion qui est entièrement l'œuvre de son mari (art. 1421). Cette raison n'existant pas, ou n'existant plus qu'en partie quand la femme opte pour la continuation de la communauté, puisqu'elle prend alors l'administration des biens communs, on aurait peut-être été tenté de décider, si la loi ne s'en était pas expliquée, que la femme perd alors le droit de renoncer à la communauté et de répudier ainsi les conséquences d'une gestion à laquelle elle a participé. La loi, qui considère la faculté de renoncer comme essentielle (art. 1453), a condamné par avance cette solution.

1308. La continuation provisoire de la communauté, résultant de l'option de l'époux présent, et l'administration légale qui en est la conséquence prennent fin :

1° Par la preuve acquise de l'existence de l'absent. Alors la communauté a duré en réalité depuis la disparition de l'absent, elle dure encore, et il y a lieu de pourvoir à son administration suivant les termes du droit commun (art. 1421 s.).

2° Par la preuve acquise du décès de l'absent. On liquide alors la communauté et on la partage d'après l'état de choses existant à l'époque du décès.

3° Par l'envoi en possession définitif, qui peut être obtenu trente ans après que l'époux présent a pris l'administration des biens de l'absent ou cent ans après la naissance de ce dernier (art. 129). Alors l'absent est réputé mort, et par suite la communauté réputée dissoute, du jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est d'après l'état de choses existant à cette époque qu'on la liquide et qu'on la partage, sauf à revenir sur ce qui a été fait si l'absent reparaît ou si l'on apprend l'époque de son décès.

4° Par la mort du conjoint présent. Dans ce cas, comme dans le précédent, la communauté est réputée dissoute au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Elle devra donc être liquidée d'après l'état de choses existant à cette époque. Puis les héritiers du conjoint absent, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, et ceux de l'autre conjoint, obtiendront respectivement l'envoi en possession pour les parts revenant à leurs auteurs.

5° Par la volonté de l'époux présent qui, après avoir opté pour la continuation de la communauté, renonce ensuite à cette continuation. C'est un droit pour lui ; car la faculté de demander la continuation de la communauté est une faveur que la loi lui accorde, et il est libre d'y renoncer pour en revenir au droit commun. S'il use de ce droit, la communauté sera réputée dissoute à dater de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, et il sera procédé comme dans le cas précédent.

L'époux qui aurait opté pour la dissolution de la communauté ne pourrait pas ensuite, changeant d'avis, opter pour la continuation ; car son option pour la dissolution a fait naître au profit des intéressés des droits qu'il n'est plus en son pouvoir de leur ravir.

1309. L'époux administrateur légal est assimilé par la loi à un envoyé en possession provisoire en ce qui concerne l'acquisition des fruits (art. 127). Il gagnera donc les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits qu'il percevra, suivant les distinctions établies en l'art. 127. Quant à la portion de fruits qu'il n'a pas le droit de conserver, il la restituera, avec les biens auxquels les fruits sont afférents, à ceux à qui la restitution de ces biens est due.

Tous les auteurs critiquent l'assimilation que l'art. 127 établit entre l'époux administrateur légal et les envoyés en possession provisoire, au point de vue de l'acquisition des fruits. Chaque jour qui s'écoule sans nouvelles rend plus

probable le décès de l'absent, et fortifie ainsi les espérances des envoyés en possession provisoire, en rendant leurs droits plus certains ; il est donc tout naturel que la portion de fruits que la loi leur alloue augmente avec le temps, c'est-à-dire avec leur bonne foi. Tout autre est la situation du conjoint administrateur légal. Son droit devient de plus en plus douteux, à mesure que l'existence de l'absent devient plus problématique. De jour en jour il voit s'approcher l'époque où son administration légale devra prendre fin par suite de l'envoi définitif, qui sera prononcé quand tout espoir de retour de l'absent sera perdu. Logiquement donc ses droits aux fruits auraient dû diminuer plutôt qu'augmenter avec le temps.

§ III. De l'envoi en possession définitif.

N° 1. Quand il y a lieu à l'envoi en possession définitif.

1310. Nous voici arrivés à la troisième période de l'absence. L'art. 129 va nous dire quels sont les événements qui lui donnent ouverture : « Si l'absence a continué pendant trente ans depuis

» l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun

« aura pris l'administration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé

» cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, les cautions seront

» déchargées ; tous les ayant droit pourront demander le partage

» des biens de l'absent, et faire prononcer l'envoi en possession définitif

» par le tribunal de première instance).

On voit qu'il y a lieu à l'envoi définitif dans deux cas :

1° Quand il s'est écoulé trente ans sans nouvelles de l'absent depuis l'envoi provisoire ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent.

Malgré les termes si précis de l'art. 129, qui assigne pour point de départ aux trente ans, après lesquels l'envoi définitif peut être obtenu, le jour de l'envoi provisoire ou bien l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens de l'absent, la plupart des auteurs enseignent que les trente ans courent du jour de la déclaration d'absence, c'est-à-dire du jour où l'envoi AURAIT PU être obtenu, du jour où l'époux présent AURAIT PU prendre l'administration des biens. La loi, dit-on, a dû confondre ici dans sa pensée la déclaration d'absence et l'envoi provisoire, comme elle paraît l'avoir fait dans l'art. 860 C. pr., parce que l'un est la conséquence de l'autre, et que la plupart du temps, d'ailleurs, l'envoi provisoire est demandé en même temps que la déclaration d'absence. On ajoute que la probabilité du décès de l'absent est toujours aussi forte après trente ans écoulés sans nouvelles depuis la déclaration d'absence, quelle que soit d'ailleurs l'époque à laquelle l'envoi provisoire a été demandé, et alors même qu'il ne l'aurait pas été. Ces motifs sont-ils suffisants pour permettre de s'écarter du texte si clair de l'art. 129 ?

2° S'ils s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent

Il n'est pas nécessaire dans ce cas que l'envoi provisoire ait été obtenu ; mais au moins faut-il que la déclaration d'absence ait été prononcée. D'ailleurs les intéressés pourraient, le cas échéant, demander en même temps, et obtenir en vertu d'un seul et même jugement, la déclaration d'absence et l'envoi définitif tout à la fois.

1311. Quand il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire, ce qui fait au moins trente-cinq ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent (supra, n.

1278), ou bien quand il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, la probabilité de son décès devient presque une certitude ; aussi la loi va-t-elle organiser, pendant cette période de l'absence, un régime dans lequel les intérêts de l'absent sont presque oubliés, nous allions dire sacrifiés. D'ailleurs, à supposer que l'absent vive encore, serait-il bien fondé à se plaindre des mesures qui vont être prises contre lui ? Ne sont-elles pas la conséquence de son impardonnable négligence ? Puisqu'il a oublié tout le monde, en ne donnant de ses nouvelles à personne, ne doit-il pas s'attendre à être oublié à son tour ?

Le plus souvent, l'envoi en possession définitif est obtenu par ceux auxquels a été accordé l'envoi provisoire ; l'envoi définitif est alors un développement de l'envoi provisoire.

Le contraire arriverait cependant, si l'envoi en possession provisoire avait été accordé à d'autres qu'aux véritables ayant-droit ; ceux-ci devraient alors, sur leur demande, obtenir l'envoi définitif. Ainsi, l'absent avait, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, un frère et un cousin ; le cousin a obtenu l'envoi provisoire, le frère ne l'ayant pas demandé. Le frère pourra obtenir l'envoi définitif, en supposant que son droit ne soit pas prescrit à l'époque où il le fait valoir.

Il peut même arriver que l'envoi définitif soit prononcé sans qu'il y ait eu d'envoi provisoire, notamment lorsque le conjoint de l'absent a opté pour la continuation de la communauté et que son administration a duré jusqu'à, l'envoi définitif.

L'envoi définitif n'a jamais lieu de plein droit après l'expiration des délais fixés par la loi ; il doit être demandé à la justice. Le tribunal compétent pour prononcer cet envoi est le même que celui qui est compétent pour déclarer l'absence.

La loi n'indique pas la procédure à suivre pour arriver à l'envoi définitif. Le tribunal pourra, s'il le juge utile,

ordonner une nouvelle enquête à l'effet de s'assurer qu'il n'est parvenu aucune nouvelle de l'absent.

N° 2. Des effets de l'envoi définitifs

1312. L'expression envoi définitif semblerait indiquer que les envoyés deviennent propriétaires incommutables des biens de l'absent. Il devait en être ainsi d'après le projet, qui n'admettait d'exception à cette règle qu'en faveur des enfants de l'absent, mineurs lors de son décès prouvé ; l'absent lui-même, s'il reparaissait après l'envoi définitif, ne pouvait pas réclamer aux envoyés la restitution de ses biens. Ce système, dont la rigueur touchait à l'injustice, et qui d'ailleurs blessait les vrais principes de la matière, d'après lesquels la succession d'un homme vivant ne peut être considérée comme ouverte (*viventis non est hereditas*), a été, en définitive, abandonné ; et toutefois en renonçant à la chose on a conservé le nom.

Voici le système auquel notre législateur s'est arrêté. Les envoyés en possession définitive deviennent propriétaires des biens de l'absent : mais, dans leurs rapports avec l'absent, s'il reparaît, ou avec ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, leur droit de propriété est révocable, révocable *in futurum* seulement, non *in præteritum*. En d'autres termes, les envoyés sont à considérer, même à l'égard de l'absent ou de ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, comme ayant été propriétaires jusqu'au jour où l'absent a révélé son existence, ou jusqu'au jour de la réclamation faite par ses véritables héritiers. Les actes, accomplis par eux jusqu'à l'une ou l'autre de ces époques, devront être considérés comme émanant *a vero domino*, même les aliénations, et ne pourront par suite être critiqués par l'absent de retour ou par ses héritiers. Que pourront ils donc réclamer aux envoyés ? Les biens que ceux-ci possèdent encore et le profit par eux retiré de ceux qu'ils ont aliénés.

Tout cela revient à dire qu'à l'égard des tiers, les envoyés en possession définitive doivent être considérés comme propriétaires incommutables des biens de l'absent, mais que, dans leurs rapports avec l'absent de retour ou ses héritiers les plus proches au jour de son décès prouvé, ils sont considérés comme n'ayant qu'un droit de propriété révocable.

Tel est l'envoi définitif, dont le nom, assez défectueux, puisque tout n'est pas nécessairement fini quand il a été prononcé, peut cependant se justifier, soit parce qu'il est le dernier, soit parce qu'il confère aux envoyés la propriété incommutable à l'égard des tiers.

Passons au développement de ce système et à l'exposé des principales conséquences que la loi en a déduites.

1313. A. — S'il y a plusieurs envoyés en possession définitive, ils deviennent copropriétaires des biens de l'absent, et par suite chacun des intéressés peut demander qu'il soit procédé au partage de ces biens (art. 129 et arg. art. 815). Jusqu'à l'envoi définitif, les envoyés n'ont pu régulièrement procéder qu'à un partage d'administration, non à un partage de propriété, ni même à un partage de jouissance (supra, n. 1291).

Le partage auquel procéderont les envoyés en possession définitive devra être opéré conformément au droit commun. La masse partageable sera donc formée suivant les règles générales de la matière, et les intéressés pourront, le cas échéant, se demander respectivement le rapport des libéralités qu'ils ont reçues de l'absent, de même qu'ils auront le droit de demander la réduction des libéralités faites par l'absent et qui excèdent la quotité disponible.

Quant aux dettes de l'absent, en supposant qu'elles ne soient pas toutes payées, les envoyés devront aussi les répartir entre eux comme ils l'entendront. Mais ils n'en seraient tenus à l'égard des créanciers que jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'absent qu'ils détiennent. En effet, l'obligation indéfinie de payer les

dettes, n'est imposée par la loi qu'aux successeurs saisis, seuls continuateurs de la personne du défunt, et les envoyés en possession définitive ne sont pas saisis, la saisine ne pouvant résulter que de l'ouverture de l'hérédité (art. 718 et 724).

1314. B. — L'absent de retour est obligé de respecter tous les actes de disposition, et principalement les aliénations et les constitutions de droits réels, accomplis par les envoyés jusqu'à l'époque où il a fait connaître son existence. C'est ce qui résulte de l'art. 132, ainsi conçu : « Si l'absent reparaît, ou si son existence est prouvée,

» même après l'envoi définitif, il recouvrera ses biens dans l'état

» où, ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou

» les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ses

» biens vendus ».

L'absent, dit la loi, recouvrera le prix de ceux de ses biens « qui auraient été aliénés... » Donc il doit respecter les aliénations consenties par les envoyés, même les aliénations à titre gratuit, bien que l'article paraisse n'avoir en vue que les aliénations à titre onéreux, puisqu'il parle d'un prix. Les envoyés sont en effet propriétaires jusqu'au jour où l'existence de l'absent leur est révélée, et le propriétaire peut consentir des aliénations à titre gratuit aussi bien que des aliénations à titre onéreux.

L'art. 132, qui nous dit implicitement que l'absent est obligé de respecter tous les actes accomplis par les envoyés en possession définitive, nous dit explicitement ce que l'absent de retour peut réclamer aux envoyés. Ce texte a permis de formuler le principe suivant, dont il contient plusieurs applications particulières : La restitution que la loi ordonne au profit de l'absent ne doit être pour les envoyés en possession définitive la source d'aucune perte, mais du moins doit-elle comprendre tout ce dont les

envoyés se trouvent enrichis aux dépens de l'absent, à l'exception toutefois des fruits qu'ils ont perçus et que l'art. 127 leur attribue en totalité. En d'autres termes, les envoyés en possession définitive ne sont tenus envers l'absent de retour que quatenus locupletiores facti sunt.

1315. Voici un certain nombre d'applications de ce principe.

a. — L'absent reprendra en nature tous ceux de ses biens dont les envoyés n'auront pas disposé, mais dans l'état où ils se trouveront. D'où il suit : 1° que l'absent devra respecter les divers droits réels, tels que servitude, usufruit ou hypothèque, dont les biens sont grevés du chef des envoyés ; 2° que si les biens ont été détériorés par les envoyés, l'absent n'aura droit à aucune indemnité.

Si les envoyés ont fait des dépenses en vue d'améliorer les biens de l'absent, auront ils droit à une indemnité ? La négative semblerait résulter de l'art. 132, aux termes duquel l'absent reprendra ses biens dans l'état où ils se trouveront, par conséquent améliorés s'ils l'ont été, et sans payer d'indemnité, puisque les envoyés ne lui en paient pas pour les détériorations. La solution contraire est plus généralement admise. L'art. 132, dit-on, a été écrit en faveur des envoyés ; il ne faut donc pas le retourner contre eux pour leur refuser une indemnité que les principes généraux leur accordent (arg. art. 555). Sans cette indemnité ils seraient en perle ; l'absent s'enrichirait à leurs dépens.

b. — Si les envoyés ont aliéné à titre onéreux les biens de l'absent, celui-ci aura droit à la contre-valeur acquise par les envoyés. Par exemple un envoyé a consenti l'échange d'un bien de l'absent : celui ci aura droit au bien acquis en contre échange. De même, si un bien de l'absent a été vendu et que le prix soit encore dû, la créance du prix appartiendra à l'absent. S'il a été fait emploi du prix, l'absent n'a droit qu'au bien acquis en emploi (art. 132 in fine). Enfin si l'envoyé a touché le prix et n'en a pas fait

emploi, l'absent pourra en exiger la restitution, à moins que l'envoyé ne prouve qu'il a dissipé ce prix ou qu'il lui a été soustrait.

c. — L'absent de retour n'a droit à aucune indemnité pour la valeur de ceux de ses biens que les envoyés en possession définitive auraient aliénés à titre gratuit ; car ces donations n'ont pas enrichi-les envoyés, et ils ne sont tenus que dans la mesure de leur enrichissement.

Le contraire aurait lieu cependant, si l'envoyé en possession définitive avait employé les biens de l'absent pour faire une donation qu'à défaut de celle ressource il eût certainement faite sur ses biens personnels. Ainsi il a constitué en dot à sa fille un immeuble appartenant à l'absent et qui vaut 100.000 fr. L'absent de retour ne pourra pas reprendre l'immeuble, car il doit respecter l'aliénation faite par l'envoyé ; mais il aura droit à une indemnité, car, en employant le bien de l'absent à doter sa fille, l'envoyé a fait un profit, en ce sens qu'il a conservé la portion de son patrimoine qu'il aurait certainement consacrée à cet usage, à défaut des biens de l'absent : *locupletior factus est quatenus propriæ pecuniæ pepercit*. L'indemnité due de ce chef à l'absent ne sera pas toujours égale à la valeur du bien constitué en dot, car l'envoyé ne doit compte que de son enrichissement ; or il ne s'est enrichi que de la somme dont il aurait doté sa fille s'il eût été réduit à ses propres ressources. Ainsi, au lieu de donner en dot un bien valant 100.000 fr., l'envoyé, s'il ne s'était pas cru propriétaire des biens de l'absent, n'aurait par hypothèse donné que 60.000 fr. ; son enrichissement n'est donc que de 60.000 fr., et il ne doit compte que de cette somme. En cas de contestation, les juges apprécieront.

d. — Les envoyés en possession définitive n'étant plus responsables envers l'absent des fautes qu'ils pourront désormais commettre dans leur gestion ni même de celles qu'ils ont pu commettre pendant l'envoi provisoire, non seulement la loi ne devait organiser au profit de l'absent

aucune garantie de restitution en vue de l'avenir, mais elle devait même supprimer celles établies pour le passé. C'est pourquoi l'art. 129 décharge les cautions qui auraient été fournies par les envoyés en possession provisoire.

Et remarquez que la décharge des cautions est complète, absolue, applicable au passé comme à l'avenir. Remarquez aussi que les cautions sont déchargées par cela seul qu'il s'est écoulé trente ans depuis l'envoi provisoire ou cent ans depuis la naissance de l'absent ; elles sont déchargées par cela seul que le moment fixé par la loi pour que l'envoi définitif puisse être demandé est arrivé, que la demande ait été formée ou non : il n'est pas au pouvoir des cautions de requérir l'envoi définitif, et la loi n'a pas voulu subordonner leur libération à la diligence des envoyés. Les cautions sont donc déchargées par le seul effet du temps et de plein droit ; c'est la loi qui les décharge.

1316. Observation. Quand nous disons que les envoyés en possession définitive ne sont responsables envers l'absent de retour du préjudice qu'ils lui ont causé soit par des aliénations, soit par des constitutions de droits réels... que dans la mesure de leur enrichissement, nous supposons que les envoyés sont de bonne foi. S'ils ont agi de mauvaise foi, par exemple, s'ils connaissaient l'existence de l'absent, ils doivent être déclarés responsables de tout le préjudice causé.

§ IV. De la fin de l'absence.

1317. L'absence prend fin

1° Par le retour de l'absent, ou par la preuve acquise de son existence. — Les envoyés doivent alors restituer à l'absent ses biens, conformément à l'art. 132. Cette restitution peut être demandée par l'absent, quel que soit le délai écoulé depuis l'envoi définitif ; car, par rapport à

lui, il n'y a pas de prescription possible au profit des envoyés (arg. art. 125 cbn. 2236).

2° Par la preuve acquise du décès de l'absent. — Il faut alors, pour régler sa succession, se reporter à l'époque de son décès. « La succession de l'absent sera ouverte du jour de son décès prouvé. » au profit des héritiers les plus proches à cette époque ; et ceux qui

» auraient joui des biens de l'absent seront tenus de les restituer,

» sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127 » (art. 130). Ce texte suppose, sans le dire, que ceux qui avaient la qualité d'héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et qui ont obtenu à ce titre l'envoi soit provisoire, soit définitif, n'étaient plus héritiers de l'absent au moment de son décès prouvé [supra, n. 1283). Alors les envoyés devront restituer les biens aux véritables héritiers. Mais il est clair qu'ils ne seront tenus d'aucune restitution, s'ils se trouvent être eux-mêmes. les héritiers les plus proches de l'absent au moment de son décès prouvé.

* 1318. L'action qui appartient aux héritiers les plus proches de l'absent au jour de son décès prouvé, pour se faire restituer les biens faisant partie de sa succession par ceux qui en ont été envoyés en possession, n'est qu'un cas particulier de l'action en pétition d'hérédité. On désigne sous ce nom l'action par laquelle une personne réclame, en qualité d'héritier, des biens dépendant d'une succession, contre une personne qui délient ces biens à titre d'héritier. De sorte que, dans la pétition d'hérédité, le demandeur et le défendeur se prétendent héritiers, et c'est précisément la question qui est litigieuse entre eux. L'action en pétition d'hérédité pourrait être exercée contre les envoyés, soit pendant l'envoi provisoire, ce qui est admis par tout le monde, soit même après l'envoi définitif, ce qui est contesté par quelques-uns. Mais le doute ne paraît guère possible sur ce dernier point, en présence du texte de la loi qui ne

fait aucune distinction. La généralité des termes de l'art. 130 est d'autant plus concluante à cet égard que sa rédaction primitive excluait l'exercice de notre action après l'envoi définitif. En effet, dans le texte du projet, après ces mots du jour de son décès prouvé, on lisait ceux-ci pendant l'envoi provisoire. Or ce dernier membre de phrase a été supprimé dans la rédaction définitive.

Les envoyés en possession, contre lesquels est exercée l'action en pétition d'hérédité, ne sont tenus de restituer les biens de l'absent que sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article 127 (art. 130). Donc si l'action est intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés seront autorisés à garder les quatre cinquièmes, les neuf dixièmes ou la totalité des fruits suivant les distinctions-établies en l'art. 127 ; ils ne restitueront par conséquent que le surplus. Et si l'action est intentée après l'envoi définitif, les envoyés auront dans tous les cas le droit de garder la totalité des fruits par eux perçus (arg. art. 127 al. final). En outre, dans cette dernière hypothèse, les demandeurs seront tenus de reprendre les biens dans l'état où ils se trouveront (arg. art. 132) ; car ils ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent, s'il réclamait lui-même la restitution de ses biens.

Qu'elle soit exercée pendant l'envoi provisoire ou après l'envoi définitif, l'action en pétition d'hérédité qui nous occupe ne peut être intentée utilement que dans les trente ans à dater du décès de l'absent (arg. art. 2262), sauf les suspensions et les interruptions de prescription telles que de droit. Toutefois la prescription ne commence à courir au profit des envoyés qu'à compter du jour où ils se sont mis en possession des biens de l'absent, parce qu'il s'agit d'une prescription acquisitive.

*** § V. De l'action en pétition d'hérédité utile.**

* 1319. Pour qu'il y ait lieu à l'action en pétition d'hérédité relativement à la succession d'un absent, il faut que le décès de l'absent soit prouvé. Le demandeur en pétition d'hérédité vient dire alors aux envoyés : J'étais l'héritier le plus proche de l'absent au jour de son décès ; je suis par conséquent propriétaire de ses biens, que vous détenez en qualité d'envoyés, et j'en réclame la restitution.

L'action dite action utile en pétition d'hérédité ou encore action en pétition de la possession de l'hérédité suppose au contraire que le décès de l'absent n'est pas prouvé. Le demandeur, dans cette action, vient dire aux envoyés : C'est moi qui étais l'héritier présomptif de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ; par erreur ou pour tout autre motif, vous avez obtenu l'envoi en possession à mon préjudice ; je viens en réclamer aujourd'hui le bénéfice et je demande en conséquence que vous me mettiez en possession des biens de l'absent, afin que je les administre à votre place. Telle est l'action en pétition d'hérédité utile : elle est intentée par un héritier putatif, tandis que l'action en pétition d'hérédité est intentée par un héritier réel. Marcadé dit que l'action en pétition d'hérédité a pour objet la propriété des biens, tandis que l'autre action, qu'il appelle action en pétition de la possession d'hérédité, a pour objet la possession des biens seulement. La vérité est que les deux actions ont le même objet, savoir la possession des biens, que le réclamant n'a pas et qu'il veut obtenir. C'est par leur cause qu'elles diffèrent, et non par leur objet : dans la première, le réclamant se fonde sur ce qu'il est héritier et par suite propriétaire ; dans la deuxième, sur ce que c'est lui qui avait droit à l'envoi provisoire ou définitif.

1320. L'action utile en pétition d'hérédité se prescrit par trente ans comme l'action en pétition d'hérédité (arg. art. 2262). Mais le point de départ des trente ans n'est pas le même pour les deux actions. Les trente ans courent du jour du décès de l'absent pour la pétition d'hérédité ; ils

courent au contraire du jour de l'envoi provisoire pour l'action utile en pétition d'hérédité.

Cette dernière action peut être exercée même après l'envoi définitif, si elle n'est pas prescrite : ce qui pourrait arriver, soit par suite de la suspension ou de l'interruption de la prescription, soit parce que l'envoi définitif aurait été prononcé moins de trente ans après l'envoi provisoire, sur ce fondement qu'il s'est écoulé cent années depuis la naissance de l'absent.

Quelle est l'étendue de la restitution à laquelle a. droit celui qui triomphe dans l'action utile en pétition d'hérédité ? Le principe est que la restitution devra comprendre tout ce qu'elle comprendrait si elle était faite à l'absent lui-même et pas davantage. Il en résulte : 1° que si l'action a été intentée pendant l'envoi provisoire, les envoyés devront être condamnés à restituer, outre les biens, la portion de fruits qui ne leur serait pas acquise aux termes de l'art. 127 ; 2° que si la demande a été intentée après l'envoi définitif, les envoyés ne pourront en aucun cas être tenus à la restitution des fruits, et ne seront obligés de restituer les biens eux-mêmes que dans l'état où ils seront. Arg. art. 132 et 133. En effet les ayant-cause de l'absent ne peuvent pas avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même s'il reparaissait.

* 1321. Relativement à l'action en pétition d'hérédité, les enfants de l'absent restent soumis au droit commun ; ils ne pourront donc intenter cette action que dans les trente ans du décès prouvé, sauf les suspensions et interruptions de prescription telles que de droit. Mais les enfants et descendants de l'absent jouissent d'une faveur spéciale, que justifie leur titre, en ce qui concerne l'action utile en pétition d'hérédité. « Les enfants et

» descendants directs de l'absent pourront également, dans les trente ans, à compter.

» de l'envoi définitif, demander la restitution de ses biens,

comme il est dit en l'article

» précédent » (art. 133).

Le privilège accordé aux enfants et descendants de l'absent consiste en ce qu'ils peuvent agir dans les trente ans à compter de l'envoi définitif, tandis que, si on leur eût appliqué le droit commun, ils n'auraient pu agir que dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire. Mais leur droit n'est pas imprescriptible comme celui de leur père. D'ailleurs les enfants qui agissent après l'envoi définitif sont obligés de reprendre les biens dans l'état où ils se trouvent (arg. art. 132 et 133) ; ils ne sauraient en effet avoir plus de droits que n'en aurait leur père s'il reparaissait.

Ainsi les descendants de l'absent sont privilégiés en ce qui concerne l'envoi en possession des biens de l'absent ; ils peuvent réclamer cet envoi contre les collatéraux qui l'ont obtenu à leur préjudice, tant qu'il ne s'est pas écoulé trente ans à dater de l'envoi définitif.

* 1322. On discute sur le point de savoir si la disposition que nous venons d'analyser établit une véritable prescription, ou bien s'il s'agit d'une simple déchéance résultant de l'expiration d'un délai prefix. L'intérêt de la question est considérable. S'agit-il d'une véritable prescription ? elle sera suspendue au profit des enfants de l'absent, s'ils sont mineurs, jusqu'à leur majorité (art. 2252) ; de plus elle pourra être interrompue (art. 2242) ; enfin le moyen résultant de l'accomplissement de la prescription ne pourra pas être suppléé d'office par le juge (arg. art. 2223). Au contraire, s'il s'agit d'une simple déchéance résultant de l'expiration d'un délai prefix, il n'y aura place ni pour la suspension ni pour l'interruption, et le moyen résultant de l'accomplissement du délai pourra être suppléé d'office par le juge. Cpr. Aix, 24 oct. 1894, D., 96 2. 449, et trib. civ. de la Seine, 14 mai 1895, D., 96. 2. 255. Pour soutenir que l'art. 133 établit une simple déchéance et non une prescription, on invoque l'art. 2264, aux termes

duquel : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre sont expliquées dans les titres qui leur sont propres ». Mais cet argument est bien fragile. L'art. 2264 ne signifie pas que les règles établies au titre De la prescription (et par conséquent celles relatives à la suspension) sont inapplicables aux prescriptions établies par le législateur en dehors du titre spécial consacré à la matière ; il signifie simplement que le titre De la prescription n'abroge pas les règles particulières édictées par le législateur en dehors de ce titre pour certaines prescriptions spéciales. Ce qui rend d'ailleurs infiniment probable qu'il s'agit ici d'une véritable prescription, c'est que le délai fixé est précisément celui qui forme le droit commun en matière de prescription (art. 2262).

SECTION II

DES EFFETS DE L'ABSENCE, RELATIVEMENT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT COMPÉTER A L'ABSENT

1323. L'envoi en possession provisoire s'applique à tous les biens faisant partie du patrimoine de l'absent au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (art. 120), par conséquent à tous les droits qui, étant ouverts à son profit, lui étaient acquis à cette époque ; peu importe d'ailleurs qu'il s'agisse de droits purs et simples, à terme ou conditionnels. Mais il ne s'applique qu'à ces biens, et par conséquent il ne comprend pas les droits qui, n'étant pas encore ouverts au profit de l'absent, ne faisaient pas partie de son patrimoine. Les envoyés ne pourront, en cette qualité, élever aucune prétention à ces droits lorsqu'ils viendront à s'ouvrir plus tard. En effet c'est du chef de l'absent qu'ils les réclament. Pour réussir, ils

doivent donc, conformément à la règle *Probatio incumbit ei qui agit*, prouver que l'absent était vivant lors de l'ouverture du droit, nul ne pouvant acquérir un droit s'il n'est vivant lors de son ouverture (arg. art. 725) ; or ils ne font pas cette preuve. Les droits dont il s'agit sont ceux que la loi qualifie d'éventuels. V. la rubrique de la section.

Ainsi l'envoi en possession provisoire comprendra les droits appartenant à l'absent dans une succession ouverte au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, alors même que ces droits ne seraient pas encore liquidés, mais non les droits ou plutôt les simples espérances qui pouvaient compéter à l'absent dans une succession non ouverte, ceux qui lui appartenaient comme simple héritier présomptif. Quand cette succession s'ouvrira, les envoyés, en cette qualité, ne pourront y prétendre aucun droit, car c'est du chef de l'absent qu'ils agissent, et leur réclamation ne peut être accueillie qu'à la condition de prouver que l'absent a acquis un droit à la succession et par conséquent qu'il était vivant lors de son ouverture (art. 725) ; or ils ne font pas cette preuve. Le droit à une succession non ouverte est un droit éventuel, *hoc sensu*. Il en est de même du droit résultant d'un legs tant que ce droit n'est pas ouvert. L'ouverture d'un legs a lieu par la mort du testateur. Il faut en outre que la condition soit réalisée si le legs est conditionnel (arg. art. 1039 et 1040).

* Nous en dirons autant du droit de retour conventionnel (arg. art. 951), du droit de l'héritier contractuel (arg. art. 1089) et du droit aux arrérages à échoir, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, d'une rente viagère établie sur sa tête (arg. art. 1983). Poitiers, 9 mai 1910, D., 11. 2. 287.

Tout ce que nous venons de dire est contenu en substance dans l'art. 135 ainsi conçu : « Quiconque réclamera un droit échu à un

» individu dont l'existence ne sera pas reconnue, devra prouver que

» ledit individu existait quand le droit a été ouvert : jusqu'à celle

» preuve, il sera déclaré non recevable dans sa demande ».

1324. Maintenant que deviendra le droit dont il s'agit ? Personne ne pouvant le recueillir du chef de l'absent, puisqu'il n'est pas prouvé que l'absent fût vivant lors de son ouverture, le droit sera naturellement attribué à ceux au préjudice desquels l'absent l'aurait recueilli. L'art. 136 fait l'application de ce principe à un cas particulier, celui d'une succession : « S'il s'ouvre une succession à

» laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue,

» elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait

» eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son

» défaut ».

Une personne meurt laissant comme plus proches parents deux cousins germains, Primus et Secundus, dont l'un, Primus, est absent. Les enfants de l'absent viennent dire à Secundus : Vous n'avez droit qu'à une moitié de la succession. L'autre moitié forme la part de notre père Primus ; nous la réclamons de son chef comme envoyés en possession provisoire de ses biens. Secundus répondra : Votre père, du chef de qui vous réclamez la moitié de la succession, n'a pu acquérir quelque droit dans cette succession qu'à la condition d'être vivant lors de son ouverture (art. 725). Prouvez donc que votre père était vivant à cette époque. Si vous ne faites pas cette preuve, vous n'aurez pas démontré le bien fondé de votre demande ; elle devra par suite être rejetée, et je prendrai toute la succession.

* L'art. 136, nous l'avons dit, ne contient qu'une application particulière du principe posé par l'art. 135 ; c'est celle qui est de nature à se présenter le plus fréquemment. Mais le principe est général, et la

jurisprudence l'étend avec raison à tous les cas où le sort du procès dépend de l'existence d'un absent. Ainsi il a été jugé qu'on ne doit pas tenir compte, pour la fixation de la réserve, des héritiers réservataires dont l'existence est incertaine lors de l'ouverture de la succession. De même, une femme, qui veut faire annuler un acte pour défaut d'autorisation, doit prouver que son mari existait au moment où l'acte a été accompli.

1325. On voit que, lorsqu'il s'agit de droits éventuels, la loi considère comme décédés les titulaires qui sont absents lors de l'ouverture de ces droits, et qu'elle les attribue, à leur exclusion, à ceux qui étaient appelés concurremment avec eux, ou même à ceux qui n'étaient appelés qu'à leur défaut.

Ce principe donne la solution d'une question sur laquelle la controverse paraît aujourd'hui éteinte. Dans les successions où la représentation est admise, les enfants de l'héritier dont l'existence était incertaine lors de l'ouverture de la succession peuvent-ils être admis à le représenter ? Ainsi un individu meurt, laissant deux enfants, dont l'un est absent. Les enfants de l'absent pourront-ils représenter leur père pour arriver à la succession de leur aïeul concurremment avec leur oncle ? Oui ; car la loi considère ici l'absent comme décédé, ce qui permet à ses enfants de le représenter. Et c'est la réponse toute simple que feront les enfants, si on leur objecte qu'aux termes de l'art. 744 on ne représente pas les personnes vivantes, et qu'ils ne peuvent par conséquent représenter leur père qu'à la condition de prouver son décès à l'époque de l'ouverture de la succession. D'ailleurs, les enfants pourraient dire à leur adversaire : Ou notre père était vivant, ou il était mort lors de l'ouverture de la succession ; choisissez. S'il était vivant, il avait droit à sa part et nous la réclamons de son chef ; s'il était mort, nous avons droit de le représenter. En toute hypothèse donc, vous ne pouvez pas prétendre à la totalité de la succession.

1326. Le principe consacré par l'art. 135 s'applique toutes les fois que l'existence du titulaire est incertaine lors de l'ouverture du droit. Or il n'est pas nécessaire pour cela que son absence ait été déclarée ; il suffit qu'il y ait absence présumée. Alger, 4 mai 1896, S., 98. 2. 140. La remarque en a été faite au conseil d'Etat, et, pour qu'il n'y eût aucun doute à cet égard, on a remplacé le mot absent, qui figurait dans la rédaction primitive, par les mots dont l'existence ne sera pas reconnue. Mais au moins faut-il qu'il y ait incertitude sur l'existence du titulaire du droit. Il ne suffirait pas qu'elle fût méconnue par les intéressés. La loi ne parle pas d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue par les intéressés, mais bien d'un individu dont l'existence n'est pas reconnue, c'est à-dire dont l'existence est douteuse pour tout le monde. En un mot, pour que les art. 135 et 136 soient applicables, il faut que le titulaire du droit soit au moins présumé absent. S'il est simplement non présent, il y aura lieu à l'application des mesures conservatoires (apposition des scellés et inventaire) prescrites par les art. 909 3°, 928, 931 et 942 C. pr. En cas de difficulté, c'est au juge qu'il appartient de décider s'il y a simplement non-présence ou présomption d'absence, et son appréciation sur ce point est souveraine. Cass., 23 nov. 1891, S., 92. 1. 16. Cpr. Cass., 8 mars 1904, D., 04. 1. 246, S., 09. 1. 242. Et il faut bien en vérité qu'il en soit ainsi ; autrement chacun courrait le risque, en s'éloignant de son domicile pour quelques jours, de voir les droits qui viendraient à s'ouvrir à son profit pendant son absence, usurpés par un insolvable contre lequel il n'aurait qu'un recours illusoire.

« Un droit éventuel s'étant ouvert, et l'existence de l'un des titulaires de ce droit se trouvant alors incertaine, il se peut que, par un sentiment de délicatesse, les consorts de l'absent ne veuillent pas profiter du bénéfice de l'art 136, et qu'ils agissent comme si son existence était démontrée, lui faisant par exemple sa part dans la succession dont il

s'agit. Si plus tard l'absence est déclarée, les biens ainsi attribués à l'absent devront-ils être compris dans l'envoi provisoire accordé à ceux qui ont des droits subordonnés à son décès ? La négative résulte de cette règle que l'envoi provisoire ne s'applique qu'aux biens et aux : droits qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles (art 120). Que deviendront alors ces biens ? Ils devront être attribués à ceux auxquels les attribue l'art. 136 et qui auraient pu s'en emparer dès le début, c'est-à-dire à ceux appelés au défaut de l'absent : ce qui est de toute justice, car ils ne doivent pas être victimes de leur délicatesse. Ils pourraient même demander l'attribution de ces biens avant la déclaration d'absence, et lorsque les doutes qui existaient au début sur l'existence de l'absent se sont accentués.

* 1327. Ceux à qui un droit éventuel est attribué à l'exclusion d'un absent, par application de l'art. 136, ne recueillent pas ce droit en qualité d'envoyés en possession provisoire, mais bien en qualité de propriétaires, ou mieux de titulaires du droit. Cela vaut la peine d'être noté ; car autre chose est l'envoi en possession provisoire, autre chose l'attribution faite en vertu de l'art. 136, ainsi qu'on va le voir.

1° L'envoi en possession provisoire ne peut être obtenu qu'après la déclaration d'absence, c'est-à-dire au plus tôt cinq ou onze années, suivant les cas, après la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent. Au contraire la dévolution, opérée aux termes de l'art. 136, se produit par cela seul que l'existence du titulaire est incertaine au moment de l'ouverture du droit.

2° La loi, dans l'intérêt de l'absent, impose aux envoyés en possession provisoire certaines mesures conservatoires, telles que l'inventaire et la caution. Au contraire aucune garantie de restitution n'est exigée de ceux qui sont appelés à recueillir un droit éventuel à l'exclusion d'un absent. On ne saurait donc approuver les quelques

décisions judiciaires qui ont imposé en pareil cas l'obligation de faire inventaire. La loi peut être justement critiquée pour son défaut de prévoyance, mais il n'appartient pas au juge de réformer son œuvre. Rappelons-nous le mot de d'Argentré : *Slulta sapientia quæ vult lege sapientior esse*. En ce sens, Dijon, 23 mars 1888, S., 88. 2. 240.

3° Les envoyés en possession provisoire possèdent à titre précaire ; par suite ils ne peuvent jamais prescrire contre l'absent les biens qu'ils détiennent en qualité d'envoyés. Arg. art. 125 et 2236. Au contraire ceux qui recueillent des biens au lieu et place d'un absent, en vertu de l'art. 136, possèdent ces biens à titre de propriétaires et peuvent en prescrire la propriété contre lui. C'est ce que dit l'art. 137 ainsi conçu : « Les dispositions

« des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité

» et d'autres droits, lesquels compèteront à l'absent ou à ses représentants ou ayant

» cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription ».

Nous savions déjà que la dévolution faite aux termes de l'art. 136 n'a lieu que sous la réserve des droits de l'absent ou de ses ayant-cause, s'il vient à être établi plus tard que l'absent était vivant au moment de l'ouverture du droit. Mais l'action, que la loi accorde aux intéressés pour faire valoir ces droits, est prescriptible comme toutes les actions en général.

Par quel délai se prescrira-t-elle ? Cela dépend des hypothèses, et voilà pourquoi la loi n'a pas indiqué le délai de la prescription, s'en référant sur ce point aux règles du droit commun. Ordinairement la prescription s'accomplira par trente ans (art. 2262). C'est ce qui arriverait dans le cas d'une hérédité ouverte au profil de l'absent, et recueillie par d'autres en son lieu et place. L'action qu'il intentera en sa qualité d'héritier, lui ou ses ayant-cause,

pour se faire restituer les biens dépendant de celle hérédité par ceux qui les détiennent en qualité d'héritiers (action en pétition d'hérédité), se prescrira par trente ans à compter du jour où ceux appelés à son défaut se sont mis en possession. La prescription pourrait être accomplie plus tôt au profit de ceux qui possèdent les biens dépendant, de la succession, s'ils en ont acquis la possession en une qualité autre que celle d'héritiers ou de successeurs universels des héritiers, par exemple en qualité d'acheteurs. Ce ne serait plus alors la pétition d'hérédité que l'absent exercerait, mais bien une action en revendication. Or l'action en revendication peut se prescrire par dix à vingt ans, quand il s'agit d'un immeuble et que le possesseur a juste titre et bonne foi (art. 2265) ; elle peut même être prescrite immédiatement quand il s'agit d'objets mobiliers corporels (art. 2279).

Dans le cas où c'est le bénéfice d'un legs que réclame l'absent de retour, la prescription s'accomplira par trente ans également. Elle s'accomplirait par cinq années seulement, s'il s'agissait des arrérages d'une rente viagère dont l'absent de retour viendrait demander le paiement (art. 2277).

4° Les envoyés en possession provisoire ne gagnent ordinairement qu'une partie des fruits par eux perçus (art. 127). Au contraire, ceux qui ont recueilli au lieu et place de l'absent les biens dévolus à celui-ci gagneront tous les fruits par eux perçus à la condition qu'ils soient de bonne foi. « Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les » actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession, » gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi » (art. 138). La bonne foi consiste ici dans l'ignorance du droit de celui qui était véritablement héritier, dans la croyance qu'il était décédé lors de l'ouverture du droit. La bonne foi du possesseur cesse dès qu'il connaît la vérité, et il cesse alors de gagner les fruits.

Ce que la loi dit des biens dépendant d'une succession échue à l'absent, doit être étendu à tous les biens que d'autres auraient recueillis au lieu et place d'un absent, par application du principe que consacre l'art. 135, par exemple aux biens légués à l'absent et que l'héritier légitime aurait conservés parce que l'existence du légataire à l'époque de l'ouverture du legs n'était pas démontrée. La loi n'a parlé que du cas où le droit réclamé par l'absent est un droit de succession, parce que c'est le cas le plus fréquent, et puis aussi peut être parce qu'on aurait pu être tenté, si la loi ne s'en était pas expliquée, d'appliquer ici les dispositions du droit romain qui obligeait le possesseur de bonne foi d'une hérédité à restituer tout ce dont il se trouvait enrichi au moment de la demande par suite des fruits qu'il avait perçus, c'est-à-dire tous les fruits qu'il n'avait pas consommés (L. 40, § 1, D., De hereditatis petitione).

1328. Les actes accomplis, relativement aux biens d'une succession, par ceux qui l'ont appréhendée en vertu de l'art. 136 au lieu et place d'un absent, sont-ils valables par rapport à l'absent de retour, ou à ses ayant-cause qui démontrent son existence à l'époque de l'ouverture de la succession ? Même question, si la succession a été appréhendée par un héritier d'un degré plus éloigné au préjudice d'un héritier présent plus proche qui n'a pas fait valoir ses droits. En d'autres termes, les actes accomplis par l'héritier apparent sont-ils valables par rapport à l'héritier véritable dont les droits sont aujourd'hui reconnus ? La question présente surtout de l'importance au point de vue des aliénations consenties par l'héritier apparent. L'héritier apparent a vendu par exemple un bien héréditaire ; le véritable héritier, qui était absent lors de l'ouverture de l'hérédité, sera-t-il tenu de respecter cette vente, ou pourra-t-il la tenir comme non avenue, et reprendre le Lieu aliéné entre les mains du détenteur ? On suppose bien entendu que ce tiers détenteur n'est pas

protégé par la prescription, laquelle le mettrait à l'abri de toute action.

Cette question fait difficulté ; et cependant, si l'on s'en tient aux principes, sa solution paraît toute simple.

L'héritier apparent était propriétaire ; la loi lui attribue implicitement ce titre dans l'art. 136. Mais il n'était propriétaire que sous condition résolutoire, sous cette condition résolutoire que l'existence du véritable ayant-droit lors de l'ouverture de la succession serait plus tard démontrée ; car la loi n'attribue la succession ouverte au profit de l'absent à ceux appelés à son défaut, que sous la réserve de ses droits. Or c'est un principe certain que nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a. Donc l'héritier apparent, qui n'était propriétaire que sous condition résolutoire, n'a pu transférer que des droits résolubles, et l'événement qui produira la résolution de son droit de propriété entraînera nécessairement par voie de conséquence la résolution des droits qu'il aura lui-même consentis sur les choses héréditaires, conformément à la maxime *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (art. 2125). Le véritable héritier pourra donc tenir pour nuls les actes accomplis par l'héritier apparent, et revendiquer par suite les biens héréditaires aliénés par celui-ci.

Sans faire intervenir la notion de la condition résolutoire, on peut encore dire avec M. Hue (*Com. th. et prat. du code civ.*, t. I, n. 452) que l'héritier apparent, la vérité une fois reconnue, se trouve n'avoir jamais été propriétaire. C'est donc sans droit qu'il a appréhendé l'hérédité ; par suite les aliénations qu'il a consenties émanent a non domino et ne font aucun obstacle à la revendication du véritable héritier dont les droits sont aujourd'hui reconnus.

Ces principes étant certains, on s'étonne que la question qui nous occupe puisse être controversée. La difficulté vient de ce que la solution dictée par les principes est en opposition avec les nécessités de la pratique, et conduit à des conséquences qui peuvent paraître d'une rigueur

excessive : on arrive à briser des contrats que l'on voudrait maintenir, à ne considérer que la bonne foi des parties et l'impossibilité où elles se sont trouvées de connaître la vérité. Aussi la jurisprudence, sur laquelle la considération des faits exerce une très grande influence, a-t-elle trop souvent en cette matière reculé devant la rigoureuse application des principes, et elle a été encouragée dans cette voie par bon nombre d'auteurs. La meilleure preuve peut-être que l'on puisse donner de la fausse direction dans laquelle la jurisprudence et une partie de la doctrine se sont engagées sur cette question, c'est l'infinie diversité des systèmes proposés par les auteurs dissidents, et le peu d'harmonie qui existe entre les différentes décisions de la jurisprudence. C'est toujours ce qui arrive quand on veut faire la loi au lieu de l'appliquer : chacun la fait à sa guise, et les décisions des arrêts ne concordent pas plus que les opinions des auteurs. Aussi n'entrerons-nous pas dans l'exposé des divers systèmes qui ont été proposés. Nous nous bornerons à indiquer les solutions que la jurisprudence a données dans les principales hypothèses sur lesquelles elle a été appelée à statuer. La jurisprudence considère comme nulles à l'égard de l'héritier véritable : 1° la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité tout entière ; 2° les donations entre vifs ou testamentaires de biens héréditaires, faites par ce même héritier ; 3° les cessions qu'il a consenties de créances héréditaires. Elle déclare valables au contraire les actes d'administration (sur ce point la doctrine est d'accord avec la jurisprudence), les transactions (Cass., 10 avril 1888, S., 89. 1. 457, D., 89. 1. 278), les ventes d'immeubles et les constitutions, d'hypothèques consenties par l'héritier apparent. C'est là, dit la cour, sans d'ailleurs en donner d'autre justification, une exception nécessaire à la règle de l'art. 2125. Cass., 26 janv. 1897, D., 00. 1. 33, S., 97. 1. 313 (deux arrêts). Toutefois, pour valider les ventes d'immeubles et les constitutions d'hypothèques, la cour de

cassation exige que les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires soient de bonne foi et qu'ils aient traité sous l'influence invincible de l'erreur commune. L'existence de la bonne foi, à laquelle on attache tant d'importance, ne peut pourtant produire d'autres effets que ceux déterminés par la loi ; or les seuls effets légaux de la bonne foi, dans le droit relatif aux biens, sont l'acquisition des fruits (art. 549 et 550), le droit à une indemnité pour les plantations et constructions (art. 555 al. final) et l'abréviation des délais de la prescription (art. 2265, 2279). D'après la dernière jurisprudence de la cour de cassation (arrêts précités), il importe peu que l'héritier apparent soit ou non de bonne foi.

D'ailleurs la jurisprudence applique sa thèse non seulement à celui qui semble tenir son titre de la loi, mais aussi à celui qui semble le tenir de la volonté du défunt. En d'autres termes, elle applique au légataire universel apparent les mêmes règles qu'à l'héritier apparent. Cass., 26 janv. 1897, arrêts précités.

DEUXIÈME PARTIE

De la jouissance et de la privation des droits civils.

CHAPITRE PREMIER

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS

§ I. Généralités.

1329. Nous avons indiqué (t. I, n. 132) la différence qui existe entre la jouissance et l'exercice d'un droit. La jouissance a trait à l'investiture du droit, l'exercice, à sa mise en œuvre. Il est arrivé à notre législateur d'employer l'une de ces expressions pour l'autre. C'est ainsi que dans l'art. 7 il parle de l'exercice des droits civils, alors qu'il entend désigner très certainement la jouissance de ces droits. En revanche, dans les art. 984 et 985 C. pr., le législateur parle de la jouissance des droits civils, alors qu'il songe certainement à l'exercice.

Le défaut d'aptitude à jouir d'un droit constitue l'incapacité de droit. Le défaut d'aptitude à exercer un droit constitue l'incapacité de fait (t. I, n. 132 s.).

1330. A qui appartient la jouissance des droits civils ? Le nouvel art. 8 al. 1 répond : « Tout Français jouira des droits civils ». Il suffit donc d'être Français pour avoir la jouissance des droits civils ; il n'est pas nécessaire d'être citoyen, comme pour avoir la jouissance des droits politiques. C'est au surplus ce que déclare le nouvel art. 7 où le législateur a employé à tort, ainsi que nous l'avons

noté tout à l'heure, le mot exercice à la place du mot jouissance :

« L'exercice des droits civils est indépendant de l'exercice des droits

» politiques, lesquels s'acquièrent et se conservent conformément

» aux lois constitutionnelles et électorales ».

Ainsi, pour jouir des droits politiques, il faut être citoyen français ; il suffit d'être Français pour jouir des droits civils.

La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de Français, il importe grandement de savoir quelles personnes sont françaises. C'est ce que nous allons rechercher, et du même coup nous résoudrons la question de savoir quelles personnes sont étrangères, car on est nécessairement Français ou étranger, et par conséquent tout individu qui n'est pas Français est étranger ¹³³. En d'autres termes, nous allons étudier la question de la nationalité. L'intérêt de cette question d'ailleurs ne réside pas uniquement dans la jouissance des droits civils ; il apparaît sous bien d'autres aspects, notamment au point de vue du service militaire et au point de vue du statut personnel (t. I, n. 81 et 82).

On peut définir la nationalité : le lien qui rattache une personne à une nation déterminée. Cette matière a été réglementée à nouveau » par une loi du 26 juin 1889, intitulée Loi sur la nationalité, qui a modifié ou remanié les art. 7, 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du code civil. V. l'art. 1^{er} de la loi. Quelques-unes des dispositions de la loi de 1889 ont été elles-mêmes modifiées par la loi du 22 juillet 1893.

§ II. Des Français.

N° 1. Quelles personnes sont françaises.

1331. On naît Français ou on le devient. En d'autres termes, on peut être Français par la naissance ou en vertu d'un fait postérieur à la naissance, qu'on désigne d'une manière générale sous le nom de naturalisation.

I. Français de naissance.

1332. Sont Français de naissance dans notre droit actuel : 1° Tout individu né d'un Français ; 2° Tout individu né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ; 3° Tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né.

1. Enfants issus de parents français.

1333. Est Français : « 1° Tout individu né d'un Français en

» France ou à l'étranger » (nouvel art. 8-1°). L'origine, indépendamment du lieu de la naissance, est donc attributive de la qualité de Français. Avec notre sang, nous transmettons à nos enfants notre nationalité. Peu importe qu'ils voient le jour en France ou sur une terre étrangère.

1334. L'application de ce principe va toute seule en ce qui concerne les enfants légitimes, c'est-à-dire ceux issus de parents légalement mariés. L'enfant légitime suit, au point de vue de la nationalité, la condition de son père : il naît donc Français si son père est Français, étranger s'il est étranger. Celle règle doit être appliquée quelle que soit la nationalité de la mère, et alors même qu'elle serait différente de celle du père, ce qui arrivera rarement (infra, n. 1356 et 1402. Adde arg. art. 148, 373). Telle est la tradition. La loi romaine disait : Cum legitimas nuptiæ factæ sint, patrem liberi sequuntur... (L. 19, D., De statu hominum, I, 5), et ce principe a toujours été admis dans notre ancien droit.

1335. En ce qui concerne les enfants naturels ou illégitimes, c'est-à-dire ceux issus de parents non mariés l'un avec l'autre, le législateur de 1889, tranchant la controverse qui s'était élevée sous l'empire du code civil, dispose : « L'enfant naturel dont la filiation

» est établie pendant la minorité, par reconnaissance ou par jugement ; suit la

» nationalité de celui des parents à l'égard duquel la preuve a d'abord été faite. Si elle

» résulte pour le père ou [lisez et] la mère du même acte ou du même jugement, l'enfant

» suivra la nationalité du père » (nouvel art. 8 al. 4).

Nous savons que la filiation d'un enfant naturel ou illégitime, c'est-à-dire le lien qui le rattache aux auteurs de ses jours, ne peut être établie, quand la loi en autorise la constatation, que par un jugement rendu sur la demande de l'enfant ou de ses représentants, ou par la reconnaissance volontaire de ses auteurs. Cette reconnaissance, qui n'est autre chose qu'un aveu de paternité ou de maternité, ne peut être faite que par acte authentique (art. 334).

Cela posé, la filiation d'un enfant naturel est-elle établie pendant sa minorité par rapport à ses deux auteurs à la fois dans un seul et même acte ? On applique la même règle que s'il s'agissait d'un enfant légitime. L'enfant suit la nationalité de son père. Cpr. Cass., 2 juin 1908, D., 12. 1. 457, S., 11. 1. 385. C'est ce qui arrivera par exemple, si le père et la mère d'un enfant naturel se sont présentés en même temps devant un notaire pour reconnaître leur enfant et que le notaire ait dressé un seul et même acte de cette double reconnaissance. La loi de 1889 consacre sur ce point la solution admise auparavant par la jurisprudence et par la majorité des auteurs Cpr. nouvel art. 383 al. 1.

Au contraire, si la filiation de l'enfant se trouve établie par rapport à chacun de ses auteurs dans un acte distinct, l'enfant suivra la nationalité de celui à l'égard duquel sa

filiation a été constatée en premier lieu. Ainsi la mère d'un enfant naturel mineur le reconnaît ; l'enfant suivra la nationalité de sa mère. Il importera peu que plus tard la filiation de cet enfant soit établie par rapport à son père, qui a, on le suppose, une nationalité autre que celle de sa mère, et même qu'il ait été légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs (Douai, 27 juin 1905, D., 05. 2. 425, S., 06. 2. 153) ; l'enfant conservera la nationalité de sa mère ; elle lui a été définitivement acquise par la reconnaissance émanée de celle-ci. La jurisprudence s'était formée sur ce point en sens contraire. V. Cass., 31 mai 1907, D., 07. 1. 425, S., 10. 1. 145, cassant l'arrêt de la cour de Douai, supra, parce que la reconnaissance du père, survenue après celle de la mère, avait été faite antérieurement à la loi de 1889.

La nationalité que l'auteur d'un enfant naturel lui transmet est celle qu'il avait au moment de la naissance (ou de la conception) de l'enfant (infra, n. 1336 in fine), et non celle qui lui appartenait au moment de la reconnaissance. En effet la reconnaissance n'est pas attributive de filiation, elle est simplement déclarative d'une filiation préexistante. Nancy, 25 mars 1890, S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89, et la note de M. de Boeck.

Pour que la reconnaissance d'un enfant naturel puisse influencer sur sa nationalité, il faut supposer que cette reconnaissance survient pendant la minorité de l'enfant (nouvel art. 8 al. 4. Trib. de Saint-Gaudens, 12 janv. 1903, D., 05. 2. 425). Autrement on lui appliquerait, s'il est né en France, la règle de l'alinéa suivant de l'art. 8, auquel nous arriverons bientôt et d'après lequel tout individu né en France de parents inconnus est Français.

* L'enfant désavoué par le mari de sa mère, n'ayant de filiation certaine qu'à l'égard de celle-ci, prendra sa nationalité.

1336. Une dernière question reste à résoudre. A quelle époque faut-il se placer pour déterminer la nationalité que

le père ou la mère transmet à son enfant, suivant les distinctions qui viennent d'être établies ? Est-ce à l'époque de la conception de l'enfant ou à celle de sa naissance ? La question ne présente d'intérêt, bien entendu, que lorsque l'auteur qui doit transmettre sa nationalité à l'enfant a changé de nationalité dans l'intervalle de la conception à la naissance. Ainsi le père légitime d'un enfant est étranger lors de la naissance de cet enfant, mais il était Français à l'époque de sa conception : dans l'intervalle entre la conception et la naissance, il s'est fait par exemple naturaliser étranger. Quelle nationalité transmettra-t-il à son enfant ? Celle qu'il avait lors de la naissance de l'enfant, c'est-à-dire une nationalité étrangère ? Ou bien celle qu'il avait lors de la conception, c'est-à-dire la nationalité française ? L'opinion dominante en doctrine et en jurisprudence admet avec raison qu'en principe il faut se reporter à la naissance de l'enfant, pour déterminer la nationalité qui lui est transmise, car c'est seulement à dater de sa naissance que l'enfant compte comme un être distinct dans la société ; mais toutefois sauf l'application de la maxime *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*. C'est-à-dire qu'il y aurait lieu de se reporter à l'époque de la conception de l'enfant pour déterminer sa nationalité, toutes les fois que cela devrait avoir pour résultat de le faire bénéficier de la qualité de Français, comme dans l'exemple cité tout à l'heure ; car, au point de vue de la loi française, c'est un avantage de naître Français. Il est vrai que l'art. 8-1°, reproduisant sur ce point les termes de l'ancien art. 10, paraît s'attacher exclusivement au fait de la naissance, puisqu'il parle de l'enfant né d'un Français. Mais on a fort bien répondu que né est ici synonyme d'issu.

2. Enfant né en France de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue.

1337. L'art. 8-2° déclare Français : « Tout individu né en France » de parents inconnus ou dont la nationalité est inconnue ». C'était la solution généralement admise sous l'empire du code civil qui ne résolvait pas la question en termes formels. Lorsque l'origine de l'enfant est inconnue ou lorsque l'on ignore la nationalité de ses auteurs, le lieu de sa naissance doit avoir une influence décisive au point de vue de la détermination de sa nationalité. Ajoutons que très probablement les parents de l'enfant sont Français.

* Un enfant doit être considéré comme né de parents inconnus, et par suite comme Français, s'il est né en France, lorsqu'il ne se rattache par aucun lien légal aux auteurs de ses jours, alors même qu'en fait ceux-ci seraient connus. C'est ce qui a été jugé par la cour d'Aix (4 juin 1896, D., 97. 2. 361, S., 98 2. 103), au sujet d'un enfant dont l'acte de naissance indiquait le nom de sa mère, de nationalité étrangère, sans reconnaissance de la part de celle-ci. Cette indication ne suffisait pas, aux yeux de notre loi, pour établir légalement la filiation de l'enfant. Arg. art. 334.

3. Enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né.

1338. L'art. 8 3°, rédaction nouvelle de la loi du 22 juillet 1893, déclare Français : « Tout individu né en France de parents étrangers

» dont l'un y est lui-même né ; sauf la faculté pour lui, si c'est

» la mère qui est née en France, de décliner dans l'année qui suivra

» sa majorité la qualité de Français, en se conformant aux dispositions

» du paragraphe 4 ci-après ». Adde art. 20, al. 2 nouveau (L. 5 avril 1909), infra, n. 1396.

Un enfant naît en France de parents étrangers, mais dont l'un est lui-même né en France. Cet enfant naîtra Français.

Il devrait être étranger si l'on tenait compte de son origine. Mais d'une part on peut facilement présumer, parce que cela est conforme à la nature, que cet enfant aura un certain attachement pour le pays qui l'a vu naître, c'est-à-dire pour la France ; et, d'autre part, l'un de ses auteurs, étant lui-même né en France et y ayant probablement résidé longtemps puisqu'il y a eu un enfant, était Français sinon d'après la loi, au moins d'après les mœurs et les habitudes.

Notre texte n'exige aucune condition de résidence, ni à plus forte raison de domicile en France, soit de la part de l'auteur de l'enfant, soit de la part de l'enfant lui-même. Il suffit que l'enfant soit né en France et que l'un de ses auteurs y soit né lui-même.

1339. La disposition que nous venons d'analyser a été empruntée à la loi du 7 février 1851 qui portait : « Est Français tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né ».

Ce texte devait-il recevoir son application au cas d'un enfant né en France d'une mère étrangère qui elle-même y était née ? Le doute était permis à raison des mots d'un étranger, qui signifient littéralement d'un père étranger.

Le législateur de 1893 a résolu expressément la question dans le sens où s'étaient prononcées la doctrine et la jurisprudence : il suffit que le père ou la mère de l'enfant soit né en France.

1340. En attribuant de plein droit la qualité de Français à l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y était né, la loi du 7 février 1851 ne la lui imposait pas. En effet, elle l'autorisait à revendiquer la qualité d'étranger dans l'armée qui suivait sa majorité. Il paraît que beaucoup de jeunes gens abusèrent de cette faculté pour se soustraire à la charge du service militaire en France, et la loi du 16 décembre 1874 n'apporta à ce mal qu'un remède insuffisant, en obligeant le postulant qui réclamait la qualité d'étranger à justifier qu'il avait conservé sa

nationalité d'origine. C'est pourquoi la loi du 26 juin 1889 (anc. art. 8, al. 3 C. civ.) supprima la faculté d'option, et rendit ainsi irrévocablement Français tous les enfants nés en France d'un étranger qui lui-même y était né.

Mais on ne peut se dissimuler que la loi, avec ce caractère de généralité, embrassait un certain nombre de cas qui semblaient devoir être en dehors de son domaine. Ainsi il se peut qu'un enfant naisse accidentellement en France d'une mère née elle-même accidentellement dans notre pays, que ni la mère ni l'enfant n'aient jamais séjourné en France. Peut-on dire que cet enfant doit avoir de l'attachement pour le pays qui l'a vu naître, que sa mère était Française d'après les mœurs et les habitudes ? Evidemment, les motifs qui ont fait édicter la loi n'existent pas dans cette hypothèse. Aussi la loi de 1889 donna-t-elle lieu à beaucoup de protestations. A la suite des nombreuses réclamations qui lui furent adressées, le gouvernement français prit l'initiative d'un projet qui a abouti à la loi du 22 juillet 1893 dont nous avons rapporté le texte. Les réclamations ne s'étant produites qu'au sujet d'enfants nés en France d'une mère étrangère qui elle-même y était née, on s'explique que la loi nouvelle n'accorde qu'à ces enfants la faculté de décliner la qualité de Français, et non à ceux nés en France d'un père étranger qui lui-même y est né, bien que théoriquement la solution paraisse devoir être la même dans les deux cas. Comme l'a dit M. Thézard, le rapporteur du Sénat, « la loi nouvelle telle qu'elle est suffit aux nécessités de l'heure présente ». Mais est-il sage de la part d'un législateur de ne pas songer au lendemain ?

La nouvelle loi de 1893 contient, en ce qui concerne les enfants naturels, une disposition qui est la conséquence de celle qui précède : « L'enfant naturel pourra, aux mêmes

» conditions que l'enfant légitime, décliner la qualité de Français quand le parent

» qui est né en France n'est pas celui dont il devrait, aux

termes du paragraphe premier,
» deuxième alinéa, suivre la nationalité » (art. 8-3°, al. 2).

II. Français par la naturalisation.

1341. Lato sensu, le mot naturalisation désigne le fait, quel qu'il soit, en vertu duquel un étranger acquiert la nationalité française. Il est assimilé aux naturels français, d'où le mot naturalisation.

Il y a trois espèces de naturalisation, savoir : la naturalisation proprement dite, la naturalisation de faveur, et enfin la naturalisation in globo résultant de l'annexion à la France d'un territoire étranger.

A. Naturalisation proprement dite.

1342. La naturalisation proprement dite peut être définie : Un acte par lequel le gouvernement confère la qualité de Français à un étranger qui en a formé la demande.

Les lois sur la naturalisation, l'expérience l'a prouvé, ne vivent pas longtemps. A ce titre on peut regretter que la législation relative à cette matière fasse partie du code civil qui est l'emblème de la stabilité en matière législative. Elle y a été introduite par la loi du 26 juin 1889 qui a ajouté à l'art. 8 du code civil, ainsi démesurément allongé, une série d'alinéas conçus en ces termes : « Sont » Français... 5° Les étrangers naturalisés. — Peuvent être naturalisés

» : — 1° Les étrangers qui ont obtenu l'autorisation de fixer

» leur domicile en France, conformément à l'article 13 ci-dessous,

» après trois ans de domicile en France, à dater de l'enregistrement

» de leur demande au ministère de la justice ; — 2° Les étrangers

» qui peuvent justifier d'une résidence non interrompue pendant

» dix années ; — Est assimilé à la résidence en France le séjour en

» pays étranger pour l'exercice d'une fonction conférée par le Gouvernement

» français ; — 3° Les étrangers admis à fixer leur domicile

» en France, après un an, s'ils ont rendu des services importants

» à la France, s'ils y ont apporté des talents distingués ou

» s'ils y ont introduit soit une industrie, soit des inventions utiles ou

» s'ils y ont créé soit des établissements industriels ou autres, soit

» des exploitations agricoles ou s'ils ont été attachés, à un titre

» quelconque, au service militaire dans les colonies ou les protectorats

» français ; — 4° L'étranger qui a épousé une Française, aussi

» après une année de domicile autorisé. — Il est statué par décret

» sur la demande de naturalisation, après une enquête sur la moralité

» de l'étranger ».

A ce texte il faut joindre le décret du 13 août 1889, portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité.

1343. Conditions requises. — Connue la loi du 29 juin 1867 qu'elle a remplacée, la loi du 26 juin 1889 distingue deux espèces de naturalisation, qui ne diffèrent l'une de l'autre que par la durée du stage, la naturalisation ordinaire et la naturalisation extraordinaire.

Trois ans de domicile autorisé (infra, n. 1367) ou dix ans de résidence sont nécessaires pour la naturalisation ordinaire. Un an de domicile autorisé suffit pour la

naturalisation extraordinaire. Cette dernière peut être accordée soit à l'étranger qui a bien mérité de la France par l'un des moyens qu'indique le 3° de notre article, soit à celui qui a épousé une Française. La résidence doit être continue pendant toute la durée du stage, ce qui toutefois ne doit pas être entendu d'une manière trop rigoureuse.

1344. Formalités à remplir. — La naturalisation ne résulte pas de plein droit de l'accomplissement des conditions qui viennent d'être indiquées ; elle doit être demandée par l'étranger qui aspire à cette faveur, et le gouvernement peut la refuser arbitrairement. La demande doit être adressée sous forme de requête au ministre de la justice. V. décret du 13 août 1889, art. 2, 3 et 4. Celui-ci la transmet au président de la République, accompagnée d'un rapport dans lequel il fait connaître son avis sur la suite qu'il convient de donner à la demande. Le ministre a dû préalablement vérifier si toutes les conditions prescrites par la loi ont été remplies et procéder à une enquête sur la moralité de l'étranger. Le président de la République statue par un décret. Il n'est plus nécessaire, comme sous l'empire de la loi de 1867, que ce décret soit rendu en conseil d'Etat.

Le décret de naturalisation donne lieu au paiement d'un droit de sceau de 175 fr. 25. Pareil droit est dû par l'étranger qui obtient l'admission à domicile. La naturalisation précédée de l'admission à domicile coûte donc 350 fr. 50. La proposition qui a été faite de supprimer ce droit pour favoriser la naturalisation a été repoussée par la chambre des députés. Il a paru inutile de multiplier, en accordant la naturalisation sans frais, le nombre de ceux qui viennent faire concurrence aux travailleurs français ou disputer à nos indigents les secours de l'assistance publique. D'autant plus que le gouvernement jouit du droit de faire des remises totales ou partielles du droit de sceau, et jusqu'ici il en a usé très largement.

1345. Effets de la naturalisation. — Cette matière est régie par l'art. 3 de la loi du 26 juin 1889. De sorte que les conditions de la naturalisation se trouvent aujourd'hui réglées par un article du code civil (art. 8 partie finale), et ses effets par une loi indépendante du code civil, ce qui est au moins bizarre. L'art. 3 précité porte : « L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques attachés à la qualité de citoyen français ». Ce principe souffre toutefois une restriction qui n'avait pas été admise par le législateur de 1867 : « Néanmoins il [l'étranger naturalisé] n'est éligible aux assemblées législatives que dix ans après le décret de naturalisation, à moins qu'une loi spéciale n'abrège ce délai. Le délai pourra être réduit à une année ». On ne peut s'empêcher de remarquer la singularité de cette dernière disposition qui semble avoir la prétention de limiter les pouvoirs du législateur de l'avenir. S'il lui plaît de réduire le délai à moins d'un an, qui donc l'en empêchera ?

L'article ajoute dans sa partie finale : « Les Français qui recouvrent cette qualité après l'avoir perdue, acquièrent immédiatement tous les droits civils et politiques, même l'éligibilité aux assemblées législatives ».

Les effets de la naturalisation sont individuels, c'est à-dire personnels à l'étranger qui l'a obtenue. Ils ne s'étendent pas aux membres de sa famille non compris dans le décret de naturalisation.

Cette règle souffre toutefois exception en ce qui concerne les enfants mineurs de l'étranger naturalisé. V. infra, n. 1356. Quant aux enfants qui surviennent après la naturalisation, il va de soi qu'ils naissent Français.

La naturalisation ne produit pas d'effet rétroactif. Arg. a fortiori art. 20. Orléans, 30 mai 1895, D., 96. 2. 194. Cet arrêt juge que la qualité de Français n'est acquise qu'à dater du jour de l'insertion au bulletin des lois du décret de naturalisation.

1346. Observation. — La qualité de Français ne s'acquiert pas par la prescription, parce qu'elle n'est pas in hominum commercio. Donc quelque prolongé que soit le séjour d'un étranger en France, il ne deviendra pas Français, tant qu'il n'aura pas obtenu la naturalisation. V. cep. infra, n. 1352 a.

B. Naturalisation de faveur.

1347. L'expression naturalisation de faveur se trouve dans l'art. 5 de la loi du 26 juin 1889 et dans l'art. 5 al. final du décret du 13 août 1889. La naturalisation de faveur est soumise à des conditions moins rigoureuses que celles du droit commun. Lorsque l'étranger à qui elle est offerte acquiert de plein droit la qualité de Français en remplissant les conditions légales, comme il arrive notamment dans les cas prévus par les art. 8-4° et 12, cette naturalisation prend le nom de bienfait de la loi, expression qui appartient à la doctrine. Le bienfait de la loi est donc une naturalisation doublement privilégiée, d'abord en ce sens qu'elle est soustraite à une partie des exigences du droit commun et ensuite en ce que le gouvernement ne peut pas en refuser arbitrairement le bénéfice à l'étranger qui remplit les conditions légales. C'est là son trait caractéristique. Cette naturalisation a été établie pour des étrangers qui, soit à raison de leur naissance en France, soit à raison de liens de famille, peuvent être présumés avoir un certain attachement pour notre pays. Ils manifestent cet attachement en remplissant les conditions prescrites par la loi, et alors ils deviennent Français de plein droit.

1348. La naturalisation de faveur peut avoir lieu dans quatre cas prévus, le premier par l'art. 8 4° et l'art. 9 ; le second par l'art. 10 ; le troisième par l'art. 12 ; le quatrième par l'art. 4 de la loi du 26 juin 1889.

PREMIER CAS, prévu par l'art. 8-4° et l'art. 9 : Enfants nés en France de parents étrangers qui, eux-mêmes, n'y sont pas nés.

1349. Transcrivons d'abord les textes. Le nouvel art. 8-4° déclare Français : « Tout individu né en France d'un étranger et qui, à

» l'époque de sa majorité, est domicilié en France, à moins que,

» dans l'année qui suit sa majorité, telle qu'elle est réglée par la

» loi française, il n'ait décliné la qualité de Français et prouvé

» qu'il a conservé la nationalité de ses parents par une attestation

« en due forme de son gouvernement, laquelle demeurera annexée

» à la déclaration, et qu'il n'ait en outre produit, s'il y a lieu, un

» certificat constatant qu'il a répondu à l'appel sous les drapeaux,

» conformément à la loi militaire de son pays, sauf les exceptions

» prévues aux traités ». Adde art. 20, al. 2 nouveau (L. 5 avril 1909), infra, n. 1396.

Voici maintenant le texte du nouvel art. 9 al. 1 (loi du 22 juillet 1893) : « Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est

» pas domicilié à l'époque de sa majorité pourra, jusqu'à l'âge de

» vingt-deux ans accomplis, faire sa soumission de fixer en France

» son domicile, et, s'il l'y établit dans l'année à compter de l'acte

» de soumission, réclamer la qualité de Français par une déclaration

» qui sera, à peine de nullité, enregistrée au ministère de la

» justice ».

1350. Ces textes sont assez mal rédigés, ils auraient dû être fondus dans une disposition unique. Voici quelle nous paraît être leur signification.

1351. L'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, naît étranger. Cela résulte par argument de l'art. 9 al. final où on lit que cet enfant devient Français s'il satisfait à la loi du recrutement sans opposer son extranéité. Donc, à ce moment, il était étranger, et il reste tel jusqu'à sa majorité. Cass., 13 mars 1911, D., 12. 1. 25, S, 11. 1. 527.

Il en résulte notamment : 1° que le mineur, né sur le sol français d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, peut être frappé d'un arrêté d'expulsion par l'autorité française (L. 3-11 déc. 1849), sauf le droit qui lui appartiendrait, malgré cet arrêté d'expulsion, de faire sa soumission de fixer son domicile en France et de l'y établir effectivement dans l'année à compter de sa soumission, le tout en vue d'acquérir la qualité de Français (infra, n. 1358) ; 2° qu'il n'a pas le droit d'invoquer l'exception *judicatum solvi* contre un demandeur étranger (cpr. infra, n. 1385). En outre, son état et sa capacité sont régis par la loi étrangère.

1352. Maintenant, l'individu qui nous occupe peut acquérir la qualité de Français en vertu d'une naturalisation privilégiée.

a. D'abord, il devient Français de plein droit par cela seul qu'il se trouve domicilié en France à l'époque de sa majorité, même sans autorisation du gouvernement. Cpr. Paris, 18 nov. 1907, D., 08. 2. 358.

Toutefois, la nationalité française ne lui est pas imposée. Il est admis à la répudier dans l'année qui suivra sa majorité ¹³⁴. Notre texte explique qu'il s'agit de la majorité

telle qu'elle est réglée par la loi française : c'était une question discutée sous l'empire de l'ancien art. 9. La répudiation de la qualité de Français se fait par une déclaration dont l'art 6 du décret du 13 août 1889 règle la forme. Le déclarant devra prouver dans le délai prescrit qu'il a conservé la nationalité de ses parents. Cette preuve se fait par une attestation en due forme du gouvernement du pays dont le réclamant revendique la nationalité, attestation qui doit rester annexée à la déclaration. Les conditions dans lesquelles cette attestation doit être délivrée ne peuvent guère être déterminées que par des conventions diplomatiques. En outre, et sauf les exceptions prévues aux traités, le réclamant doit produire un certificat attestant qu'il a satisfait aux exigences de la loi militaire de son pays. Autrement la réclamation pourrait n'avoir d'autre but que de permettre à l'intéressé de se soustraire aux obligations de la loi militaire, dans le pays dont il réclame la nationalité et en France tout à la fois. La loi dit que ce certificat ne pourra être exigé que s'il y a lieu. Il se peut en effet, qu'il s'agisse d'une femme, ou que le réclamant appartienne à une nation dans laquelle le service militaire n'est pas obligatoire, comme il arrive en Angleterre.

b. S'il n'est pas domicilié en France à l'époque de sa majorité, l'individu né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né, peut acquérir la qualité de Français en vertu d'une option expresse ou tacite.

α. Option expresse. — Elle résultera de l'accomplissement des conditions prescrites par l'art. 9 al. 1. Ces conditions sont au nombre de trois : 1° Soumission, c'est-à-dire engagement de fixer son domicile en France. L'acte de soumission est reçu par un des agents diplomatiques ou consulaires de France à l'étranger (art. 9 du décret du 13 août 1889). La soumission doit être faite avant l'expiration de la vingt-deuxième année ; 2° Etablissement de son domicile en France dans l'année de la soumission ; 3° Réclamation de la qualité de Français au

moyen d'une déclaration. Cette déclaration doit être faite devant le juge de paix du domicile de l'intéressé, dans la forme prescrite par les art. 6, 7 et 8 du décret du 13 août 1889. Elle doit être enregistrée au ministère de la justice, à peine de nullité. Cet enregistrement a été prescrit pour centraliser les déclarations, en conserver la preuve et permettre d'en contrôler la régularité. Le ministre de la justice peut faire prononcer la nullité des déclarations qui auraient été faites irrégulièrement. En outre et contrairement à ce qui avait lieu sous l'empire de la loi de 1889, le gouvernement peut, mais seulement sur un avis conforme du conseil d'Etat, refuser l'enregistrement pour cause d'indignité au déclarant qui réunirait les conditions légales. Tout cela résulte des alinéas 2 et 9 de l'art. 9, ajoutés par la loi du 22 juillet 1893, dont le lecteur fera bien de prendre connaissance.

Au cas où le postulant aurait intérêt à devenir Français avant sa majorité, par exemple pour entrer dans une école du gouvernement, la loi nouvelle autorise une déclaration anticipée qui doit être faite par le représentant légal de l'enfant. Le nouvel art. 9 al. 10 dit à ce sujet : « Si l'individu qui réclame la qualité de Français est

- » âgé de moins de vingt et un ans accomplis, la déclaration sera

- » faite en son nom par son père ; en cas de décès, par sa mère ; en cas

- » de décès du père et de la mère ou de leur exclusion de la tutelle, ou

- » dans les cas prévus par les articles 141, 142 et 143 du Code civil,

- » par le tuteur autorisé par délibération du conseil de famille ».

* D'après les lois des 16 décembre 1874, 14 février 1882 et 28 juin 1883, la soumission et la déclaration dont il s'agit étaient faites par le mineur lui-même assisté comme de droit. On assimilait ainsi avec raison l'acquisition de la

nationalité au mariage et à quelques autres actes qui, à raison de leur nature essentiellement personnelle, supposent l'expression de la volonté individuelle de l'intéressé.

β. Option tacite. — L'individu qui nous occupe « devient également

» Français si, ayant été porté sur le tableau de recensement, il prend

» part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité » (art. 9 al. final). En consentant à payer l'impôt du sang, il opte tacitement pour la nationalité française, et cette option présente ceci de particulier qu'elle est faite valablement par l'intéressé mineur et sans l'assistance d'aucun protecteur légal.

DEUXIÈME CAS, prévu par l'art. 10 : Enfant né d'un ex-Français.

1353. « Tout individu né en France ou à l'étranger de parents

» dont l'un a perdu la qualité de Français pourra réclamer cette

» qualité à tout âge, aux conditions fixées par l'article 9, à moins que,

» domicilié en France, et appelé sous les drapeaux, lors de sa majorité, » il n'ait revendiqué la qualité d'étranger ». Ainsi s'exprime l'art. 10 (loi du 26 juin 1889). La loi accorde une double faveur à l'enfant né de parents étrangers dont un ou à plus forte raison tous les deux ont eu autrefois la qualité de Français. D'abord cet enfant est admis au bénéfice de l'art. 9 même quand il est né en pays étranger. En second lieu il peut réclamer la qualité de Français à tout âge, par conséquent même après l'expiration de l'année qui suit sa majorité.

= Aux conditions fixées par l'article 9. Il s'agit évidemment de l'art. 9 alors en vigueur, c'est-à-dire de

celui qui était l'œuvre du législateur de 1889 lui même. Or, d'après cet article, l'accomplissement des conditions prescrites faisait acquérir à l'intéressé la nationalité française de plein droit, donc sans l'agrément du gouvernement français et même contre son gré. Doit-il encore en être ainsi depuis l'apparition du nouvel art. 9 (L. 22 juillet 1893), qui, dans le cas particulier qu'il prévoit, arme le gouvernement contre les indignes, en lui permettant de les écarter par un refus d'enregistrement, sur avis conforme du conseil d'Etat ? Les règles strictes de l'interprétation juridique seraient peut-être en faveur de la solution affirmative. En effet, d'une part, la loi de 1893 a laissé l'art. 10 intact, et d'autre part, l'innovation qu'elle réalise dans l'art. 9 n'est pas déclarée applicable au cas prévu par l'art. 10. Bien plus, l'extension qui est faite in parle qua du nouvel art. 9 aux déclarations faites en vue de décliner la nationalité française (nouvel art. 9 al. 8) semble bien impliquer que l'article ne doit pas être étendu aux déclarations faites en vue d'acquérir la nationalité française. Mais on ne peut se dissimuler que cette solution est tout à fait contraire aux intentions du nouveau législateur ; aussi n'a-t-elle pas triomphé. Cpr. Paris, 2 mars 1909, S., 10. 2. 713

C'est seulement à l'époque de sa majorité que l'individu dont parle notre article est autorisé à réclamer la qualité d'étranger. La revendication qu'il aurait faite durant sa minorité ne lui serait pas opposable et ne l'empêcherait pas de réclamer ultérieurement la qualité de Français. Douai, 9 juil. 1890, D., 91. 2. 184, S., 92. 2. 272.

D'un autre côté, il pourrait réclamer la qualité de Français nonobstant un arrêté d'expulsion dont il aurait été frappé. Cet arrêté ne fait pas obstacle à ce qu'il remplisse la condition prescrite par l'art. 9 : faire sa soumission d'établir son domicile en France et l'y établir effectivement dans l'année à compter de sa soumission. C'est un droit pour lui de devenir Français en accomplissant cette

condition, ainsi que nous venons de le démontrer, et le gouvernement ne peut pas par son fait le mettre dans l'impossibilité de la remplir. Le seul droit qui appartienne au gouvernement est de refuser l'enregistrement pour cause d'indignité, sur l'avis conforme du conseil d'Etat (nouvel art. 9 al. 4). — Il y avait conflit sur cette question entre la chambre civile et la chambre criminelle de la cour de cassation, cette dernière décidant que l'arrêté d'expulsion fait obstacle à ce que l'étranger objet de cette mesure puisse désormais acquérir un domicile en France, puisque le seul fait de sa présence sur le territoire français constitue un délit. La cour de cassation, chambres réunies, a consacré la solution de la chambre civile qui est celle que nous avons adoptée. Cass. réun., 9 déc. 1896, S., 97. 1. 297, D., 97. 1. 161. Cpr. Cass., 9 fév. 1904, S., 05. 1. 593, D., 05. 1. 441, 2 mai 1910, S., 12. 1. 369, D., 11. 1. 257, et Paris, 8 nov. 1907, D., 08. 2. 358. La chambre criminelle persiste dans sa jurisprudence. Cass., 21 janv. et 30 mars 1898, S., 98. 1. 255, D., 99. 1. 321, 22 juil. 1899, S., 01. 1. 427, D., 03. 1. 28, et 20 fév. 1908, D., 09. 1. 543 ; Douai, 9 déc. 1908, D., 09. 2. 181. Cpr. supra, n. 1351.

Le bénéfice, de l'art. 10 pourrait être invoqué par l'individu dont le père et la mère aujourd'hui étrangers auraient eu autrefois la qualité de Français. Il importe peu que le texte suppose que l'un seulement des auteurs de l'enfant a été autrefois Français.

TROISIÈME CAS, prévu par l'art. 12 : Femme étrangère qui épouse un Français ; Femme et enfants d'un étranger naturalisé Français.

1354. Le nouvel art. 12 al. 1 dispose : « L'étrangère qui aura » épousé un Français suivra la condition de son mari ». La loi présume que la femme étrangère, qui consent à associer son existence à celle d'un Français, entend aussi partager la nationalité de son mari, et, sur le fondement de

cette présomption, elle la déclare Française de plein droit, par le seul fait de son mariage, alors même qu'elle serait mineure et sans qu'elle ait besoin de manifester sa volonté à cet égard. Bien plus, la manifestation d'une volonté contraire devrait être tenue pour inefficace. Le changement de nationalité est ici un effet du mariage ; or la loi règle souverainement ces effets : les parties ne peuvent pas sur ce point modifier ses dispositions (arg. art. 6).

1355. La femme étrangère devenue Française par son mariage avec un Français, ne perd pas cette qualité quand elle devient veuve ou divorcée.

1356. Un étranger marié se fait naturaliser Français. Sa femme deviendra-t-elle Française de plein droit par le fait de cette naturalisation ? Non. La femme étrangère qui épouse un Français devient nécessairement Française ; mais il n'en est pas de même de celle dont le mari devient Français pendant le cours du mariage. Notre loi a pu raisonnablement présumer qu'une femme accepte la nationalité qui appartient à son mari lors du mariage, et, sur le fondement de cette présomption, qui n'admet pas la preuve contraire, imposer à l'étrangère qui épouse un Français la nationalité française. La femme étrangère qui veut conserver sa nationalité doit ne pas épouser un Français. Mais il eût été assurément peu rationnel de présumer qu'une femme accepte à l'avance toute nationalité qu'il plaira à son mari d'acquérir pendant le mariage, que par suite elle consent à devenir Française si son mari devient Français. La loi qui lui imposerait la qualité de Française serait tyrannique.

Toutefois la loi facilite en pareil cas à la femme l'acquisition de la nationalité française, parce qu'elle a plus de titres à l'obtenir qu'un étranger ordinaire. Cette nationalité pourra lui être conférée sur sa demande, sans condition de stage, par le décret qui confère la naturalisation à son mari.

La loi fait l'application du même principe aux enfants majeurs de l'étranger naturalisé Français. Cette naturalisation ne leur fait pas nécessairement acquérir la qualité de Français. Mais ils pourront l'obtenir, sans condition de stage, par le décret de naturalisation de leur père ou de leur mère.

En outre, la femme et les enfants majeurs de l'étranger naturalisé, non compris dans le décret de naturalisation, peuvent acquérir individuellement la qualité de Français, en faisant une déclaration dans les termes de l'art. 9, s'ils se trouvent dans les conditions prescrites par cet article, c'est-à-dire s'ils n'ont pas atteint leur vingt deuxième année.

Sous l'empire de la loi du 26 juin 1889, cette déclaration leur faisait acquérir de plein droit la qualité de Français, sans que le gouvernement pût y mettre obstacle. En est-il de même depuis la loi du 22 juillet 1893 qui a remanié l'art. 9 ? En d'autres termes, faut-il appliquer ici le nouvel art. 9 qui autorise le gouvernement à écarter par un refus d'enregistrement, sur avis conforme du conseil d'Etat, ceux qui lui paraissent indignes d'acquérir la nationalité française ? La question est analogue à celle que nous avons examinée sous l'art. 10 (supra, n. 1353 al 2) et comporte la même solution.

Quant aux enfants qui étaient mineurs au moment de la naturalisation de leur père ou de leur mère survivante, le législateur de 1889, introduisant dans notre droit un principe tout à fait nouveau, déclare qu'ils acquerront de plein droit la qualité de Français. On a voulu assurer ainsi l'unité de la famille en établissant l'unité de la nationalité. Et toutefois il est loisible à ces enfants de répudier la qualité de Français dans l'année qui suivra leur majorité, en se conformant aux prescriptions de l'art. 8 al. 7. Ils sont Français, Sous condition résolutoire.

Tout ce que nous venons de dire résulte des alinéas 2 et 3 du nouvel art. 12, ainsi conçus : « La femme mariée à un

étranger qui » se fait naturaliser Français et les enfants majeurs de l'étranger

» naturalisé pourront, s'ils le demandent, obtenir la qualité de

» Français, sans condition de stage, soit par le décret qui confère

» cette qualité au mari, ou au père ou à la mère, soit comme conséquence

» de la déclaration qu'ils feront dans les formes et sous les

» conditions de l'article 9. — Deviennent Français les enfants

» mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser

» Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils

» ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de

» l'article 8 paragraphe 4 ». Adde nouvel art. 9 al. 8 (supra, n. 1352), et nouvel art. 20 al. 2 (L. 5 avr 1909, infra, n. 1396).

La cour de Nancy a jugé par arrêt du 25 mars 1890 (S., 92. 2. 286, D., 91. 2. 89) que l'alinéa final de l'art. 12 est applicable aux enfants mineurs de l'étranger qui acquiert la qualité de Français par une naturalisation de faveur, par exemple dans le cas prévu par l'art. 9. La loi dit : les enfants mineurs d'un père ou d'une mère..... qui se font naturaliser Français. Or le mot naturaliser a un sens assez large pour comprendre non seulement la naturalisation ordinaire, mais encore la naturalisation de faveur (le mot est dans l'art. 5 de la loi de 1889). Il y a d'ailleurs même raison de décider. On ne peut se dissimuler cependant que l'art. 17-1°, en opposant le « Français naturalisé à l'étranger » à celui « qui acquiert sur sa demande la nationalité étrangère par l'effet de la loi », semble bien indiquer que le mot naturaliser, dans la pensée du législateur, a un sens restreint.

QUATRIÈME CAS, prévu par l'art. M de la loi du 26 juin 1889.

1357. L'art. 4 de la loi du 26 juin 1889 est ainsi conçu : « Les descendants [étrangers d'origine] des familles proscrites lors de la révocation de l'édit de Nantes continueront à bénéficier des dispositions de la loi du 15 décembre 1790, mais à la condition d'un décret spécial pour chaque demandeur. Ce décret ne produira d'effet que pour l'avenir ». La loi des 9-15 décembre 1790, art. 22, permet à tout descendant, étranger d'origine, d'un Français expatrié pour cause de religion, d'acquérir la qualité de Français, sous la seule condition de venir habiter la France et y fixer son domicile. La doctrine et la jurisprudence étaient d'accord pour reconnaître que cette disposition n'avait pas été abrogée par le code civil ni par les lois postérieures ; récemment, en 1881, le bénéfice en avait été appliqué à un de nos hommes de lettres les plus célèbres, Victor Cherbuliez. L'art. 4 précité confirme législativement cette solution. Mais il modifie sur deux points importants la loi de 1790. D'abord il ne suffira plus comme autrefois au postulant de venir habiter la France et d'y fixer son domicile : chaque demandeur doit obtenir un décret spécial. Nous n'avons donc plus ici un cas de bienfait de la loi (supra, n. 1347). Ensuite l'acquisition de la qualité de Français n'aura plus lieu avec effet rétroactif.

C. Annexion à la France d'un territoire étranger.

1358. Quand un territoire étranger est annexé à la France, ce qui peut arriver par suite de la conquête ou d'un traité, les naturels du territoire annexé suivent le sort de ce territoire et deviennent Français comme lui.

Par naturels du pays annexé, il faut entendre les nationaux de ce pays, c'est-à-dire ceux qui en sont

originaires, ceux qui en ont acquis la nationalité par leur naissance dans le pays, alors même qu'ils se trouveraient fixés hors dudit pays lors de l'annexion (v. en ce sens Cass., 12 juin 1874, S., 78. 1. 45, D., 75. 1. 133). On assimile aux naturels du pays annexé les étrangers naturalisés dans ce pays, c'est-à-dire les étrangers qui en ont acquis la nationalité par la naturalisation après un séjour plus ou moins prolongé, mais non ceux qui, ne s'étant jamais fait naturaliser, résidaient simplement dans le pays ou même y étaient domiciliés (Paris, 25 juil. 1874, S., 75. 2. 225).

1359. Quand l'annexion résulte d'un traité, la condition des habitants du pays annexé y est ordinairement réglée par des dispositions particulières. Un en voit un exemple dans l'art. 6 du traité conclu le 24 mars 1860 entre la France et la Sardaigne, relativement à la réunion à la France de la Savoie et de l'arrondissement de Nice : « Les sujets sardes originaires de la Savoie et de l'arrondissement de Nice ou domiciliés actuellement dans ces provinces, qui entendent conserver la nationalité sarde, jouiront, pendant l'espace d'un an, à partir de l'échange des ratifications et moyennant une déclaration préalable à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en Italie et de s'y fixer, auquel cas la qualité de citoyen sarde leur sera maintenue ».

N° 2. Preuve de la qualité de Français.

1360. Un Français peut avoir à prouver sa nationalité quand elle est contestée ; comment fera-t-il cette preuve ?

Elle n'offre pas de difficulté pour celui qui a acquis la nationalité française. Il y a en pareil cas un fait dont l'existence est facile à démontrer, tel que la naturalisation.

La preuve est facile aussi pour le Français d'origine auquel cette qualité appartient comme étant né en France d'un étranger ou à plus forte raison d'un Français qui lui-même y est né. Il lui suffira d'établir, d'une part, qu'il est

né en France postérieurement à la promulgation de la loi du 7 février 1851, qui a introduit dans notre droit cette cause d'acquisition de la qualité de Français, et, d'autre part, que ses père et mère ou l'un d'eux sont nés en France à une époque quelconque.

Mais il n'en est plus ainsi de tout autre Français d'origine. En effet, la légitimité de sa prétention suppose que son père est Français : il doit donc prouver ce fait en cas de contestation, et cette preuve peut offrir des difficultés insurmontables si le père était lui-même Français d'origine, ainsi que ses auteurs immédiats et ses auteurs médiats depuis un grand nombre de générations. Régulièrement la qualité de Français devrait être établie pour chacun de ses auteurs ; car si un seul d'entre eux a eu la qualité d'étranger, il l'a transmise à ses descendants in infinitum. Or on comprend qu'une pareille preuve serait impossible, et il n'a pu être dans les intentions du législateur de l'exiger.

La question se simplifiera si l'un des ancêtres de celui qui se prétend Français d'origine est né en France avant la promulgation du code civil et qu'on soit en mesure de l'établir. En effet, à cette époque, le simple fait de la naissance sur le territoire français était attributif de la nationalité française. Si donc je prouve qu'un de mes ancêtres est né en France avant la promulgation du code civil, j'aurai prouvé par cela même que cet ancêtre était Français, et, sa nationalité ayant été transmise à tous ses descendants, successivement, ma qualité de Français sera par là même établie.

Quand la preuve dont il vient d'être parlé ne peut pas être fournie, la jurisprudence admet qu'il suffit à celui qui se prétend Français d'origine de prouver sa qualité de Français et celle de ses auteurs par la possession d'état (arg. art. 197, 320, 321). Il démontrera que lui et ses auteurs ont toujours été en possession de l'état, de la qualité de Français, c'est-à-dire : que lui et ses auteurs ont

toujours joui de cette qualité ; qu'ils ont été considérés comme Français dans leur famille et dans le public, qu'ils se sont comportés comme tels en exerçant les droits et en supportant les charges attachées à ce titre. La preuve de ces faits peut être administrée par témoins.

Les questions de nationalité, comme toutes les questions d'état, sont de la compétence des tribunaux civils.

§ III. Des étrangers. — De leur condition en France.

1361. L'historique de cette matière est plein d'intérêt. Aussi, avant d'exposer la condition des étrangers en France d'après les dispositions de notre droit actuel, allons-nous rechercher succinctement ce qu'elle fut dans notre ancien droit et dans notre droit intermédiaire.

N° 1. Condition des étrangers dans notre ancien droit.

1362. Dans le dernier état de notre ancienne législation, les étrangers jouissaient en France des droits naturels, mais non des droits civils stricto sensu (t. 1, n. 101-3). Par application de ce principe, les étrangers pouvaient être propriétaires en France de biens soit meubles, soit immeubles, contracter, ester en justice, aliéner et acquérir à titre onéreux, et même à titre gratuit, mais seulement par donation entre vifs, tous actes qui étaient considérés comme appartenant au droit des gens, *jus gentium*. Ils ne pouvaient au contraire transmettre ni recevoir des biens situés en France, soit par testament, soit par succession ab intestat, parce que ces actes étaient considérés comme appartenant au droit civil stricto sensu ¹³⁵. Que devenaient les biens que l'étranger se trouvait ainsi empêché de transmettre ou de recevoir ? Le roi s'en emparaît en vertu d'un droit connu sous le nom de droit d'aubaine.

1363. Il convient d'insister quelque peu sur la double incapacité de transmettre et de recevoir dont les étrangers étaient ainsi frappés et sur le droit d'aubaine qui en était la conséquence.

a. — Incapacité de transmettre. L'étranger était incapable de transmettre, soit par testament, soit par succession ab intestat, les biens qui lui appartenaient en France. Les biens laissés en France par un étranger décédé ne pouvaient donc passer à ceux au profit desquels il en avait disposé par testament, ni à ses héritiers légitimes. Le roi s'en emparaît comme nous venons de le dire.

Cette règle souffrait cependant exception lorsque l'étranger laissait un ou plusieurs enfants légitimes et régnicoles. « On nomme régnicole, dit Favard de Langlade, celui qui est né sujet du roi et qui est censé avoir son domicile dans le royaume ». Les enfants de l'étranger avaient alors la préférence sur le roi, soit qu'ils fussent appelés à la succession de leur père par le testament de celui-ci, soit qu'ils y fussent appelés en vertu des seules dispositions de la loi. Et si l'étranger laissait plusieurs enfants légitimes dont les uns étaient régnicoles et les autres non régnicoles, ceux-ci étaient admis, sous la seule condition qu'ils résidassent en France, à succéder concurremment avec les enfants régnicoles. Le roi n'avait pas d'intérêt à les exclure, puisqu'il se trouvait lui-même exclu par les enfants régnicoles. Pour le même motif, le testament fait par l'étranger laissant des enfants régnicoles, au profit d'autres que ces enfants, recevait son exécution, pourvu bien entendu que le légataire fût capable.

En résumé, le roi recueillait, à l'exclusion de tous autres, les biens laissés en France par l'étranger décédé testat ou intestat sans enfants légitimes et régnicoles. Pourquoi ce droit, qui était une sorte de confiscation, s'appelait-il droit d'aubaine ? Parce qu'il s'exerçait contre les étrangers ou aubains. Aubain, d'après une étymologie très contestable,

viendrait de *alibi natus*. D'après quelques-uns, il viendrait d'*Albanus*, habitant d'*Albion*. Quoi qu'il en soit de l'étymologie, ce qui est certain, c'est que le mot *aubain* désignait les étrangers dont on connaissait la patrie. On appelait *épaves* ceux dont la patrie était ignorée.

b. — Incapacité de recevoir. L'étranger ne pouvait pas recevoir des biens situés en France, soit par testament, soit par succession *ab intestat*.

Par testament. Le testament, fait au profit d'un étranger relativement à des biens situés en France, était nul ; les biens qui lui avaient été légués revenaient par voie de succession *ab intestat* aux héritiers légitimes du défunt, s'ils étaient capables, et à défaut au roi.

Par succession *ab intestat*. Quand une personne venait à mourir sans testament, laissant des biens situés en France, si son héritier le plus proche était un étranger, celui-ci ne pouvait pas les recueillir. Ils passaient à son défaut aux héritiers français s'il y en avait, et, dans le cas contraire, le roi s'en emparaît. Ce droit du roi était encore désigné, mais improprement, sous le nom de droit d'*aubaine*.

1364. Dès avant 1789, le droit d'*aubaine* avait été aboli par des conventions diplomatiques passées entre la France et un grand nombre d'Etats étrangers. Toutefois cette abolition n'avait été réalisée que sous la réserve au profit du roi d'un droit dit de *détraction*. Ce droit était d'une certaine fraction (ordinairement un dixième) de ce que le roi pouvait auparavant réclamer à titre de droit d'*aubaine*. Le droit d'*aubaine* avait donc été en réalité restreint plutôt que supprimé.

N° 2. Condition des étrangers dans notre droit intermédiaire.

1365. Nos jurisconsultes et nos philosophes avaient flétri le droit d'*aubaine*. Bouteiller l'appelle un droit haineux, Montesquieu, un droit sauvage. Le législateur de cette

époque, qui rêvait la fraternité universelle, ne pouvait laisser subsister le droit d'aubaine. Il fut aboli effectivement, ainsi que le droit de détraction qui en était un vestige, par la loi du 18 août 1790. Cette œuvre fut complétée par la loi du 15 avril 1791, dont l'art. 3 décida que les étrangers seraient capables de succéder ab intestat, de disposer et de recevoir à quelque titre et par quelque mode que ce fût. On espérait donner ainsi aux autres peuples un grand exemple, et les déterminer à prendre envers nous des mesures analogues. Mais cet appel ne fut pas entendu. Les Etats étrangers acceptèrent la faveur qu'on leur offrait et ne donnèrent rien en retour.

N° 3. Condition des étrangers en France dans notre droit nouveau.

1366. Le code civil établit une distinction, inconnue jusqu'alors, entre les étrangers qui ont été admis à fixer leur domicile en France et ceux qui n'ont pas obtenu cette faveur. La première hypothèse est régie par l'art. 13, la deuxième par les art. 14, 15 et 16.

A. Des étrangers admis à fixer leur domicile en France.

1367. Aux termes de l'art. 13 al. 1 (rédaction nouvelle de la loi du 26 juin 1889 : « L'étranger qui aura été autorisé par décret à » fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils ».

L'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation du chef de l'Etat est donc l'objet d'une faveur importante : il jouit en France de tous les droits civils, même des droits civils stricto sensu, comme le droit d'adopter et d'être adopté. Il cesse aussi d'être soumis aux mesures de défaveur, *privilegia odiosa*, qu'entraîne l'extranéité, telles que l'obligation de fournir la caution dont parle l'art. 16.

Est-ce à dire que l'étranger autorisé par décret à fixer son domicile en France soit absolument de même condition qu'un Français ? Non. Sa situation diffère de celle d'un Français de deux points de vue.

1° Il demeure régi par la loi de son pays en ce qui concerne son état et sa capacité (t. I, n. 82).

2° Il n'a pas la jouissance des droits politiques : le droit d'élection et d'éligibilité lui est donc refusé ; il ne peut aspirer aux fonctions publiques ni être témoin dans un testament (art. 980).

Suivant quelques auteurs, il ne pourrait pas non plus être tuteur en France, ni membre d'un conseil de famille, parce que, dit-on, la capacité requise pour exercer ces fonctions est une dépendance de la capacité politique ; mais ce point est gravement contesté. La cour de cassation admet à être tuteur l'étranger non domicilié en France, à plus forte raison celui qui a été autorisé à y fixer son domicile. Cass., 16 fév. 1875, S., 75. 1. 193, D., 76. 1. 49. Nous reviendrons du reste sur ce point.

1368. L'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France doit adresser sa demande au ministre de la justice. Il y joint certaines pièces indiquées par l'art. 1 du décret du 13 août 1889. Voyez ce texte. C'est le chef de l'Etat qui statue : il a un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser l'autorisation. L'autorisation accordée est révocable, et, quand elle a été révoquée, l'étranger est pour l'avenir dans la même situation que s'il ne l'avait jamais obtenue.

Le bénéfice de l'admission à domicile est exclusivement personnel à l'étranger qui l'a obtenu. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il demande et obtienne l'autorisation pour sa femme et ses enfants en même temps que pour lui. Toutefois il faut que la femme et les enfants majeurs s'associent personnellement à la demande qui aurait été formée en leur nom ou forment eux-mêmes une demande.

1369. D'après le code civil, l'étranger conservait indéfiniment le bénéfice de l'autorisation qui lui avait été accordée de fixer son domicile en France, à la seule condition d'y résider ¹³⁶. Il n'en est plus ainsi. Le nouvel art. 13 dit dans son alinéa 2 : « L'effet de

» l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger

» ne demande pas la naturalisation ou si sa demande est rejetée ».

Cette disposition, qui a pour but d'inviter l'étranger à se faire naturaliser, se trouve complétée par une disposition transitoire placée à la fin de la loi du 26 juin 1889 et ainsi conçue : « Toute admission à domicile obtenue antérieurement à la présente loi sera périmée si, dans le délai de cinq années à compter de la promulgation, elle n'a pas été suivie d'une demande en naturalisation, ou si la demande en naturalisation a été rejetée ».

Le dernier alinéa de l'art. 13 porte : « En cas de décès avant la

» naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi

» profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au

» moment du décret d'autorisation ». En effet si l'étranger admis à domicile avait assez vécu pour obtenir la naturalisation, sa femme et ses enfants auraient pu en partager le bénéfice sans être astreints à aucune condition de stage (supra, n. 1356).

1370. Un étranger peut-il acquérir un domicile en France sans l'autorisation du gouvernement ? Pour la négative on peut dire : Aux termes de l'art. 102, le domicile de tout Français... est au lieu où il a son principal établissement. C'est donner à entendre que les Français peuvent seuls avoir un domicile en France ; autrement on aurait dit : le domicile de toute personne... On peut ajouter que le

domicile étant le résultat d'une fiction légale (t. I, n. 247) constitue un droit civil stricto sensu : c'est dans la loi civile, dans le jus civile, qu'il a sa source et non dans la loi naturelle. Un étranger, à moins qu'il ne puise ce droit dans la réciprocité résultant d'un traité, ne saurait donc acquérir un domicile en France qu'en vertu d'une autorisation du gouvernement. L'étranger qui ne peut invoquer ni l'art. 11 ni l'art. 13 peut bien avoir en France une résidence, mais non un domicile.

L'affirmative nous paraît préférable. Si l'art. 102 ne parle que des Français, ce n'est pas pour exclure les étrangers du bénéfice de sa disposition, mais uniquement parce qu'il veut établir une opposition entre le domicile civil et le domicile politique (arg. des mots : quant à l'exercice de ses droits civils), opposition qui n'est possible que pour les Français. D'autre part, est-il bien vrai que le domicile soit un droit civil stricto sensu ? N'est-ce pas plutôt un droit naturel consacré par toutes les législations ? Alors la réciprocité résultant d'un traité n'est pas nécessaire pour permettre à l'étranger d'acquérir un domicile en France, car les étrangers jouissent en France des droits naturels indépendamment de tout traité. L'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire non plus. L'art. 13 ne dit pas qu'un étranger ne peut acquérir un domicile en France sans l'autorisation du gouvernement ; il détermine seulement les effets de cette autorisation quand elle a été accordée. Et même, en disposant que l'étranger autorisé à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils, il donne à entendre que celui qui l'y aura établi sans autorisation ne jouira pas des droits civils et reconnaît ainsi que l'étranger peut avoir un domicile en France sans autorisation. Enfin la question n'est-elle pas aujourd'hui résolue in terminis par l'art. 4 de la loi du 23 août 1871, qui parle d'un « étranger domicilié en France avec ou sans autorisation » ? — Bien entendu, l'étranger qui a établi son domicile en France sans autorisation n'y jouira pas du

bénéfice de l'art. 13 et ne cessera pas d'être soumis aux mesures de défaveur, *privilegia odiosa*, établies contre l'étranger.

Nous n'insistons pas beaucoup, parce que la question présente peu d'intérêt au point de vue pratique. En effet, les auteurs qui ne reconnaissent à l'étranger, indépendamment d'un traité ou de l'autorisation du gouvernement, que le droit d'acquérir en France une simple résidence, attachent en définitive à cette résidence à peu près tous les effets du domicile, et se trouvent ainsi bien près d'être d'accord avec leurs adversaires qui pensent que l'étranger peut acquérir un véritable domicile sans autorisation. Qu'importe que ce soit résidence ou domicile, si les effets sont les mêmes ? D'un autre côté, les décisions de la jurisprudence, si on les envisage abstraction faite du principe d'où elles dérivent, sont à peu près d'accord avec celles des auteurs. C'est donc uniquement sur le principe que la dissidence existe. Et sur ce point il est assez difficile de dire quelle est l'opinion de la jurisprudence, car les termes des arrêts sont loin d'avoir la précision désirable. Ainsi, dans un arrêt du 7 juil. 1874, S., 75. 1. 19, D., 75. 1. 271), la cour de cassation, après avoir dit que « l'autorisation du gouvernement ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance », ajoute immédiatement : « qu'aucune loi ne s'oppose à ce qu'un étranger, fixé en France, sans avoir obtenu cette autorisation, y acquière et y conserve un domicile de fait entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France ». Dans la première phrase, la cour dit que l'étranger peut acquérir en France sans l'autorisation du gouvernement un

domicile, dans la seconde, qu'il peut seulement acquérir un domicile de fait, c'est-à dire probablement une simple résidence. Cpr. Cass., 28 juil. 1902, D., 02. 1. 398, S., 07. 1. 114, Paris, 1^{er} août 1905, D., 06. 2. 169, S, 08. 2. 257, Pau, 11 juin 1906, D., 07. 2. 1, S., 08. 2. 257, Grenoble, 3 juil. 1907, D., 08. 2. 403, S., 08. 2. 272, Alger, 1^{er} fév. 1909, D., 09. 2. 251, Cass., 8 mars 1909, S., 09. 1. 65, et 5 mai 1909, D., 10. 1. 417.

B. Des étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé.

1371. A quatre points de vue, les étrangers non admis à domicile sont dans un état d'infériorité par rapport aux Français.

1372. I. L'étranger non admis à domicile, qui veut résider en France, c'est-à-dire y faire un séjour prolongé, doit, sous certaines peines, en faire la déclaration devant le maire de la commune où il entend se fixer, dans les quinze jours de son arrivée. Voyez à ce sujet le décret du 2 octobre 1888, et pour l'Algérie le décret du 21 juin 1890. En outre une loi du 8 août 1893 ¹³⁷, dont le titre — fallacieux, nous le craignons — annonce qu'elle protège le travail national, impose à tout étranger non admis à domicile, qui vient se fixer dans une commune de France pour y exercer une profession, un commerce ou une industrie, l'obligation de faire à la mairie une déclaration de résidence, dans les huit jours de son arrivée, suivant certaines formes particulières. Cette loi, au texte de laquelle le lecteur fera bien de se reporter, n'abroge pas le décret du 2 octobre 1888.

1373. II. « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils

» que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités

» de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Ainsi s'exprime l'art. 11.

Ce texte établit, entre la France et les autres nations, au point de vue de leurs sujets, non une réciprocité de fait, mais une réciprocité diplomatique, c'est-à-dire une réciprocité ayant sa base dans un traité ou convention internationale. En d'autres termes, les droits civils dont un étranger jouit en France ne sont pas tous les droits civils accordés aux Français dans le pays de cet étranger par sa loi nationale, mais seulement ceux dont un Français jouit dans le pays de cet étranger en vertu d'un traité passé entre ce pays et la France. Comme le dit Demante, l'art. 11 accorde aux étrangers en France « la réciprocité des droits dont jouissent, les Français dans leur pays, non en vertu des lois de ce pays, mais en vertu des traités faits avec la nation à laquelle ils appartiennent ».

Le projet de l'art. 11 consacrait un régime basé sur la réciprocité diplomatique et sur la réciprocité de fait tout à la fois. Le texte primitif portait : par les lois ou traités. Or, dans la rédaction définitive, on ne trouve plus que les mots par les traités. A l'appui de cet amendement, on a fait valoir cette raison, que nous ne serions plus maîtres chez nous, si une nation étrangère pouvait faire acquérir en France à ses sujets la jouissance des droits civils même les plus importants, en concédant chez elle les mêmes droits aux Français par une loi, c'est-à-dire par un acte auquel la France ne participe pas.

1374. Quels sont les droits dont un étranger, n'ayant pas en France de domicile autorisé, peut jouir en l'absence de la réciprocité résultant d'un traité ? Précisons bien la question. Un étranger réside en France sans avoir obtenu du chef de l'Etat l'autorisation d'y fixer son domicile ; il n'y a pas de traité entre la France et le pays auquel il appartient ; de quels droits cet étranger jouira-t-il ? Ou bien il y a un traité ; en vertu de la réciprocité créée par ce traité, l'étranger jouit en France de tels et tels droits ;

quelle est sa situation pour les autres droits ? Grave est la controverse sur ce point. La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité ne l'a pas fait cesser. Elle était résolue par un texte du projet ainsi conçu : « L'étranger jouit en France des droits civils dont il n'est pas privé par une disposition de la loi, et, parmi les droits réservés, il jouit de ceux qui sont reconnus aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient ». Mais ce texte a été retiré par la commission à la suite des observations faites par M. Sarrien, garde des sceaux. La question a toutefois un intérêt plutôt théorique que pratique ; car au point de vue des résultats, les différences ne sont pas très considérables entre les divers systèmes qui ont été proposés, et dont voici l'analyse sommaire.

Premier système. Les mots droits civils, qu'emploie l'art. 11, désignent tous les droits privés, qu'ils aient leur source dans le droit naturel ou dans la loi positive. En l'absence d'un traité, l'étranger ne jouit en France que de ceux de ces droits qui lui ont été expressément ou tacitement concédés par des textes spéciaux.

Si l'on doit juger de la valeur d'un système par les conséquences qu'il engendre, celui-là ne paraîtra guère acceptable. Il conduirait notamment à décider que les étrangers ne peuvent pas, en l'absence d'un traité, devenir propriétaires en France. On proteste, il est vrai, contre celle conséquence. Le droit d'être propriétaire en France est, dit-on, tacitement reconnu à l'étranger par l'art. 3 al. 2. — Sans doute. Mais ce texte a peut être été écrit en vue des cas où la jouissance du droit en question résulte pour l'étranger d'un traité, et par suite il ne prouve nullement qu'en l'absence d'un traité ce droit doive appartenir à l'étranger en France.

Deuxième système. Ce système s'accorde avec le précédent sur le sens à donner aux mots droits civils. On peut le formuler ainsi : L'étranger qui n'a pas en France de domicile autorisé, y jouit de tous les droits civils que notre

loi ne lui retire pas ; quant à ceux qu'un texte de loi lui retire, il n'en peut jouir qu'en vertu d'un traité.

Les considérations qu'on fait valoir à l'appui de cette opinion, qui accorde en principe à l'étranger la jouissance de tous les droits civils, pourraient être Nonnes s'il s'agissait de faire la loi, mais elles n'ont presque aucune valeur quand il s'agit de l'interpréter. De plus le système que nous analysons est manifestement contraire au texte de l'art. 11. Il est contraire aussi : 1° à l'art. 8 qui, en disant que « Tout Français jouira des droits civils », donne à entendre très clairement qu'il en est autrement des étrangers ; 2° à l'article 13 qui, en accordant la jouissance de tous les droits civils à l'étranger domicilié en France en vertu d'une autorisation, laisse entendre non moins clairement que cette jouissance n'appartient pas à l'étranger non autorisé ; 3° enfin à la rubrique de la section I du chapitre II, d'où il résulte qu'en perdant la qualité de Français, c'est-à-dire en devenant étranger, on perd la jouissance des droits civils. C'est ce système que consacrait le projet de la loi du 26 juin 1889, cité tout à l'heure.

Troisième système. Les mots droits civils, dans l'art. 11, comme dans l'art. 8 et dans l'art. 13, désignent, non pas tous les droits privés indistinctement, mais seulement ceux qui dérivent de la loi positive, du jus civile proprement dit, c'est-à-dire du jus proprium civitatis. Ce sont là les seuls droits privés qui ne puissent, en l'absence d'un traité, appartenir à l'étranger non admis à fixer son domicile en France. Quant aux droits naturels, c'est-à-dire ceux qui dérivent du droit naturel ou droit des gens, tels que le droit de se marier, d'être propriétaire en France, l'art. 11 ne s'en occupe pas, et l'étranger en a dans tous les cas la jouissance.

Cette distinction entre les droits naturels, dont l'étranger aurait dans tous les cas la jouissance en France, et les droits civils stricto sensu, dont il ne pourrait jouir qu'en

vertu d'un traité, était déjà admise dans notre ancien droit. Pothier dit que les étrangers ou aubains participent aux droits qui dérivent du droit des gens, mais non à ceux que les lois civiles n'ont établis que pour les citoyens ; tels sont les droits de succession active et passive et de testament. Les travaux préparatoires prouvent de la manière la plus positive que le législateur a voulu reproduire l'ancienne distinction entre les droits naturels, et les droits civils. Le texte de l'art. 11 s'y prête d'ailleurs assez facilement, puisqu'il suffit, pour l'y plier, d'entendre les mots droits civils, qu'il emploie, dans le sens restreint qui vient d'être indiqué et qui n'est pas nouveau dans la langue du droit.

Il est bien entendu d'ailleurs que le système qui vient d'être exposé cesse de recevoir son application toutes les fois qu'il existe un texte accordant ou refusant un droit civil aux étrangers indépendamment de tout traité. Aussi, bien que le droit de devenir concessionnaire d'une mine puisse être considéré comme un droit civil stricto sensu, un étranger peut, même en l'absence d'un traité, devenir concessionnaire d'une mine en France, parce qu'il existe un texte qui accorde dans les termes les plus généraux ce droit aux étrangers (loi du 21 avril 1810, art. 13). V. aussi L. 22 juin 1857, art. 5. En sens inverse, un étranger ne jouirait pas en France du bénéfice de cession de biens, alors même qu'un traité assurerait ce bénéfice aux Français dans le pays de l'étranger, parce qu'il y a un texte qui le refuse d'une manière générale aux étrangers, l'art. 905 du code de procédure civile. V. aussi la loi du 21 mars 1884, art. 4 al. fin., celle du 30 oct. 1886, art. 4, et la loi du 1^{er} mars 1888, ayant pour objet d'interdire la pêche aux étrangers dans les eaux territoriales de France et d'Algérie. Cpr. infra, n. 1390.

Ce dernier système, qui paraît bien préférable aux précédents, est accepté par la grande majorité des auteurs et par la jurisprudence.

1375. Passons aux applications dont l'art. 11 interprété d'après ce système est susceptible. Ces applications ne sont pas sans difficulté, à cause de l'absence d'un critérium certain permettant de distinguer les droits naturels des droits civils stricto sensu. Dans notre droit actuel, on peut citer comme exemples de droits civils stricto sensu, dont par conséquent les étrangers non admis à domicile ne pourraient jouir en France qu'en vertu d'un traité, le droit de réclamer la caution judicatum solvi (infra, n. 1385), le droit pour une femme mariée de se prévaloir de l'hypothèque légale de l'art. 2121 (Cass., 4 mars 1884, S. 84 1. 273. D., 84. 1. 205, et Paris, 13 août 1889, D., 90. 2. 161), le droit d'adopter et celui d'être adopté. La plupart des auteurs ajoutent le droit d'être tuteur en France ou membre d'un conseil de famille ; mais c'est fort contestable, car les lois sur la tutelle ont pour fondement l'incapacité du mineur et la protection qui lui est due à raison de cette incapacité, et à ce titre elles paraissent bien appartenir au droit naturel. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt du 16 février 1875, S., 75. 1. 193, D., 76. 1. 49. Adde Nancy, 29 oct. 1898, D., 99. 2. 209. V. aussi L. 15 juillet 1893, sur l'assistance médicale gratuite, art. 1 in fine, et L. 12 juillet 1909, sur la constitution d'un bien de famille insaisissable, art. 1, al. 2.

1376. Deux autres applications très remarquables du principe formulé par l'art. 11 étaient contenues dans les art. 726 et 912 du code civil. Bien que ces textes n'appartiennent plus qu'à l'histoire, il est nécessaire d'en dire quelques mots.

a. — Aux termes de l'art. 726 : « Un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou Français, possède dans le territoire du Royaume, que dans les cas et de la manière dont un Français succède à son parent possédant des biens dans le pays de cet étranger, conformément aux dispositions de l'article 11, au titre de la Jouissance et de la Privation des droits civils ».

En l'absence d'un traité entre la France et la nation à laquelle il appartenait, l'étranger était donc incapable d'acquérir par succession des biens situés en France. Incapable d'acquérir, mais non de transmettre. Les biens laissés en France par un étranger décédé passaient donc à ses héritiers, pourvu qu'ils fussent capables d'après la loi française d'acquérir par succession, c'est-à-dire Français.

b. — Aux termes de l'art. 912 : « On ne pourra disposer, au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français ». Ajoutez : conformément à l'article 11. En l'absence d'un traité, l'étranger était donc incapable d'acquérir par donation entre vifs ou testamentaire des biens situés en France. Incapable d'acquérir, mais non de transmettre. L'étranger pouvait donc disposer par donation entre vifs ou testamentaire des biens qu'il possédait en France, pourvu que ce fût au profit de personnes capables d'après la loi française, c'est-à-dire françaises.

Le but de ces deux dispositions était d'empêcher la transmission gratuite à des étrangers de biens situés en France. Elles ne furent pas inspirées par un esprit de fiscalité.

Les art. 726 et 912 ont-été abrogés par la loi du 14 juillet 1819 intitulée à tort : Loi sur l'abolition des droits d'aubaine et de détraction. La France était alors épuisée d'hommes et d'argent. Elle sentait le besoin de ne pas éloigner d'elle les étrangers et surtout leurs capitaux. Or les étrangers ne se risquaient guère à faire des placements chez nous, sous l'empire d'une législation qui ne leur permettait pas d'espérer qu'après leur mort les biens, par eux acquis en France, passeraient à leurs parents les plus proches, étrangers comme eux. La loi du 14 juillet 1819 a fait disparaître cet obstacle en abrogeant les art. 726 et 912 et en déclarant qu'en conséquence « les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la

même manière que les Français, dans toute l'étendue du Royaume ».

Pendant que le législateur de 1819 était à l'œuvre, il aurait dû aller jusqu'au bout. Au lieu de supprimer seulement les deux applications les plus importantes de l'art. 11, il aurait dû abolir, le principe même que ce texte consacre. Il faut reconnaître d'ailleurs qu'au point de vue pratique, ce résultat n'est pas loin d'être atteint. Le domaine de l'art. 11 se trouvait déjà singulièrement restreint après la loi du 14 juillet 1819. Il a été diminué encore par d'autres lois postérieures. Voyez notamment la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, art. 27 à 29, et la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique, art. 5. Encore quelques efforts de ce genre, et rien ne subsistera plus de ce fragile édifice. Il faudra s'en réjouir. L'art. 11 marque en effet dans notre législation une étape rétrograde. Le vrai principe est celui posé par l'assemblée constituante ; il faut y revenir. Les étrangers doivent avoir en France la jouissance de tous les droits civils sans exceptions. Que sont en effet les droits civils, sinon les droits naturels consacrés parla loi positive, des droits naturels écrits, comme on l'a fort bien dit 7 L'expérience a d'ailleurs pleinement confirmé le mot célèbre de Boissy d'Anglas : « Ce qui est juste est aussi utile ». Quand le législateur de 1819 a abrogé les art. 726 et 912, il a accompli une œuvre de justice, et l'expérience a prouvé qu'il avait du même coup réalisé une œuvre utile à la France. Notre pays a eu plus à souffrir qu'à profiter de l'étroit égoïsme qui l'a porté à marchander aux étrangers la jouissance des droits civils. L'ancienne et fausse distinction des droits civils et des droits naturels a fait son temps, et nul ne la regrettera, quand elle aura disparu. La seule distinction rationnelle est celle des droits politiques et des droits civils *lolo sensu*. On conçoit que la jouissance des premiers ne soit accordée dans chaque pays qu'aux nationaux. Comme le dit fort bien Laurent, « impossible de

voter à la fois à Paris et à Londres ; impossible de siéger à la fois au parlement anglais et au sénat français » On ne peut pas être citoyen de deux cités, parce que la qualité de citoyen d'une cité impose des devoirs particuliers qui peuvent n'être pas compatibles avec ceux dont on serait tenu comme citoyen d'une autre cité. Mais où est l'impossibilité qu'un homme jouisse des droits civils dans tous les pays ? Le législateur d'un pays voisin l'a bien compris. L'art. 2 du nouveau code civil italien du 1^{er} janvier 1866 porte : « L'étranger est admis à jouir des droits civils accordés aux citoyens ».

1377. III. L'art. 11 établit, on le voit, une différence importante entre les Français et les étrangers qui n'ont pas en France de domicile autorisé : les premiers jouissent de tous les droits civils ; les seconds ne peuvent jouir en France des droits civils (entendez des droits civils stricto sensu) que par suite d'un traité

Une nouvelle différence va nous être révélée par les art. 14 et 15.

Quand un Français est tenu d'une obligation envers un étranger, ou en d'autres termes quand un étranger est créancier d'un Français, on applique les règles ordinaires de la compétence pour la détermination du tribunal devant lequel doit être poursuivie l'exécution de l'obligation. Ce sera toujours un tribunal français, ordinairement le tribunal du domicile du Français débiteur, con-firmement) la règle Actor sequitur forum rei ¹³⁸ (C. pr., art. 59 al. 1). Il en sera ainsi alors même qu'il s'agirait d'une obligation contractée en pays étranger. « Un Français, dit l'art. 15, pourra

» être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations

» par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». C'est justice. Comment un Français pourrait il

contester la compétence des juges de son pays, des juges de son domicile, de ses juges naturels ?

Si au contraire c'est un Français qui est créancier d'un étranger, celui-ci pourra dans tous les cas, c'est-à-dire que l'obligation ait pris naissance en France ou à l'étranger, être traduit devant les tribunaux français pour l'exécution de son obligation. Il sera ainsi détourné du tribunal de son domicile, puisqu'on suppose qu'il n'est pas domicilié en France. C'est ce qui résulte de l'art. 14, ainsi conçu :

« L'étranger, même non résidant en France, pourra

» être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations

» par lui contractées en France avec un Français ; il pourra

» être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations » par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Cette dérogation aux règles ordinaires de la compétence, dont l'application aurait eu le plus souvent pour résultat d'obliger ici le Français à plaider devant un tribunal étranger, paraît avoir été établie en vue de procurer au Français créancier d'un étranger une justice plus prompte et moins coûteuse ; peut-être aussi a-t-elle été inspirée par un sentiment de défiance envers les tribunaux étrangers, par la crainte que les Français n'en obtinssent pas bonne justice.

D'ailleurs cette circonstance que le Français aurait son domicile en pays étranger n'aurait pas pour résultat de le priver du bénéfice de l'art. 14, pas plus qu'elle ne lui permettrait d'échapper à l'application de l'art. 15. Lex non distinguit.

En contractant avec un étranger, un Français peut renoncer au bénéfice de l'art. 14. Il le peut également après coup. La renonciation peut être expresse ou tacite. Il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement les faits et circonstances d'où l'on prétend faire résulter la renonciation tacite. Cass., 13 mars 1889, S., 89 1. 200, D.,

89. 1. 420, et 25 fév. 1888, S., 89. 1. 150 ; Aix. 28 fév. 1889, D., 90. 2. 59 ; Pau, 13 janv. 1896, S., 98. 2. 14 : Lyon, 18 juin 1907, D., 07. 2. 394

* 1378. La compétence exceptionnelle, que l'art. 14 attribue aux tribunaux français, est assez facile à justifier lorsque l'obligation, dont le Français poursuit l'exécution, a été contractée en France. On peut aisément supposer en effet que l'étranger, qui s'est obligé-en France, a accepté implicitement la compétence des tribunaux français pour tout ce qui concerne l'exécution de l'obligation. Mais cette supposition n'est plus admissible lorsque l'obligation a été contractée en pays étranger. Même dans ce cas cependant, notre article admet la compétence des tribunaux français. Aussi bien n'est-ce pas sans quelques scrupules de conscience que notre législateur a formulé cette décision. Le projet déniait formellement, dans l'hypothèse dont il s'agit, la compétence des tribunaux français ; du moins il ne l'admettait que dans le cas où l'étranger était trouvé en France, ce qui l'excluait quand il était trouvé en pays étranger : « Et s'il est trouvé eu France, il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français », disait la rédaction primitive. En vue de rendre les tribunaux français compétents dans tous les cas, on a supprimé dans la rédaction définitive les mots et s'il est trouvé en France. Cette suppression, pour le dire en passant, a rendu très vicieuse la rédaction de l'art. 14, qui, ne formulant plus désormais qu'une même règle pour les deux hypothèses régies primitivement par deux règles différentes, aurait dû réunir ces deux hypothèses dans une seule disposition et leur appliquer cumulativement la même solution.

En vue d'éviter les mesures de rétorsion que nous a values l'art. 14 in fine, le projet de revision du code de procédure civile déclare que le texte précité ne pourra être opposé qu'aux étrangers dont la législation contient une disposition semblable à l'encontre des Français.

* 1379. l'art. 14 ne dit pas devant quel tribunal français l'étranger devra être traduit. Il faut suppléer à son silence.

Le droit commun devra être appliqué toutes les fois que cela sera possible. Si donc on se trouve dans l'un des cas où la loi établit une attribution spéciale de compétence, il faudra se conformer à ses dispositions. Ainsi, l'étranger poursuivi comme membre d'une société dont le siège est établi en France, devra être assigné devant le tribunal du siège de la société, conformément à l'art. 59 al. 5 C. pr. Cass., 4 mars 1885, S., 85. 1. 169, D., 85. 1. 353, et Nimes, 31 juil. 1885, S., 85. 2. 180. De même, l'étranger attaqué, à raison d'une succession ouverte en France, pour l'une des causes indiquées en l'art. 59 al. 6 C. pr., devra être assigné devant le tribunal de l'ouverture de la succession. De même enfin, en matière commerciale, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 420 C. pr. Bordeaux, 20 janv. 1891, S., 96. 2. 209, D., 91. 2. 265. S'il n'y a pas d'attribution spéciale de compétence, le défendeur étranger devra être assigné devant le tribunal de son domicile, s'il en a un en France, et, s'il n'en a pas, devant le tribunal de sa résidence, toujours conformément au droit commun (C pr., art. 59, al. 1).

En dehors de ces cas, la question devient délicate. La plupart des auteurs appliquent par analogie l'art. 420 C. pr. : ce qui conduit à déclarer compétent, soit le tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, soit celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué. Dans les cas où l'application de l'art. 420 C. pr. serait impossible, l'obligation ayant été contractée en pays étranger et ne devant pas être exécutée en France dans un lieu déterminé, ce serait le tribunal du domicile du demandeur qui serait compétent, la règle *Actor sequitur forum rei* se trouvant ainsi renversée, et cela parce qu'il a dû être dans le vœu de la loi que l'un des plaideurs au moins reçût justice en un lieu rapproché de son domicile. Paris, 18 mai 1909, D., 09.

2. 325, S., 09. 2. 201. — Mais on a remarqué avec raison que l'art. 420 C. pr. n'est obligatoire qu'en matière commerciale, et que l'attribution de compétence au tribunal du domicile du demandeur est complètement arbitraire. En définitive, il n'y a pas de loi. Alors pourquoi ne pas décider que le demandeur a le choix du tribunal, sous la seule condition, bien entendu, conformément à la règle *Malitiis non est indulgendum*, de ne pas faire un choix qui aurait pour but unique de vexer le défendeur ou de l'exposer à des frais frustratoires ?

* 1380. L'art. 14 ne prévoit que le cas où un Français se trouve créancier d'un étranger par suite d'un contrat ; il parle en effet d'obligations contractées. Mais c'est vraisemblablement parce que le contrat est la source la plus fréquente des obligations — *lex statuit de eo quod plerumque fit* —, et nullement afin de soustraire à l'application de la règle les obligations dont un étranger pourrait se trouver tenu envers un Français en vertu d'une autre cause, par exemple d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Où serait d'ailleurs la raison de distinguer ici entre les obligations résultant d'un contrat et celles dérivant d'une autre source ? Caen, 6 juin 1882, S., 84. 2. 138, D., 84. 2. 13 ; Rennes, 21 déc. 1887, S., 88. 2. 25, D., 89. 2. 145 ; Aix, 28 fév. 1889, D., 90. 2. 59.

* 1381. L'attribution spéciale de compétence, édictée par l'art. 14, ne concerne que les matières personnelles (arg. des mots *exécution des obligations*). En matière réelle, il y aurait lieu d'appliquer les règles du droit commun, qui attribuent compétence au tribunal de la situation de l'objet litigieux (C. pr., art. 59 al. 3). Ce point est sans difficulté.

* 1382. La loi ne s'occupe pas du cas où une contestation s'élèverait en France entre deux étrangers. Les tribunaux français seraient-ils compétents pour juger cette contestation ? Nous supposons, bien entendu, d'une part, que le débat s'élève entre étrangers qui n'ont ni l'un ni l'autre en France un domicile autorisé, car autrement la

compétence des tribunaux français résulterait de l'art. 13, et, d'autre part, qu'il n'y a pas entre la France et la nation à laquelle les plaideurs appartiennent un traité leur accordant l'accès des tribunaux français. V. Despagne et de Boeck, Précis de dr. intern. privé, 5e édit., n. 185.

La jurisprudence établit en principe que les tribunaux français sont incompétents pour le jugement des contestations entre étrangers. Cass., 5 juin 1905, S., 05. 1. 305, et la note. Mais à ce principe elle admet un certain nombre d'exceptions, principalement dans les cas suivants :

1° S'il s'agit d'une affaire commerciale. « Nul, en tant que commerçant, n'est étranger en France », dit un vieil adage. En ce qui concerne leurs intérêts commerciaux, les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités. L'intérêt du commerce exige qu'ils puissent trouver des juges dans tous les pays. Aussi l'art. 631 C. co. détermine-t-il la compétence des tribunaux de commerce en se préoccupant exclusivement de la nature de l'acte ou de la profession des plaideurs, sans distinguer s'ils sont Français ou étrangers, et la cour de cassation, dont on ne peut qu'approuver la jurisprudence sur ce point, décide que ce n'est pas une simple faculté, mais une obligation, pour les tribunaux de commerce français régulièrement saisis, de connaître des affaires commerciales dans lesquelles des étrangers sont intéressés. Cpr. Chambéry, 11 fév. 1880, S., 81. 2. 237.

2° Quand la contestation est relative à des immeubles situés en France. En effet, la contestation devant être jugée d'après la loi française, qui régit tous les immeubles situés en France (art. 3 al. 2), les tribunaux français sont naturellement appelés à connaître de cette contestation. Le tribunal compétent sera celui de la situation de l'immeuble litigieux (C. pr., art. 59 al. 3).

3° Lorsque le litige donne lieu à l'application de lois de police et de sûreté françaises (arg. art. 3 al. 1), ces

expressions devant être entendues dans un sens large et comme comprenant non seulement le cas où il s'agit de la répression de délits ou de quasi-délits commis en France par des étrangers, mais aussi celui où il s'agit d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires urgentes soit relativement aux personnes, soit relativement aux biens. Ainsi les tribunaux français, incompétents pour statuer sur une demande en divorce ou en séparation de corps entre époux étrangers, n'en seraient pas moins tenus de statuer sur la demande relative à la garde des enfants et à la provision soit alimentaire soit ad litem. Cpr. Paris, 4 janv. 1910, S., 10. 2. 276 ; Cass., 20 juil. 1911, D., 12. 1. 64, S., 12. 1. 132 et les notes.

4° Lorsque, à raison de l'incertitude qui existe sur le domicile des parties, il peut être impossible de trouver des juges à l'étranger. V. trib. civ. de la Seine, 15 fév. 1894 précité, et les diverses décisions judiciaires rapportées dans Sirey, 95. 2. 298 et 299.

5° Lorsque, dans toute autre hypothèse, le défendeur étranger, traduit devant un tribunal français, néglige d'opposer l'exception d'incompétence in limine litis (Alger, 13 janv. 1892, S., 92. 2. 152), et accepte ainsi tacitement la compétence de ce tribunal. Il y a alors consentement réciproque des parties à être jugées par le tribunal devant lequel elles sont en instance (Alger, 24 juil. 1882, S., 84. 2. 27, et 9 mars 1904, D., 06. 2. 150). Mais, comme les tribunaux français ne sont pas institués pour rendre la justice aux étrangers, le tribunal aurait la faculté de se déclarer incompétent. Ce ne serait pas une obligation pour lui, l'incompétence résultant de l'extranéité n'étant pas une incompétence absolue et d'ordre public. Cass., 4 fév. 1891, D., 91. 1. 113, S., 91. 1. 449.

Il nous semble qu'il faut partir d'un principe opposé à celui de la jurisprudence l'extranéité des plaideurs n'est pas une cause d'incompétence des tribunaux français ; aucun texte en effet ne subordonne leur compétence à la

condition que les plaideurs ou l'un d'eux soient Français. De là nous concluons que les tribunaux français sont compétents pour juger une contestation entre étrangers dans tous les cas où ils le seraient pour juger la même contestation entre Français et qu'ils ne pourront se déclarer incompétents que dans les cas où ils le pourraient si les plaideurs étaient Français. — On dit que les tribunaux français sont institués pour rendre la justice aux nationaux et non aux étrangers. N'est-il pas plus vrai de dire, comme l'observe Laurent, que la mission des tribunaux français consiste à maintenir le bon ordre au sein de la société, en rendant justice aux particuliers pour éviter qu'ils ne soient forcés de se rendre justice eux-mêmes, et qu'à ce point de vue il importe peu que les plaideurs soient Français ou étrangers ; que d'ailleurs le droit d'obtenir justice est un droit naturel, dont les étrangers doivent jouir en France comme les Français, même en l'absence d'un traité, et qu'enfin l'opinion contraire peut conduire dans certains cas à cette conséquence qu'un étranger résidant en France se trouvera dans l'impossibilité d'obtenir justice d'aucun tribunal ? Qu'on suppose par exemple un étranger créancier d'un individu né en France et qui a perdu sa nationalité d'origine sans acquérir la nationalité française. A qui demandera-t-il justice, si le tribunal du domicile ou de la résidence du défendeur peut se déclarer et se déclare incompétent ? D'après notre principe, ce tribunal sera forcé de juger. Cpr. Dijon, 7 avril 1887, S., 88. 2. 93, et Alger, 16 mai 1888, D, 90. 2. 93. Il en sera de même si le défendeur, appartenant à une nation déterminée, réside en France et qu'il ne justifie pas avoir dans son pays un domicile devant le tribunal duquel il puisse être assigné. La jurisprudence se forme dans ce sens. Cass., 15 juin 1909, D., 12. 1. 209, S., 11. 1. 81, et les notes.

1383. IV. L'art. 16 va nous révéler une dernière différence entre les Français et les étrangers non admis à domicile. Les Français peuvent plaider devant les tribunaux français

sans être obligés de fournir caution ; cette obligation est imposée au contraire à l'étranger qui joue le rôle de demandeur dans un procès intenté devant un tribunal français. C'est ce qui résulte de l'art. 16 ainsi conçu : « En toutes matières, l'étranger qui sera demandeur principal ou » intervenant, sera tenu de donner Caution pour le paiement des

» frais et dommages-intérêts résultant du procès, à moins qu'il ne

» possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour

» assurer ce paiement ». Cpr. C. pr., art. 166 et 167.

Un étranger veut intenter un procès à un Français ; à cet effet, il le traduit devant le tribunal compétent. Le Français défendeur a le droit de dire à son adversaire : « Fournissez-moi la caution de l'art. 16 ; tant que vous n'aurez pas satisfait à cette obligation, la justice ne vous écoutera pas ». La loi, on le voit, considère ici l'étranger comme sujet à caution. Pourquoi cette mesure de défiance ? On craint qu'il ne se joue du Français. Peut-être le procès intenté par l'étranger est-il fort injuste ; qui sait même s'il n'agit pas uniquement dans une vue de tracasserie et de vexation ? En pareil cas le tribunal ne manquera pas sans doute de débouter l'étranger demandeur de sa prétention, c'est-à-dire de le déclarer mal fondé dans sa demande. Il le condamnera en outre à payer tous les frais de l'instance (C. pr., art. 130), par conséquent à rembourser au Français défendeur tous les frais dont il a été obligé de faire l'avance ou du paiement desquels il est responsable. Souvent même le tribunal condamnera par surcroît l'étranger à payer au Français ce que nos anciens appelaient des dommages et intérêts d'indue vexation, c'est à-dire une indemnité pécuniaire destinée à compenser le préjudice que l'étranger a pu causer à l'honneur, au crédit, à la réputation ou même seulement à la tranquillité du Français, en lui intentant un procès injuste. Eh bien ! il ne

faut pas qu'après avoir mérité et subi ces diverses condamnations, l'étranger puisse les rendre illusoires, ou tout au moins d'une exécution difficile, en quittant la France pour retourner dans son pays. De là l'obligation pour l'étranger demandeur, de fournir, si le Français défendeur le requiert, une caution, c'est-à-dire un répondant, pour garantir le paiement des condamnations judiciaires dont nous venons de donner l'énumération. On donne à cette caution le nom de caution *judicatum solvi*, parce qu'elle garantit *quod fuerit judicatum solvi*. C'est une caution légale, car c'est la loi qui permet de l'exiger ; elle devrait donc, aux termes de l'art. 2040, satisfaire aux conditions exigées par les art. 2018 et 2019.

En somme, ce que le législateur redoute et ce qu'il a voulu prévenir par la disposition de l'art. 16, ce sont des procès vexatoires intentés par des étrangers à des Français.

1384. Qui doit fournir la caution *judicatum solvi*. — La loi dit qu'elle est due par TOUT étranger DEMANDEUR. Il résulte de cette formule : 1° que la qualité d'un étranger, fût il ambassadeur ou souverain, ne saurait le soustraire à la nécessité de fournir la caution *judicatum solvi* ; 2° que cette caution n'est pas due par l'étranger défendeur. On en a donné ce motif que la défense est de droit naturel et que par suite elle ne doit pas être entravée. Nous répondons : Est-ce que la demande n'est pas aussi de droit naturel ? D'autres disent que le défendeur ne doit pas la caution, parce qu'il est présumé libre de tout engagement tant que le contraire n'est pas prouvé. — La véritable raison ne serait elle pas qu'on conçoit plus difficilement une défense vexatoire qu'une demande vexatoire ? L'institution de la caution *judicatum solvi* n'est pas destinée à créer des entraves aux étrangers qui veulent obtenir justice des tribunaux français, soit en demandant, soit en défendant ; elle a surtout pour but d'empêcher les procès vexatoires.

Or ce sont les demandeurs, la plupart du temps, et non les défendeurs, qui agissent dans un esprit de vexation.

L'art. 16 semble dire que la caution *judicatum solvi* est due de plein droit par l'étranger demandeur, de telle sorte qu'en aucun cas la demande de l'étranger ne devrait être reçue avant que cette caution eût été fournie. Mais, sur ce point, l'art. 16 est rectifié ou tout au moins expliqué par l'art. 166 C. pr., d'après lequel l'étranger n'est obligé de fournir caution que si le défendeur le requiert. Il peut n'avoir pas d'intérêt à le faire ; la loi le laisse juge sur ce point.

Le défendeur qui veut requérir la caution *judicatum solvi*, doit le faire par une requête d'avoué à avoué, à laquelle il est répondu dans la même forme (Tarif du code de procédure civile, art. 75). Tant que l'étranger n'a pas fourni la caution requise par le défendeur, celui-ci n'est pas obligé de répondre à la demande. Et c'est pour cela que le code de procédure nous présente le refus de fournir caution comme constituant une exception au profit du défendeur. Cette exception doit être proposée avant toute autre, et à plus forte raison avant toute défense au fond (C. pr., art. 166) ; autrement elle est considérée comme couverte, c'est-à-dire que le défendeur est censé avoir renoncé au droit de l'opposer. Cpr. trib. civ. de Pau, 2 juin 1909, S., 09. 2. 264.

1385. A qui est due la caution *judicatum solvi*. — Il est sans difficulté que le défendeur français peut la requérir. Le défendeur étranger a-t-il le même droit ? Oui certainement, s'il possède en France un domicile autorisé (arg. art. 13). Oui encore, si, n'ayant pas en France un domicile autorisé, il peut puiser ce droit dans un traité (arg. art. 11). En dehors de ces deux cas, il paraît difficile de lui reconnaître le droit de requérir la caution ; car c'est bien là, ce semble, un droit civil *stricto sensu*, dont l'étranger par suite ne peut jouir qu'en vertu de la réciprocité résultant d'un traité (art. 11). Bordeaux, 27 juil. 1893, D., 93. 2.583.

1386. Ce que garantit la caution *judicatum solvi*. — Elle garantit l'exécution des condamnations judiciaires qui pourront être prononcées au profit du Français, c'est-à-dire : 1° le paiement des dommages et intérêts d'indue vexation ; 2° le paiement des frais auxquels l'étranger pourra être condamné et dont le défendeur se serait trouvé forcé de faire l'avance ou du paiement desquels il est responsable.

1387. Dispense de la caution. — Dans deux cas l'étranger demandeur est dispensé de fournir la caution *judicatum solvi* :

1° S'il a en France un domicile autorisé (arg. ai t. 13).

2° S'il existe un traité ou une loi politique dispensant les Français de fournir caution dans le pays auquel appartient l'étranger (arg. art. II) ¹³⁹.

L'étranger était encore dispensé de fournir caution en matière commerciale (anc. art. 16). Cette exception était fondée sur ce triple motif que les commerçants sont considérés comme citoyens de toutes les cités, que les affaires commerciales requièrent célérité, enfin et surtout que les frais auxquels ces affaires donnent lieu sont minimes. La pratique ayant révélé les inconvénients de cette exception, la loi du 5 mars 1895 l'a fait disparaître en supprimant dans l'art. 16 les mots qui l'établissaient.

La caution est donc due aujourd'hui en toute matière (nouvel art. 16), non seulement en matière civile, mais aussi en matière commerciale et en matière administrative. Ajoutons et en matière criminelle, au cas où un étranger se porte partie civile contre un Français.

1388. Des garanties qui peuvent remplacer la caution *judicatum solvi*. — Le cautionnement prescrit par l'art. 16 peut être remplacé par des garanties équivalentes. On doit considérer comme telles : 1° un gage en nantissement suffisant (art. 2041) ; 2° la consignation d'une somme égale à celle jusqu'à concurrence de laquelle le tribunal a

ordonné que la caution serait fournie (C. pr., art. 167) ; 3° la justification faite par l'étranger qu'il possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour répondre du paiement de cette somme (C. civ., art. 16, et C. pr., art. 167).

Quoi qu'on en ait dit, l'étranger n'est pas obligé de constituer une hypothèque sur ses immeubles ; la loi ne l'exige pas. Toutefois le tribunal pourrait, en fait, considérer les immeubles que l'étranger possède en France comme n'ayant une « valeur suffisante » qu'autant qu'il consentirait à les grever d'une hypothèque au profit du Français.

1389. Telles sont les différences que notre chapitre signale entre les Français et les étrangers qui n'ont pas en France un domicile autorisé.

1390. Résumé. — Si maintenant nous voulons envisager d'un rapide coup d'œil la condition des étrangers en France, tout ce que nous avons dit sur ce point peut être condensé dans quelques lignes :

1° Tous les étrangers sans distinction sont régis en France par leur statut personnel ; en d'autres termes leur état et leur capacité sont régis par la loi de leur pays. Tous également ont en France la jouissance des droits naturels et des droits qu'un texte spécial accorde aux étrangers en général (ex. L. 23 juin 1857, art. 5). Tous en troisième lieu sont privés de la jouissance des droits politiques. Quatrièmement tout étranger peut être expulsé par mesure de police (L. 3 déc. 1849, art. 7 et 8). Enfin nul étranger, même admis à domicile, ne peut jouir en France des droits qu'un texte retire aux étrangers en général, par exemple du bénéfice de cession de biens (C. pr., art. 905), du droit de pêcher dans les eaux territoriales de France et d'Algérie (L. 1^{er} mars 1888), ni de ceux dont la loi subordonne la jouissance à la condition que l'on soit Français, comme le droit de remplir certaines fonctions publiques, d'enseigner

dans une école d'enseignement primaire (L. 30 octobre 1886, art. 4. V. cep. l'al. 2 de l'article), d'être témoin dans un testament (art. 980) ou dans un acte notarié (L. 25 ventôse an XI, art. 9 modifié par la loi du 12 août 1902). V. aussi L. 21 mars 1884, art. 4, al. fin.

2° Les étrangers qui ont en France un domicile autorisé y jouissent en principe de tous les droits civils (art. 13) à l'exception de ceux qu'un texte spécial leur refuse. De plus ils ne sont pas soumis aux mesures de défaveur connues sous le nom de *privilegia odiosa*, notamment à l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi*.

3° Les étrangers qui n'ont pas en France un domicile autorisé n'ont pas en principe la jouissance des droits civils *stricto sensu* ; de plus ils sont soumis aux *privilegia odiosa*. Ils ne peuvent acquérir la jouissance des droits civils ou cesser d'être soumis aux *privilegia odiosa* qu'en vertu de la réciprocité dérivant d'un traité (art. 11). Enfin l'étranger non admis à domicile est soumis aux prescriptions du décret du 2 octobre 1888, relatives à la déclaration du lieu de sa résidence en France.

CHAPITRE II

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS

1391. La privation totale ou partielle des droits civils peut résulter de deux causes, la perte de la qualité de Français et certaines condamnations judiciaires. Le législateur s'en occupe successivement dans les deux sections dont se compose notre chapitre.

SECTION PREMIÈRE

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR LA PERTE DE LA QUALITÉ DE FRANÇAIS

1392. Les art. 17 à 21 qui régissent cette matière ont été profondément modifiés par la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité.

1393. La jouissance des droits civils étant attachée à la qualité de Français (art. 8 al. 1), il est naturel que la perte de cette qualité entraîne la privation des droits civils. C'est ce que donne à entendre la rubrique de notre section.

Reste à savoir quelles sont les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français. Dans notre droit actuel, la perte de la nationalité n'est jamais prononcée à titre de peine (v. cep. infra, n. 1409) ; elle est ordinairement le résultat d'une abdication volontaire ou présumée telle, et suppose chez celui qui la subit la capacité requise pour une semblable abdication. Le code civil (textes nouveaux de la loi du 26 juin 1889) indique cinq causes qui entraînent la perte de la nationalité française, savoir : 1° L'acquisition volontaire de la qualité d'étranger ; 2° La répudiation de la qualité de Français, dans les cas où la loi l'autorise ; 3° Le fait d'avoir conservé des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger, malgré l'injonction du gouvernement français de les résigner dans un délai déterminé ; 4° Le fait d'avoir pris du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français (ces quatre premières causes sont indiquées par le nouvel art. 17) ; 5° Le mariage d'une Française avec un étranger (art. 19). A cette énumération il y a lieu d'ajouter : 6° Le démembrement d'une portion du territoire français ; 7° La possession ou le trafic des esclaves même en pays étranger. Etudions successivement ces diverses causes.

1394. I. Le nouvel art. 17 dit dans sa première partie :
« Perdent

» la qualité de Français : — 1° Le Français naturalisé à

» l'étranger ou celui qui acquiert sur sa demande la

nationalité

» étrangère par l'effet de la loi ». Le Français qui sollicite et acquiert volontairement une nationalité étrangère renonce implicitement à la nationalité française : nul ne peut servir deux patries à la fois. Il en serait autrement du Français auquel une nationalité étrangère aurait été conférée sans qu'il l'eût sollicitée, fût-ce à la suite d'un fait volontairement accompli par lui. Ainsi le Français qui fonde en Espagne un établissement commercial ne perd pas la qualité de Français, bien qu'à raison de ce seul fait la loi espagnole le déclare naturel espagnol. Pau, 15 juin 1903, D., 07. 2. 230. Il en est de même du Français qui va s'établir en Amérique : l'attribution forcée qui lui est faite de la nationalité américaine ne lui fait pas perdre la qualité de Français.

A plus forte raison, faut-il décider que le Français qui a seulement fixé son domicile dans un pays étranger en vertu d'une autorisation accordée par le souverain de ce pays, y eût-il acquis la jouissance des droits civils, ne perd pas sa qualité de Français. Ainsi le Français, qui a obtenu en Angleterre ce qu'on appelle la denization, ne perd pas sa nationalité. Le denizen en effet n'a pas la qualité de naturel anglais ; il est seulement autorisé à fixer son domicile en Angleterre et à y jouir de certains droits civils ou politiques qui sont refusés aux étrangers en général. La denization n'est donc pas une naturalisation.

1395. L'art. 17-1° ajoute : « S'il [le Français naturalisé en pays

» étranger] est encore soumis aux obligations du service militaire

» pour l'armée active, la naturalisation à l'étranger ne lui fera

» perdre la qualité de Français que si elle a été autorisée par le

» Gouvernement français ». Cette disposition permet d'atteindre le Français qui, pour se soustraire au service

militaire en France, passerait la frontière et se ferait naturaliser en pays étranger sans autorisation du gouvernement français. En effet, s'il rentre en France, il y subira les conséquences pénales de la loi militaire française, puisqu'il n'a pas perdu la qualité de Français.

Dans tous les cas autres que celui prévu par l'art. 17-1°, un Français peut, sans l'autorisation du gouvernement, abdiquer sa qualité de Français en se faisant naturaliser étranger. Et cette abdication n'entraîne pour lui aucune déchéance. Il ne peut plus être question de lui appliquer celle résultant des art. 6 et 7 du décret du 26 août 1811 (déchéance du droit de succéder en France), ce décret étant abrogé par la loi nouvelle (art. 6, *infra*, n. 1413).

En vertu du principe que les effets de la naturalisation sont individuels, il faut décider que la naturalisation acquise par un Français en pays étranger n'entraîne pas la dénationalisation de sa femme et de ses enfants

1396. II. Perd en second lieu la qualité de Français : « Le Français

» qui a décliné la nationalité française dans les cas prévus au

» paragraphe 4 de l'article 8 et aux articles 12 et 18 » (nouvel art. 17-2°). L'individu auquel cette disposition s'applique a deux nationalités, la nationalité française, que notre loi lui attribue, et une autre nationalité qui lui est attribuée par une loi étrangère. S'il opte pour la nationalité étrangère, dans l'année qui suit sa majorité, ainsi que notre loi le lui permet, il perd nécessairement la nationalité française et les droits qui y sont attachés.

La faculté de décliner la qualité de Français par une déclaration faite dans le courant de l'année qui suit la majorité est accordée par notre loi non seulement dans les cas prévus par les art. 8-4°, 12 et 18, mais aussi dans celui qui est visé par l'art. 8-3° auquel ne renvoie pas l'art. 17-2°. L'exercice de cette faculté de répudiation a donné lieu à de très graves controverses. On se demandait si les

représentants légaux de la personne investie provisoirement de la qualité de Français pouvaient, pendant la minorité de celle-ci, renoncer en son nom à l'exercice de cette faculté, et si le mineur lui-même pouvait le faire tacitement en se laissant porter sur les listes du recrutement. L'art. 11 du décret du 13 août 1889 reconnaît aux représentants du mineur le droit de renoncer au nom de celui-ci à la faculté de décliner la qualité de Français. Mais il semble bien que ce texte soit illégal, car ni l'art. 8, ni les art. 12 et 18 ne leur attribuent ce droit, et ces articles paraissent bien faire de la faculté de décliner la nationalité française un droit exclusivement personnel à l'intéressé. C'est en ce sens que s'est prononcée la cour de cassation, par un arrêt du 26 juillet 1905, D., 06. 1. 25, S, 06. I. 113. Si la solution donnée par la cour suprême était exacte, il en résulterait dans nos lois un singulier défaut d'équilibre. D'une part en effet, l'art. 9 al. 10 et 11, lorsqu'il s'agit d'une personne étrangère, à laquelle la loi permet simplement de réclamer la qualité de Français, décide que la déclaration qui lui confère cette qualité peut être faite au nom du mineur par ses représentants légaux, et que le mineur lui-même peut opter tacitement pour la qualité de Français en prenant part aux opérations de recrutement sans opposer son extranéité. Il était étrange que la loi posât la règle contraire, lorsqu'il s'agissait d'une personne à laquelle elle confère la qualité de Français, sous la condition résolutoire de sa renonciation. D'autre part, la loi du 21 mars 1905, sur le recrutement de l'armée, supposait, dans son art. 11, que les représentants légaux du mineur peuvent renoncer en son nom à la faculté de répudier la nationalité française. Et l'on pouvait se demander si les dispositions de cette loi n'avaient pas modifié tacitement celles du code civil. Pour faire cesser cette difficulté, et établir la concordance entre les règles de la loi, le législateur est intervenu. La loi du 5 avril 1909 a ajouté à l'art. 20, un paragraphe 2, ainsi conçu : « Quand

les personnes désignées à l'article 9,

» paragraphe 10, auront, au nom d'un mineur, renoncé à la faculté

» qui lui appartiendrait à sa majorité, dans le cas de l'article 8,

» paragraphes 3 et 4, de l'article 12, paragraphe 3, et de l'article 18,

» de décliner la qualité de Français, celui-ci ne sera plus recevable

» à user de cette faculté ».

L'art. 2 de la même loi contient les dispositions transitoires suivantes : « Les individus auxquels la faculté de décliner la qualité de Français est réservée par l'un des articles ci-dessus, qui se trouveront, lors de la promulgation de la présente loi, dans l'année de leur majorité, pourront, pendant ladite année, renoncer au bénéfice de la déclaration souscrite en leur nom par leur représentant légal au temps de leur minorité. — Il en sera de même de ceux qui, mineurs au moment de la promulgation de la loi, deviendront majeurs dans les six mois qui la suivront. — Les autres mineurs conserveront définitivement le bénéfice de la déclaration souscrite en leur nom si, dans le même délai de six mois, leur représentant légal n'y a pas renoncé ».

1397. III. L'art. 17-3° fait perdre sa nationalité au « Français qui » ayant accepté des fonctions publiques conférées par un Gouvernement » étranger, les conserve nonobstant l'injonction du Gouvernement » français de les résigner dans un délai déterminé ». D'après le code civil (ancien art. 17-2°), le simple fait d'avoir accepté sans autorisation du gouvernement français des fonctions publiques conférées par un gouvernement étranger entraînait la perte de la qualité de Français. Moins rigoureux, le législateur de 1889 n'attache la perte de la qualité de Français qu'au refus d'obtempérer à l'injonction du gouvernement français de résigner la fonction dans un

délai déterminé. Cela suffit pour que le gouvernement ne soit pas désarmé. Il usera du recours à l'injonction dont parle notre texte dans les cas assez rares où, en exerçant la fonction qu'il a acceptée en pays étranger, le Français causerait préjudice aux intérêts de sa patrie.

A un autre point de vue encore, le législateur de 1889 s'est montré moins rigoureux que le législateur du code civil. L'établissement en pays étranger sans esprit de retour n'entraîne plus la perte de la qualité de Français. Cela résulte invinciblement de la comparaison de l'ancien art. 17 avec le nouveau ;

1398. Le Français, qui a perdu sa qualité par l'une des trois causes que nous venons d'étudier, peut la recouvrer en vertu d'une naturalisation privilégiée dont le nouvel art 18 indique les conditions en ces termes : « Le Français qui a perdu sa qualité de Français

» peut la recouvrer pourvu qu'il réside en France, en obtenant

» sa réintégration par décret ». Il faut donc que l'ex-Français rentre en France, s'il a quitté le pays, et qu'il sollicite et obtienne du gouvernement un décret de réintégration. L'article ajoute : « La

» qualité de Français pourra être accordée par le même décret à la

» femme et aux enfants majeurs s'ils en font la demande. Les

» enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent

» Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils

» ne déclinent cette qualité, en se conformant aux dispositions de

» l'article 8, paragraphe 4 ». Cpr. art. 12 (supra, n. 1356), art. 6 al. 8, L. 22 juin 1892, et art. 20, al. 2, L. du 5 avril 1909 (supra, n. 1396).

A raison de la généralité de ses termes, l'art. 18 nous paraît applicable au Français qui a perdu sa qualité par suite d'une annexion. En fait, c'est le parti qu'a pris le gouvernement français, après quelques hésitations, relativement aux Alsaciens-Lorrains devenus Allemands faute d'option dans les délais.

1399. IV. Perd la qualité de Français... « 4° Le Français, qui,

- » sans autorisation du Gouvernement, prend du service militaire à

- » l'étranger, sans préjudice des lois pénales contre le Français qui

- » se soustrait aux obligations de la loi militaire » (nouvel art. 17-4°).

Le mot prend implique un acte de volonté libre ; il est synonyme d'accepte ou sollicite. Notre texte ne serait donc pas applicable au Français qui se serait vu imposer le service militaire en pays étranger. Cass., 13 juin 1904, D., 09. 1. 238.

La loi se montre sévère pour le Français qui a perdu sa qualité par la cause que nous examinons. En effet le nouvel art. 21 dispose : « Le Français qui, sans autorisation du Gouvernement, prendrait

- » du service militaire à l'étranger, ne pourra rentrer en France

- » qu'en vertu d'une permission accordée par décret, et recouvrer

- » la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées

- » en France à l'étranger pour obtenir la naturalisation ordinaire ».

Doit être considéré comme ayant pris du service militaire à l'étranger et comme tombant par suite sous le coup des textes précités, non seulement le Français qui a contracté un engagement sans autorisation du gouvernement dans une armée étrangère, mais aussi celui qui, porté sur les

listes de recrutement du pays où il réside, a satisfait à la loi militaire de ce pays, sans exciper de son extranéité. En acceptant volontairement du service militaire à l'étranger, ce qui l'exposait à combattre contre la France, il a abdiqué sa patrie. Ce motif même indique qu'il faut, pour que les dispositions des art. 17-4° et 21 soient applicables, que le Français ait été incorporé dans une armée régulière, c'est-à-dire dans une armée soumise à l'autorité du gouvernement légal du pays et destinée à combattre les ennemis du dehors (Cass., 30 avril 1890, D., 92. 1. 363, et Chambéry, 28 juin 1892, S., 93. 2. 65), et que cette incorporation soit volontaire (Cass., 13 juin 1904, supra, 15 janv. 1912, D., 12. 1. 345, S., 12. 1. 317, et les notes).

1400. V. Aux termes du nouvel art. 19 in principio : « La femme

» française qui épouse un étranger suit la condition de son mari

». C'est la contre-partie de l'art. 12 al. 1, d'après lequel : « L'étrangère

» qui aura épousé un Français suivra la condition de son

» mari ». De deux êtres, le mariage en fait un seul. Il est donc naturel d'établir entre les deux époux l'unité de nationalité. C'est cette pensée qui a dicté les deux textes que nous venons de reproduire. Dans l'un et l'autre cas, on fait prévaloir la nationalité du mari sur celle de la femme, en vertu du principe qui accorde la prééminence à l'époux sur l'épouse.

1401. La femme française qui épouse un étranger perd sa qualité de Française, a lors même qu'elle serait mineure. La loi ne distingue pas.

1402. Le législateur de 1889 formule sans aucune restriction le principe que l'étrangère qui épouse un Français devient Française elle-même (art. 12 al. 1). Ce principe reçoit donc son application même lorsque, d'après la loi de son pays, la femme conserve sa nationalité après son mariage. La femme aura dans ce cas deux nationalités

Française en France, elle sera considérée dans son pays comme ayant encore son ancienne nationalité.

Il n'en est pas de même du principe consacré par l'art. 19 première partie, d'après lequel La femme française qui épouse un étranger suit la condition de son mari. Ce principe ne reçoit son application qu'autant qu'il ne se trouve pas en contradiction avec la loi du pays auquel le mari appartient. Et en effet il est au-dessus du pouvoir du législateur français de conférer à une Française la nationalité de l'étranger qu'elle épouse, si la loi nationale de cet étranger s'y oppose. Tout ce que peut faire en pareil cas le législateur français, c'est de décider que la femme perdra sa qualité de Française. Mais pourquoi donc faire subir à la femme cette déchéance imméritée, qui aura pour résultat de la priver de toute nationalité ? On n'en verrait pas le motif. Aussi le nouvel art. 19, modifiant, sur ce point la disposition de l'ancien, décide-t-il que, dans cette hypothèse, la femme restera Française : « à moins, dit

» le nouveau texte, que son mariage ne lui confère pas la nationalité

» de son mari, auquel cas elle reste Française ». Cpr. Cass., 9 avril 1910, D., 11. 1. 96, S., 11. 1. 897.

1403. Une femme française épouse un Français ; son mari perd sa qualité de Français pendant le mariage, par exemple en se faisant naturaliser étranger. La femme perdra-t-elle du même coup sa qualité de Française ? Non. L'art. 19 ne dit pas que la femme doive nécessairement avoir la même nationalité que son mari, d'où il résulterait que, toutes les fois que le mari change de nationalité, la femme en change avec lui ; il dit seulement que la femme française qui épouse un étranger suivra la condition de son mari. Or ici la femme n'a pas épousé un étranger, elle a épousé un Français ; on est donc en dehors du texte de l'art. 19. On est aussi en dehors de son esprit. La femme donnant sa personne à son mari, à tel point qu'elle devient en quelque sorte une partie de lui-même, il est assez

rationnel de supposer que, lorsqu'elle épouse un étranger, elle accepte implicitement la nationalité qui appartient à son mari, lors du mariage. En la lui donnant, on ne blesse donc pas le principe que l'acquisition d'une nouvelle nationalité implique le consentement de celui qui l'acquiert. Mais on ne peut pas supposer, parce que cette supposition serait déraisonnable, que la femme entende accepter à l'avance, et les yeux fermés en quelque sorte, toute nationalité nouvelle qu'il plaira à son mari d'acquérir pendant le cours du mariage.

1404. Le mariage d'une Française avec un étranger demeure sans influence sur la nationalité des enfants que cette femme aurait eus d'un précédent mariage.

1405. La femme française, qui a perdu sa qualité pour s'être mariée avec un étranger, peut facilement recouvrer cette qualité après la dissolution de son mariage. La loi lui offre à cet effet le bénéfice d'une naturalisation de faveur, dont le nouvel art. 19 al. 1 in fine indique les conditions en ces termes : « Si son mariage est

» dissous par la mort du mari ou le divorce, elle recouvre la qualité

» de Française, avec l'autorisation du Gouvernement, pourvu qu'elle

» réside en France où qu'elle y rentre, en déclarant qu'elle veut s'y

» fixer ». Ainsi, à la seule condition de résider en France ou d'y rentrer en déclarant qu'elle veut s'y fixer, la femme veuve ou divorcée peut obtenir du gouvernement sa réintégration par décret dans la qualité de Française. La même faveur ne pourrait pas être accordée à la femme tant que son mariage dure, fût-elle séparée de corps, et, à ce point de vue, elle est traitée plus rigoureusement qu'une ex-Française ordinaire (art. 18).

1406. Quel sera le sort des enfants mineurs de la femme veuve ou divorcée, qui se fait réintégrer dans la qualité de Française que son mariage lui avait fait perdre ?

Quelquefois, ces enfants seront Français de naissance. C'est ce qui arrivera s'ils sont nés en France et leur mère également (supra, n. 1339). S'ils sont étrangers, la loi leur offre, comme à leur mère, le bénéfice d'une naturalisation de faveur : l'unité de nationalité favorise l'unité de la famille. Il en est ainsi du moins dans le cas où le mariage s'est dissous par la mort du mari, car, s'il est dissous par le divorce, il est naturel que les enfants conservent la nationalité de leur père, sauf à user du bénéfice de l'art. 10. Le nouvel art. 19 al. final dit à ce sujet :

« Dans le cas où le mariage est dissous par la mort du mari, la

» qualité de Français peut être accordée par le même décret de

» réintégration aux enfants mineurs sur la demande de la mère, ou

» par un décret ultérieur, si la demande en est faite par le tuteur avec

» l'approbation du conseil de famille ». Ainsi, la femme veuve, qui veut faire acquérir à ses enfants mineurs la nationalité qu'elle-recouvre pour elle-même, formera une demande tant en son nom qu'au nom desdits enfants, et un même décret pourra donner satisfaction à cette double demande. Et si la femme a seulement demandé et obtenu sa réintégration, la qualité de Français pourra être conférée aux enfants par un décret ultérieur, sur la demande du tuteur autorisé par un conseil de famille. Notre texte ne réserve pas aux enfants qui acquièrent ainsi la nationalité française le droit de la répudier à leur majorité.

La disposition que nous venons d'analyser — il est impossible de ne pas le reconnaître — est en contradiction formelle avec celles de l'art. 12 al. 3 et de l'art. 18. C'est en vertu d'une naturalisation que la veuve recouvre la qualité de Française, que son mariage lui avait fait perdre. Pour être une naturalisation de faveur, ce n'en est pas moins une

naturalisation. Or, aux termes de l'art. 12 al. 3 : « Deviennent Français [de plein droit] les enfants » mineurs d'un père ou d'une mère survivant qui se font naturaliser Français... », sauf à répudier cette qualité dans l'année qui suit leur majorité. Comment cette disposition ne serait-elle pas applicable aux enfants mineurs de la femme veuve qui obtient le bénéfice de la naturalisation de faveur de l'art. 19 al. 2 ? Serait-ce parce que leur mère a eu autrefois la qualité de Française ? Mais c'est là pour eux un titre de plus à devenir Français. Et d'ailleurs, l'art. 18 in fine ne dispose-t-il pas : « Les enfants mineurs du père ou de la mère réintégrés deviennent Français, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, ils ne déclinent cette qualité en se conformant aux dispositions de l'art. 8 § 4 » ?

La contradiction que nous venons de relever a été signalée au sénat par M. Léon Clément, dans le cours de la discussion à laquelle a donné lieu l'art. 12. Le rapporteur a déclaré qu'il se réservait d'examiner la question lorsqu'on serait arrivé à l'art. 19. Malheureusement le rapporteur a oublié sa promesse et la contradiction est restée.

Maintenant, faut-il sacrifier l'art. 19 al. 2 à l'art. 12 al. 3, ce qui revient à dire que l'art. 19 al. 2 doit être considéré comme n'existant pas ? Nous n'oserions pas proposer cette solution, parce qu'elle est contraire à une de nos règles d'interprétation les plus sûres, la règle *Specialia generalibus derogant*. L'art. 12 al. 3 est une règle générale, l'art. 19 al. 2 une règle spéciale. Celle-ci déroge à la règle générale, et il faut l'appliquer, bien que la dérogation paraisse ne pouvoir se justifier par aucune bonne raison. Il n'appartient pas à l'interprète de réparer les bévues commises par le législateur.

Quant aux enfants majeurs de la femme veuve qui se fait réintégrer dans sa qualité de Française, l'art. 19 al. 2 paraît bien impliquer qu'ils ne peuvent pas acquérir la qualité de Français en vertu du décret de réintégration obtenu par leur mère, puisqu'il n'accorde ce droit qu'aux

enfants mineurs. Alors ils pourront seulement invoquer le bénéfice de l'art. 10.

1407. Un Français peut-il perdre sa nationalité par une abdication expresse ? Il semble bien, au premier abord, que l'affirmative doive être admise. Dans tous les cas prévus par les articles de notre section, la perte de la qualité de Français est le résultat d'une abdication tacite ; or l'abdication expresse semble devoir produire un effet au moins aussi puissant. — Telle paraît bien en effet avoir été la première pensée du législateur ; le projet faisait figurer l'abdication expresse parmi les causes qui entraînent la perte de la qualité de Français. Mais au conseil d'Etat on se ravisa, et l'abdication expresse disparut de la rédaction définitive de la loi. D'où il résulte d'une manière indubitable qu'elle n'entraîne pas la perte de la qualité de Français. En amendant la loi sur ce point, nous croyons qu'on l'a améliorée. En effet, si, à première vue, l'abdication expresse de la qualité de Français apparaît comme plus significative que l'abdication tacite, un examen approfondi conduit à reconnaître qu'elle l'est beaucoup moins. Les faits ont ici plus d'éloquence que les paroles ; l'abdication expresse peut être le résultat d'un mouvement irréfléchi, tandis que les faits d'où la loi induit l'abdication tacite supposent une volonté fermement arrêtée chez leur auteur. Il fallait d'ailleurs éviter que des Français, qui se proposent de rester en France et d'y jouir de tous les avantages attachés à la qualité de Français, fussent tentés d'abdiquer cette qualité pour se soustraire aux charges qu'elle entraîne.

1408. VI. La qualité de Français se perd par le démembrement d'une portion du territoire français.

C'est la contre-partie de ce qui a été dit au n. 1358 relativement à l'annexion d'un territoire étranger à la France. Dans les deux cas, les naturels suivent le sort du sol ; ils changent de nationalité comme lui.

Quand le démembrement résulte d'un traité, la condition des naturels du pays démembré est ordinairement réglée par des clauses particulières. C'est ce qui a été fait par le traité franco-allemand du 18 mai 1871, dont l'art. 2 est ainsi conçu : « Les sujets français originaires des territoires cédés, domiciliés actuellement sur ce territoire, qui voudront conserver la nationalité française, jouiront jusqu'au 1^{er} octobre 1871 ¹⁴⁰, et moyennant déclaration préalable faite à l'autorité compétente, de la faculté de transporter leur domicile en France et de s'y fixer, sans que ce droit puisse être altéré par les lois sur le service militaire, auquel cas la qualité de citoyen français leur sera maintenue... ».

Trois conditions étaient donc nécessaires pour que les habitants des territoires cédés devinssent Allemands : 1° qu'ils fussent originaires de ces territoires ; 2° qu'ils y fussent domiciliés actuellement ; 3° qu'ils n'eussent pas opté dans le délai légal pour la nationalité française. Malgré ce texte si clair, l'Allemagne éleva la prétention de considérer comme Allemands tous ceux qui étaient simplement originaires des provinces cédées sans y être domiciliés, à moins qu'ils n'eussent opté dans le délai légal pour la nationalité française. En outre elle annonça quelques jours avant l'expiration du délai accordé pour l'option, l'intention de considérer comme Allemands tous ceux qui, étant simplement domiciliés dans les provinces cédées sans en être originaires, n'auraient pas opté pour la nationalité française dans le délai légal. Beaucoup furent ainsi surpris et ne mirent pas à profit le délai accordé pour l'option. Allemands en Allemagne, ils sont considérés comme Français en France.

Les Alsaciens-Lorrains qui ont usé régulièrement du droit d'option sont censés n'avoir jamais cessé d'être Français ; les autres sont devenus Allemands à partir du 2 mars 1871,

époque fixée par le traité pour le changement de souveraineté.

L'option faite par le père est demeurée sans influence sur la nationalité de ses enfants (supra, n. 1345). Mais le père a pu valablement, en qualité de représentant légal de ses enfants mineurs, opter pour ceux-ci, surtout si, étant en très bas âge, il leur était impossible d'user personnellement du droit d'option. Autrement toute une catégorie d'Alsaciens-Lorrains auraient été privés de la faculté de devenir Français en usant du droit d'option, ce qui est manifestement contraire à l'esprit du traité. Cpr. Paris, 13 août 1883, S., 85. 2. 89, D., 84. 2. 105.

1409. VII. Enfin la qualité de Français se perd par le trafic ou même par la simple possession d'esclaves en pays étranger.

C'est ce qui résulte de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848, ainsi conçu : « A l'avenir, même en pays étranger, il est interdit à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves, et de participer soit directement, soit indirectement à tout trafic ou exploitation de ce genre. Toute infraction à ces dispositions entraînera la perte de la qualité de citoyen français. Néanmoins les Français, qui se trouvent atteints par ces prohibitions au moment de la promulgation du présent décret, auront un délai de trois ans pour s'y conformer. — Ceux qui deviendraient possesseurs d'esclaves en pays étranger par héritage, don ou mariage, devront, sous la même peine, les affranchir ou les aliéner dans le même délai à partir du jour où leur possession aura commencé ».

La loi du 11 février 1851 porta à dix ans le délai fixé à trois années par la disposition législative qui vient d'être rapportée, et, à l'expiration de ce délai, fut rendue, à la date du 28 mai 1858 ¹⁴¹, une loi ainsi conçue : « ARTICLE UNIQUE. Le paragraphe 2 de l'art. 8 du décret du 27 avril 1848 est modifié ainsi qu'il suit : Le présent article n'est

pas applicable aux propriétaires d'esclaves dont la possession est antérieure au 27 avril 1848, ou résulterait soit de succession, soit de donations entre vifs ou testamentaires, soit de conventions matrimoniales ». Il y avait, paraît-il, vingt mille Français qui aimaient mieux perdre leur qualité de Français que leurs esclaves ! Il a fallu, pour la leur conserver, leur permettre de conserver leurs esclaves.

Dans la deuxième délibération sur le projet qui a abouti à la loi du 26 juin 1889, le sénat avait volé l'abrogation du décret du 27 avril 1848. La chambre des députés a refusé de s'associer à cette manière de voir, et en définitive le décret et les lois qui le complètent sont encore debout, dans toutes celles de leurs dispositions qui ne sont pas contraires à la nouvelle loi sur la nationalité. Mais cette législation ne pourra donner lieu désormais qu'à des applications de plus en plus rares. Elle ne constitue guère qu'une menace ; on l'a laissée subsister pour l'honneur d'un principe. V. cep. Alger, 19 janv. 1898, D., 98. 2. 64.

1410. Telles sont les causes qui font perdre la qualité de Français. Dans quelques cas, on l'a vu, la loi autorise l'ex-Français à recouvrer sa qualité au moyen d'une naturalisation privilégiée. La retrouve-t il alors avec effet rétroactif ? Non. Il ne la recouvre que pour l'avenir. A plus forte raison en est-il ainsi de celui qui acquiert la qualité de Français sans l'avoir possédée autrefois. Tout cela résulte du nouvel art. 20 al. 1 ainsi conçu : « Les individus

» qui acquerront la qualité de Français dans les cas prévus par les

» articles 9, 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir que pour les

» droits ouverts à leur profit depuis cette époque ».

Dire que celui qui acquiert ou recouvre la qualité de Français ne peut s'en prévaloir que pour les droits ouverts à son profit depuis cette époque, c'est exprimer très nettement qu'il ne peut pas s'en prévaloir pour les droits

ouverts auparavant, et on n'en voit pas d'autre raison que celle-ci : c'est qu'il acquiert ou recouvre sa qualité pour l'avenir, mais non dans le passé. La loi considère celui qui acquiert la nationalité française comme ayant toujours été étranger auparavant, et celui qui recouvre cette même nationalité, comme étant resté étranger dans l'intervalle écoulé entre la perte et le recouvrement de sa qualité de Français ; elle suppose ainsi le principe de non-rétroactivité sans le formuler en termes exprès.

La consécration du principe de non rétroactivité étant certaine dans l'espèce, il appartient à l'interprète d'en déduire toutes les conséquences. D'après cette donnée, il faut décider que si l'ex-Français, qui a recouvré sa nationalité, ne peut se prévaloir rétroactivement de sa qualité de Français pour l'exercice de droits dont son extranéité lui a fait perdre le bénéfice, on ne peut pas, en sens inverse, s'en prévaloir contre lui pour le priver des droits qu'il a acquis à la faveur de son extranéité. Cette solution est tout à la fois légale et juste.

* 1411. L'ancien art. 20 du code civil disposait : « Les individus qui recouvreront la qualité de Français, dans les cas prévus par les articles 10, 18 et 19, ne pourront s'en prévaloir qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées par ces articles, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque ». Ce texte ne renvoyant pas à l'art. 9 (ancien), la question s'était élevée de savoir si l'étranger qui acquérait la nationalité française en vertu du bénéfice de cet article l'acquérait avec effet rétroactif. L'affirmative avait été admise, à tort selon nous, par la jurisprudence. V. la 3^e édition du Précis de droit civil, t. I, n. 190. Que décider aujourd'hui ?

La disposition de l'ancien art. 9 a été dédoublée. D'après le nouvel art. 8 al. 7, l'étranger né en France devient Français de plein droit, s'il est domicilié en France à l'époque de sa majorité, sauf à répudier dans l'année sa

qualité de Français. Quant à l'étranger né en France, qui n'est pas domicilié dans notre pays à l'époque de sa majorité, la nationalité française ne lui est pas attribuée de plein droit, il peut seulement l'acquérir jusqu'à l'âge de vingt deux ans au moyen d'une naturalisation de faveur (nouvel art. 9). Dans ce cas, il est certain que la nationalité française est acquise sans effet rétroactif (nouvel art. 20). En est-il de même dans l'autre, dans celui prévu par l'art. 8 al. 7 ? La négative semble bien résulter par argument a contrario du nouvel art. 20 qui ne vise pas l'art. 8. D'autant plus que, si la rétroactivité n'a pas lieu dans ce cas, elle n'aura lieu dans aucun, et alors on se demande pourquoi l'art. 20 n'aurait pas été rédigé ainsi : L'acquisition ou le recouvrement de la qualité de Français a toujours lieu sans effet rétroactif.

La question de savoir si la qualité de Français est acquise ou recouvrée avec effet rétroactif offrait un très grand intérêt à l'époque où les étrangers étaient incapables de succéder en France. Elle présentait aussi quelques applications pratiques en ce qui concerne le divorce, à l'époque où il était pros crit par notre loi. A présent que le divorce est rétabli (loi du 27 juillet 1884) et que les étrangers ont le droit de succéder en France comme les Français (loi du 14 juillet 1819), la question a perdu presque tout son intérêt pratique.

1412. Coup d'oeil rétrospectif sur la législation relative à la nationalité. — Dans notre ancien droit, on considérait comme Français d'origine : 1° l'enfant né de parents français, même en pays étranger. Il en fut ainsi du moins à partir du XVIII^e siècle, car auparavant tout individu né hors du territoire français, même de parents français, était considéré comme étranger ; 2° l'enfant né en France, même de parents étrangers. L'origine indépendamment du lieu de la naissance, jus sanguinis, et le lieu de la naissance

indépendamment de L'origine, jus soli, étaient donc également attributifs de la nationalité française.

Maintenu par la constitution de 1791 (tit. II, art. 9), ce système fut également consacré par le projet du code civil. Le conseil d'Etat y donna son adhésion. Mais il fut vivement critiqué par le tribunal, en tant qu'il attribuait la qualité de Français à l'individu né en France de parents étrangers. N'est-ce pas prodiguer la qualité de Français, disait le tribunal ? Quel dévouement la France peut-elle attendre de celui que le hasard peut-être a fait naître sur la terre française, surtout si, peu de temps après sa naissance, il a été ramené dans le pays auquel il appartient par son origine ? L'observation porta ses fruits. On abandonna le principe du jus soli pour se rattacher au principe du jus sanguinis. En d'autres termes, d'après le système admis par le code civil, la qualité de Français se transmet par le sang. L'enfant d'un Français naît Français, quel que soit le lieu de sa naissance (anc. art. 10). Au contraire, l'enfant issu de parents étrangers naît étranger, même quand il a vu le jour sur la terre française (anc. art. 9). Et toutefois, comme ce dernier peut avoir un certain attachement pour la France, à raison de la loi de nature qui rattache l'homme au pays qui l'a vu naître, le code civil lui offrait le bénéfice d'une naturalisation privilégiée. On l'admettait à réclamer la qualité de Français dans l'année qui suivait sa majorité, et même à tout âge, s'il avait payé l'impôt du sang en France (loi du 22 mars 1849), sous la seule condition, s'il résidait en France, de déclarer que son intention était d'y fixer son domicile, et, s'il résidait en pays étranger, de faire sa soumission de fixer son domicile en France et de l'y établir dans l'année à compter de l'acte de soumission (anc. art. 9). L'étranger devenait alors Français de plein droit ; l'agrément du gouvernement n'était pas nécessaire comme pour la naturalisation ordinaire. La qualité de Français pouvait ainsi être acquise par des étrangers qui n'étaient pas dignes de cette faveur.

Le système admis par le code civil présentait un inconvénient plus grave encore. De nombreux étrangers nés en France négligeaient volontairement de profiter de la naturalisation privilégiée qui leur était offerte, tout en continuant de résider en France. Ils bénéficiaient ainsi de la plupart des avantages accordés aux Français, sans supporter les charges qui en sont la contre-partie et notamment celle du service militaire, la plus lourde de toutes. De là une inégalité choquante entre ces étrangers et les Français. L'abus était criant surtout en tant qu'il profitait à des étrangers dont les parents étaient établis en France depuis plusieurs générations et qui étaient ainsi devenus Français par les mœurs et les habitudes.

La loi du 7 février 1851, complétée plus tard par les lois des 14 février 1882 et 28 juin 1883, crut obvier à ce mal en attribuant de plein droit la qualité de Français à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né. Mais elle accordait à cet individu la faculté de revendiquer la qualité d'étranger dans l'année qui suivait sa majorité. La plupart usèrent de cette faculté, comme il était facile de le prévoir, afin d'échapper à l'obligation du service militaire en France, et la loi fut ainsi rendue illusoire. Elle contenait en elle-même le germe de sa ruine.

Inutilement, pour remédier à ce mal, la loi du 16 décembre 1874 décida t-elle que l'étranger né en France d'un étranger qui lui-même y était né ne pourrait utilement, lors de sa majorité, répudier la qualité de Français qu'à la condition de justifier, par une attestation en due forme de son gouvernement, qu'il avait conservé sa nationalité d'origine. Dans la pratique on se procurait facilement de semblables certificats sans appartenir à aucune nation déterminée, et on échappait partout à l'obligation du service militaire.

Voilà pourquoi la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité supprima la faculté d'option accordée par la loi de 1851 et réglementée par celle de 1874, rendant ainsi

irrévocablement Français l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même y est né. Mais ce régime fut de courte durée. De nombreuses réclamations adressées au gouvernement français ont amené la loi du 22 juillet 1893 qui restitue la faculté d'option à l'enfant né en France d'une étrangère qui elle-même y est née, laissant soumis au droit antérieur l'enfant issu d'un père étranger.

La loi précitée de 1889 fait à l'individu né en France de parents étrangers qui eux-mêmes n'y sont pas nés, une situation analogue à celle que les lois des 7 février 1851 et 16 décembre 1874 faisaient à l'individu né en France d'un étranger qui lui-même y était né. Aujourd'hui cet individu naît étranger ; mais il est déclaré Français par cela seul qu'il est domicilié en France lors de sa majorité, sauf la faculté qui lui appartient de réclamer sa nationalité d'origine dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française. C'est un pas nouveau dans la voie du retour au jus soli.

En somme, la loi de 1889 sur la nationalité s'est proposé pour but d'augmenter la population de la France, qui ne croit pas aussi vite que celle des autres pays. Pour en arriver là, elle a d'abord donné au principe du jus soli plus de portée que ne l'avait fait le code civil, sans toutefois l'adopter complètement comme le projet de ce code. La France s'est assimilé ainsi un très grand nombre d'individus qui, de père en fils, séjournaient sur son territoire et

PRÉCIS DE DROIT CIVIL. III. CO jouissaient, à la faveur de leur qualité d'étrangers, de tous les bienfaits de notre civilisation sans en supporter les charges (heimatlosen). Ensuite la loi nouvelle a rendu la naturalisation plus facile en diminuant la durée du stage. En troisième lieu, elle a établi de nombreux cas de naturalisation privilégiée : au profit de l'enfant né en France d'un étranger qui lui-même n'y est pas né ; au profit de l'étranger qui a épousé une Française ; au profit de la femme et des enfants de

l'étranger naturalisé Français ; au profit du Français qui a perdu sa qualité, de sa femme et de ses enfants ; au profil de la femme qui a perdu sa qualité de Française pour s'être mariée avec un étranger, lorsque son mariage est dissous par le divorce ou par la mort de son mari, et aussi au profit de ses enfants mineurs, mais seulement alors dans le cas de mort du mari. Enfin la nouvelle loi diminue le nombre des causes qui font perdre la qualité de Français.

1413. Pour en finir avec la loi sur la nationalité, il ne nous reste plus qu'à renvoyer le lecteur au texte des articles 2, 5 et 6 de la loi du 26 juin 1889.

Appendice. — De ceux qui ont deux nationalités et de ceux
qui n'en ont
aucune.

1414. En principe, on ne peut avoir deux nationalités, deux patries, pas plus qu'on ne peut avoir deux mères. En fait, cependant, le contraire a lieu quelquefois par suite du conflit de deux législations différentes. Ainsi l'enfant né en Angleterre de parents français est Anglais d'après la loi anglaise, qui attribue la qualité d'Anglais à tout individu né en Angleterre ; ce même enfant est Français d'après la loi française (art. 10 al. 1) ; il a donc deux nationalités.

Ce conflit peut donner lieu à des situations singulières. Celui qui se trouve avoir ainsi deux nationalités peut être astreint au service militaire dans deux pays à la fois. En outre, il a nécessairement deux statuts personnels, qui pourront lui être appliqués à tour de rôle dans chacun des deux pays dont il a la nationalité, aussi souvent qu'il quittera l'un pour aller dans l'autre. Cet état de choses durera tant que durera sa cause, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'intéressé ait définitivement opté pour l'une des deux nationalités : ce qu'il peut faire expressément ou tacitement, et à une époque quelconque, puisque la loi n'a

rien réglé à cet égard, pourvu qu'il soit capable d'après les règles du droit commun.

En revanche, il y a des individus qui n'ont pas de nationalité, qui sont étrangers partout, nullius civitatis cives. Ainsi un Français prend du service militaire à l'étranger sans l'autorisation du gouvernement français. Il a perdu sa qualité de Français (nouvel art. 17-4°), et il se peut qu'il n'ait pas acquis la nationalité du pays au profit duquel il a engagé ses services, auquel cas il sera sans patrie, sans nationalité.

Quelle est la situation de ceux qui, n'ayant pas de patrie, résident en France sans être autorisés à y fixer leur domicile ? D'abord, ils n'ont pas de statut personnel. Comme il faut bien cependant que leur état et leur capacité soient régis par une loi quelconque, on décide qu'ils sont soumis sur ce point à la loi du pays où ils se trouvent. Ils changeront donc de lois personnelles toutes les fois qu'ils changeront de pays. Ensuite, les individus sans nationalité ne peuvent avoir en France la jouissance des droits civils auxquels s'applique l'art. 11 ; car le texte de cet article suppose un étranger ayant une nationalité, puisqu'il parle de traités intervenus entre la France « et la nation à laquelle l'étranger appartiendra ». Il ne suffit pas de n'être pas Français pour pouvoir invoquer l'art. 11, il faut appartenir à une nation déterminée et à une nation ayant des traités avec la France.

SECTION II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS PAR SUITE DE CONDAMNATIONS JUDICIAIRES ¹⁴²

Première partie. Généralités.

1415. Dans notre droit actuel, certaines condamnations pénales, qui supposent un haut degré de perversité chez celui qui les a méritées, font perdre au condamné soit l'exercice de ses droits civils, soit même la jouissance de quelques-uns de ces droits. Pour comprendre les explications qui vont être données sur ce point, il est nécessaire de posséder préalablement quelques notions générales sur les infractions et sur les peines qui leur sont applicables.

1416. Tout individu qui enfreint, c'est-à-dire viole notre loi pénale, commet une infraction. L'infraction est donc le résultat de la violation d'une loi pénale positive.

On distingue trois espèces d'infractions, suivant leur gravité : les contraventions, les délits et les crimes.

L'art. 1 du code pénal dit en substance : L'infraction que les lois punissent de peines de police est une CONTRAVENTION. — L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un DÉLIT. — L'infraction que les lois punissent d'une peine criminelle est un CRIME.

C'est donc d'après la nature de la peine qui lui est appliquée que l'infraction est qualifiée. Il est nécessaire par suite de savoir quelles peines sont de police, quelles autres correctionnelles, quelles autres enfin criminelles.

A. Les peines de simple police sont, d'après l'art. 464 du code pénal : 1° L'amende (de un à quinze francs) ; 2° L'emprisonnement (de un à cinq jours) ; 3° La confiscation spéciale ou confiscation de certains objets saisis.

B. Les peines correctionnelles, énumérées par l'art. 9 C. pén., sont : 1° L'amende (de plus de quinze francs) ; 2° L'emprisonnement (de six jours à cinq ans) ; 3° L'interdiction de certains droits civiques, civils ou de famille, que nous appellerons plus brièvement interdiction civique.

Il faut ajouter à cette liste la confiscation spéciale.

C. Les peines criminelles se divisent en peines afflictives et infamantes, et peines infamantes seulement (C. pén., art.

6).

a. — Les peines afflictives et infamantes sont (C. pén., art. 7) : 1° La mort ; 2° Les travaux forcés à perpétuité ; 3° La déportation, dont il existe deux variétés : la déportation simple et la déportation dans une enceinte fortifiée ; toutes les deux sont perpétuelles ; 4° Les travaux forcés à temps (minimum cinq ans, maximum vingt ans) ; 5° La détention (de cinq à vingt ans) ; 6° La réclusion (de cinq à dix ans).

b. — Les peines infamantes sont (C. pén., art. 8) : 1° Le bannissement (de cinq à dix ans) ; 2° La dégradation civique.

On a souvent critiqué le législateur au sujet du procédé dont il s'est servi pour classer les infractions. Au lieu d'estimer la gravité de l'infraction d'après la gravité de la peine qui lui est appliquée, il aurait dû au contraire, dit-on, estimer la gravité de la peine d'après celle de l'infraction.

Cette critique n'est pas fondée. Au législateur et au législateur seul il appartient de classer les infractions. Ce travail, il l'a fait, en appréciant la gravité de chaque infraction d'après le degré de perversité qu'elle suppose chez le coupable et le péril qu'elle fait courir à la société. Puis, proportionnant la gravité de la peine à celle de l'infraction, il a appliqué les peines les plus sévères, c'est-à-dire les peines dites criminelles, aux infractions de l'ordre le plus grave, les peines les moins sévères, c'est-à-dire les peines de simple police, aux infractions les plus légères, et enfin des peines d'un ordre intermédiaire, les peines correctionnelles, à des infractions qui tiennent le milieu entre les crimes et les contraventions, c'est-à-dire aux délits. Ce travail une fois fait, le législateur a dit aux juges et aux interprètes : « Quand vous voudrez savoir dans quelle catégorie j'ai entendu classer telle infraction, recherchez la peine dont je l'ai punie : si c'est une peine criminelle, l'infraction sera un crime ; si c'est une peine correctionnelle, l'infraction sera un délit ; si c'est une peine de simple police, l'infraction sera une contravention ».

C'est comme s'il eût dit : « J'ai classé les infractions et je les ai réparties dans un casier à trois compartiments. Dans le compartiment numéro 1, vous trouverez les crimes, dans le numéro 2, les délits, et dans le numéro 3, les contraventions ».

A chaque catégorie d'infractions correspond une juridiction spéciale. Les contraventions sont jugées par les tribunaux de simple police, les délits, par les tribunaux de police correctionnelle, et les crimes, par les cours d'assises.

Deuxième partie. De l'influence des condamnations judiciaires sur les droits civils du condamné.

1417. Il faut rechercher à présent quelle atteinte les condamnations judiciaires, à raison d'infractions à la loi pénale, peuvent porter aux droits civils du condamné. Nous parlerons successivement des condamnations à des peines de simple police, des condamnations à des peines correctionnelles et des condamnations à des peines criminelles.

§ I. Peines de simple police.

1418 Les condamnations à des peines de simple police ne portent aucune atteinte aux droits civils du condamné. C'est tout simple, car elles sont prononcées à raison de faits sans gravité, et la privation même partielle des droits civils, ajoutée comme appoint à la condamnation, aurait dépassé la juste mesure.

§ II. Peines correctionnelles.

1419. Les condamnations à des peines correctionnelles laissent également intacts, en principe, les droits civils du condamné.

Cette règle souffre une exception unique en ce qui concerne l'interdiction civique. L'interdiction civique est une peine privative de droits. Elle se rattache toujours, comme appoint de pénalité, à une autre peine, celle-là principale. Mais elle n'est jamais encourue de plein droit, ipso jure, comme conséquence de la condamnation à une autre peine principale. Il faut qu'elle soit prononcée par le juge, et celui-ci ne peut la prononcer que dans les cas exprimés, par la loi, qui tantôt lui impose à cet égard une obligation, et tantôt lui accorde une simple faculté (C. pén., art. 43). La loi énumère (C. pén., art. 42) les droits dont l'interdiction civique peut entraîner la privation. On remarquera principalement dans cette énumération les droits « de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ; d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants et sur l'avis seulement de la famille ; d'être expert ou employé comme témoin dans les actes ; de témoigner en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations ».

La personne contre laquelle est prononcée la peine de l'interdiction civique n'est pas nécessairement privée de tous les droits énumérés en l'art. 42, car la loi dit que le juge peut les lui interdire en tout ou en partie. Le juge a donc la faculté de faire un triage entre ces différents droits et d'en interdire quelques-uns seulement au condamné.

La privation des droits auxquels l'interdiction civique s'applique commence à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

§ III. Peines criminelles.

1420. La condamnation à une peine criminelle porte toujours atteinte aux droits civils du condamné.

Tantôt cette atteinte est le résultat direct et exclusif de la condamnation, qui a pour but unique de priver le

condamné de ses droits civils ; on dit alors que la privation des droits civils est prononcée comme peine principale.

Tantôt elle est le résultat implicite d'une condamnation à une autre peine criminelle, celle ci principale : auquel cas la privation des droits civils est encourue à titre de peine accessoire. Il y a en pareil cas une peine que le juge prononce, c'est la peine principale, et une autre qu'il sous-entend, la peine accessoire ; cette dernière est encourue par le condamné de plein droit, ipso jure, en vertu des seules dispositions de la loi, qui la rattache à la peine principale comme appoint.

Nous allons nous occuper successivement de la privation des droits civils prononcée comme peine principale et de la privation des droits civils encourue comme peine accessoire.

N° 1. De la privation des droits civils prononcée comme peine principale.

1421. Il n'y a qu'une seule peine criminelle qui ait directement et exclusivement pour objet de priver en partie le condamné de ses droits : c'est la dégradation civique. L'art. 34 C. pén. indique dans quelle mesure : « La dégradation civique consiste : — 1° Dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics ; — 2° Dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration ; — 3° Dans l'incapacité d'être juré, expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples l'enseignements ; — 4° Dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille et d'être tuteur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants, et sur l'avis conforme de la famille ; — 5° Dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde

nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction à titre de professeur, maître ou surveillant ».

On voit que la dégradation civique prive celui qui en est frappé de tous ses droits politiques et de quelques-uns de ses droits de famille. Ce n'est pas seulement l'exercice de ces droits qui est retiré au condamné, mais aussi la jouissance. D'ailleurs on ne comprendrait guère qu'il pût en perdre l'exercice sans en perdre en même temps la jouissance ; car il s'agit de droits qui ne peuvent pas être exercés par l'intermédiaire d'un représentant légal, de droits par conséquent qui sont complètement perdus pour le titulaire quand l'exercice lui en est retiré, puisqu'ils ne sont alors susceptibles d'être exercés ni par lui ni pour lui.

A la différence de l'interdiction civique, la dégradation civique n'est pas susceptible de plus ou de moins dans son application. Le juge qui prononce cette peine ne peut pas la mitiger, en déclarant que le condamné sera privé de quelques-uns seulement des droits énumérés par l'art. 34 du code pénal. La dégradation civique constitue donc une peine indivisible.

On peut voir dans les art. 111, 114, 127 et 130 du code pénal des exemples de cas dans lesquels la dégradation civique est prononcée comme peine principale. Nous allons retrouver à l'instant la dégradation civique comme peine accessoire.

N° 2. De la privation des droits civils encourue comme peine accessoire.

1422. Toutes les peines criminelles principales (sauf la dégradation civique) ont pour résultat de priver de plein droit, ipso jure, le condamné d'une partie plus ou moins considérable de ses droits civils. Pour mesurer l'étendue de cette privation, il faut distinguer s'il s'agit de peines

criminelles temporaires ou de peines criminelles perpétuelles.

I. Peines criminelles temporaires.

1423. Les peines criminelles temporaires sont : 1° les travaux forcés à temps ; 2° la détention ; 3° la réclusion ; 4° le bannissement. Toutes ces peines entraînent de plein droit comme appoint, comme accessoire, la dégradation civique avec son cortège d'incapacités (C. pén., art. 28 al. |1). Toutes aussi, à l'exception du bannissement, entraînent de plein droit l'interdiction légale. La première de ces peines accessoires fait perdre au condamné la jouissance de certains droits. La deuxième lui fait perdre l'exercice des droits dont la première ne lui a pas enlevé la jouissance. Quelques mots sur chacune de ces peines accessoires.

A. Dégradation civique.

1424. Aux termes de l'art. 28 1^{re} partie du code pénal :
« La condamnation à la peine
» des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion ou du bannissement,
» emportera la dégradation civique ». La dégradation civique est donc l'accessoire obligé de toute condamnation à une peine criminelle temporaire ; elle est sous-entendue par la loi dans la condamnation.

A partir de quel moment la dégradation civique, accessoire d'une peine criminelle temporaire, est-elle encourue ? L'art, 28, 2^e partie, du code pénal répond : « La dégradation

» civique sera encourue du jour où la condamnation sera devenue irrévocable [si

» elle est contradictoire], et en cas de condamnation par

contumace, du jour de l'exécution

» par effigie » Notre article distingue donc, pour déterminer le point de départ de la dégradation civique, si la condamnation d'où elle résulte accessoirement est contradictoire ou par contumace.

On appelle contradictoire la condamnation qui est prononcée contre un accusé présent, *reo contradicente*. La condamnation par contumace est celle qui intervient contre un accusé absent, contre un *conlumas*. Le mot *conlumas* vient de *conlumasia*, qui signifie résistance à la loi. Le *conlumas* résiste à la loi, en ne se présentant pas pour répondre à l'accusation dirigée contre lui ; il est défaillant.

Cela posé, notre article dit que si la condamnation est contradictoire, la dégradation civique sera encourue à dater du jour où cette condamnation sera devenue irrévocable, c'est-à-dire à compter du jour où le pourvoi en cassation formé par le condamné aura été rejeté, et s'il ne s'est pas pourvu en cassation, à dater de l'expiration du délai de trois jours qui lui était accordé pour se pourvoir. Si, au contraire, la condamnation est par contumace, la dégradation civique sera encourue du jour de l'exécution par effigie. Autrefois l'exécution par effigie consistait dans l'exposition publique d'un tableau représentant la personne du *conlumas* (effigies), et au bas duquel était transcrit le jugement de condamnation. Ce n'était guère qu'un moyen, assez primitif d'ailleurs, de rendre public le jugement de condamnation. L'art. 432 C. 1. cr. y a substitué un mode de publicité plus sérieux et plus en harmonie avec nos mœurs (voyez cet article). Bien qu'on n'y voie plus figurer l'effigie du *conlumas*, le mot exécution par effigie est resté dans nos lois.

Les effets de la dégradation civique encourue comme peine accessoire, sont les mêmes que ceux de la dégradation civique prononcée comme peine principale (*supra*, n. 1421). Sa durée est indéfinie. Elle continue à frapper le coupable, même après qu'il a subi sa peine. Elle

survit aussi à la grâce et à la prescription de la peine. Seules la réhabilitation et l'amnistie peuvent y mettre fin.

B. Interdiction légale.

1425. Toutes les peines criminelles temporaires, à l'exception du bannissement, entraînent de plein droit l'interdiction légale du condamné pour toute la durée de sa peine. C'est ce qui résulte de l'art. 29, 1^{re} partie, du code pénal : « Quiconque aura été condamné à la » peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, sera, de plus, » pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale ».

La dégradation civique fait perdre au condamné la jouissance de certains droits, de ceux qui sont énumérés par l'art. 34 du code pénal (supra, n. 1421) ; il conserve la jouissance de tous les autres, mais l'interdiction légale lui en enlève l'exercice. On peut donc dire que l'interdiction légale fait perdre au condamné à une peine criminelle temporaire — sauf le bannissement ¹⁴³ — l'exercice des droits dont la dégradation civique ne lui enlève pas la jouissance. L'interdiction légale est encourue de plein droit, ipso jure, à dater du jour où la condamnation, de laquelle elle résulte virtuellement, est devenue irrévocable. Montpellier, 28 déc. 1908, S., 11. 2. 313. Sa durée est la même que celle de la peine dont elle est l'accessoire ; elle cesse donc de plein droit par tout événement qui met fin à cette peine, non seulement par suite lorsque le condamné a subi sa peine, mais aussi lorsqu'il en est libéré par la prescription ou par la grâce ou à plus forte raison par une amnistie.

1426. Suivant l'opinion qui a prévalu, l'interdiction légale n'est pas attachée aux condamnations par contumace. C'est du moins ce que l'on peut induire de l'art. 29 du code pénal, d'après lequel le condamné est en état d'interdiction

légale pendant la durée de sa peine. Ces expressions témoignent que la loi a en vue un condamné subissant sa peine ; sa disposition ne doit donc pas être appliquée au contumax, qui ne la subit pas ; car en matière pénale l'interprétation restrictive doit toujours être admise. L'interdiction légale est attachée à la peine plutôt qu'à la condamnation ; par suite, de même qu'elle cesse nécessairement avec la peine, elle ne peut commencer qu'avec elle.

Mais alors que deviendront les biens du contumax ? Ils seront régis par l'administration des domaines comme biens d'absent (C. I. cr., art. 471).

1427. Le but de l'interdiction légale est d'empêcher que le condamné se procure des ressources pécuniaires à l'aide desquelles il pourrait, soit tenter de corrompre ses gardiens, soit adoucir les rigueurs de sa peine. A cet effet la loi retire au condamné l'administration de ses biens et la confie à un tuteur ; « il lui sera nommé, dit l'art. 29, 2e partie, du code pénal, un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et des subrogés tuteurs aux interdits ». Si l'interdit légalement ne peut pas accomplir relativement à ses biens les actes de simple administration, à plus forte raison ne peut-il pas accomplir les actes de disposition, tels que les aliénations (Cass., 27 fév. 1883, S., 84. 1. 65, D., 83. 1. 113) : ils présenteraient plus de dangers encore que les actes d'administration, parce qu'ils pourraient procurer au condamné des sommes plus importantes. C'est encore le tuteur qui accomplira ces actes pour lui, s'il y a lieu. Le texte précité nous le donne à entendre, en disant que le tuteur est chargé de « gérer et administrer ». D'une manière générale, on peut dire que les pouvoirs du tuteur d'un interdit légalement sont les mêmes que ceux du tuteur d'un interdit judiciairement.

L'interdiction légale, on le voit, n'enlève pas au condamné la jouissance de ses droits : elle lui en retire seulement

l'exercice, qui est confié à un tuteur.

1428. Mais il y a des droits dont l'exercice et la jouissance paraissent inséparables, en ce sens qu'ils ne sont pas susceptibles d'être exercés par un représentant légal du titulaire. On admet généralement que l'interdiction légale n'enlève pas au condamné l'exercice de ces droits ; car lui en retirer l'exercice, ce serait par le fait lui en retirer la jouissance, puisque le droit ne pourrait être exercé ni par lui ni pour lui, ce qui équivaldrait à la privation complète du droit. Par application de ce principe, l'interdit légalement peut :

1° Reconnaître un enfant naturel ;

2° Contracter mariage, avec l'agrément de l'administration, bien entendu, et consentir au mariage de ses enfants ;

3° Disposer par testament. Cela paraît difficile à contester depuis la loi du 31 mars 1854. En effet l'art. 2 de ladite loi déclare que les condamnés à des peines afflictives perpétuelles sont en état d'interdiction légale, et l'article suivant ajoute qu'ils ne peuvent pas disposer par testament. C'est donc alors que l'interdiction légale ne rend pas celui qu'elle frappe incapable de tester : autrement l'art. 3 contiendrait une disposition surérogatoire ! En ce sens, Cass., 27 fév. 1883, S., 84. I. 65. D., 83. 1. 113.

Tous autres actes passés par la personne légalement interdite sont nuls de droit (arg. art. 502). Nuls de droit, c'est-à-dire qu'il suffira aux ayant-droit de démontrer que ces actes ont été accomplis sous le coup de l'interdiction légale, pour que la justice soit tenue d'en prononcer la nullité. V : t. I, n. 1203.

* Suivant l'opinion générale, cette nullité peut être proposée non seulement par l'interdit légalement ou ses représentants, mais aussi par les personnes capables qui ont contracté avec lui, contrairement à ce qui a lieu pour les actes passés par l'interdit judiciairement. (art, 1125). La

raison en est que la nullité est établie contre l'interdit légalement, pour l'empêcher de se procurer des ressources pécuniaires, et non en sa faveur. Le but de la loi ne serait pas atteint, s'il pouvait seul demander la nullité. D'ailleurs cette nullité touche à l'ordre public, en ce sens qu'elle a pour objet d'assurer l'efficacité d'une loi répressive.

1429. Les rigueurs de l'interdiction légale peuvent être adoucies par le gouvernement en faveur des condamnés aux travaux forcés à temps, qui subissent leur peine hors du territoire continental de la France. L'art. 12 de la loi du 30 mai 1854 permet en effet au gouvernement d'accorder aux condamnés, dans le lieu d'exécution de la peine, l'exercice de tout ou partie des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale, et même de les autoriser à jouir de tout ou partie de leurs biens. Voyez le texte pour les détails.

II. Peines criminelles perpétuelles.

1430. Les peines criminelles perpétuelles, ainsi appelées parce qu'elles n'ont pas d'autre limite que la vie même du condamné, sont : 1° la mort ; 2° les travaux forcés à perpétuité ; 3° la déportation soit simple, soit dans une enceinte fortifiée.

A. Effets des condamnations à des peines criminelles perpétuelles sur les droits civils du condamné, d'après le code civil.

1431. Toutes ces condamnations entraînaient autrefois la mort civile, la condamnation à mort, en vertu de l'art. 23 du code civil, les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation, en vertu de l'art. 18 du code pénal.

La mort civile peut être définie : l'état d'une personne qui, bien que vivante, est réputée morte aux yeux de la

société quant à la plupart de ses droits.

La mort civile est donc une fiction, une atroce-fiction, comme dit Laurent, qui a pour résultat d'assimiler un vivant à un mort Or un mort n'a pas de droits. Donc le mort civilement n'a plus de droits. Et toutefois il était impossible que la fiction égalât la réalité ; car le mort civilement vit encore de la vie physique, et on ne lui aurait pas permis de la conserver, si on l'avait privé de tous ses droits sans exception, en l'assimilant complètement à un mort. Il avait bien fallu admettre que le mort civilement conserverait les droits indispensables au maintien de sa vie physique.

Voici maintenant les effets de la mort civile. Ils sont indiqués par l'art. 25 du code civil.

1° La mort civile donnait ouverture à la succession du condamné. A ce point de vue elle produisait même un effet plus puissant que la mort naturelle, car le testament du mort civilement restait sans exécution, à la différence du testament de celui qui est mort naturellement.

« Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il

» possédait ; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens

» sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament » (art. 25 al. 1).

2° « Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre à ce titre les biens

» qu'il a acquis par la suite » (art. 25 al. 2). Que deviendront donc ces derniers biens ? L'art. 33 va nous le dire : « Les biens, acquis par le condamné, depuis la mort civile

» encourue, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront

» à l'Etat par droit de déshérence. — Néanmoins il est loisible au Roi de

» faire, au profit de la veuve, des enfants ou parents du condamné, telles dispositions

» que l'humanité lui suggérera ». C'était une confiscation déguisée.

3° « Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre

» vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments » (art. 25 al. 3). Cette disposition se trouve reproduite complètement dans l'art. 3 al. 1 de la loi du 31 mai 1854.

4° « Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

» — Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à

» porter témoignage en justice. Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en

» demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial qui lui est

» nommé par le tribunal où l'action est portée » (art. 25 al. 4, 5 et 6).

5° « Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil. — Le

» mariage qu'il avait contracté précédemment est dissous, quant à tous ses effets civils.

» — Son épouse et ses héritiers peuvent exercer respectivement les droits et les actions

» auxquels sa mort naturelle donnerait ouverture » (art. 25 al. 7 et 8).

Telle était la situation du mort civilement ! Et encore l'art. 25 ne contient pas la liste complète des incapacités dont il était frappé. C'est ainsi notamment que le mort civilement était privé de ses droits politiques.

Que restait-il donc au mort civilement ? Nous l'avons déjà dit, il conservait tous les droits indispensables au maintien de sa vie physique : droit de recevoir à titre gratuit pour cause d'aliments, droit de devenir propriétaire ou créancier en vertu de contrats à titre onéreux, droit d'agir en justice par le ministère d'un curateur. Ces divers droits

appartenaient, non seulement au mort civilement qui avait obtenu sa grâce ou prescrit sa peine, mais aussi à celui qui la subissait, en tant qu'ils étaient compatibles avec les règlements relatifs à l'exécution de la peine.

La mort civile n'appartient plus aujourd'hui qu'à l'histoire. L'art. 1 de la loi du 31 mai 1854 porte : « La mort civile est abolie ».

B. Effets des condamnations à des peines criminelles perpétuelles sur les droits civils du condamné, dans notice droit actuel.

1432. La mort civile étant abolie, quelle va être désormais, au point de vue des droits civils, la situation des condamnés à une peine criminelle perpétuelle ? On ne pouvait évidemment faire cette situation meilleure que celle des condamnés à une peine criminelle temporaire. Il convenait même de la rendre pire, parce que la condamnation à une peine criminelle perpétuelle suppose chez le coupable une perversité plus grande. C'est ce qu'a fait la loi du 31 mai 1854.

Les dispositions de cette loi peuvent être rangées sous les trois chefs suivants : état des condamnés à des peines afflictives perpétuelles ; modifications que le gouvernement peut faire subir à cet état ; dispositions transitoires.

» 1. Etat du condamné à une peine criminelle perpétuelle.

1433. Aux termes de l'art. 2 de la loi : « Les condamnations à des peines afflictives

» perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les

» articles 28, 29 et 31 du code pénal ». Sur ce point, les condamnés à une peine afflictive perpétuelle sont assimilés aux condamnés à une peine afflictive temporaire.

On admet à peu près unanimement que la condamnation par contumace à une peine afflictive perpétuelle n'entraîne pas l'interdiction légale. Sans compter les motifs exposés plus haut en ce qui concerne la condamnation par contumace à une peine criminelle temporaire (supra, n. 1426), cette solution peut se justifier par les travaux préparatoires de la loi, qui sont formels dans ce sens.

1434. Outre la dégradation civique et l'interdiction légale, le condamné à une peine afflictive perpétuelle encourt certaines incapacités particulières. Elles sont énumérées par l'art. 3 al. 1 et 2 de la loi du 31 mai 1854 : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle » ne peut disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre vifs.

» soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. — Tout

» testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire, devenue

» définitive, est nul ».

On le voit, le condamné à une peine afflictive perpétuelle est frappé d'une double incapacité : 1° incapacité de disposer par donation entre vifs ou par testament ; 2° incapacité de recevoir au même titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

Ce n'est pas seulement l'exercice de ces différents droits que la loi retire au condamné ; elle lui en retire aussi la jouissance. Cela résulte d'abord du texte, qui paraît bien priver le condamné du droit lui-même de disposer et de recevoir à titre gratuit ¹⁴⁴ ; puis des travaux préparatoires de la loi, qui sont formels en ce sens ; enfin, de cette considération que, si notre texte retirait seulement au condamné l'exercice des droits dont il s'agit, sa disposition serait inutile, puisque l'article précédent lui a déjà retiré cet exercice en le frappant d'interdiction légale.

Cela posé, étudions successivement les deux termes de la double incapacité dont est frappé le condamné à une peine afflictive perpétuelle : incapacité de disposer à titre gratuit ; incapacité de recevoir au même titre.

1435. 1° Incapacité de disposer à titre gratuit. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit de disposer de ses biens en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, c'est-à-dire qu'il est complètement privé du droit de disposer à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament étant les seuls modes de disposition à titre gratuit qui existent dans notre droit (art. 893). On a craint sans doute que le coupable ne fît des libéralités à ses complices, ou à quelqu'un qui aurait facilité son évasion.

Le condamné perdant, comme on l'a vu tout à l'heure, non seulement l'exercice, mais aussi la jouissance du droit de disposer à titre gratuit, par conséquent le droit tout entier, il faut en conclure que ce droit ne peut être exercé, ni par lui personnellement, ni pour lui par son tuteur ; car celui-ci ne peut exercer que les droits appartenant au condamné ; or, le droit de disposer à titre gratuit lui est retiré. De là résulte une conséquence regrettable : si un enfant du condamné vient à se marier, il sera impossible de le doter en biens de son auteur ; car il faudrait pour cela lui faire une donation de ces biens, et cette donation ne peut être faite ni par le condamné ni par son tuteur. L'art. 511 du code civil ne serait pas applicable ici, quoi qu'en ait dit le rapporteur de la loi. Heureusement l'art. 4, qui permet au gouvernement de relever le condamné de tout ou partie des incapacités dont il est frappé par l'art. 3, vient apporter un correctif pratique à la rigueur de cette solution.

1436. La loi ne se borne pas à priver le condamné à une peine afflictive perpétuelle du droit de disposer à titre gratuit. Elle annule le testament qu'il aurait fait antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. A partir du jour où il a été irrévocablement

frappé, le condamné devient donc incapable, non seulement de disposer, mais aussi de transmettre par testament. Sa condamnation le rend incapable d'avoir une volonté testamentaire, c'est-à-dire de faire des dispositions par testament, ou de maintenir celles qu'il a faites. Mais la loi n'annule pas les donations entre vifs qui auraient été faites par le condamné antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Elles seraient donc maintenues : ce qui est de toute justice ; car la donation entre vifs, aussitôt qu'elle est parfaite, confère un droit acquis au donataire, à la différence du testament qui ne donne qu'une simple espérance jusqu'au décès du testateur.

» La même décision devrait être admise en ce qui concerne les donations de biens à venir ou institutions contractuelles (art. 1082), qui se rapprochent des donations entre vifs par leur irrévocabilité.

1437. 2° Incapacité de recevoir à titre gratuit. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est privé du droit de recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, c'est-à-dire à titre gratuit. La loi ne veut pas qu'il puisse se procurer, par le moyen de libéralités qui lui seraient faites, des ressources qu'il emploierait sans doute à augmenter son bien-être ou à corrompre ses gardiens.

Ici encore, c'est la jouissance du droit, que la loi retire au condamné. Il ne pourra donc recevoir à titre gratuit, ni personne pour lui.

» Cette règle ne souffre même pas exception en ce qui concerne le partage d'ascendant. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est incapable de recevoir la part qui lui serait attribuée par donation entre vifs ou testamentaire dans un semblable partage. Il est vrai que cette incapacité va rendre le partage impossible, et c'est regrettable ; mais la loi le veut ainsi ! D'ailleurs la rigueur de cette solution trouve son correctif pratique dans la disposition de l'art. 4 de la loi.

Il est sans difficulté qu'on devrait maintenir les donations faites au condamné, lorsqu'elles ont acquis leur perfection antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive. Elles lui ont conféré un droit acquis.

1438. La loi excepte de la règle, qui interdit au condamné à une peine afflictive perpétuelle de recevoir à titre gratuit, les donations faites pour cause d'aliments. L'exception ne recevra guère son application pendant la durée de la peine, car alors le condamné n'a pas besoin d'aliments ; l'administration lui fournit le nécessaire. Une libéralité ne pourrait avoir pour but que d'améliorer son régime, et c'est justement ce que la loi veut empêcher. La disposition exceptionnelle qui nous occupe présente surtout de l'utilité pour le condamné qui a prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Il est alors solutus a pœna, mais il reste encore soumis aux incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit, édictées par l'art. 3 (infra, n. 1441). Grâce à notre disposition, il pourra recevoir les libéralités qui ont un caractère alimentaire.

1439. Il faut se garder d'étendre les incapacités édictées par l'art. 3. Pœnalia non sunt extendenda, La loi ne frappe le condamné à une peine afflictive perpétuelle que de l'incapacité de disposer et de recevoir par donation entre vifs ou par testament : il demeure donc capable de transmettre ou de recevoir par succession ab intestat. En d'autres termes, il peut être héritier et avoir des héritiers. Bien entendu ses héritiers ne pourront s'emparer de ses biens qu'après son décès ; car sa succession n'est pas ouverte avant cette époque, contrairement à ce qui avait lieu avant l'abolition de la mort civile.

A plus forte raison, le mariage du condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est pas dissous.

1440. Quel est le point de départ de la double incapacité édictée par l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854 ? Il faut distinguer.

Si la condamnation est contradictoire, ces incapacités sont encourues à dater du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

Si au contraire la condamnation est par contumace, elles ne sont encourues que cinq ans après l'exécution par effigie. « Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie », dit l'art. 3 al. final. La raison en est que la condamnation par contumace inspire toujours une certaine défiance. Après tout, l'accusé a été condamné sans avoir été entendu : peut-être s'il eût été présent eût-il démontré son innocence, ou tout au moins fourni des explications qui eussent diminué sa culpabilité et amené l'application d'une peine moins sévère.

Le condamné par contumace n'étant atteint par les incapacités de l'art. 3 que cinq ans après l'exécution par effigie, il en résulte qu'il meurt *integri status*, si son décès se produit avant l'expiration de ce délai. On devra donc maintenir dans ce cas toutes les donations entre vifs ou testamentaires par lui faites, même depuis sa condamnation, et aussi celles faites à son profit.

S'il ne meurt au contraire qu'après les cinq ans, il y aura lieu d'annuler les donations entre vifs par lui faites ou reçues après l'expiration des cinq années. On maintiendra les donations antérieures ; car elles ont fait naître des droits acquis, et une incapacité survenue postérieurement à leur perfection ne saurait leur porter atteinte. On maintiendrait aussi, en vertu du même principe, les donations testamentaires faites au profit du condamné et qui ont produit leur effet postérieurement à l'expiration des cinq années. Quant au testament du condamné, il serait sans efficacité quelle que fût sa date, car la loi annule le testament même antérieur à la condamnation (art. 3 al. 2).

1441. Les incapacités de l'art. 3 sont encourues de plein droit, *ipso jure*, à partir du moment qui vient d'être précisé. Elles constituent en effet une peine accessoire que le juge

ne prononce pas, un appoint de pénalité que la loi ajoute de sa propre autorité à la peine principale prononcée par le juge.

Ces mêmes incapacités sont en principe perpétuelles comme la peine d'où elles dérivent. Elles peuvent même lui survivre. C'est ce qui arriverait dans le cas où le condamné aurait prescrit sa peine ou obtenu sa grâce. Cependant s'il parvenait, après avoir obtenu sa grâce, à se faire réhabiliter, il cesserait d'être soumis aux incapacités qui nous occupent. Le même résultat sera produit par l'amnistie qui, plus puissante que la grâce, efface l'infraction, et doit même, en théorie, faire disparaître jusqu'à son souvenir.

2. Modifications que le gouvernement peut faire subir à l'état du condamné à une peine afflictive perpétuelle.

1442. « Le Gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'article précédent », dit l'art. 4 al. 1.

Le gouvernement jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Il peut donc, suivant les cas, relever complètement le condamné de toutes les incapacités prononcées par l'art. 3, ou le relever de l'une d'elles seulement, par exemple de l'incapacité de disposer par testament, ou, restreignant encore plus sa faveur, ne relever le condamné que d'une incapacité déterminée et en vue d'un cas déterminé seulement, par exemple l'autoriser à faire une donation à son enfant pour le doter, ou à recevoir à titre de donation de tel ascendant qui veut opérer le partage de ses biens entre ses descendants.

Le gouvernement peut aussi relever le condamné en tout ou en partie des conséquences de l'interdiction légale. « Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils, ou de quelques-uns de ces droits

dont il a été privé par son état d'interdiction légale, (art. 4 al. 2). Les mots dans le lieu d'exécution de la peine font allusion au cas où le condamné subit sa peine dans un des établissements coloniaux pénitentiaires.

L'art. 3 al. 4 de la loi du 8 juin 1850 ¹⁴⁵ sur la déportation permettait au gouvernement d'autoriser la remise au profit des déportés de tout ou partie de leurs biens. La loi du 31 mai 1854 ne reproduisant pas cette disposition, le bénéfice n'en peut être étendu aux condamnés à une peine afflictive perpétuelle autre que la déportation, exclusion qui est peut-être regrettable.

1443. Un condamné à une peine afflictive perpétuelle a été relevé en tout ou en partie par le gouvernement des incapacités édictées par l'art. 3. Sur quels biens les actes qu'il accomplira en vertu de cette concession seront ils exécutoires ? Ainsi un condamné, autorisé par le gouvernement à faire des donations, a donné une somme d'argent : à quels biens le donataire pourra-t-il s'attaquer pour obtenir le paiement de cette somme ? L'art. 4 al. final répond : « Les actes faits par le condamné, dans le lieu d'exécution de la peine, ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque ». Ils ne peuvent donc engager que les biens acquis par le condamné à titre onéreux depuis sa condamnation. Les autres, par conséquent ceux qu'il possédait lors de sa condamnation ou ceux qui lui sont advenus depuis cette époque à titre gratuit — c'est-à-dire à titre de succession, ou même à titre de donation si le gouvernement l'a relevé de l'incapacité de recevoir par donation — ne seront pas atteints par les actes qu'accomplira le condamné ; ils seront donc réservés à sa famille.

1444. On discute la question de savoir si le gouvernement pourrait donner au condamné à une peine afflictive perpétuelle l'autorisation de disposer de ses biens à titre

onéreux. Il y a de si bonnes raisons en faveur de l'affirmative qu'on s'étonne de ne pas la voir admise unanimement. Elle s'appuie en effet sur un double argument a fortiori. D'une part, la faculté d'aliéner à titre onéreux sera la plupart du temps beaucoup plus utile au condamné que la faculté d'aliéner à titre gratuit. D'autre part, l'aliénation à titre onéreux est moins grave dans ses conséquences que l'aliénation à titre gratuit. La faculté pour le gouvernement d'autoriser le condamné à disposer de ses biens à titre gratuit implique donc celle de l'autoriser à disposer à titre onéreux. D'ailleurs, l'art. 4 ne dit-il pas que le gouvernement peut accorder au condamné l'exercice des droits civils dont il est privé par son état d'interdiction légale ? Or le droit d'aliéner à titre onéreux est justement un de ces droits civils dont l'exercice, l'exercice seul et non la jouissance, qu'on le remarque bien, est enlevé au condamné. Donc le gouvernement peut lui restituer cet exercice, et alors il se trouvera avoir tout à la fois la jouissance et l'exercice de ce droit.

3. Dispositions transitoires.

1445. « Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. — L'état de ces condamnés est régi par les dispositions qui précèdent » (art. 5). — La loi du 31 mai 1854 a donc fait revenir à la vie civile tous les condamnés qui étaient morts civilement lors de sa promulgation. Voilà de la rétroactivité, mais elle est de bon aloi. C'est d'ailleurs sur ce point seulement que la loi du 31 mai 1854 produit un effet rétroactif, car le législateur a soin de dire que le retour du condamné à la vie civile n'a lieu que sauf les droits acquis aux tiers, c'est-à-dire que la résurrection civile du condamné n'a pu porter aucune atteinte aux droits que sa mort civile avait fait définitivement acquérir à des tiers. Ainsi les héritiers du

mort civilement, qui avaient recueilli sa succession, n'ont pas été obligés de lui restituer ses biens après son retour à la vie civile. De même le mariage du mort civilement n'a pas pu revivre par suite de la promulgation de la loi du 31 mai 1854 ; sa dissolution par la mort civile du condamné constituait un fait accompli. Son conjoint a donc pu valablement contracter un nouveau mariage, non seulement avant la loi du 31 mai 1854, mais aussi après sa promulgation. Quant au mort civilement, il a pu lui-même contracter un nouveau mariage depuis la loi du 31 mai 1854, car cette loi ne déclare pas les condamnés à des peines afflictives perpétuelles incapables de se marier. — Que si les deux conjoints, dont l'un était mort civilement, se trouvant libres de tout autre lien, ont voulu rester unis, ils ont dû procéder à une nouvelle célébration de leur mariage. C'est ainsi qu'un mort civilement a pu, comme on l'a dit plaisamment, épouser sa veuve.

Le projet de la loi du 31 mai 1854 contenait, en ce qui concerne le mariage du mort civilement, deux articles ainsi conçus :

ART. 4. Le mariage dissous par la mort civile peut toujours, à moins qu'il n'en existe un nouveau, être réhabilité du consentement des deux parties ; tout autre mariage leur est respectivement interdit jusqu'à la mort de l'un d'eux.

ART. 5. La réhabilitation du mariage dissous s'opère par une déclaration que les époux font en commun devant l'officier de l'état civil qui en dresse acte. Cet acte est inséré sur les registres à sa date. Il en est fait mention en marge de l'acte de la première célébration.

La disposition finale de l'art. 4 a sans doute été considérée comme portant atteinte au principe de non-rétroactivité des lois. Quant aux autres dispositions des deux textes que nous venons de transcrire, il est assez difficile de dire pourquoi elles ont disparu de la rédaction définitive de la loi.

L'art. 5 in fine de la loi du 31 mai 1854 explique suffisamment comment les morts civilement qui sont revenus à la vie civile ont été immédiatement soumis au régime de la loi nouvelle, par conséquent frappés de la dégradation civique et de l'interdiction légale et atteints des incapacités spéciales édictées par l'art. 3.

1446. Enfin, aux termes de l'art. 6 : « La présente loi n'est pas applicable aux condamnations » à la déportation, pour crimes commis antérieurement à sa promulgation » tion ».

Il résulte très nettement de ce texte que l'état des condamnés à la peine de la déportation pour crimes commis postérieurement à la promulgation de la loi du 31 mai 1854, est régi par les dispositions de cette loi.

Il en résulte non moins clairement que ceux qui ont été condamnés à la peine de la déportation pour crimes commis dans l'intervalle écoulé entre la promulgation de la loi du 8 juin 1850 et la promulgation de la loi du 31 mai 1854 ne sont pas régis par cette dernière loi en ce qui concerne leur état et leur capacité, mais bien par la loi du 8 juin 1850, qui est moins rigoureuse que celle du 31 mai 1854, en ce sens qu'elle ne soumet pas le condamné aux incapacités spéciales édictées par l'art. 3 de cette dernière loi. C'est une application équitable du principe de non-rétroactivité.

Mais il semble résulter aussi de notre article que la loi du 31 mai 1854 n'est pas applicable à ceux qui ont été condamnés à la déportation antérieurement à la loi du 8 juin 1850. S'il en était ainsi, ces condamnés seraient encore aujourd'hui frappés de mort civile, car la loi du 8 juin 1850 ne les a pas fait revenir à la vie civile (elle est muette sur ce point) et la loi de 1854 ne les y aurait pas fait revenir non plus, puisqu'elle ne leur serait pas applicable. Mais cette solution, conforme au texte de la loi, est si évidemment contraire à son esprit, que la plupart des

auteurs la rejettent. Valette, qui se croit, obligé de l'admettre, dit que l'histoire de nos lois ne présente guère d'exemples de fautes de rédaction d'une énormité pareille.

FIN DU TOME TROISIÈME

**TABLE DES ARTICLES DU CODE
CIVIL ÉTUDIÉS DANS CE TOME ET
DES LOIS SPÉCIALES QUI S'Y
RATTACHENT**

**avec renvoi aux numéros de l'ouvrage où
chacun de ces divers articles ou lois se trouve
expliqué.**

CODE CIVIL

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros	Articles.	Numéros.
7.....	1329-1330.	128.....	1294.	745.....	509.
8.....	1330-1352, 1411.	129.....	1310-1311.	746.....	512.
9.....	1349-1352, 1411.	130.....	1300, 1317-1318.	747.....	516-532.
10.....	1353.	131.....	1300.	748-752....	508-511.
11.....	1373-1376.	132.....	1314-1315.	753-754....	513.
12.....	1354-1356.	133.....	1321-1322.	755.....	515.
13.....	1368-1370.	134.....	1293.	756.....	535-539.
14.....	1377-1382.	135-136....	1323-1327.	757.....	538.
15.....	1377.	137.....	1327.	758-760....	540-549.
16.....	1383-1389.	138.....	1327.	761.....	550.
17.....	1394-1399.	718.....	450-453.	762-764....	551-553.
18.....	1398.	719.....	451.	765.....	554-557.
19.....	1400-1406.	720.....	453-454.	766.....	559-564.
20.....	1410-1411.	721-722....	455-456.	767.....	565-575.
21.....	1399.	723.....	458-461 <i>bis</i> .	768.....	576.
22-23.....	1415-1446.	724.....	462-467.	769-773....	577-581.
112 ..	1264-1268.	725.....	471-473.	774-775....	583-586.
113.....	1266.	726.....	474.	776.....	589-590.
114.....	1267.	727.....	476-479, 481-483	777.....	587.
115.....	1273, 1277.	728.....	480.	778.....	591-595.
116.....	1278.	729.....	485.	779.....	596.
117.....	1276.	730.....	487.	780.....	597-598.
118-119....	1278.	731-734....	497-498.	781.....	607-610.
120.....	1282-1283, 1286.	735-738....	490.	782.....	611.
121.....	1273, 1282.	739.....	500.	783.....	599-606.
122.....	1276.	740.....	503.	784.....	613.
123.....	1281.	741.....	505.	785-786....	587, 616-619.
124.....	1301-1309.	742.....	501.	787.....	501.
125.....	1290-1292.	743.....	506.	788.....	624-626.
126.....	1287-1288.	744 al. 1....	501.	789.....	630-632.
127.....	1297-1299, 1309.	744 al. 2....	500.	790.....	620-623.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
791.....	614.	869.....	724.	927.....	914.
792.....	627-629.	870-871....	734.	928.....	925.
793-794....	640-641.	872.....	749-751.	929.....	919.
795.....	633.	873.....	738-742.	930.....	920-924.
796.....	637.	874-876....	745-748.	931-932....	934-941.
797.....	634-635.	877.....	752.	933-937....	944-945.
798-799....	636.	878.....	756.	938.....	959.
800.....	638.	879.....	763.	943.....	951-952.
801.....	627-629.	880.....	763-765.	944.....	953.
802.....	642-646, 655.	881.....	756.	945.....	954.
803, al. 1..	648.	882.....	768-771.	946.....	955.
803, al. 2 et 3	643, 654.	883.....	773-778.	947.....	956.
804.....	648.	884.....	780.	948.....	942-943.
805-806....	650.	885.....	781-783.	949-950....	958-959.
807.....	651.	886.....	784.	951.....	960-962.
808-809....	652.	887.....	786-790.	952.....	963-970.
810.....	654.	888.....	791-792.	953.....	971-974.
811.....	656.	889.....	793.	954.....	975.
812-814....	658-660.	890.....	789.	955.....	978-979.
815.....	662-665.	891.....	794.	956.....	979.
816.....	666-668.	892.....	797.	957.....	980-981.
817.....	669.	893.....	801.	958.....	982-987.
818.....	669.	894.....	802-806.	959.....	977.
819-822....	672-674.	895.....	807.	960.....	990-1000.
823.....	670.	896.....	1142-1161.	961.....	997.
824-828....	675.	898.....	1142.	962.....	1004.
829.....	725-728.	899.....	1155.	963.....	1002-1003.
830-837....	675.	900.....	808-815.	964.....	1000.
838.....	670, 675.	901.....	820-826.	965.....	990.
839.....	675.	902.....	816-818.	966.....	1005-1006.
840.....	671.	903-904....	828.	967.....	1008.
841.....	676-683.	905.....	830.	968.....	1009.
842.....	675.	906.....	833, 868-869.	969.....	1010.
843-845....	684-689, 702.	907.....	839.	970.....	1011-1020.
846.....	689.	908.....	840-850.	971.....	1021.
847-849....	690-692.	909.....	851-855.	972-974....	1022-1029.
850.....	696.	910.....	835.	975.....	1041.
851.....	697, 726.	911.....	859-866.	976-977....	1030-1036.
852.....	704-706.	912.....	837.	978.....	1037.
853-854....	699-700.	913.....	875-885.	979.....	1038.
855.....	712.	914.....	886-888.	980.....	1041.
856.....	707.	915.....	880-884.	981-998....	856, 1043.
857.....	693-695.	916.....	872.	999-1000...	1044.
858.....	710.	917.....	891-893.	1001.....	1007.
859.....	712.	918.....	894-898.	1002.....	1045-1046.
860.....	712, 718-720.	919.....	889-890.	1003.....	1047-1051.
861.....	716.	920.....	899-901.	1004-1005...	1052-1054.
862.....	716.	921.....	902-906.	1006.....	1055-1057.
863.....	717.	922.....	907-910.	1007-1008...	1058-1060.
864.....	720.	923, al. 1..	911.	1009.....	1061.
865.....	714.	923, al. 2..	915-916.	1010.....	1064-1065.
866.....	730.	924.....	930.	1011.....	1066.
867.....	716.	925.....	911.	1012.....	1067.
868.....	721-723.	926.....	912-913.	1013.....	1067-1068.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
1014.....	1072-1073.	1091.....	1231.	1427.....	125.
1015.....	1074.	1092.....	1232.	1428.....	127-132 <i>bis</i> .
1016.....	1075.	1093.....	1231.	1429-1430.	133-137, 376.
1017.....	1077-1082.	1094.....	1242-1247.	1431-1432.	150-152.
1018.....	1083-1086.	1095.....	1231.	1433.....	139-141 <i>bis</i> .
1019.....	1084.	1096.....	1234-1240.	1434-1435.	62-71 <i>bis</i> .
1020.....	1085.	1097.....	1236.	1436.....	142.
1021.....	1088-1090.	1098.....	1248-1256.	1437.....	143-148.
1022.....	1087.	1099.....	1257-1258.	1438.....	159.
1023.....	1091.	1100.....	1259-1260.	1439.....	157.
1024.....	1092.	1387.....	4-5.	1440.....	163-164.
1025.....	1093.	1388.....	6-7.	1441.....	165.
1026-1027.	1095-1096.	1389.....	9.	1442.....	166-168 <i>bis</i> .
1028.....	1093.	1390.....	10.	1443.....	169-171.
1029-1030.	1094.	1391 <i>al.</i> 1, 2, 3	14.	1444.....	179.
1031.....	1097.	1391, <i>al.</i> 4.	32.	1445, <i>al.</i> 1	180.
1032.....	1101.	1392.....	13.	1445, <i>al.</i> 2.	182-183.
1033.....	1099.	1393.....	15.	1446.....	172.
1034.....	1098.	1394, <i>al.</i> 1.	17.	1447.....	177-178.
1035.....	1106-1108.	1394, <i>al.</i> 2.	32.	1448.....	187.
1036.....	1109-1110.	1395.....	18.	1449.....	184-186.
1037.....	1111.	1396.....	21-22.	1450.....	189.
1038.....	1112-1116.	1397.....	23.	1451.....	190-192.
1039-1041.	1122-1124.	1398.....	25-30.	1452.....	193.
1042.....	1127-1128.	1399.....	37.	1453.....	194-197.
1043.....	1125-1126.	1400.....	39.	1454.....	198.
1044-1045.	1132-1138.	1401.....	44-49.	1455.....	200-202.
1046-1047.	1118.	1402.....	81.	1456.....	204-207.
1048.....	1162.	1403, <i>al.</i> 1.	47.	1457.....	199, 204, 207, 208.
1049.....	1163.	1403, <i>al.</i> 2.	48.	1458.....	204.
1050-1051.	1164.	1403, <i>al.</i> 3.	47.	1459.....	206-207.
1052.....	1166.	1404.....	50-51, 57.	1460.....	198.
1053.....	1178.	1405.....	58.	1461-1462.	209.
1054.....	1179.	1406.....	60.	1463.....	199.
1055-1057.	1168.	1407.....	61.	1464.....	203.
1058-1061.	1169.	1408.....	72-78.	1465.....	210.
1062-1068.	1170-1171.	1409.....	83-101.	1466.....	209.
1069.....	1172.	1410.....	86-87.	1467.....	211.
1070.....	1174.	1411.....	105.	1468-1469.	214-216, 153.
1071.....	1173.	1412, <i>al.</i> 1.	105.	1470.....	217-224, 153.
1072.....	1174.	1412, <i>al.</i> 2.	109.	1471-1472.	218-224.
1073-1074.	1175.	1413.....	109.	1473.....	153.
1075.....	1183-1184.	1414.....	105-106.	1474.....	225.
1076.....	1185-1191, 1195.	1415.....	106.	1475.....	227-228.
1077.....	1190.	1416-1417.	110.	1476.....	225.
1078.....	1192-1193.	1418.....	111.	1477.....	229.
1079.....	1197-1206, 1208.	1419.....	95-96.	1478.....	230.
1080.....	1207.	1420.....	97-97 <i>ter</i> .	1479.....	153.
1081.....	1214.	1421.....	114.	1480.....	230.
1082.....	1215-1219.	1422.....	115-119.	1481.....	231.
1083.....	1220.	1423.....	120-121.	1482.....	234.
1084-1085.	1226-1228.	1424.....	122-123, 126.	1483.....	239-243.
1086.....	1213.	1425.....	122-123.	1484.....	236.
1087-1090.	1212.	1426.....	124.	1485-1486.	237.

Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.	Articles.	Numéros.
1487.....	238.	1516.....	303.	1547-1548.	359.
1488-1489.	244.	1517.....	304.	1549.	374-380.
1490, al. 1.	234.	1518.....	305-310.	1550.....	382.
1490, al. 2.	244.	1519.....	301, 302.	1551.....	370.
1491.....	244.	1520.....	311.	1552.....	371-372.
1492.....	245.	1521.....	313-314.	1553.....	368-369.
1493.....	247.	1522.....	315.	1554.....	383-386, 417-420.
1494.....	246.	1523.....	315.	1555.....	389, 391.
1495.....	248-249.	1524.....	316.	1556.....	390-391.
1496.....	324-325.	1525.....	317-320.	1557.....	388-388 <i>bis</i> .
1497.....	251.	1526.....	321-322.	1558.....	392-398.
1498.....	252-257.	1527, al. 1, 2	251, 323.	1559.....	399-400.
1499.....	257.	1527, al. 3.	324-325.	1560.....	404-416.
1500.....	258-266.	1528.....	251, 323.	1561.....	402-403, 414-415.
1501.....	267.	1529.	326.	1562, al. 1.	381.
1502.....	267.	1530-1531.	333.	1562, al. 2.	377.
1503.....	266.	1532.....	331.	1563.....	378.
1504.....	267.	1533.....	333.	1564-1565.	434-436.
1505.....	268-270.	1534.....	334.	1566.....	425-429.
1506.....	271, 276.	1535.....	335.	1567.....	424.
1507, al. 1, 2	273-278.	1536.....	338.	1568.....	380.
1507, al. 3.	274, 276.	1537.....	337.	1569.....	431.
1508.....	275-276, 279.	1538.....	338.	1570.....	440.
1509.....	273, 281.	1539.....	339-340.	1571.....	437.
1510.....	284-287.	1540.....	344.	1572.....	441.
1511.	289.	1541.....	345.	1573.....	442.
1512.....	285.	1542.....	348-350, 360-363	1574.....	446, 443.
1513.....	290-293.	1543.....	351-352.	1575-1580.	443.
1514.....	294-299.	1544.....	354-357.	1581.....	444 444 <i>ter</i> .
1515.....	300-302.	1545-1546.	358.	2264.....	1322.

LOIS DIVERSES

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
An IV — 20 prairial.	Loi sur le prédécès de plusieurs individus morts dans une même exécution.....	455.
1807 — 3 septembre.	Loi décrétant une deuxième édition officielle du Code civil.....	1181.
1807 — 17 novembre (approuvé le 11 janvier 1808).	Avis du Conseil d'Etat, sur la question de savoir si les héritiers bénéficiaires peuvent transférer, sans autorisation, les inscriptions au-dessus de 50 fr. de rente.....	650.
1810 — 21 avril.	Loi sur les mines. Art. 5, 16 et 19.....	47.
1816 — 28 avril.	Loi sur les finances. Art. 40.....	1299.
1819 — 14 juillet.	Loi sur l'abolition du droit d'aubaine et de détraction.....	474, 837, 1376.

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1825 — 24 mai.	Loi relative à l'autorisation et à l'existence légale des congrégations et communautés religieuses de femmes.]	
	Art. 4 et 5.....	857.
1826 — 17 mai.	Loi sur les substitutions.....	1182.
1835 — 12 mai.	Loi sur les substitutions.	
	Art. 2 et 4.....	1181.
1841 — 3 mai.	Loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.	
	Art. 13.....	401.
	Art. 25 et 28.....	375.
1843 — 21 juin.	Loi sur la forme des actes notariés.....	17, 934, 1236.
1848 — 27 avril.	Décret interdisant à tout Français de posséder, d'acheter ou de vendre des esclaves.....	1409.
1849 — 7 mai.	Loi sur les substitutions.	
	Art. 1, 8 et 9.....	1181, 1182.
1850 — 10 juillet.	Loi relative à la publicité des contrats de mariage.....	32.
1851 — 7 février.	Loi concernant les individus nés en France d'étrangers qui, eux-mêmes, y sont nés, et les enfants des étrangers naturalisés.....	1339, 1412.
1854 — 31 mai.	Loi portant abolition de la mort civile.....	1431 à 1446.
1871 — 16 septembre.	Loi sur les finances.	
	Art. 29, al. 1 et 2.....	71 bis, 369.
1874 — 16 décembre.	Loi qui modifie la loi du 7 février 1851.....	1340.
1878 — 11 juin.	Loi qui crée la dette amortissable par annuités.	
	Art. 3.....	71 bis.
1881 — 9 avril.	Loi sur la caisse d'épargne postale.....	
	Art. 6.....	97 ter.
1886 — 20 juillet.	Loi sur la caisse nationale des retraites pour la vieillesse.....	
	Art. 13.....	79, 97 ter.
1886 — 30 octobre.	Loi sur l'organisation de l'enseignement primaire.....	813.
1887 — 15 novembre.	Loi sur la liberté des funérailles.	
	Art. 3, al. 1.....	829.
	Art. 3 et 4.....	1139.
1889 — 26 juin.	Loi sur la nationalité.....	1330 à 1357, 1369, 1392 s.
1889 — 13 août.	Décret portant règlement d'administration publique pour l'exécution de la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité.....	1342, 1344, 1347, 1348, 1352, 1368.
1891 — 9 mars.	Loi qui modifie les droits de l'époux sur la succession de son conjoint prédécédé.....	565-575.
1893 — 6 février.	Loi portant modification au régime de la séparation de corps.....	184, 192 bis.
1893 — 28 avril.	Loi portant fixation du budget.	
	Art. 19.....	222.
1893 — 22 juillet.	Loi modifiant l'art 8 § 3 de l'art. 9 du Code civil.....	1330, 1338 à 1340, 1349, 1352.
1893 — 8 août.	Loi relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national.....	1372.

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
1895 — 5 mars.	Rendant applicable aux étrangers, en matière commerciale, l'art. 166 du Code de procédure civile relatif à la <i>caution judicatum solvi</i>	1387.
1895 — 20 juillet	Loi sur les caisses d'épargne.....	
	Art. 16.....	97 <i>ter</i> .
1896 — 25 mars.	Loi relative aux droits des enfants naturels dans la succession de leurs père et mère.....	458 à 463, 533 à 563, 579, 840 à 850, 875 à 888.
1897 — 7 décembre.	Loi ayant pour objet d'accorder aux femmes le droit d'être témoins dans les actes de l'état civil et les actes instrumentaires en général ...	1041.
1900 — 14 février.	Loi ayant pour objet de modifier l'art. 1094 du Code civil.....	1243.
1901 — 25 février.	Loi sur le budget.	
	Art. 2.....	752 <i>bis</i> .
	Art. 13.....	912.
1901 — 1 ^{er} juillet.	Loi relative au contrat d'association.	
	Art. 17.....	863.
1901 — 9 octobre.	Décret sur le régime des concessions à accorder aux condamnés aux travaux forcés et aux libérés.	
	Art. 40.....	515 <i>bis</i> .
1902 — 30 mars.	Loi sur le budget.	
	Art. 10.....	752 <i>bis</i> .
1902 — 12 août.	Loi portant modification aux lois des 25 ventôse an XI et 21 juin 1843, relatives au notariat.....	17, 934.
1903 — 30 décembre.	Loi sur le budget.	
	Art. 7.....	577, en note.
1904 — 27-30 juin.	Loi sur le service des enfants assistés.	
	Art. 41 et 42.....	581.
1905 — 22 avril.	Loi sur le budget.	
	Art. 5.....	222, en note.
	Art. 29.....	1181.
1905 — 9 décembre.	Loi concernant la séparation des Eglises et de l'Etat.....	
	Art. 7 et 9.....	870, en note.
	Art. 19.....	835.
1906 — 12 avril.	Loi modifiant et complétant la loi du 30 novembre 1894 sur les habitations à bon marché.....	663, note.
1907 — 13 juillet.	Loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage.....	250 à 250 <i>ter</i> . V. aussi 11 <i>bis</i> , 12, 42, 94, 97 <i>ter</i> , 113, 174, 202, 204, 245, 247, 249, 254, 255, 257, 294, 322, 331 à 334, 338, 348, 830.
1908 — 13 avril.	Loi modifiant les art. 6, 7, 9, 10, 13 et 14 de la loi du 9 déc. 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat.	

<i>Dates.</i>	<i>Objet.</i>	<i>Numéros.</i>
	Art. 2 et 3	870, en note.
1909 — 5 avril.	Loi ajoutant à l'art. 20 du Code civil un paragraphe concernant la renonciation, faite au nom d'un mineur, à la faculté de décliner à sa majorité la qualité de Français	1396.
1909 — 12 juillet.	Loi sur la constitution d'un bien de famille insaisissable	
	Art. 18	663, en note.
	Art. 19	226, en note.

OBSERVATION

L'article 11 de la loi du 21 mars 1905 sur le recrutement de l'armée n'a pas été modifié par la loi du 7 août 1913. De même l'article 12 demeure en vigueur, en tant qu'il règle la condition, au point de vue du service militaire, des individus devenus Français par voie de réintégration ou déclaration. En ce qui concerne celle des étrangers devenus Français par voie de naturalisation, v. les nouveaux alinéas 1, 2 et 3 de l'article 12

1 En sens contraire : Cour d'appel de Palerme, 12 mars 1894, S., 95. 4. 1.

2 V. notamment Riom, 27 déc. 1905, D., 07. 2. 81, S., 07. 2. 305 (acquisition d'un bien communal).

3 On serait tenté de l'appeler remploi LÉGAL, expression qui marquerait mieux l'antithèse avec le remploi CONVENTIONNEL. Mais l'expression remploi légal paraît réservée dans le langage de la doctrine pour désigner le droit de récompense qui appartient à un époux contre la communauté, pour le prix de son propre aliéné, dont il n'a pas été fait remploi (art. 1133).

4 Pour la composition active des biens réservés, V. infra, n. 250-IV.

5 Nous laissons de côté les dettes grevant les biens réservés, pour en faire plus tard une étude spéciale (infra, n. 250-VIII).

6 La femme peut aussi retirer sans autorisation de son mari les sommes portées sur un livret qu'elle se serait fait ouvrir avant la célébration du mariage, à quelque époque que le versement ait eu lieu, sauf toujours l'opposition du mari. Pau, 25 cet. 1899, D., 00. 2. 125.

7 La femme peut retirer les sommes inscrites à son nom, quel que soit son régime matrimonial, et même après la mort de son mari. Bourges, 25 mai 1904, D., 06. 2. 98.

8 Si la succession n'était acceptée que sous bénéfice d'inventaire, l'époux héritier et la communauté ne seraient tenus que dans les limites de l'actif héréditaire. C'est le droit commun. Le droit commun recevrait également son application si les créanciers de la succession demandaient la séparation des patrimoines.

9 Sur les pouvoirs du mari, dans le cas de la clause dite clause commerciale, v. Cass., 24 mars 1903, D., 05. 1. 33.

10 La jurisprudence et la doctrine en déduisent cette conséquence que la femme ne peut exercer les actions de la communauté que comme mandataire de son mari, et qu'elle ne peut agir en son nom personnel et avec la simple autorisation de son mari. Cass., 15 mai 1907, D., 09. 1. 337, S., 11. 1. 573. L'art. 1421 se sert, en effet, d'une formule impérative.

11 Nous savons d'ailleurs (t. II. n. 544) que, depuis la loi du 27 févr. 1912, l'époux vendeur peut se voir réclamer par l'acheteur la somme que celui-ci lui a payée en sus du prix indiqué dans l'acte ostensible.

12 Il en est ainsi, pour les récompenses dues à la femme par la communauté ou par la femme à la communauté, même quand la femme renonce à la communauté, bien que, par l'effet de cette renonciation, la créance ou la dette de la femme envers la communauté se transforme avec effet rétroactif en une créance ou une dette envers le mari. (Cass. de France, 31 janv. 1911, D., 12. 1. 313, et Cass. Belgique. 25 juin 1891, S., 91. 4. 25.

13 La formule qui traduit le plus fidèlement la pensée des parties, c'est celle qui déclare la dot imputable pour le tout sur la succession de l'auteur prédécédé. Le rapport n'est dû, en effet, par l'enfant doté que s'il accepte la succession et s'il a des cohéritiers, et il ne peut être réclaté que par ces derniers (art. 857). Or, les parties ne veulent pas seulement, par les clauses dont il s'agit, régler les relations qui doivent s'établir entre l'enfant doté, au cas où il acceptera la succession du prémourant, et les autres héritiers venant à cette succession. Ce qu'elles veulent — cela résulte de l'histoire des clauses d'imputation — c'est que le premier mourant des constituants soit considéré comme seul donateur à l'exclusion du survivant, et cela en quelques biens que la dot ait été fournie, quel que soit le parti que l'enfant doté prenne relativement à la succession

de l'auteur prédécédé, et sans qu'il y ait non plus à distinguer suivant qu'il y vient seul ou avec d'autres héritiers. Leur but est incontestablement de régler les rapports de l'enfant doté avec le conjoint survivant, et aussi les récompenses auxquelles le paiement de la dot peut-donner lieu entre ce dernier ou la communauté, d'une part, et d'autre part la succession du conjoint prémourant. L'imputation sur la succession de celui-ci est bien la cause du rapport que l'enfant doté devra à ceux qui avec lui recueilleront cette succession ; car le rapport n'est dû qu'à la succession du donateur (art. 850). Mais l'imputation est quelque chose de plus général que le rapport, puisqu'elle doit avoir lieu dans des cas où le rapport n'est pas dû, et qu'elle peut être réclamée par des personnes auxquelles la loi ne permet pas d'exiger le rapport. V. sur ce point l'espèce au sujet de laquelle ont été successivement rendus les arrêts de la cour de Paris, de la cour de cassation et de la cour de Caen, que nous citons plus loin. V. aussi Rouen, 2 mars 1910, S., 12. 2. 81, Cass., 10 juin 1912, D., 13. 1. 169, et la note de M. Nast.

14 On peut également supposer que l'enfant doté, ayant renoncé à la succession, ne puisse se faire payer par celle-ci qu'une partie seulement de la dot qui lui a été promise, à raison de l'insuffisance de l'actif héréditaire, ou soit obligé sur l'action en réduction intentée contre lui par les héritiers réservataires de remettre à ceux-ci une partie de la dot qui lui a été payée. La clause d'imputation, sous ses diverses formes, doit être appliquée dans cette hypothèse. Mais l'enfant n'ayant pu, par son fait, aggraver l'obligation dont le survivant est tenu envers lui, en vertu de la clause d'imputation subsidiaire, le conjoint survivant ne sera obligé de lui fournir au maximum que la différence entre le montant de la det et ce que l'enfant aurait obtenu s'il avait accepté la succession.

15 Nous avons ainsi réglé les rapports de l'enfant doté avec la succession de l'auteur prédécédé et avec son auteur survivant. Mais il reste à régler une question délicate : c'est celle des rapports entre l'époux survivant, la communauté et la succession de l'époux prédécédé. Voici comment, à notre avis, elle doit être résolue. La dot est imputable d'abord sur la succession du prémourant : donc celui-ci est réputé l'avoir constituée pour le tout. Tout est réglé s'il l'a fournie en biens à lui propres. Mais si la dot a été payée, en tout ou en partie, avec des biens propres à l'époux survivant, ou avec des valeurs puisées dans la communauté, il en sera dû récompense par la succession du prémourant, à la communauté ou à l'époux survivant, qui a acquitté sa dette. De même l'époux survivant, auquel l'enfant doté a demandé, en vertu de la clause d'imputation subsidiaire, le paiement d'une portion de la dot dont il s'est trouvé privé dans les cas indiqués plus haut, aura droit, de ce chef, à une récompense contre la succession. Sans doute, si la succession est insolvable, ce recours sera illusoire. Mais c'est là un danger auquel tout créancier est exposé.

16 En effet, la clause en question peut être interprétée de diverses manières. V. sur ce point la note de M. Capitant, D., 12. 1 5.

17 On pourrait aussi convenir que, si la dot excède la part héréditaire de l'enfant dans la succession, elle sera censée constituée par le prémourant, à concurrence de cette part, et pour le surplus par l'époux survivant. Mais alors on arrive à des complications très graves, à raison des récompenses qui peuvent être dues par le survivant. V. la note de M. Esmein, S., 13. 2. 46.

18 Cette modification apportée à la clause d'imputation subsidiaire ne nous paraît pas d'ailleurs elle-même tout à fait satisfaisante. Supposons, en effet, que la dot ait été

payée en biens propres au prémourant, et que celui-ci ne laisse rien à son décès. Il paraît injuste, tout d'abord de dispenser l'enfant doté de rapporter à ses cohéritiers les biens qu'il a reçus, et qui, effectivement, lui proviennent de son auteur prédécédé. N'est-ce pas rompre l'égalité entre les enfants ? Il y a plus encore. La succession du prémourant étant insolvable, c'est l'époux survivant qui est censé seul donateur. Les 20.000 francs payés par son conjoint sont donc cessés lui avoir été avancés par celui-ci pour l'acquittement d'une dette qui lui est propre. Et alors il en devra récompense à la succession du prémourant. Ladite succession étant par hypothèse insolvable, c'est aux créanciers héréditaires que la récompense va profiter. Il en sera de même dans le cas où la dot a été payée en biens de la communauté, puisque, la succession du père prémourant avant droit à la moitié de la communauté, en supposant celle-ci acceptée par la femme, ou même à la totalité de la communauté en cas de renonciation de la part de la femme survivante, la récompense due par l'époux survivant serait due, dans la même proportion, à la succession du prédécédé. Est-ce bien là ce que les parties ont voulu ?

19 Ce dernier mode de preuve ne s'applique pas cependant aux biens réservés. L. 13 juil. 1907, art. 4.

20 Dans ses rapports avec le mari ou ses héritiers, la femme peut valablement renoncer à la communauté par une convention. La renonciation que la femme aurait faite par un acte unilatéral, en toute autre forme que celle prescrite par l'art. 1457, peut être rétractée tant que les intéressés n'y ont pas adhéré, auquel cas on est en présence d'une renonciation conventionnelle. Cass., 1^{er} avril 1895, D., 95. 1. 342.

21 Cass., 10 juil. 1904 D., 04. 1. 545, S., 05. 1. 85, et 7 nov. 1911, D., 12. 1. 236, S., 12. 1. 523

22 Depuis la loi du 13 juillet 1907, ils ont intérêt à ce que la femme accepte, afin de pouvoir exercer son droit de gage sur les biens réservés qui, dans le cas d'acceptation de la femme, restent dans la communauté.

23 La loi du 22 frimaire an VII (art. 68, § 3-2°) ne soumettait les partages qu'au droit fixe de 5 fr. Après avoir été frappés d'un droit gradué par la loi du 28 février 1872, art. 1-5° et 5, les partages sont aujourd'hui soumis à un droit proportionnel de 0 fr. 20 p. 100 (L. 22 avril 1905, art. 5).

24 V. aussi l'art. 19 de la loi du 12 juil. 1909, sur le bien de famille insaisissable.

25 A moins qu'avant d'opter sur la communauté du chef de la femme, ils n'aient accepté sous bénéfice d'inventaire la succession de celle-ci.

26 La règle de l'art. 1482 in fine s'applique, quelle que soit la cause qui a entraîné la dissolution de la communauté. Rouen, 13 mai 1905, D., 07. 2. 234 et Angers, 25 janv. 1905, D., 07. 2. 373.

27 Si du moins nous supposons que la femme n'ait pas de biens réservés, car ces derniers sont partagés comme les autres biens communs au cas d'acceptation, mais au cas de renonciation ils sont repris par la femme ou ses héritiers en ligne directe (L. 13 juil. 1907, art. 5).

28 Peu importe en principe la qualité des héritiers. V. cependant en ce qui concerne la reprise des biens réservés, la loi du 13 juil. 1907, art. 5, al. 3 (infra) n. 250 XVII).

29 Sur la question de savoir dans quels cas la femme peut être considérée comme accomplissant un travail séparé de celui de son mari, v. trib. de la Seine, 29 juil. 1910, D., 12. 2. 65, et trib. d'Abbeville, 21 juin 1910, D., 13. 2. 17.

30 V. sur ce point Margat, La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire.

31 Douai, 1^{er} avril 1912, D., 12. 3. 17, et la note.

32 La cour de cassation applique, il est vrai, l'art. 1410 dans le cas où la femme s'est réservé, par contrat de mariage, le droit de toucher, sur ses seules quittances, une part de ses revenus personnels (supra, n. 92). Mais l'hypothèse est toute différente. Dans le cas dont il s'agit, la femme demeure incapable de s'obliger sans autorisation maritale, et les fraudes qu'a voulu prévenir l'art. 1410 peuvent se concevoir.

33 Le rapporteur de la loi à la chambre des députés a déclaré que cette dernière disposition, formulée incidemment par l'art. 3 al. 4, constitue une pure application de la théorie du mandat tacite dont nous avons parlé supra, n. 97 bis. On a soutenu que les auteurs de la loi nouvelle, sans peut-être s'en rendre bien compte, ont au contraire, conféré à la femme travailleuse un pouvoir propre, lui permettant d'engager les biens du mari et ceux de la communauté, et qui ne peut lui être enlevé que dans les conditions déterminées par la loi.

34 Par ces expressions, la loi veut dire évidemment que l'acte conclu par la femme sera valable dans les limites déterminées par elle.

35 Si donc les époux sont séparés de biens ou mariés sous le régime dotal, la femme aura, relativement à ses biens réservés, la capacité qui est conférée à la femme séparée de biens. Cette capacité, qui résulte pour elle des conventions matrimoniales, ne peut pas lui être enlevée par le juge.

36 Sous le régime exclusif de communauté, il aura donc l'administration et aussi la jouissance des biens réservés, à

la charge d'en affecter les revenus aux besoins du ménage.

37 Il faut lire évidemment ils, puisqu'il s'agit des biens réservés.

38 Trib. civ. de Mantes, 29 juil. 1910, D., 12. 2. 65, Limoges, 16 déc. 1910, D., 13. 2. 17, et Paris 15 mai 1912, S., 12. 2. 316.

39 Chaque époux conserve donc à titre de propres les cadeaux qui lui ont été faits à l'occasion du mariage. Paris, 4 fév. 1897, D., 98. 2. 6, et Lyon, 16 juil. 1909, D., 11. 2. 286, S., 10. 2. 254.

40 Il y a donc entre les époux une séparation tacite de dettes, et cette séparation tacite produit le même résultat qu'une séparation expresse, celui indiqué par l'art. 1510. V. infra, n. 286. Douai, 11 mai 1894, S., 93. 2. 141, et Cass. Belg., 7 fév. 1895, D., 96. 2. 295.

41 Deux notes sous Dijon, 4 fév. 1884, S., 85. 2. 23 et Cass., 22 nov. 1886, S., 89. 1. 465.

42 La doctrine accepte cette solution presque unanimement. Après l'avoir consacrée a plusieurs reprises (v. notamment Cass., 18 janv. 1888, S., 90. 1. 179, D., 88. 1. 174, et 7 déc. 1886, S., 88. 1. 181, D. 87. 1. 343), la cour de cassation l'a condamnée par un arrêt du 2 août 1889 (S., 00. 1. 233, D., 01. 1. 433) sans qu'il soit bien facile de découvrir les motifs de ce changement inattendu de jurisprudence.

43 Non seulement du mobilier présent, mais aussi du mobilier futur. Lex non distinguit. Rouen, 11 février [et non 29 janvier] 1892, S., 92. 2. 164, D., 93. 2. 169.

44 V. les arrêts cités plus loin. Cpr. Cass., 17 avril 1907, D., 08. 1. 41 et la note.

45 Les créanciers envers lesquels la femme s'est obligée pendant le mariage peuvent donc saisir les biens que la femme a recueillis dans une succession ouverte après la dissolution du mariage, ou ceux qui lui sont advenus à cette époque par l'effet d'une institution contractuelle. Riom. 12 juin 1911, S., 13. 2. 41.

46 Comme on le voit, l'immeuble acquis avec les deniers dotaux ou en remplacement de ces deniers entre, suivant les cas, dans le patrimoine du mari ou dans celui de la femme. La jurisprudence, qui admet l'inaliénabilité de la dot mobilière (infra, n. 420), veut que la conservation de cette dot soit également assurée dans toutes les hypothèses, quelle que soit la condition du bien qui en est la représentation. Or, lorsque l'immeuble acquis avec les deniers dotaux est la propriété du mari, il est grevé au profit de la femme d'une hypothèque légale à laquelle la jurisprudence ne permet pas à la femme de renoncer. De même, la jurisprudence décide que le bien paraphernal représentant les deniers dotaux est, entre les mains de la femme, le gage de sa dot inaliénable : il est grevé au profit de la femme d'un droit inaliénable, assurant la conservation de la valeur dotale qui s'y trouve incorporée. C'est la théorie de la dot incluse, infra, n. 420 bis.

47 Ces mêmes créanciers ne peuvent pas saisir la créance du prix d'un immeuble dotal vendu par la femme après la dissolution du mariage. Paris, 22 mars 1892, D., 92. 2. 496.

48 V. une analyse de la jurisprudence sur cette question dans les notes de MM. Appert et Guénée, sous Cass., 7 janv. 1907, S., 09. 1. 571, D., 08. 1. 300, et 3 juin 1907. D., 12. 1. 273, S., 09. 1. 569, et Limoges, 11 mars 1904, D., 05. 2. 62, S., 10. 2. 209. Adde Limoges, 20 déc. 1905 (sous Cass.), D., 10. 1. 118, Lyon. 11 juin 1906 (sous Cass.), D., 10. 1. 357, S., 11. 1. 113, et Montpellier, 15 janv. 1912, S., 12. 2. 172.

49 V. cep. Cass., 3 mai 1893, D., 93. 1. 349.

50 Il faut décider de même pour l'antichrèse si l'on y voit un droit réel immobilier. Cpr. Paris, 26 fév. 1903, S., 04. 2. 67, D., 03. 2. 96. Quant à l'emphytéose, la loi du 25 juin 1902 en a fait un droit réel susceptible d'hypothèque. Il semblerait donc que les immeubles dotaux ne pussent pas être grevés d'un droit de cette nature. Mais une disposition spéciale de la loi précitée (art. 2 al. 3) permet au mari de les donner à bail emphytéotique avec le consentement de la femme et l'autorisation de justice. Cette disposition est probablement fondée sur la faveur que mérite le bail emphytéotique, qui est un contrat de mise en valeur, et sur l'avantage qui peut en résulter pour la femme.

51 Mais le créancier auquel une somme est due à raison de grosses réparations faites à l'immeuble dotal n'aurait pas le droit de saisir cet immeuble. Montpellier. 18 janv. 1912, S., 13. 2. 75.

52 Cass., 13 déc. 1897, D., 98. 1. 56, 2 mai 1898, D., 98. 1. 357, 4 juil. 1904, D., 04. 1. 551, et 18 juil. 1906, D., 07. 1. 11, S., 12.1. 356.

53 Si cependant la séparation de biens n'a pas été prononcée entre les époux, l'adhésion que le mari a donnée à l'aliénation faite par la femme aura pour effet de la rendre valable. Car le mari peut être considéré comme ayant fait lui-même cette aliénation.

54 Peu importe d'ailleurs la cause de la reprise. On doit donc considérer non comme un bien dotal mais comme un paraphernal renfermant une valeur dotale l'immeuble donné en paiement du prix d'un immeuble dotal indûment aliéné, Cass., 16 mars 1897, D., 08. 1. 81, S., 97. 1. 265.

55 C'est-à-dire celui de la succession duquel il s'agit, de cuius successione agitur. Cette expression couramment

employée par la doctrine, se trouve dans l'art. 767, où elle a été introduite par la loi du 9 mars 1891.

56 Dans les explications qui vont suivre, nous supposerons toujours, pour simplifier, le cas de DEUX commorientes. Les mêmes règles devraient être appliquées mutatis mutandis, s'il s'en trouvait un plus grand nombre.

57 L'ancien art. 723 était ainsi conçu : « La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers légitimes : » à leur défaut, les biens passent aux enfants naturels, ensuite à l'époux survivant ; et s'il n'y en a pas, » à l'Etat ».

58 Les mots : et les héritiers naturels ont été ajoutés à l'art. 724 par la loi du 25 mars 1896.

59 Il faut supposer que l'héritier est en mesure de justifier des forces de la succession par un titre en règle (inventaire ou état authentique) ; car, autrement, les biens de la succession se trouvant confondus avec les siens sans qu'il soit possible de les distinguer, l'héritier se trouverait par ce seul fait obligé de satisfaire intégralement aux réclamations des légataires.

60 Le mot germain est pris dans une autre acception quand on dit : cousin germain. Les cousins germains ou cousins premiers, comme on dit dans certaines contrées de la France, sont les enfants de frères ou sœurs. Germain vient ici de germanus qui signifie frère. D'ailleurs ce ne sont pas seulement les enfants de deux frères germains qui sont cousins germains, mais aussi les enfants de frères simplement utérins ou consanguins. C'est la signification usuelle de l'expression cousins germains, qui désigne les cousins les plus proches, c'est-à-dire ceux qui sont parents au quatrième degré. C'est aussi la signification — légale. Arg. art. 174 et 738 C. civ., et 44 C. pr. Les cousins germains peuvent donc ne pas être parents germains dans le sens où ce mot est employé par l'art. 733, c'est-à-dire

parents paternels et maternels tout à la fois. Cass., 19 nov. 1895, S., 96. 1. 121, D., 96. 1. 316. Sur le sens des expressions : cousins issus de germains, et petits-cousins, v. Cass.. 7 juil. 1910, S., 11. 1. 29, et 13 fév. 1912, D., 12. 1. 504, S., 13. 1. 158.

61 Cette proposition toutefois ne doit pas être isolée de la règle du partage par moitié entre les deux lignes paternelle et maternelle, lorsqu'il s'agit d'une succession dévolue à des ascendants ou à des collatéraux. Il y a alors comme deux successions distinctes à considérer, dans chacune desquelles il faut observer la hiérarchie des divers ordres. Ainsi c'est seulement dans la ligne à laquelle il appartient qu'un ascendant exclura un collatéral ordinaire ; il n'exclurait pas les collatéraux de l'autre ligne.

62 C'est ce qui arriverait dans l'espèce suivante : Un homme veuf, avant un enfant d'un premier lit, épouse une femme veuve qui a également un enfant de son premier mariage : deux enfants naissent de cette union, et l'un d'eux vient à mourir. L'enfant du premier lit du père du de cujus est son frère consanguin ; l'enfant du premier lit de sa mère est son frère utérin ; celui qui est né du mariage auquel il doit lui-même Je jour est son frère germain.

63 Si l'on admet qu'il n'est pas un héritier légitime, il ne serait tenu de sa part dans Les dettes héréditaires qu'à concurrence seulement de la valeur du bien qui lui fait retour.

64 L'ancien art. 757 du code civil ne lui accordait que le tiers.

65 Une controverse s'était élevée, sous l'empire de l'ancien art. 757, sur le point de savoir si les descendants de frères et sœurs devaient être traités comme les frères et sœurs eux-mêmes, et réduire ainsi l'enfant naturel à la moitié de la succession, ou s'ils devaient être assimilés aux

collatéraux ordinaires, l'enfant naturel prenant les trois quarts de la succession. Les nouveaux art. 759 et 760 ont résolu la question dans le premier sens, conformément à l'opinion généralement suivie dans la doctrine et contrairement à la jurisprudence de la cour de cassation.

66 Le code civil ne lui accordait que la moitié.

67 Il est à remarquer que la loi, en cette matière, n'a pas toujours tenu compte de ce principe de réciprocité. Ainsi un enfant naturel n'a aucun droit à la succession des descendants légitimes de son frère naturel, quoique ceux-ci soient appelés à lui succéder en vertu de l'art. 766. Ajoutons que les descendants légitimes de frères ou sœurs naturels ne succèdent pas les uns aux autres ; mais ici la loi revient au principe de la réciprocité. Montpellier, 2 mars 1910, D., 12, 2. 55.

68 Mais ici la présence d'un enfant naturel ou d'un enfant adoptif, venant à la succession, mettrait certainement obstacle à l'ouverture du droit de retour : elle écarte en effet les frères et sœurs naturels de la succession ordinaire ; or l'art. 766 soumet aux mêmes conditions l'ouverture du droit de retour qu'il reconnaît aux frères et sœurs légitimes du défunt. Cpr. art. 765, supra, n. 557.

69 V. notamment L. 14 juillet 1866, sur les droits des héritiers et ayant-cause des auteurs, art. 1, et L. 25 mars 1873, sur la déportation, art. 13 et s.

70 On remarquera d'ailleurs que, si le droit d'usufruit du conjoint survivant ne peut pas s'exercer au préjudice de la réserve, il peut s'exercer au préjudice des réservataires, en ce sens qu'il peut porter sur la portion qu'ils sont appelés à recueillir dans la quotité disponible.

71 V. cep. Paris, 13 déc. 1901, D., 02. 2. 177, S., 02 2. 37. Cpr. Cass. Rome, 20 août 1900, S., 04. 4. 19.

72 L'acceptation suffit, même quand il s'agit d'un successeur irrégulier. La jurisprudence exige en outre que le successeur irrégulier ait obtenu l'envoi en possession. Bordeaux, 11 nov. 1886, D. 88. 2. 68. C'est confondre l'acquisition de la possession avec l'acceptation de l'hérédité.

73 Il en était du moins ainsi sous l'empire de l'ancien art. 1153. Depuis la loi du 7 avril 1900, une simple sommation suffit en principe pour faire courir les intérêts moratoires.

74 Cpr. Cass., 28 oct. 1908, D., 09. 1. 169, S., 11. 1. 89, et les notes. Secus du partage même fait à l'amiable. Le partage n'est pas un acte d'aliénation. Arg. art. 883. En tout cas, la loi ne le soumet pas ici à des formes particulières. Cass.. 12 février 1900, D., 02. 1. 177. Cpr. Pau, 12 juin 1907, S., 08. 2. 36.

75 Rennes, 28 janv. 1894, D., 95. 2. 378 et Grenoble, 30 janv. 1906, D., 09. 2. 188. V. cep. Cass., 24 juin 1895, D., 95 ; 1. 508.

76 D'importantes dérogations ont été apportées à l'art. 815 par la loi du 30 nov. 1894, art. 8, modifié par la loi du 12 avril 1906, sur les habitations à bon marché, et l'art. 18 de la loi du 12 juil. 1909 relative au bien de famille insaisissable. V. ces textes.

77 Ce principe fait obstacle à ce que, sans l'accord des parties, toutes majeures et maîtresses de leurs droits, plusieurs successions indivises entre les mêmes héritiers soient confondues en une même masse pour faire l'objet d'un partage unique. Chaque succession doit former l'objet d'un partage distinct. Autrement, il pourrait arriver que l'un des héritiers fût loti exclusivement en biens de l'une des successions, sans recevoir aucun bien dépendant de l'autre. Cass., 29 déc. 1896, D., 97. 1. 392. Cpr. Cass., 30 mai 1911, D., 12. 1. 91, S., 12. 1. 361.

78 Dans un partage amiable, les parties peuvent convenir qu'il sera procédé aux prélèvements après la formation des lots. Cass., 27 mai 1903, D., 04. 1. 137.

79 Y a-t-il lieu d'admettre une exception relativement aux rentes sur l'Etat ? La question fait difficulté, à cause du principe de l'insaisissabilité de ces rentes. Si ce principe signifie, comme on l'avait d'abord admis, que les rentes sur l'Etat sont insaisissables d'une manière absolue, la séparation des patrimoines sera sans efficacité relativement aux rentes sur l'Etat qui font partie de la succession ; en effet, la séparation des patrimoines ne peut être efficace pour les créanciers qu'à la condition de s'appliquer à des biens qu'ils puissent saisir et faire vendre pour se payer sur le prix. C'est ce qui a été reconnu par un certain nombre de décisions judiciaires. Citons une des plus récentes : Paris, 2 mai 1878, sous Cass., S., 81. 1. 118, D., 80. 1. 69. Mais que va-t-il arriver alors ? L'héritier, s'il est peu scrupuleux, fera immatriculer à son nom les rentes sur l'Etat qui appartenaient au défunt, et, s'il a eu la précaution d'accepter sous bénéfice d'inventaire, les créanciers héréditaires seront sans action contre lui et devront se contenter d'agir sur les autres biens de la succession, sans pouvoir échapper à ce résultat par le moyen de la séparation des patrimoines. La morale protestait contre un semblable résultat. La jurisprudence trouva un biais pour permettre aux créanciers héréditaires d'y échapper au moins en partie. L'héritier bénéficiaire est chargé de liquider la succession ; il doit donc vendre les biens qu'elle comprend, sans en excepter les rentes sur l'Etat, et payer les créanciers sur le prix. A défaut de quoi il peut être contraint sur ses biens personnels (art. 803), autres bien entendu que les rentes sur l'Etat insaisissables. Enfin une dernière évolution s'est produite dans la jurisprudence. Le principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat ne signifie nullement que les créanciers ne

peuvent en aucun cas saisir et faire vendre les rentes sur l'Etat appartenant à leur débiteur, pour obtenir leur paiement sur le prix. Il doit seulement être entendu en ce sens que la poursuite des créanciers doit échouer lorsqu'elle revêt la forme d'une saisie-arrêt ou opposition faite entre les mains du Trésor. En effet, le législateur, en décrétant l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, a seulement voulu éviter les entraves que la saisie-arrêt faite entre les mains du Trésor aurait pu apporter au transfert des rentes et au paiement des arrérages. Son but n'a pas été de permettre à un débiteur malhonnête de soustraire une partie de son avoir à ses créanciers. V. les décisions citées t. II, n. 1348, en note. Dans ce système, les rentes sur l'Etat n'échappent pas plus que les autres biens à la séparation des patrimoines.

80 Paris, 2 nov. 1889, D., 90. 2. 285, S., 90. 2. 215. Cpr. Toulouse, 19 déc. 1907, D., 08. 2. 97.

81 V. cep. Grenoble, 9 janv. 1891, S., 92. 2. 81, et la note de M. Wahl, D., 91. 2. 193, et la note de M. Planiol. Ce dernier auteur soutient que la séparation des patrimoines a subi de telles transformations qu'elle ne mérite plus de porter le nom sous lequel on la désigne. Aujourd'hui les créanciers qui demandent la séparation des patrimoines doivent être considérés comme des créanciers personnels de l'héritier, munis d'un privilège particulier qui porte sur les biens de la succession. Ils ne peuvent perdre ce privilège qu'en vertu d'une renonciation expresse ou tacite, et la renonciation tacite résulte de la novation dont parle l'art. 879. Ils peuvent conjurer les effets de cette novation par des réserves insérées dans les actes qu'ils accomplissent avec l'héritier : ces réserves peuvent même être tacites. Cpr. Cass., 12 juil. 1900, D., 05. 1. 453, S., 01. 1. 441, et les notes. — Autant vaut dire que l'art. 879 ne recevra jamais son application ; car le créancier aura toujours intérêt à conserver son privilège, et on devra par suite supposer

l'existence d'une réserve tacite de sa part. Voilà le dernier terme de l'évolution signalée par M. Planiol ; elle aboutit à la suppression d'un texte de loi !

82 V. cep. Aix, 4 déc. 1893, S., 96. 2. 17, D., 95. 2. 273. Cpr. Grenoble, 24 mars 1896, D., 98. 2. 89.

83 La même question se présente pour le légataire, si l'on admet, comme nous l'avons fait, que l'héritier qui a accepté purement et simplement est tenu ultra vires du paiement des legs.

84 La licitation, de liceri, vendre aux enchères, est une vente aux enchères faite en vue de partager entre les divers ayant-droit le prix d'une chose indivise qu'on éprouve des difficultés à partager en nature.

85 Pour le cas où tous les cohéritiers ont consenti à la constitution d'hypothèque, V. le nouvel art. 2125 (L. 31 déc. 1910), t. II, n. 1581.

86 La loi des 5-12 septembre 1791, relative aux clauses impératives ou prohibitives insérées dans les donations, testaments ou AUTRES ACTES, portait : « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois et aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire, héritier du légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, ou qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés et d'exercer les fonctions déferées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite ». Cette disposition, qui fut reproduite par la loi du 5 brumaire an II, et par celle du 17 nivôse de la même année, était sur un point plus compréhensive que l'art. 900 C. civ., et moins sur un autre. Elle était plus compréhensive, en ce qu'elle visait non seulement les conditions insérées dans les donations et dans les testaments, mais aussi celles

insérées dans les autres actes. Elle l'était moins, en ce qu'elle ne parlait que des conditions illicites (contraires aux lois et aux mœurs), mais non des conditions impossibles. Inspirée par des considérations politiques, cette loi avait pour but de briser les volontés hostiles, par lesquelles les particuliers essaieraient de renverser le nouvel ordre de choses établi par la Révolution. Or, dans cet ordre d'idées, il n'y avait pas à se préoccuper des conditions impossibles, mais seulement des conditions illicites, et il fallait prévoir le cas où elles seraient insérées dans un acte à titre onéreux, tout aussi bien que celui où elles seraient insérées dans un acte à titre gratuit.

87 Le juge jouit à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation, à la condition cependant de ne pas dénaturer le sens de l'acte. Cass., 17 janv. (ou juin) 1905, D., 05. 1. 135, S., 06. 1. 174, 27 fév. 1905, D., 08. 1. 133, 9 mai 1905, D., 05. 1. 428, 12 nov. 1906, D., 07. 1. 122, et 19 oct. 1910, D., 11. 1. 463, S., 11. 1. 207.

88 Au cas particulier où la condition, licite à l'origine, devient illicite plus tard, la jurisprudence déclare la donation révoquée, en supposant toujours que la condition soit reconnue, en fait, avoir été la cause impulsive et déterminante de la donation. Cass., 9 mai 1905 et 12 nov. 1906, supra, 3 mai 1909, S., 10. 1. 337 ; Pau, 17 mai 1909, S., 09, 2. 143 ; Cass., 19 oct. 1910, D., 11. 1. 465, et Bourges, 13 fév. 1911, S., 12. 2. 140.

89 Cass., 30 avril 1890, S., 93. 1. 142, Poitiers, 23 janv. 1905, D., 05. 2. 169, et infra, n. 1208. Cpr. Cass., 29 juin 1910, D., 11. 1. 49, S., 13. 1. 33, et la note.

90 La jurisprudence a varié sur cette question. Elle décide aujourd'hui que la condition de ne pas se remarier, celle de ne pas se marier avec une personne déterminée, et même la clause portant défense absolue de se marier, doivent être tenues pour licites et valables, lorsque du moins elles sont

dictées par des motifs raisonnables ; elles ne deviennent illicites que lorsqu'elles sont inspirées au donateur par des motifs répréhensibles dont l'appréciation appartient au juge du fait. V. sur ce point Paris, 13 juil. 1911, D., 12. 2. 192, S., 12. 2. 56, Cass., 11 nov. 1912, D., 13. 1. 105, et les notes. Il en est de même des conditions simplement restrictives de la liberté du mariage. Cass., 6 mars 1905, D., 05. 1. 450.

91 V. notam. Paris, 5 avril 1905, D., 05. 2. 225, et 12 janv. 1906, D., 06. 2. 361 ; Limoges, 23 fév. 1906, sous Cass., D., 09. 1. 217 ; Toulouse, 16 janv. 1907, D., 09. 2. 222 ; Cass., 6 mai 1908, D., 09. 1. 285, et 30 oct. 1911, S., 12. 1. 385 ; Paris, 16 nov. 1911, D., 12. 2. 37, S., 12. 2. 275, et les nombreuses décisions citées en note. Il convient d'ailleurs de remarquer que les formules que l'on trouve dans les arrêts n'ont pas toujours la netteté de celle de l'arrêt de 1865 que nous avons transcrite plus haut. Certains d'entre eux paraissent étendre même à la clause d'inaliénabilité absolue et perpétuelle la règle admise pour la clause d'inaliénabilité temporaire. D'autre part, les tribunaux ne sont pas absolument d'accord sur le point de savoir si l'inaliénabilité stipulée pour la vie entière du gratifié doit être considérée comme temporaire ou perpétuelle. Enfin il y a des divergences en ce qui concerne les effets de la clause. V. sur ce dernier point Paris, 12 janv. 1906, et 16 nov. 1911 ; Limoges, 23 fév. 1906 ; Cass., 30 oct. 1911, supra, et les références.

92 On sait qu'aujourd'hui l'enseignement est interdit en France aux congréganistes (L. 8 juil. 1904, art. 1).

93 La jurisprudence s'est fixée eu ce sens que le donateur peut demander la révocation de la donation, ce droit lui appartenant toutes les fois que la condition non accomplie est reconnue avoir été la cause impulsive et déterminante

de la donation, comme il arrive presque toujours dans l'espèce. V. les arrêts cités supra, n. 809, note 2.

94 Cass., 3 nov. 1908, D., 09. 1. 141, S., 09. 1. 199. Il n'y a pas à distinguer d'ailleurs si la donation est faite ostensiblement ou sous le voile d'un contrat à titre onéreux. Nîmes, 29 janv. 1890, D., 91. 2.97

95 L'art. 906 ne s'applique qu'aux libéralités faites directement. Mais lorsqu'une disposition entre vifs ou testamentaire est grevée de charge, il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire de la charge imposée au donataire ou au légataire soit conçu au jour de la donation ou du décès du testateur. V. infra, n. 870 in fine.

96 Ce legs devait, à l'époque où a été rédigé le nouvel art. 908 (L. 25 mars 1896) être fait par préciput et hors part (arg. anc. art. 843). Cela n'est plus nécessaire depuis que les legs sont réputés faits par préciput et hors part à moins que le défunt n'ait exprimé la volonté contraire (nouvel art. 813 al. 2. L. 24 mars 1898).

97 Les enfants adultérins ou incestueux se trouvaient compris dans l'ancien art. 908 sous la dénomination générique d'« enfants naturels »

98 Une des fondations les plus remarquables, parmi celles qui existent en Angleterre, est la fondation Peabody. Le fondateur a doté la fondation d'un capital de 12.500.000 francs destiné à la construction de maisons d'habitation. Ces maisons sont louées au prix courant et toujours bien entretenues. Le produit des locations est employé à des constructions nouvelles. On a calculé qu'en 1969, centenaire de la fondation, l'œuvre pourra posséder deux milliards et loger 500.000 personnes.

99 Il faut reconnaître toutefois que l'art. 111 al. 3 de la loi municipale du 5 avril 1884 fournit aujourd'hui un argument d'un certain poids à l'opinion adverse. Ce texte

considère comme valable un don ou un legs fait à un hameau ou à une section de commune, non encore investie de la personnalité civile, si cette personnalité lui est plus tard conférée par un décret qui l'autorise en même temps à accepter le don ou le legs. Si cette disposition doit être considérée comme un droit d'exception, sa raison d'être nous échappe. Au contraire, la disposition s'explique tout naturellement, si l'on ne veut y voir qu'une application particulière d'un principe général, à savoir la validité d'un don ou d'un legs fait à une personne non encore investie de la personnalité civile, sous la condition qu'elle l'acquerra plus tard. La personne civilement conçue, c'est-à-dire conçue dans la pensée du donateur ou du testateur, serait ainsi assimilée à une personne physiquement conçue.

100 Avant la loi du 9 décembre 1905, sur la séparation des Eglises et de l'Etat, les établissements publics que cette loi a supprimés avaient reçu un grand nombre de libéralités grevées de charges pieuses ou ayant une affectation charitable. Aux termes de l'art. 4 de cette loi, les biens des établissements publics du culte devaient être transférés, dans le délai d'un an à dater de la promulgation de la loi, aux associations cultuelles qui se seraient formées, sous la charge de respecter leur affectation spéciale. L'art. 9, prévoyant l'hypothèse (qui s'est réalisée pour les établissements du culte catholique, v. L. 2 janv. 1907) où les biens ne seraient pas attribués à une association formée en vue de l'exercice du culte, permet à l'auteur de la libéralité et à ses héritiers en ligne directe d'exercer une action en reprise ou en revendication dans le délai de six mois à dater de l'insertion au Journal officiel du décret contenant attribution aux établissements désignés par la loi. Quant aux biens grevés d'une affectation charitable ou de toute autre affectation étrangère à l'exercice du culte, ils doivent être attribués aux services ou établissements publics ou d'utilité publique, dont la destination est conforme à celle

des dits biens (art. 7). Et le même texte ajoute, édictant une disposition semblable à celle de l'art. 9 : « Toute action en reprise ou en revendication devra être exercée dans un délai de six mois à partir du jour où l'arrêté préfectoral ou le décret approuvant l'attribution aura été inséré au Journal officiel. L'action ne pourra être intentée qu'en raison de donations ou de legs et seulement par les auteurs et leurs héritiers en ligne directe ». Ainsi dans les cas prévus par les art. 7 et 9, l'action en reprise ou en revendication est refusée aux légataires de l'auteur de la disposition et à ses héritiers en ligne collatérale. Il y a là une grave dérogation au droit commun, que le rapporteur de la loi à la chambre des députés a cru justifier en disant que l'on eût violé la volonté expresse du donateur ou du testateur en attribuant aux légataires ou aux collatéraux des biens dont leur auteur les avait privés pour leur donner une destination charitable. Des difficultés s'étaient élevées sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par action en reprise ou en revendication. Etant donné que les règles édictées par les art. 7 et 9 dérogent au droit commun, il semble qu'il fallait les interpréter d'une manière restrictive, et les appliquer uniquement aux actions nées à l'occasion de la séparation des Eglises et de l'Etat, c'est-à-dire seulement à l'action en reprise fondée sur la substitution d'une personne morale nouvelle à celle que le disposant avait grevée de la charge. La jurisprudence paraissait en effet se former en ce sens. La plupart des tribunaux décidaient que les règles du droit commun restaient applicables aux actions en résolution pour inexécution des charges fondées sur les art. 953, 1046 et 1184 C. civ., et que ces actions pouvaient en conséquence être intentées par les héritiers ou successeurs universels quelconques de l'auteur, et dans le délai de la prescription de droit commun. Grâce à cette interprétation libérale de la jurisprudence, les instances en résolution s'étaient multipliées et le législateur a cru devoir intervenir pour y

mettre un terme. La loi du 13 avril 1908 a, dans ses art. 2 et 3, abrogé l'art. 7, § 2 et l'art. 9, § 3 de la loi du 9 décembre 1905, et les a remplacés par des dispositions nouvelles. Il résulte de ces textes que toute action en reprise, qu'elle soit qualifiée en revendication, en résolution ou en révocation, quelle que soit la cause sur laquelle elle est fondée, même si elle tend à la résolution d'un contrat à titre onéreux (v. les décisions rapportées dans D., 08. 2. 281), ou si elle est fondée sur une clause résolutoire expresse insérée dans la disposition (ce point cependant est contesté, v. Poitiers, 27 janv. 1909, D., 10. 2. 225. Dijon, 8 juin 1910, S., 10. 2. 202, Cass., 7 nov. 1911, D., 11. 1. 493, S., 12. 1. 110 et les décisions rapportées dans les notes), ne peut être exercée que par les auteurs ou leurs héritiers en ligne directe (Cpr. Poitiers, 29 déc. 1909, S., 11. 2. 49, Cass., 7 nov. 1910, S., 11. 1. 80, 30 mai 1911, D., 11. 1. 493, S., 11. 1. 353, 5 mars 1912, S., 12. 1. 552, et les renvois), et dans le délai de six mois dont nous avons parlé. Cpr. Rennes, 9 déc. 1909, S., 11. 2. 164. Et la loi, étant déclarée interprétative, a immédiatement reçu son application, même aux instances déjà en cours au moment de sa publication. Lyon, 12 mai 1909. D., 10. 2. 171 ; Cass., 18 oct. 1910, S., 11. 1. 31, 6 nov. 1911. D., 11. 1. 492 et les références. V. aussi, au sujet des charges pieuses ou cultuelles afférentes aux libéralités faites à l'Etat, aux départements, aux communes et aux établissements publics, et aux contrats conclus par eux, les nouveaux §§ 14 à 16 de l'art. 9 de la loi du 9 décembre 1905, modifiés par la loi du 13 avril 1908, mais dont les dispositions, n'étant pas interprétatives, doivent être appliquées sans rétroactivité. Toulouse, 8 mars 1909, S., 09. 2. 101 ; Chambéry, 25 juil. 1910, D., 11. 2. 195 ; Bourges, 13 fév. 1911, S., 12. 2. 140, et Cass., 29 oct. 1912, D., 12. 1. 472. Cpr. L. 1^{er} juil. 1901, art. 18, al. 9, et 7 juil. 1904, art. 5, al. 5.

101 Paris, 18 fév. 1886, S., 88. 2. 225 et la note, et Cass., 10 juin 1902, D., 04. 1. 425, S., 04. 1. 121. La même question s'élève au sujet des enfants indignes, et l'unique arrêt que nous possédions sur la matière la résout dans le même sens (Douai, 25 juin 1891, D., 92. 2. 80, S., 92. 2. 257).

102 L'art. 26 de la loi du 17 un use de l'an Il employait l'expression « héritiers présomptifs » et il est fort probable que l'art. 918 a pris le mot « successible » comme synonyme. — Paris, 2 fév. 1881, S., 81. 2. 112.

103 Nous supposons admis le système de la jurisprudence qui compte l'héritier renonçant pour le calcul de la réserve. Dans le système adverse, Primus aurait le droit de conserver 18.000 fr., somme égale à la quotité disponible. Cpr. supra, n. 885.

104 « Le texte officiel porte pour ; mais c'est évidemment par qu'il faut lire. — On sait dans quelle vue a été édicté l'art. 6 de la loi de 1850. Il s'agissait de couper court à une fraude qui se commettait très fréquemment dans les contrats de mariage pour échapper au paiement du droit de mutation dû par tout donataire. L'époux doté déclarait avoir reçu par don manuel la somme qu'il apportait, et le donateur, le constituant, ne figurait au contrat que honoris causa. Cpr. trib. civ. de la Seine, 19 juil. 1909, S., 11. 2. 127.

105 En ce qui concerne la dispense du rapport, elle échappe à toute condition de forme, comme la donation elle-même dont elle est une modalité. Mais le donataire qui invoque la dispense du rapport est tenu d'en fournir la preuve. Arg. art. 1315. Cette preuve, dans le silence de la loi, demeure soumise aux règles du droit commun. Cpr. Cass., 14 nov. 1899, S., 00. 1. 455, et 19 oct. 1903. D., 03. 1. 600.

106 Cass., 11 fév. 1896, D., 96. 1. 153, 7 mars 1898, S., 02. 1. 231, D., 98. 1. 220, 18 oct. 1909, D., 10. 1. 462, S., 11. 1. 489, et 3 déc. 1912, D., 13. 1. 175, et les renvois. — Il faut supposer que la volonté de donner n'est pas expressément manifestée par le disposant : autrement il y aurait donation faite ouvertement, ou serait en présence d'un acte PORTANT donation (art. 931), et les formes prescrites par le droit commun devraient être observées. Cpr. Cass., 23 oct. 1905, D., 06. 1. 32 et Caen, 22 mars 1911, S., 11. 2. 271. Sur la question de savoir si une donation testamentaire déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux est valable indépendamment des conditions de forme prescrites pour le testament, voy. Cass., 25 nov. 1890, D., 91. 1. 421.

107 Par application de cette théorie, la jurisprudence décide que les créances constatées par un effet à ordre peuvent valablement être transmises à titre de don par un endossement régulier qui indiquera fictivement la valeur fournie. Cpr. Lyon, 2 avril 1901, D., 04. 2. 169 et la note. La donation pourrait même être réalisée par un endossement en blanc, mais elle ne deviendra parfaite que lorsque le donataire aura complété l'endos à son profit. V. cep. Cass., 29 déc. 1890, D., 91. 1. 321, S., 94. 1. 442. En ce qui concerne les titres nominatifs, la jurisprudence décide également que, soit à l'égard des tiers, soit même entre les parties, la donation est parfaite par le seul transfert des titres sur les registres de la société débitrice. Cass., 18 oct. 1909, D., 10. 1. 462, S., 11. 1. 489, et Paris, 13 mars 1906, sous Cass., D., 12. 1. 266, S., 11. 1. 137.

108 * Et toutefois, par la force même des choses, cette solution n'est applicable qu'aux donations ostensibles, les seules soumises à la règle de la solennité. La cour de cassation l'écarte en ce qui concerne les donations déguisées sous la forme d'un acte à titre onéreux. Echappant à la solennité prescrite par le droit commun, ces

donations doivent nécessairement y échapper pour le tout. On ne concevrait pas qu'elles y échappassent pour la manifestation de la volonté du donateur et qu'elles y demeuraient soumises pour la manifestation de la volonté du donataire, pour l'acceptation. Pour celle-ci comme pour celle-là, il faudra donc en revenir au droit commun. Or, d'après le droit commun, l'incapacité de l'un des contractants entraîne seulement la nullité du contrat et non son inexistence. Ainsi en sera-t-il de l'incapacité du donataire qui a concouru à l'acte à titre onéreux déguisant la donation. La nullité ne pourra donc être proposée que par les personnes désignées aux art. 225 et 1125, non par le donateur ni par ses héritiers. Cass., 30 nov. 1896, S., 97. 1. 89, D., 97. 1. 449, et Paris, 12 mai 1898, D., 99. 2. 313.

109 La cour de cassation a même décidé (7 mars 1860, S., 60. 1. 203) que le donataire, deuxième en date, ne pourrait pas se prévaloir contre le donataire plus ancien de l'hypothèque que le donateur lui aurait consentie.

110 La révocation pourra même être prononcée si l'exécution de la charge est devenue impossible sans la faute du donataire. V. en ce qui concerne les donations faites aux communes sous la condition d'entretenir une école congréganiste, supra, n. 813, et pour les libéralités faites à des congrégations ou à des établissements publics, qui, par suite de leur suppression, ne peuvent remplir les conditions de la donation, supra, note 1 de la page 591,

111 L'inexactitude de la date d'un testament par acte public n'équivaut à l'absence de date qu'autant qu'il n'est pas possible de reconstituer la date véritable à l'aide d'éléments fournis par le testament lui-même et complétés au besoin par des faits extrinsèques. Cass., 9 juil. 1895, S., 97. 1. 7, D., 96. 1. 105. Cpr. supra, n. 1014.

112 Ainsi renonciation que le testateur était sain d'esprit ne fera pas foi jusqu'à inscription de faux, parce que le

notaire n'avait pas qualité pour la faire ; elle n'exprime qu'une simple opinion personnelle du notaire, Cass., 21 fév. 1898, D., 98. 1. 160.

113 L'aveugle, qui ne peut pas tester dans la forme mystique, peut tester dans la forme authentique, ou même dans la forme olographe, s'il sait écrire. Cass., 23 mai 1887, D., 88. 1. 469, S., 87. 1. 221.

114 Suivent ici deux alinéas, ajoutés par la loi du 23 mars 1899. Nous nous bornons à y renvoyer le lecteur.

115 Cpr. trib. civ. d'Amiens. 16 mars 1911, D., 12. 2. 369,

116 Cette expression comprend même les successeurs irréguliers. Cass., 5 juin 1893, S., 93. 1. 348.

117 Aussi le testateur peut-il enlever au légataire le bénéfice de cette hypothèque. Cpr. trib. civ. de Rennes, 9 mars 1908, D., 09. 2. 237.

118 Et toutefois, dans le droit de Justinien le résultat est le même que chez nous, à cause de l'effet translatif du partage. Cpr. t. II, n. 1180, note.

119 Certaines décisions de jurisprudence sont arrivées à ce résultat en invoquant la théorie de la cause qu'elles ont étendue aux dispositions testamentaires. V. Rennes, 11 avril 1905, D., 06. 2. 257, et la note de M. Planiol.

120 A moins qu'on ne dise avec Demolombe que le disposant a transmis la propriété, au grevé d'abord pour le temps de sa vie, puis à l'appelé à dater de la mort du grevé. Dans ce système, le grevé serait propriétaire ad tempus.

121 Désormais, nous emploierons souvent le mot substitution, sans épithète, pour désigner les substitutions que prohibe l'art. 806, c'est-à-dire les substitutions fidéicommissaires ou indirectes.

122 Dans cette hypothèse, comme dans celles qui suivent, nous supposons que les dispositions dont il s'agit ne peuvent pas s'analyser en un double legs conditionnel, l'our le cas contraire, v. supra, n. 1153 in fine et infra, n. 1156.

123

124 Il s'agit de deux degrés de transmission, ou autrement dit de deux transmissions successives, et non de deux degrés de génération. Cass., 6 avril 1894, S., 94. 1. 216, D., 95. 1. 7.

125 La cour de Poitiers a décidé (23 janv, 1905, D., 05. 2. 169, S., 05. 2. 217) que l'avantage fait par un partage testamentaire à l'un des enfants copartagés doit être présumé fait par préciput et hors part (arg. art. 813, L. 24 mars 1898), et cela alors même que cet avantage résulterait seulement de la manière dont les lots ont été composés par le défunt. V. la note sous cet arrêt.

126 Peut-on considérer comme ayant été omis hoc sensu l'enfant contre lequel la révocation du partage a été prononcée pour inexécution des charges qui lui étaient spécialement imposées ? Sur cette question, qui est controversée, v. Bordeaux, 30 déc. 1908, D., 10. 2. 369, S., 11. 2. 177, et les notes.

127 « Pour que le partage soit régulier, il faut qu'il ait été fait entre tous les enfants... ; autrement le partage sera radicalement nul pour le tout ». Fenet, t. XII, p. 616 et 617.

128 Voyez notamment Cass., 25 fév. 1878, D., 78. 1. 449, S., 81. 1. 73 ; Toulouse, 31 déc. 1883, D., 84. 2. 81, S., 84. 2. 113, et Cass., 16 nov. 1885, D., 86. 1. 395, S., 86. 1. 454. Ce dernier arrêt consacre la validité du partage que les père et mère font cumulativement, par donation entre vifs, de tous leurs biens confondus en une seule et même masse (Cpr. Grenoble, 1^{er} avril 1908, D., 09. 2. 220). Il décide en outre

que la prescription de l'action en rescision fondée sur l'inobservation des art. 826 et 832 ne commence à courir qu'à compter du décès du survivant des père et mère. Enfin il résout une question intéressante, relativement à une prétendue cession de droits héréditaires qui avait en réalité pour but de dissimuler l'atteinte portée aux art. 826 et 832. Cpr. sur ce dernier point Cass., 16 juil. 1883, S., 85. 1. 419, D., 84. 1. 390, et 18 mai 1904, D., 06. 1. 358.

129 La cour de cassation paraît d'ailleurs admettre que le juge peut se mouvoir dans un cercle très large. On lit dans un arrêt de la chambre des Requêtes du 23 nov. 1898 (D., 99.1. 38, S., 99. 1. 94) que le disposant peut, « suivant les circonstances, les contenances ou la situation de ses héritiers, suivant la nature et la consistance de ses biens, ne pas s'astreindre, dans la composition des lots en immeubles ou meubles, à une rigoureuse égalité ». Cpr. Cass., 29 oct. 1900, D., 01. 1. 217.

130 V. sur ce point, Bordeaux, 14 déc. 1911, D., 12. 2. 281, et la note de M. de Loynes.

131 Cette quotité disponible étant fixée par la loi en pleine propriété comme la quotité disponible ordinaire, on admet très généralement que, si le de cujus a fait à son conjoint une libéralité en usufruit ou en rente viagère, l'art. 917 devrait recevoir son application. Cass.. 30 mai 1905, D., 08. 1. 166, S., 07. 1. 125 et les références. Cpr. supra, n. 1945.

132 La cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre cet arrêt.

133 Cependant, dans certaines colonies françaises, par exemple en Algérie et en Cochinchine, on distingue les citoyens français, les Français et les sujets français. V. sénatus-consulte du 14 juillet 1865, art. 1 et 2, et décrets du 24 octobre 1870 et du 25 mai 1881, art. 1.

134 Cette faculté de répudiation doit être considérée comme une condition résolutoire et non comme une condition suspensive de l'acquisition de la qualité de Français. L'individu qui nous occupe est Français sous la condition résolutoire de sa répudiation dans le délai légal ; il est donc Français provisoirement et peut exercer les droits attachés à cette qualité, notamment réclamer immédiatement son inscription sur es listes électorales Cass., 16 et 22 avril 1896, D., 97. 1. 95.

135 D'une manière générale, notre ancien droit considérait comme appartenant au droit naturel tous les actes entre vifs, même la donation. Les actes de transmission à cause de mort, MORTIS CAUSA (succession et testament), étaient au contraire considérés comme appartenant au JUS CIVILE ou droit civil STRICTO SENSU.

136 L'ancien art. 13 portait : « L'étranger qui aura été admis par l'autorisation du roi à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ». Ces derniers mots ne pouvaient être conservés par le législateur de 1889 : ils se seraient trouvés en contradiction avec le nouvel alinéa ajouté à l'art. 13. Mais il ne faut pas conclure de leur suppression que l'étranger admis à domicile soit aujourd'hui dispensé de résider en France pour y jouir des droits civils. La cour de cassation a jugé que l'autorisation accordée à un étranger de fixer son domicile en France ne produit aucun effet juridique si cet étranger n'a jamais résidé en France. Cass., 10 mars 1897, D., 97. 1. 141.

137 Les art. 1 et 3 de cette loi ont été modifiés par l'art. 9 de la loi du 16 juil. 1912, sur l'exercice des professions ambulantes et la réglementation de la circulation des nomades. L'art. 2 a été abrogé par la loi du 26 nov. 1912, portant codification des lois ouvrières (livre II du code du

travail et de la prévoyance sociale). V. C. du travail, liv. II, art. 64 (D., 28 nov. 1912).

138 Traduction littérale : le demandeur suit le tribunal du détenteur : rei est ici le génitif de reus.

139 V. notamment la convention de La Haye du 17 juillet 1905 (Journ. off. du 2 mai 1909).

140 Ce délai a été prorogé jusqu'au 1^{er} octobre 1873 par l'article 1^{er} d'une convention additionnelle du 11 décembre 1871, ratifiée par l'assemblée nationale le 9 janvier 1872, pour les sujets originaires des territoires cédés qui résidaient hors d'Europe.

141 Ces deux lois reconnaissent implicitement l'autorité législative du décret du 27 avril 1848. Cpr. trib. civ. de Mascara, 6 fév. 1895, D., 95. 2. 481.

142 Cette matière appartenant au droit criminel plus qu'au droit civil, nous la traiterons très succinctement.

143 Le bannissement, qui consiste en droit dans un simple exil, n'enlève pas en fait au condamné l'administration de sa fortune et par suite ne nécessite pas rétablissement d'une tutelle.

144 Voy. l'art. 3 al. 1, et surtout l'art. 4 al. 1 et 2. Ces deux alinéas auraient certainement été confondus dans une même disposition, si le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne perdait que l'exercice du droit de disposer et de recevoir à titre gratuit.

145 Une loi du 25 mars 1873, à laquelle on peut se reporter, est venue modifier profondément la situation des déportés de l'une et de l'autre catégorie. Voyez surtout les art. 9 à 16 qui se rattachent à la privation des droits civils.

Précis de droit civil : contenant... l'exposé des principes... les questions de détail et les controverses

<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64799994>

À propos de cette édition numérique

Cette édition numérique est issue d'un programme de numérisation du patrimoine mené par la Bibliothèque nationale de France pour enrichir Gallica, la bibliothèque numérique de la BnF et de ses partenaires. En ligne depuis 1997, Gallica s'enrichit chaque semaine de milliers de nouveautés et offre aujourd'hui accès à plusieurs millions de documents numérisés : imprimés (livres, revues et fascicules de presse), manuscrits, estampes et photographies, documents sonores, partitions, cartes et plans... Les imprimés sont d'abord numérisés en mode image (prise de vue photographique) puis le texte est extrait de manière automatique grâce aux techniques de reconnaissance optique de caractères (*optical character recognition* ou OCR). Les algorithmes informatiques utilisés définissent également de manière automatique la structure de l'ouvrage (en-têtes et pieds de page, illustrations, tableaux, etc.). L'état

du document imprimé (taches, pages déchirées) et les caractéristiques de la typographie employée peuvent entraîner des erreurs lors de l'OCR. Le texte ainsi produit est ensuite relu, corrigé, et converti au format ePub (*electronic publication* ou « publication électronique »), format ouvert standardisé pour les livres numériques. Malgré tous nos efforts pour respecter au mieux le format original du livre, il est possible que vous retrouviez des coquilles ou des problèmes de mise en page qui auraient échappé au relecteur. N'hésitez pas à nous signaler ces anomalies à l'adresse gallica@bnf.fr.

Conditions d'utilisation

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres 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/ 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.

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

4/ 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.

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

6/ Pour obtenir la reproduction d'un document de Gallica en haute définition, contacter reproduction@bnf.fr

7/ Pour utiliser un document de Gallica sur un support de publication commercial, contacter utilisation.commerciale@bnf.fr

il été confondu dans celui de la communauté sans un inventaire préalable.

Retour

à dater de la signification ; autrement il dépendrait de la femme de reculer indéfiniment

Retour

2° Les arrérages ou intérêts des rentes ou dettes passives personnelles aux époux. Arg. art. 1409-3°.

3° Les charges usufruituaires des propres, telles que réparations d'entretien et contributions. Arg. art. 1409-4°.

4° Enfin les aliments des époux, l'éducation et l'entretien des enfants et toutes les autres charges du mariage. Arg. art. 1409-5° à 6° et L. 13 juil. 1907, art. 3, al. 4.

Quant aux dettes des époux antérieures au mariage, elles sont exclues de la communauté et demeurent propres à l'époux du chef duquel elles proviennent (art. 1498) (1), ainsi que les dettes des successions ou des donations qui leur étoient pendant le mariage. Il en est de même des dettes que la femme contracte avec l'autorisation de la justice, excepté pourtant dans les cas prévus par l'art. 1427, et de celles que la femme a contractées sans autorisation, en vertu des droits que lui confère la loi du 13 juillet 1907 à l'exception de celles qui ont été contractées dans l'intérêt du ménage.

[Retour](#)

256. L'administration de la communauté d'acquêts appartient au mari. Ses pouvoirs sont réglés par les art. 1421 et s., qui reçoivent ici leur application, la loi n'y ayant pas dérogé.

Il en résulte que les créanciers du mari antérieurs au mariage, bien qu'ils ne soient pas créanciers de la communauté, peuvent, pendant toute la durée de la société conjugale, s'attaquer aux biens de la communauté, qui se confondent avec ceux du mari (*supra*, n. 82) (28. n.

• Quant aux créanciers de la femme, antérieurs au mariage, ceux dont la créance a reçu une date certaine avant la célébration peuvent s'attaquer à la pleine propriété des biens personnels de la femme. Les autres ne peuvent poursuivre que la nue propriété de ces mêmes biens. On peut invoquer en faveur de cette double solution toutes les raisons qui seront exposées au n. 332 relativement aux dettes de la femme mariée sous le régime d'exclusion de communauté. V. aussi ce qui est dit au n. 286 relativement à l'influence de la clause de séparation des dettes sur les dettes de la femme, et les arrêts cités au n. 255, en note.

Le mari a également, comme sous le régime de la communauté légale, l'administration des biens personnels de la femme. On applique les art. 1428 et s.

Quant aux *biens réservés*, qui font, provisoirement du moins, une partie de la masse commune, la femme en a l'administration et la disposition, comme sous le régime de la communauté légale.

[Retour](#)

257. La communauté d'acquêts se dissout par les mêmes causes que la communauté légale, c'est-à-dire par la mort de l'un des

(1) Il y a donc entre les époux une séparation tacite de dettes, et cette séparation tacite produit le même résultat qu'une séparation expresse, celui indiqué par l'art. 1510. V. *infra*, n. 286. Douai, 11 mai 1894, S., 95, 2, 141, et Cass. Belg., 7 fév. 1895, D., 96, 2, 295.

[Retour](#)

époux, par le divorce, par la séparation de corps et par la séparation de biens (v. art. 1441).

11 La communauté d'acquêts une fois dissoute, la femme peut l'accepter ou la répudier.

12 Si la femme renonce, elle a seulement droit à la reprise de ses apports et de ses biens réservés et au paiement des indemnités qui peuvent lui être dues par la communauté. Arg. art. 1493 et L. 13 juil. 1907, art. 5, al. 2 et 3. Elle jouit en outre du privilège de l'art. 1492 *in fine*.

13 L'acceptation de la femme donne lieu au partage de la communauté, dans laquelle sont compris les biens réservés (L. 13 juil. 1907, art. 5, al. 1). Ce partage s'opère, dit l'art. 1498, « après que chacun des époux a prélevé ses apports dûment justifiés ». Chaque époux doit donc justifier des apports dont il prétend opérer la reprise; sinon sa prétention devra être repoussée.

14 Reste à savoir comment devra être faite cette justification. Il faut distinguer à cet égard s'il s'agit d'immeubles ou de meubles.

a. — Il s'agit d'immeubles. On appliquera le droit commun, la loi n'y ayant pas dérogé. L'époux qui prétend opérer le prélèvement d'un immeuble devra donc prouver, par les moyens de preuve ordinaires, qu'il en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage ou qu'il lui est survenu depuis à titre de succession ou de donation. Arg. art. 1402.

b. — Il s'agit de meubles. L'art. 1499 dispose : « Si le mobilier existant lors du mariage, ou échu depuis, n'a pas été constaté par inventaire ou état en bonne forme, il est réputé acquêt ».

Cpr. art. 560 C. co. L'époux qui, prétendant avoir apporté du mobilier, veut en opérer la reprise en nature, doit donc justifier sa prétention à l'aide d'un inventaire ou d'un état en bonne forme.

Comme exemple d'état en bonne forme, on peut citer l'état contenu dans un compte de tutelle, ou l'état annexé à la minute d'un acte de donation d'effets mobiliers (art. 948).

D'après la jurisprudence constante de la cour de cassation, il faut, pour déterminer le sens de l'art. 1499, combiner la disposition de ce texte avec celles des art. 1502 et 1504, d'une part, et 1510, d'autre part. Du rapprochement de ces articles, il résulterait que la présomption édictée par l'art. 1499 serait rigoureusement applicable dans les rapports des époux avec les tiers, principalement avec les créanciers du mari (arg. art. 1510), mais non dans les relations des époux entre eux (arg. art. 1502 et 1504). Et il n'y aurait pas à distinguer suivant que l'époux, invoquant un droit de propriété, veut exercer ses reprises en nature, ou que, se présentant simplement comme créancier, il prétend exercer ses reprises en argent. « Attendu, dit la cour de cassation, dans un arrêt du 25 déc. 1902 (D., 04. 1. 401, S., 03. 1. 186), que si la disposition de l'art. 1499 doit recevoir son application littérale et rigoureuse à l'égard des créanciers, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer entre les époux l'existence de leurs propres mobiliers à l'époque du mariage; que la loi n'a pas entendu établir, dans ce cas, une présomption *juris et de jure* ».

[Retour](#)

1. *Il y a des enfants du mariage, mais point d'enfants d'un autre*
du prédécédé. Le droit d'usufruit du conjoint survivant portera
sur le quart de la succession. Sa quotité sera toujours la même
quel que soit le nombre des enfants. En la faisant décroître à
mesure que ce nombre augmente, on eût menacé la fécondité du
mariage. Au cas où le défunt laisse des enfants issus du mariage
il faut assimiler celui où il laisse des descendants de ceux-ci, suc-
cédant soit de leur chef, soit par représentation, ou des enfants
légitimés par ce mariage (arg. art. 333), mais non celui où il laisse
des enfants naturels non légitimés ou des enfants adoptifs.

[Retour](#)

seulement à l'égard des créanciers chirographaires de l'héritier, mais aussi à l'égard de

[Retour](#)