

22740

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

COMMENT ON DEVIENT ESCLAVE
COMMENT ON CESSE DE L'ÊTRE

EN DROIT ROMAIN

DE LA

COMMUNAUTÉ LÉGALE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 25 avril 1877, à midi

PAR

Gaston FOUET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PRÉSIDENT : M. DEMANTE, *professeur*

Suffragants :	{	MM. VALETTE,	}	<i>professeurs,</i>	
		MACHELARD,			
		LÉVEILLÉ,			<i>agrégés.</i>
		DESJARDINS,			
		CAUWÈS.			

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



PARIS
ALPHONSE DERENNE
52, boulevard Saint-Michel, 52
1877

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE

LE DROIT ROMAIN
COMMENT ON DEVIENT ESCLAVE
COMMENT ON CÈSSE DE L'ÊTRE

LE DROIT ROMAIN

LE DROIT ROMAIN

DE LA

COMMUNAUTÉ LÉGALE

LE DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue en public le 20 mai 1977 à l'université de Bourgogne
par M. GASTON FOIRET

Président de la commission : M. HENRI LAFITE, professeur de droit
Examinateurs : M. HENRI LAFITE, professeur de droit
M. GASTON FOIRET, professeur de droit

M. V. LAFITE, professeur de droit
M. GASTON FOIRET, professeur de droit
M. HENRI LAFITE, professeur de droit
M. GASTON FOIRET, professeur de droit

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS
ALPHONSE BÉRENGER

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

DES CAUSES QUI FONT NAÎTRE L'ESCLAVAGE.

Preliminaires.

L'esclavage exista de tout temps chez les Romains. Mais il s'adoucit avec les mœurs et ne fut plus à l'époque de Justinien ce qu'il était auparavant. Cette division d'hommes libres et d'esclaves, que nous trouvons dans la législation romaine, est commune aux divers peuples anciens. Il a fallu les progrès de la civilisation pour la faire disparaître.

Les esclaves formaient à Rome une classe avilie, instrument d'utilité ou de plaisir. Les Romains employaient leurs esclaves à toute profession qu'un citoyen eût rougi d'exercer. Aussi voyons-nous les esclaves cultiver les terres, se livrer aux travaux domestiques, au commerce. Nous voyons même des esclaves lettrés, secrétaires, professeurs de leurs maîtres : ils instruisent ceux qui les commandent.

L'origine de l'esclavage est la guerre, d'après les Instituts. Tite-Live montre les Tarquiniens, après une victoire, immolant des soldats romains qu'ils ont faits prisonniers : « *Trecentes septom milites romanos captos Tarquinienses immolaverunt.* » Le droit de tuer le prisonnier emporte le droit de le faire esclave. Voilà, chez les Romains, la justification, triste justification, de l'esclavage. L'esclave, *servus*, c'est l'homme à qui l'ennemi généreux a sauvé la vie. Tous les prisonniers faits par les Romains étaient donc esclaves, et réciproquement tous les Romains, faits prisonniers par l'ennemi, étaient regardés comme esclaves par la loi romaine. — Quelle puissance devait acquérir une armée dont chaque individu se voyait anéanti, s'il tombait au pouvoir du vainqueur. En effet, quand un citoyen romain devient esclave, il encourt la *maxima capitis minutio*, espèce de mort civile qui enlève tous ses droits à ce Romain.

Que si nous remontons aux premiers temps de Rome, nous voyons que des populations vaincues, elle fit des citoyens. En effet, la République romaine, à sa naissance, avait plus besoin de citoyens que d'esclaves. On voit donc, à l'origine, les Romains détruisant les villes soumises, transportant les habitants parmi eux et leur donnant droit de cité. Ainsi les habitants d'Albe, du Latium, les Sabins sont agrégés à la cité naissante. Puis, quand Rome s'est ainsi fortifiée, elle fait la guerre aux habitants les plus éloignés de l'Italie, et l'on remarque alors l'esclavage se multipliant chaque jour, par suite de ses victoires inces-

santes. Aussi les historiens rapportent-ils que Paul-Émile envoya à Rome cent cinquante mille esclaves, rien que de l'Épire. Ce fut bien pis, aux derniers temps de la République, sous Marius et Sylla. Plus tard, à mesure que les Romains furent moins souvent victorieux, l'esclavage décrut. Il subsistait, cependant, à l'époque de Justinien. Nous avons vu l'origine de l'esclavage : la guerre. Mais, dans le droit romain, il y avait bien d'autres sources d'esclavage ; nous allons les examiner toutes dans leur ordre historique.

SECTION PREMIÈRE.

On devient esclave *jure gentium* et *jure civili*. Sous cette section, nous allons examiner dans un premier paragraphe les sources d'esclavage : *jure gentium*, puis dans un second paragraphe, les sources d'esclavage : *jure civili*.

§ 1. — Sources d'esclavage dérivant du *jus gentium*.

La première cause d'esclavage c'est la *captivité* : « *jure gentium fiunt servi ex captivitate*. » C'est là un principe de réciprocité. La législation romaine reconnaît esclaves les Romains pris par l'ennemi : ils subissent une *maxima captivis minutio*, de même qu'elle regarde comme esclaves les ennemis pris par les Romains. Ce cas d'esclavage naîtra

la plupart du temps de la guerre. Cependant, même en temps de paix, celui qui sera pris deviendra esclave, s'il n'y a pas de traités passés avec la nation à laquelle il appartient. Ce principe s'affaiblit progressivement (1). Remarquons que si des pirates font un prisonnier, ce prisonnier ne sera pas traité comme esclave, il sera toujours resté libre en droit. Si le soldat, captif chez l'ennemi, parvenait à rentrer à Rome, tous ses droits lui étaient rendus, et par une condition résolutoire qu'on nommait *droit de postliminium*, *jus postliminii*, le temps de son esclavage était effacé de sa vie. Il était remis dans son premier état, comme s'il n'avait jamais cessé d'être libre.

La deuxième cause d'esclavage résultant du *jus gentium* c'est la *naissance*. Est esclave l'enfant né d'une mère qui est esclave. Peu importe le père, l'enfant suivra la condition de la mère. Cependant, si la mère mariée devient esclave, étant enceinte, la condition de l'enfant sera fixée dès l'époque de la conception, et l'enfant suivra la condition de son père. En dehors du mariage, l'enfant suit la condition de la mère, au moment de la naissance (2). Ainsi la mère non mariée est libre au moment de la conception et devient esclave au moment de la naissance. *L'enfant doit être esclave*. Ce principe subit une modification, et on admit cette règle : par là même que la mère aura été libre à un moment quelconque de la grossesse, cela suffira pour conférer la liberté à l'enfant. Il faut, dès lors, que l'enfant

1. Dig. livre 49, titre 15 l. 5, p. 2.

2. § 88 comm. 1 Gaius.

soit né d'une mère qui a été esclave sans discontinuité de la grossesse à l'accouchement, *pour qu'il naisse esclave.*

§ 2. — *Sources d'esclavage dérivant du jus civile.*

On ne peut par convention se rendre esclave. Un Romain ne peut pas, par contrat, aliéner sa liberté qui est inaliénable. On n'admet pas plus qu'un citoyen romain puisse être esclave à Rome. Cependant le droit civil modifia ces principes. Ainsi le *débiteur qui n'aura pas payé son créancier* dans certains délais, sera vendu par lui au-delà du Tibre. Cette première source d'esclavage dérivant du droit civil disparut d'assez bonne heure.

Mais ce qui se maintint jusqu'à Justinien ce fut *l'esclavage à titre de peine* que les Romains admirent à partir de l'Empire.

Très-anciennement on frappait d'esclavage *le citoyen qui refusait le service militaire.* De même *du voleur surpris en flagrant délit de vol.* Mais ces châtiments disparurent assez promptement. Après l'époque de Cicéron, certaines condamnations pénales très-graves entraînaient l'esclavage. Ainsi la condamnation à la peine de mort, la condamnation aux bêtes, aux mines, entraînaient la servitude. Mais quel est l'intérêt de la question pour un condamné à mort? C'est qu'il devient esclave dès que la condamnation est prononcée. Donc, au point de vue du droit, il a perdu sa capacité juridique avant la mort naturelle. On appelait ces

esclaves par suite de condamnation des *servi pœnæ*. Ils existaient encore à l'époque de Justinien qui supprime cette cause d'esclavage.

Une autre source d'esclavage résultait du *sénatus-consulte Claudien*. La femme libre qui, connaissant sa condition, entretenait des relations avec l'esclave d'autrui (*contubernium*) et y persistait malgré trois dénonciations à elle faites par le propriétaire de l'esclave, perdait au profit de ce dernier sa liberté et ses biens. Les enfants conçus de ce commerce devaient régulièrement naître esclaves ; ils durent naître libres quand il fut reçu que la liberté de la mère à un moment quelconque de la gestation entraînait la liberté des enfants.

Un décret du magistrat prononçait l'application de ces peines à l'égard de la femme qui avait contrevenu au sénatus-consulte. Ce sénatus-consulte Claudien était un essai de réaction violente contre les mœurs déplorables de l'époque. Il est assez remarquable que ce fut à l'instigation de l'affranchi Pallas qu'il fut rendu par l'empereur Claude. L'application de ce sénatus-consulte rencontra des résistances. Vespasien le remit en vigueur. Il était au surplus hors d'application quand des motifs de convenance s'y opposaient. C'est ainsi qu'il était lettre morte quand le *servus*, avec lequel la femme avait eu des relations, était l'esclave du fils ou de l'affranchi de cette femme. Il en était de même si la femme était *filia familias*, et que le père eût ignoré ces relations. Il ne pouvait pas dépendre d'un enfant de dissoudre à son gré la puissance paternelle.

Si cette femme était une affranchie et que le patron eût ignoré les faits, elle tombait sous la puissance de son patron, qui ne pouvait pas être dépouillé malgré lui des *jura patronatus*.

Justinien supprima le sénatus-consulte Claudien contraire aux idées religieuses de son temps (1).

Autre source d'esclavage : *l'affranchi ingrat envers son patron redevient esclave*. Les affranchis tenus par la loi dans la dépendance de leurs patrons, se montraient souvent pleins de haine contre ceux qui les avaient tenus en servitude. L'abus que les patrons faisaient de leurs droits accroissait encore cette haine de l'ancien esclave contre son maître. Sous le règne d'Auguste, la loi *Ælia Sentia*, tout en respectant le principe de l'irrévocabilité de la liberté une fois acquise, organisa un mode de répression contre l'affranchi ingrat. Le patron put le faire condamner à la rélegation au-delà de vingt milles de Rome. Plus tard la peine fut laissée à l'arbitraire de *præses provinciæ* ou du *prefectus urbis* (2).

L'empereur Claude alla plus loin, en décidant que l'affranchi, qui aurait mis en question l'état de son patron, redeviendrait esclave de ce dernier. Ce ne fut que sous Commode, après des tentatives restées infructueuses sous Néron, que l'on admit d'une manière générale l'esclavage résultant de l'ingratitude d'un affranchi (3). Mais il faut

1. Code. livre 7, titre 24.

2. Dig. loi 70 de *verborum signif...*

3. Dig. livre 25, titre 3, loi 6 p. 1.

pour que l'affranchi redevienne esclave, trois conditions : 1^o que l'affranchissement ait été spontané ; sinon, l'affranchi ne doit pas à son maître, qui n'a fait qu'exécuter une obligation, le bienfait de la liberté ; 2^o que l'ingratitude soit caractérisée par une injure grave telle que violences ou refus d'aliments ; 3^o que les faits aient été constatés, et la peine prononcée par le magistrat.

Deux constitutions du Bas-Empire étendirent la décision de Commode au cas de l'ingratitude de l'affranchi envers les héritiers du patron ou des enfants de l'affranchi envers le patron. Cette cause d'esclavage existe encore sous Justinien.

Enfin nous allons examiner la dernière cause d'esclavage *jure civili*. Elle naquit d'une fraude qui se pratiquait souvent entre deux citoyens romains. L'un se faisait passer pour l'esclave de l'autre. Celui-ci trouvait acheteur, et une fois le marché passé et le prix payé, comme un principe de droit civil était l'inaliénabilité de la liberté, le faux esclave réclamait sa liberté : *proclamabat ad libertatem*. Des sénatus-consultes décidaient que celui qui se serait prêté à cette escroquerie demeurerait esclave ; mais plusieurs conditions étaient nécessaires pour le faire tomber en esclavage (1).

Il fallait :

1^o Qu'il fût majeur de vingt ans au moment de la vente, ou bien à l'époque où il partageait le prix avec son complice ;

2^o Qu'il connût bien sa qualité d'homme libre, et que

1. Dig. livre 40, titre 13, *quibus non permittitur*.

son intention fût de partager le prix ; sans ces conditions, il n'y aurait pas eu fraude de sa part ;

3° Que le prix eût été réellement compté par l'acheteur au vendeur ;

4° Que l'acheteur ignorât que celui qu'on lui vendait était libre : s'il le savait, il ne pouvait pas se plaindre d'avoir été trompé et ne pouvait s'en prendre qu'à lui seul.

Toutes ces causes d'esclavage ont subsisté jusqu'à Justinien. Justinien supprima, comme nous l'avons vu, la cause d'esclavage résultant du sénatus-consulte Claudien. La Nouvelle 22 supprima l'esclavage résultant d'une condamnation. Il n'y eut plus dès lors de *servi pœnæ*. Justinien maintint l'esclavage pour l'affranchi ingrat et pour l'homme libre qui, s'entendant avec une personne, se faisait passer pour esclave.

SECTION II.

Situation de l'esclave.

L'esclave, au point de vue du droit, n'a aucune capacité ; il n'est pas une personne juridique. Absence pour l'esclave de droits civils, de droits politiques, de parenté. Il ne peut rien acquérir, ce qu'il gagne profite à son maître ; il est soumis à la *potestas dominica*. Il est l'objet d'un droit, au lieu d'avoir des droits, il est rangé parmi les *res pretiosiores* ou *res mancipi*. Il peut être l'objet du *dominium ex jure quiritium* ; il peut être l'objet d'un usufruit. Il pourra

être la cause de toutes sortes de transactions. Quand mourra son maître, l'esclave sera transmis, comme une chose, parmi toutes les choses du défunt. Il sera alors un *servus hereditarius*. L'esclave sera un gage dans le patrimoine de son maître, une valeur, comme un bœuf, un cheval, et quand les créanciers du maître vendront son patrimoine, pour se payer de ce qui leur est dû, ils vendront en même temps l'esclave. L'esclave est-il tué ou blessé par un tiers? Le maître aura contre ce tiers les mêmes actions que si on avait lésé sa chose. Lorsque l'esclave aura causé un dommage à un tiers, on appliquera, dans le rapport des parties, le droit qu'on appliquerait, si c'était un objet qui eût lésé la chose d'autrui. En effet, le propriétaire de l'objet qui a lésé la chose d'autrui peut l'abandonner, comme réparation du dommage causé, et ne pas payer de dommages-intérêts. Donc, si l'esclave de Primus a causé des dommages, Primus, pour toute réparation envers la partie lésée, pourra abandonner l'esclave *in noxam*.

La puissance dominicale est du *jus gentium*. Elle sera mentionnée par la loi romaine pour les étrangers à l'égard de leurs esclaves. Le *peregrinus*, au contraire, n'aurait pas la *patria potestas* du père sur ses enfants. C'est là une différence profonde avec la puissance dominicale. De plus, une femme n'a pas cette *patria potestas*. Les citoyens romains seuls en jouissent. Au contraire, une femme peut très-bien avoir la puissance dominicale.

En vertu de la *potestas dominica* le maître a le *jus vitae necisque* sur la personne de l'esclave.

La loi romaine ne limite pas, du moins à l'origine, cette puissance du maître sur la personne de ses esclaves. Mais sous Auguste, sous Claude, sous Adrien, sous Antonin le Pieux, des adoucissements sont apportés à ce pouvoir despotique et sans contrôle. Nous voyons aux *Instituts deux rescrits d'Antonin le Pieux touchant cette matière*. Nous examinerons ces adoucissements progressifs apportés par les mœurs, d'une manière plus approfondie, en comparant la puissance dominicale à la puissance paternelle. Mais malgré tous ces remèdes insuffisants, la situation de l'esclave était si précaire, que Juvénal peut faire dire au maître de l'esclave : « *sic volo, sic jubeo, sic pro ratione voluntas.* » Et nous trouvons, dans le dernier état du droit, dans la *collatio legum mosaïcarum et romanarum* que si l'esclave, frappé à bon escient, meurt des suites de ses blessures, le maître ne sera pas puni.

Un autre pouvoir du maître, résultant de la *potestas dominica*, c'est qu'il acquiert tout ce qu'acquiert l'esclave (1). L'esclave, en conséquence, va pouvoir figurer dans les opérations de droit pour son maître, afin d'augmenter son patrimoine. Cela est admis par les Romains, dans l'intérêt du maître. Pourquoi le maître n'emploie-t-il pas un étranger à la place de cet esclave? Pour deux raisons : 1° parce qu'à Rome les esclaves étaient généralement plus capables que leurs maîtres, qui, occupés à la guerre, négligeaient leurs affaires domestiques ; 2° parce

1. *Instituts* livre 1. titre 8 p. 1.

que l'ancien droit romain n'admettait pas qu'on pût charger un de ses concitoyens de faire, pour votre compte, une opération de droit. *Chacun doit agir par lui-même*. Aussi était-il important pour le maître de pouvoir se servir de l'intermédiaire de ses esclaves, car les actes les plus importants à Rome exigent la présence des deux parties contractantes. Or, un *infans*, par exemple, ne peut pas prononcer les paroles nécessaires à une *stipulatio* ; son esclave le représentera. L'esclave empruntera de son maître la capacité juridique qu'il n'a pas personnellement. L'esclave va prendre part à l'acte juridique, en discuter les conditions, mais dans les limites fixées par l'intérêt du maître.

CHAPITRE II.

SECTION I.

Du rôle de l'esclave dans les divers actes juridiques et de leurs conséquences à l'égard du maître.

C'est l'intérêt du maître qui permet à l'esclave de le représenter dans les divers actes de droit. Dès que l'utilité de l'acte n'existe plus pour le maître, l'esclave n'est plus capable. C'est cette idée que nous allons étudier dans les diverses opérations de droit, au point de vue de la possession, de la propriété, des obligations, en ayant soin d'indiquer les modifications que cette idée a subies.

§ 1. — *De la possession.*

La possession comprend deux éléments : *l'animus* et le *corpus*. En règle générale, *l'animus* devra exister chez le maître. Il faudra donc qu'il connaisse l'appréhension qu'aura fait l'esclave, lorsque celui-ci aura agi *sans son ordre*. Cependant nous savons que toutes les acquisitions faites par l'esclave profitent au maître : *nobis invitis et ignorantibus acquiritur* (1). Ce principe recevra son application. Mais

1. Inst. livre 2, titre 9, p. 3.

par suite d'un *animus personnel* nécessaire au possesseur, il faut que le maître connaisse l'appréhension de la chose ; d'où la conséquence que l'usucapion ne sera possible que du jour où cette connaissance lui sera acquise (1). Une autre condition exigée pour acquérir la possession, quand l'esclave a agi sans l'ordre exprès du maître, c'est que le maître doit posséder lui-même son esclave. D'où il suit qu'il ne saurait acquérir la possession par l'esclave donné en gage, ni par l'esclave qui vit *in libertate* (2). Il existait cependant un cas où le maître acquérait immédiatement la possession par son esclave, sans avoir eu *l'animus possidendi* au moment précis de l'acquisition de la possession. C'était quand l'esclave se trouvait à la tête d'un pécule. Cette décision pouvait se justifier en disant que la constitution du pécule avait assez bien établi pour le maître la volonté de posséder *ex causa peculiari*, et que cette volonté était suffisante (3).

§ 2. — *De la propriété et de ses démembrements.*

L'esclave pouvait acquérir des droits réels et cette acquisition profitait au maître. Mais il était des modes d'acquérir la propriété qui étaient fermés à l'esclave : *l'in jure cessio et l'adjudicatio*. Cette incapacité de l'esclave tenait à ce qu'on le regardait comme ne pouvant figurer dans des

1. Dig. livre 41, titre 4, loi 2 p. 11.

2. Dig. livre 41, titre 3, loi 31 p. 2.

3. Dig. livre 41, titre 4, loi 2 p. 11.

actes qui se passaient *in jure*. L'esclave pouvait figurer dans une *mancipatio*, dans une *traditio* et acquérir ainsi la propriété à son maître.

L'esclave pouvait être institué héritier dans un testament. « *Servos alienos instituere possumus sine libertate* » a dit Ulpien (Régul. 22, p. 27). La seule condition exigée, c'est qu'on ait la *factio testamenti* avec le maître. Si l'esclave est affranchi avant l'adition, il recueillera lui-même la succession, dans le cas contraire, c'est pour le maître qu'il aura à cette époque qu'il devra faire adition (1).

L'esclave acquérait encore la propriété à son maître quand on lui faisait un legs dans un testament, legs translatif de propriété. Or, nous savons que, avant Justinien, le legs *per vindicationem*, et le legs *per præceptionem*, suivant les Proculéiens, transféraient seuls la propriété de l'objet légué. Mais, depuis Justinien, l'effet translatif de la propriété est indépendant de la forme du legs. Pour que le legs fût valable, il fallait que le testateur eût la *factio testamenti* avec le maître de l'esclave. Ainsi un pérégrin ne pouvait pas recevoir de legs, donc son esclave ne pouvait pas être fait légataire.

L'esclave pouvait encore acquérir, par legs, à son maître les démembrements de la propriété comme l'usufruit et les servitudes prédiales. Cette acquisition réalisable sous Justinien indépendamment de la forme du legs, le fut de

1. Inst. livre 2, titre 14, p. 1.

tout temps par un legs *per vindicationem*. Entre-vifs l'acquisition de ces divers droits souffrait des difficultés. Car les servitudes rurales, seules susceptibles de mancipation, étaient des *res Mancipi*. Quant aux autres droits réels, ils ne pouvaient être acquis que par l'*in jure cessio* et par l'*adjudicatio*. Or, l'esclave ne pouvait figurer dans ces modes translatifs de droits réels. Le § 51 des *fragmenta vaticana* nous dit : « *acquiri nobis potest usufructus per eos quos in potestate nostra habemus, sed non omnibus modis ; sed legato ; per in jure cessionem vel judicio familiæ eriscundæ non posse.* » Mais le texte nous indique un expédient pratique pour tourner la difficulté. L'esclave acquérait par la mancipation la pleine propriété pour son maître ; celui-ci remancipait à l'aliénateur la nue-propriété, et se réservait l'usufruit : « *per mancipationem ita potest, ut nos proprietatem, quæ illis Mancipio data sit, deducto usufructu, remancipemus.* »

Les innovations du préteur admettant l'établissement des servitudes prédiales ou personnelles par une *quasi-traditio* mettent fin à ces difficultés. Justinien sanctionne ce droit prétorien. Résolvons une question qui s'élève relativement aux servitudes prédiales et à l'usufruit. On croirait, à lire isolément les Instituts, que ces droits réels sous Justinien s'établissent même par simples pactes et stipulations (1). Un esclave peut-il donc sous Justinien *par pacte et sti-*

1. Instituts, livre 2, titre 3 p. 4.

pulation établir une servitude au profit du fonds de son maître.

Nous ne le pensons pas. Ce serait là une dérogation considérable à la distinction fondamentale que les Romains ont toujours faite entre *transmission des droits réels* et la *création des obligations*. Voici, d'après Théophile, sur le § 4 de *servitutibus*, en quoi consiste le procédé indiqué par les Instituts. Pour régler la nature, l'étendue et les diverses conditions d'exercices d'une servitude que l'esclave veut obtenir d'un tiers, il fait un pacte avec ce tiers, pacte qui n'oblige à rien ce tiers, puisqu'il ne donne pas d'action au maître de l'esclave. — Puis, l'esclave exige par stipulation le paiement d'une certaine somme pour le cas où celui qui a consenti le pacte mettrait obstacle à l'exercice du droit convenu. — Désormais ce tiers est obligé et ne pourra s'opposer à l'observation du pacte qu'en s'exposant à l'action *ex stipulatu*, par laquelle le maître pourra poursuivre du chef de son esclave le paiement de la somme fixée. Mais faut-il admettre que, dès à présent, le droit réel soit constitué comme si l'esclave avait reçu la quasi-tradition, et qu'en conséquence, au lieu d'agir comme simple créancier, le maître puisse intenter l'*action confessoire* ? — Le principal intérêt de la question est celui-ci : si l'on reconnaît ici la formation d'un droit réel, il se transmettra activement ou passivement à tous acquéreurs même à titre particulier. Le maître n'est-il que créancier ? S'il aliène son fonds, la stipulation s'évanouit. Si c'est le promettant qui aliène, il rend l'exécution

de son obligation impossible, et encourt le paiement de la peine, à moins d'avoir imposé à son acquéreur le respect du droit du maître.

Pour éclairer cette question difficile, voyons le droit classique. D'abord Gaius (1) constatant que le droit civil n'admet aucune espèce de servitudes sur les fonds provinciaux, indique les pactes et stipulations pour y suppléer. Ce détour devint à peu près inutile, quand le préteur eut consacré la quasi-possession et la quasi-tradition comme modes d'établir des droits réels. Africain (2) suppose un *jus aquæductus* établi sur plusieurs fonds qui appartiennent à différents propriétaires. Comment, dit Africain, le propriétaire du fond dominant devra-t-il s'y prendre s'il veut céder à un tiers le droit de puiser à son aqueduc ? En effet une telle cession faite à un des propriétaires asservis est nulle à raison de la règle : *nemini res sua servit*. Est-elle faite à un voisin, elle est également nulle car servitude sur servitude ne vaut : *servitus servitutis esse non potest*. Les pactes et stipulations fourniront un moyen d'atteindre ce but, de tourner cet obstacle.

Ces textes nous montrent que dans le droit classique, les pactes et stipulations s'employaient pour suppléer un *droit réel* qui ne pouvait être établi pour un motif quelconque. Justinien est-il venu renverser ces principes anciens sanctionnés par une législation de plusieurs siècles ? A-t-il rompu avec tous les précédents juridiques ? Une modifica-

1. Com. 2 p. 31, Gaius.

2. Dig. loi 33, p. 4. *de servitutibus*.

tion si profonde au droit antérieur eut laissé des traces au Digeste ou dans ses constitutions. Or nous ne trouvons rien qui s'y rapporte.

Gaius avait dit la *mancipatio* et l'*in jure cessio* sont employées pour établir des droits réels sur les fonds italiques. Les pactes et stipulations pour les fonds provinciaux permettent d'arriver à un résultat à peu près identique. — Justinien copie maladroitement Gaius. Il considère que les deux premiers modes ont disparu ; et puisqu'il n'y a plus de sol provincial et de sol italique distincts, il mentionne simplement les pactes et les stipulations, préoccupé de cette idée que c'est là un procédé applicable partout. Mais il ne veut pas plus leur attribuer l'effet de la quasi-*traditio*, qu'il ne songe à prévenir la difficulté d'interprétation qui va naître de cette reproduction maladroite du texte de Gaius.

§ 3. — *Des obligations.*

L'esclave peut, par un contrat, rendre meilleure la condition de son maître ; il ne peut pas la rendre pire. Donc il peut stipuler pour son maître ; mais il ne peut pas promettre.

Jure civili le maître ne pouvait pas être tenu des obligations découlant des contrats ou quasi-contrats passés par son esclave. Tel était le droit primitif que le préteur modifia profondément.

Le préteur donna contre le maître une action par

laquelle il était tenu *in solidum* vis-à-vis des tiers qui avaient contracté avec l'esclave *jussu domini* : « *merito ex jussu domini in solidum adversus eum judicio datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet* ». L'esclave avait-il agi spontanément et comme gérant d'affaires, si le maître ratifiait l'opération, il était tenu de la même action.

Le maître avait-il préposé un esclave à la conduite d'un navire ou à un commerce, le prêteur donnait pour le premier cas une action dite *exercitoria* contre le maître, armateur, *exercitor* ; dans le second cas une action dite *institoria* ; ici le nom venait du préposé au navire : *institor*. Ces deux actions se donnaient *in solidum* contre le maître.

Le prêteur introduisit une autre action appelée *tributoria*, disent les Instituts (1). Si un esclave se sert de tout ou partie de son pécule pour faire du commerce *au su de son maître*, et s'il contracte un engagement relativement à ce commerce, le prêteur veut que *tout le fonds de commerce et les bénéfices* qui en sont provenus soient distribués au marc le franc entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les autres créanciers de l'esclave. Et comme c'est le maître qui a fait cette distribution, si un des créanciers a à se plaindre de cette distribution, il a contre le maître l'*action tributoire*. L'action tributoire n'est donnée contre le maître que lorsqu'il y a dol de sa part dans la distribution ; il y a dol dès que le maître sait ou apprend que l'un des créanciers a reçu moins qu'il lui était dû (2).

1. Inst. livre 4, titre 7 p. 3.

2. Dig. livre 14, titre 4, loi 7, p. 2 et 3.

Enfin quand l'esclave avait traité *sans la volonté de son maître*, le prêteur donnait aux créanciers l'*action de peculio et de in rem verso* contre le maître de cet esclave. D'après Gaius, copié par les Instituts, il n'y avait qu'une seule formule pour agir *de peculio et de in rem verso*. Les Instituts nous apprennent que le juge ne passait à l'estimation du pécule, qu'après avoir examiné si le maître avait profité de l'opération passée par l'esclave. Paul et Ulpien pensaient que lorsque l'esclave avait fait tourner au profit de son maître l'opération passée à son insu, le pécule devenant créancier du maître, et la dette de celui-ci augmentant le pécule d'autant, on ne pouvait agir *de peculio sans agir en même temps de in rem verso* (1). Bien que la plupart du temps ces deux actions fussent réunies dans la même formule, il était cependant des cas où il arrivait qu'elles fussent nécessairement séparées. Par exemple, quelquefois il importait d'agir simplement *de in rem verso*, lorsqu'il arrivait que l'esclave n'avait pas eu ou qu'il n'avait plus de pécule, qu'il était mort, ou aliéné depuis plus d'une année utile. Et aussi si un créancier de l'esclave pouvait attaquer le maître par l'*action de in rem verso*, il avait intérêt à ne pas l'attaquer *de peculio*, pour que les autres créanciers du pécule ne vinsent pas concourir avec lui. Il faut donc bien remarquer que, bien que les deux actions *de in rem verso* et *de peculio* fussent ordinairement insérées dans la même formule, il pouvait se faire qu'elles fussent séparées et qu'une seule restât.

1. Dig. livre 15, titre 3, loi 19.

L'*action de peculio* avait cet avantage sur l'*action tributoire*, que le créancier qui s'était fait payer en vertu de la première action ne rapportait rien aux créanciers du même pécule qui se présentaient plus tard, tandis que celui qui intentait l'*action tributoire* se faisait payer en vertu de cette action, devait donner *caution* de rapporter aux autres créanciers qui se présenteraient plus tard à la distribution. Voici au contraire un cas où l'*action de peculio* sera plus désavantageuse au créancier que l'*action tributoire*. En effet, elle lui sera plus désavantageuse, si le maître a des créances naturelles sur le pécule de l'esclave, car le maître est préféré aux créanciers qui exercent cette *action de peculio*. Tandis que dans l'*action tributoire*, le maître vient au marc le franc avec les autres créanciers de l'esclave (1).

Celui qui a l'*action de peculio et de in rem verso*, n'a pas toujours, à son choix, l'*action quod jussu*, ou l'*action exercitoria*, ou l'*action institoria* ou *tributoria*. En effet on ne peut avoir l'*action quod jussu* que pour un engagement quelconque contracté par l'esclave sur l'ordre du maître ; l'*action exercitoire* ou *institoire* que contre le maître qui aurait préposé son esclave à la direction d'un navire ou d'une boutique ; l'*action tributoire* que contre celui dont l'esclave aurait fait le commerce *à sa connaissance* (2). Mais celui qui a ces actions, peut choisir entre elles ou l'*action de peculio et de in rem verso* suivant les besoins de son intérêt.

1. Inst. livre 4, titre 7, p. 3 et 4.

2. Instituts p. 3, livre 4, titre 7.

Le paragraphe 8 du titre 7 livre 4 aux Instituts semble venir détruire toute cette législation prétorienne. Il nous dit, en effet, qu'on a une action civile, la *condictio*, contre le maître, pour tout contrat passé par l'esclave par ordre du maître, ou pour tout ce qui a tourné au profit du maître. Donc, si l'on a une *action civile* contre le maître, serait-on tenté de dire, à quoi bon les actions indirectes et prétoriennes *quod jussu, institoria, exercitoria, et de in rem verso* ?

Il ne faut pas donner à ce paragraphe une extension qu'il ne comporte pas. Ce n'est pas toute action résultant des contrats passés par l'esclave *jussu domini*, ou par l'*institor*, ou par le *magister navis*, ou résultant d'un quasi-contrat qui a enrichi le maître, que l'on donne directement contre lui, non, c'est une *condictio*, c'est-à-dire une action de droit strict.

Nous savons que le propre de la *condictio* est de poursuivre l'exécution d'une obligation civile, de droit strict et unilatérale. La jurisprudence étendit cette action d'abord limitée aux sommes d'argent, à tous les objets certains ; *res certa*, puis à toutes les obligations indéterminées, même à celles de faire, mais toujours comme poursuite d'une obligation unilatérale et de droit strict.

La jurisprudence admit également que toutes les fois qu'il y aurait enrichissement volontaire ou involontaire d'une personne, soit par son fait, soit par celui d'autrui, il y aurait lieu contre elle à une *condictio*, pour répéter ce dont elle avait profité : « *quia mea pecunia quæ ad te per-*

tinet, eam mihi a te reddi bonum et æquum est » dit Celse (1). La *condictio* est donc fondée sur cet enrichissement. Lors donc que celui qui a fait une opération juridique avec un esclave par exemple, une vente, un louage, une société, au lieu de poursuivre son maître par l'action *de peculio et de in rem verso*, le poursuit par la *condictio* pour répéter ce dont il a profité, il n'y a là qu'une application d'une règle générale. En effet, il a le choix contre le maître, ou, d'après le préteur de l'action même résultant du contrat passé avec l'esclave mais donnée *de peculio et de in rem verso*, ou, d'après les principes civils, de la *condictio*, résultant de tout enrichissement, action directe et civile.

La jurisprudence admit enfin que lorsque l'opération d'où pouvait résulter une *condictio* avait été faite *par l'ordre de quelqu'un ou par son préposé*, institor ou magister, c'était comme si ce quelqu'un avait traité directement, et que cette *condictio* se donnerait contre lui (2). Si vous avez, sur mon ordre, livré une somme d'argent à mon esclave *en mutuum*, ou quelque chose que vous avez payé par erreur, croyant me le devoir, ou un objet en échange d'un autre qui ne vous a pas été payé, ce sera contre moi que vous aurez la *condictio certi*, la *condictio indebiti*, la *condictio causa data causa non secuta*. De même pour les condictiones qui peuvent naître de cette foule de contrats innomés formés *re*.

Mais pour les actions *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conduc-*

1. Digeste, livre 12, titre 1 *de rebus creditis*, loi 32, Celse.

2. Dig. livre 12 titre 1 *de rebus cred.* loi 9, p. 2 Ulpian, loi 29, Paul.

ti, pro socio, præscriptis verbis, et toutes autres semblables, il est impossible que les effets de bonne foi qu'elles doivent produire puissent être produits par l'action de droit strict, la *condictio*. On ne peut les avoir contre le maître, et poursuivre l'exécution des contrats dont elles découlent, qu'avec la modification prétorienne qui les transforme en actions *quod jussu, institoria, exercitoria, de peculio et de in rem verso*. Aussi l'utilité de ces actions prétoriennes subsiste encore et leur usage se maintient après que la jurisprudence a étendu les bornes de la *condictio*.

Il nous reste à examiner les délits que peut commettre l'esclave pour terminer cette section. Par ses délits, l'esclave contracte une obligation civile, en ce sens que l'action noxale le suit en quelques mains qu'il passe, *caput noxa sequitur*, et que s'il est affranchi, l'action devenue action directe, est désormais donnée contre lui. C'est ce que dit Ulpien dans ce fragment : « *Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittuntur, obligati remunent ; ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter obligantur et obligant* (1). » Tant que l'esclave reste esclave, c'est son maître qui civilement est tenu, *caput noxa sequitur*, et les actions *furti, vi bonorum raptorum, injuriæ, ex lege aquilia*, sont données contre le maître suivant le délit commis. Mais cette action est donnée avec une qualité particulière, on l'appelle *action noxale*, de sorte que le maître ne sera tenu des suites de l'action qu'autant qu'il voudra conserver son esclave, qu'il pourra

1. Dig. livre 44, titre 7, loi 14, Ulpien.

livrer à la partie lésée en réparation de tout préjudice, *aut noxæ dedere*.

SECTION II.

Quelques exemples où se dessine la personnalité de l'esclave

Nous allons étudier les institutions de la législation romaine qui peignent le mieux cette personnalité. L'esclave, s'il est rangé au rang des choses, est en réalité une personne. La loi est impuissante à étouffer la réalité sous la fiction. Elle sera elle-même obligée dans plusieurs cas de proclamer cette personnalité. De plus, la loi naturelle, s'inspirant de principes différents de la loi civile affirme plus haut encore cette personnalité. Interprète de la conscience humaine qui proteste contre l'esclavage, le droit naturel déclare l'égalité des hommes entre eux. Ce principe n'est pas une pure abstraction. *Quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt*. Cette vérité philosophique, la loi positive la reconnaît et la sanctionne. C'est ainsi que la capacité de l'esclave est pleinement reconnue au point de vue des obligations naturelles.

L'institution du pécule et les obligations naturelles de l'esclave reconnues par la loi romaine vont faire l'objet de notre étude, comme étant les deux traits qui fixent le mieux cette personnalité. Puis nous ajouterons quelques traits accessoires.

§ 1. — *Du pécule.*

Nous voyons dans la législation romaine l'esclave qui administre un patrimoine, comme s'il lui appartenait. C'est une portion du patrimoine du maître que celui-ci donne à gérer à son esclave. L'esclave n'était pas propriétaire du pécule, il n'en était que l'administrateur, toujours sous les ordres du maître, qui, à son gré, étendait ou diminuait son pouvoir sur ce pécule. L'esclave était capable de tous les actes d'administration, et pouvait, dans cette limite, augmenter ou diminuer le pécule. Sans l'autorisation du maître, il pouvait agir dans ces limites ; le maître ratifiait d'avance et se soumettait dans ces bornes aux conséquences de son administration. Le maître profitait de tout accroissement de pécule, mais en revanche, il était tenu par l'action *de peculio* de tous les engagements de l'esclave, contractés dans l'intérêt de cette administration. L'autorisation générale que le maître avait donnée à l'esclave d'agir faisait naître cette obligation.

Généralement l'esclave ne pouvait pas agir au-delà de cette administration ; que si le maître lui conférait la *libera administratio*, l'esclave pouvait vendre, consentir une hypothèque (1), pour la garantie de ce qu'il devait, cependant il ne lui était pas permis de faire des actes à titre gratuit ; ces actes ne rentraient pas dans les termes de la

1. Digeste, livre 12, titre 6, loi 13.

libera administratio ; une autorisation formelle était exigée.

La *libera administratio* permettait à l'esclave de figurer comme aliénateur dans un transport de propriété (1). Il pouvait aliéner quoique n'étant pas propriétaire. Il pouvait opérer une novation, consentir une remise de dette lorsqu'il recevait un équivalent. Mais l'interdiction de tout acte à titre gratuit empêchait qu'il pût consentir sur les biens du pécule une hypothèque pour garantir la dette d'un tiers (2), se porter fidéjusseur *extra causam peculiarem* (3), opérer une remise de dette à titre de libéralité.

Le pécule se compose de tout ce que le maître donne à ce titre à l'esclave. L'actif du pécule comprendra aussi les créances naturelles que l'esclave peut avoir contre son maître. Enfin la masse comprendra les bénéfices réalisés par l'esclave durant sa gestion.

De cet actif, il faut déduire les dettes naturelles de l'esclave envers son maître ou envers les personnes soumises à la même puissance : « *Peculium, deducto quod domino debetur computandum est..... id etiam deducetur quod his personis debetur quæ sunt in curâ vel tutelâ domini, vel quarum negotia administrat* (4). » Ce qui reste, déduction faite de toutes ces dettes, forme le gage des créanciers. Donc, sur le pécule, le maître exerce un véritable droit de préférence à l'encontre des créanciers. Quoi de

1. Dig. livre 6, titre 1, loi 44, p. 1.

2. Dig. livre 20, titre 3, loi 1, p. 1.

3. Dig. livre 15, titre 1, loi 3, p. 5.

4. Dig. livre 15, titre 1, loi 9, p. 2.

plus raisonnable, on ne peut supposer que le maître donne en pécule ce qui est dû à lui-même ou aux personnes dont il administre les biens. La déduction a lieu pour toutes les créances du maître contre son esclave, qu'elles proviennent de contrats ou de délits. Seulement, comme entre le maître et l'esclave, il n'y a pas d'action pénale, la déduction ne comprend que la *valeur du dommage*, et non pas ce qui serait dû à titre de peine, si le dommage avait été causé par un tiers (1). Si la valeur du pécule se trouve diminuée par le dol du maître, on ne tient pas compte de cette diminution, et la responsabilité du maître s'étend au-delà de la valeur du pécule.

On trouve une application remarquable de ce droit pour le maître d'opérer la *deductio*, dans le cas où l'esclave s'est engagé vis-à-vis de son maître à lui payer ce qu'un tiers lui devait (2). L'esclave, en se portant *expromissor* pour un tiers, se soumet à une obligation naturelle qui ne peut opérer novation de la dette de ce tiers. Le tiers restera donc tenu *civilement*. Mais si ce tiers est insolvable, le maître pourra opérer la *deductio* sur le pécule de l'esclave, puisque l'esclave est obligé naturellement envers son maître. Le préjudice sera pour les créanciers du pécule, pécule qui sera diminué d'autant.

Soit au point de vue actif, soit au point de vue passif, on doit tenir compte des obligations naturelles qui existent entre le maître et l'esclave, pour déterminer le montant du

1. Dig. livre 15, titre 1, loi 9, p. 6.

2. Dig. livre 15, titre 1, loi 56.

pécule. Il fallait que ces obligations naturelles fussent réelles, qu'elles eussent un fondement sérieux.

Nous voyons donc ici l'esclave à la tête d'un patrimoine, se comportant comme un homme libre dans l'administration de son pécule. En permettant à l'esclave d'agir juridiquement, on n'avait en vue que l'intérêt du maître, et non son intérêt. Tout ce qu'acquiert l'esclave, il l'acquiert pour son maître. Mais en général, en échange de l'avantage que nous retirons d'une opération de droit, nous conférons un avantage à celui qui a contracté avec nous. Aussi l'esclave, instrument simple d'acquisition, aurait été à peu près inutile entre les mains du maître, si la concession d'un pécule ne lui avait pas permis d'obliger son maître et d'aliéner dans les limites tracées par ce maître. C'est donc l'intérêt du maître qui avait conduit le prêteur à lui accorder ce droit d'agir *ex peculiari causa*.

Cependant, en fait, la situation de l'esclave se trouva améliorée par la constitution du pécule. Intéressé à voir fructifier entre ses mains les valeurs qu'il remettait à l'esclave, le maître ne le laissait pas étranger aux bénéfices de cette administration. On peut induire d'un passage de Pline le jeune que le maître respectait souvent les dispositions pour cause de mort que faisaient les esclaves sur leur pécule : « *permitto servis quasi testamenta facere, eaque ut legitima custodio.* » Le *servus publicus populi romani* pouvait par testament disposer de la moitié de son pécule. Ce qui prouve que l'on considérait, en fait, le pécule de l'esclave comme son patrimoine, c'est que dans les affran-

chissements entre-vifs, il était d'usage de le laisser à l'affranchi.

§ 2. — *Des obligations naturelles.*

A la différence du fils de famille, l'esclave ne pouvait pas s'obliger *civilement* par ses contrats ou ses quasi-contrats. Le motif de la différence entre ces deux classes de personnes se comprend aisément. A la mort de son père, le fils, en règle générale, recueillera ses biens, se trouvera à la tête d'un patrimoine. L'avantage, résultant du contrat qu'il a passé, équivalent de l'obligation civile qu'il a contractée aura été acquis au père, et aura grossi d'autant le patrimoine auquel le fils est appelé par la vocation héréditaire. Pour l'esclave, l'affranchissement est un fait exceptionnel ; mais même l'affranchissement advenant, comment concevoir qu'on mette à sa charge ces mille obligations qu'il a contractées *in servitute* dans l'intérêt du maître ? A plus forte raison le rôle de l'esclave *débiteur civil* est impossible à concevoir *in servitute*, car il n'a pas de patrimoine.

Au contraire, la capacité de l'esclave reste entière, au point de vue du *droit naturel*. Il peut donc s'obliger naturellement par ses contrats : « *ex contractibus quidem non civiliter obligantur, sed naturaliter obligantur* (1). » Ce rapport d'obligation naturelle, nous l'avons vu, peut exister non-seulement entre l'esclave et un étranger, mais

1. Dig. livre 44, titre 7, loi 14.

aussi entre l'esclave et son maître. C'est ce que disent les Instituts : « *sive extraneus sit qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debetur.* »

L'esclave s'oblige donc *naturellement* par ses contrats et ses quasi-contrats. Cela est vrai alors même que l'on se trouve dans un cas où l'opération de droit passée par l'esclave fait naître contre le maître une obligation pourvue d'action. La personnalité de l'esclave n'est pas étouffée par celle du maître, principal intéressé au contrat. Parallèlement à l'obligation dont l'exécution peut être poursuivie contre le maître, prend naissance une obligation naturelle à la charge de l'esclave. Le créancier aura deux débiteurs, et les deux dettes auront leurs destinées distinctes. Divers textes constatent la distinction persistante de deux obligations. Ainsi d'après la loi 50 Digeste p. 2 *de peculio*, un fidejusseur peut venir cautionner la dette naturelle de l'esclave, même après l'exercice de l'*action de peculio* (1).

Quels sont les effets de cette obligation naturelle qui incombe à l'esclave ? La *novation* pour se former n'exige qu'une obligation naturelle. Il semble donc que l'esclave, en se portant *expromissor*, va pouvoir opérer une *novation*. Telle paraît avoir été l'opinion de certains jurisconsultes. Mais, repoussée au temps de Gaius (2), cette opinion se trouve condamnée par les Instituts p. 3 titre 9 livre 3. Comment s'expliquer cette décision, alors que l'*expromis-*

1. Dig. livre 15, titre 1, loi 50, p. 2.

2. Com. 4, p. 176 et 179, Gaius.

sio d'un pupille agissant *sine auctoritate tutoris* opérerait *novation*.

Certains auteurs nient que l'esclave s'oblige naturellement quand il fait un *contrat verbal* où il joue le rôle de promettant. La capacité pour l'esclave de s'engager naturellement, d'après ces commentateurs, n'aurait été reconnue, qu'autant qu'il aurait recouru à un contrat de pur droit naturel, comme le *mutuum*. En empruntant la forme de la *stipulatio*, l'esclave fait un acte absolument nul.

Mais divers textes contredisent formellement cette doctrine. C'est d'abord la loi 56 p. 1 de *fidejussoribus* livre 46 titre 1, et la loi 8 p. 4 de *acceptilatione* livre 46 titre 3, qui admettent, au contraire, qu'une obligation naturelle peut naître pour l'esclave d'un contrat verbal. Le premier de ces deux textes est formel pour admettre la validité d'une *fidejussion*, quand le maître a stipulé de son esclave, et le second, en déclarant que l'obligation d'un esclave serait éteinte par *acceptilation* tout comme le serait celle d'un fils de famille, implique bien que l'esclave s'est engagé par stipulation.

Pourquoi donc cette obligation naturelle de l'esclave sera-t-elle sans force pour opérer *novation*.

On a prétendu que l'*intercessio*, acte de pure bienveillance, devait être interdite à l'esclave, d'une manière absolue, et n'appartenir qu'à un homme libre. — Cette distinction est, dit-on, consacrée dans les lois 19 et 20 de *fidejussoribus* livre 46 titre I. De ces textes ressort la dé-

cision suivante : « si un esclave paie la dette qu'il a cautionnée à l'insu de son maître, il y aura à distinguer si l'esclave s'est porté fidéjusseur *ex causa peculiari*. Dans ce cas, pas de répétition. A-t-il cautionné *extra causam peculiarem*, on donnera la revendication si le paiement a été fait *ex pecunia domini*, la *condictio*, si, au contraire, c'est avec l'argent du pécule. On nous dit, à l'opposé, pour le fils de famille qui s'est porté *intercessor* : « *semper obligari patrem de peculio, et distare in hoc a servo.* » Quand il s'agit d'un esclave, l'incapacité d'intercéder même *ex causa peculiari* ou *ob rem domini* n'est levée que *jure prætorio*, et subsiste toujours *jure civili*. Ainsi celui qui a joué le rôle de stipulant, dans l'*expromissio* consentie par un esclave pouvant valablement la consentir, ne verra pas son action éteinte contre le premier débiteur *ipso jure*, mais par l'exception *pacti conventi*.

On ne peut contester ces restrictions aux pouvoirs de l'esclave en matière d'*intercessio* ; on ne peut admettre cependant, qu'en se portant *expromissor*, il fait un acte complètement nul. Si l'*expromissio* faite par l'esclave ne peut pas opérer novation d'une créance antérieure, même quand elle est faite *ex causa peculiari*, c'est que la *stipulatio* forme nécessaire pour opérer novation, *jure civili*, manque complètement. Sans doute, *jure prætorio*, l'esclave *expromissor* a contracté une dette pouvant être poursuivie sur le pécule du maître si l'*expromissio* est faite *ex causa peculiari* ; mais, en tous cas, nous l'avons prouvé plus haut, il y a là une obligation naturelle contractée par

l'esclave. Toutefois comme cette obligation naturelle ne résulte que du consentement donné par l'esclave et non de la forme employée, elle ne pourra opérer novation. En effet, *jure civili*, la *stipulatio* n'est accessible à l'esclave, en ce qui touche les résultats que l'emploi de cette forme entraîne, que *nomine domini*, que lorsqu'il stipule au profit de son maître. Or, dans notre espèce l'esclave s'oblige, donc il ne peut employer la forme de la stipulation. La conséquence est que la *novatio* est impossible.

L'acceptilation libérera l'esclave de la dette naturelle contractée envers un tiers dans la forme de la stipulation. L'acceptilation est inutile pour éteindre une dette naturelle, mais, en vertu de cette idée *quod abundat non vitiat*, elle vaudra comme pacte de remise. Ajoutons que son emploi pourra avoir un effet que n'entraînerait pas le *pactum de non petendo*; en même temps que l'obligation naturelle de l'esclave, elle éteindra les actions prétoriennes qui pourraient être exercées contre le maître à l'occasion du contrat passé par l'esclave (1).

L'obligation naturelle de l'esclave pouvait, à l'opposé de ce que nous venons de dire, être *novée*. Elle pouvait être garantie par des fidéjusseurs.

Au point de vue actif, les esclaves pouvaient-ils être créanciers naturels? En règle générale, un principe s'y oppose. Ce que l'esclave acquiert, il l'acquiert à son maître. Ce principe s'applique aussi bien aux créances naturelles

1. Dig. livre 46, titre 4, loi 8, p. 3.

qu'aux créances civiles. Pour supposer une créance naturelle appartenant à l'esclave, il faut trouver une créance dont le maître ne peut devenir créancier. C'est le cas, par exemple où le maître s'engagerait naturellement envers son esclave. Il ne peut, en effet, être tout à la fois, créancier et débiteur de la même dette.

Quels sont les effets, durant la servitude, de cette dette naturelle du maître envers l'esclave ? Le pécule de l'esclave sera grossi d'autant, le gage des créanciers *de peculio* se trouvera accru. Mais la créance naturelle de l'esclave contre le maître ne pourra produire d'effets qu'après l'affranchissement. A cette époque le maître ayant payé son esclave affranchi, *quamvis existimans se aliqua actione teneri*, ne pourra répéter contre lui (1).

§ 3. — *Derniers exemples de la personnalité de l'esclave.*

Dans l'obligation naturelle se montre parfaitement définie la personnalité de l'esclave, mieux que dans le pécule où se démêle vaguement cette personnalité. Un exemple remarquable de la personnalité de l'esclave se trouve dans les délits qu'il commet. Ici non-seulement la législation romaine reconnaît cette personnalité naturelle, mais elle admet même la personnalité civile de l'esclave.

Dans les rapports de famille l'on voit aussi cette personnalité. Sans doute, à l'origine, l'esclave n'a pas de famille.

1. Dig. livre 13, titre 6, loi 64.

Mais on finit par reconnaître une *servilis cognatio*. Supposons deux frère et sœur esclaves, puis affranchis ; ils ne pourront pas contracter de mariage valable (1). L'esclave affranchi ne pourra pas appeler en justice, sans l'autorisation du magistrat, sa mère affranchie comme lui. Car c'est un principe de la législation romaine que les descendants, ingénus ou non, ne peuvent pas citer en justice leurs ascendants, sans la permission du magistrat. Le lieu de la sépulture d'un esclave est un *locus religiosus*, entraînant des peines contre celui qui le violerait.

Supposons un esclave institué dans un testament ; cette libéralité pourra lui profiter, s'il est devenu libre dans l'intervalle de la confection du testament, à la mort du testateur.

Enfin l'esclave, dans certains cas, pourra agir en justice. Un esclave prétend que son maître lui a laissé la liberté dans son testament, et que l'héritier a détruit le testament pour échapper au legs de liberté. L'esclave ira trouver le magistrat qui statuera *extra ordinem* ; c'est ce que dit le fragment 53 de *judiciis* Dig.

SECTION III.

Parallèle entre la puissance paternelle, patria potestas, et la puissance dominicale, potestas dominica.

Cette comparaison entraîne une distinction nécessaire, celle des *sui juris* et des *alieni juris*.

1. Dig. livre 2, titre 23, loi 14.

Le *sui juris* est celui qui n'est soumis à aucune autre puissance, qui se gouverne à son gré.

L'*alieni juris*, au contraire, dépend d'une autre personne.

La *potestas de sui juris* s'exerce sur la personne de l'*alieni juris*, et donne le droit au *sui juris* de la gouverner. La *potestas du sui juris* s'exerce également sur les biens de l'*alieni juris* ; tous ses biens, en effet, sont gérés par celui qui a cette *potestas*. Il n'est pas exact de dire que celui qui est soumis à cette *potestas*, esclave ou fils de famille, n'a pas de personnalité. Déjà nous avons constaté à l'égard de l'esclave une certaine personnalité, personnalité fugitive, difficile à mettre en relief dans bien des cas, mais personnalité certaine. Le fils de famille *alieni juris* a, lui, une personnalité bien définie, aux traits non plus indécis comme celle de l'esclave, mais, au contraire, bien accentués. En effet, au point de vue du droit public, le fils de famille peut exercer des magistratures, remplir les plus hautes fonctions dans l'État ; au point de vue du droit privé, il peut être créancier ou débiteur. Sous le joug de la *potestas dominica* est courbé l'esclave, sous l'autorité toute-puissante du chef de famille est placé le fils de famille.

C'est le *paterfamilias* qui a ces pouvoirs, *potestas dominica*, *potestas patria* sur sa *familia*. *Familia* désigne la réunion d'esclaves placés sous la puissance du même maître ; *familia* désigne aussi la réunion d'enfants soumis à l'autorité paternelle.

L'origine de la puissance paternelle, c'est le mariage lé-

gitime. Elle ne peut appartenir qu'à un citoyen romain, *sui juris*. Une femme romaine ne peut pas l'acquérir.

L'origine de la puissance dominicale, c'est la guerre et aussi la loi. Elle est du droit des gens. Donc elle peut appartenir même à un pérégrin. Une femme, romaine ou non, peut avoir des esclaves sous sa puissance.

Les attributs de ces deux puissances se touchent, du moins à l'origine du droit, par de nombreux côtés.

Attributs de la puissance dominicale :

Le maître a sur son esclave le droit de vie et de mort. La *potestas dominica* est une véritable magistrature. Les magistratures de l'État n'ont rien à voir dans le gouvernement intérieur de la famille. Le maître juge son esclave en dernier ressort, comme le ferait de nos jours une Cour d'assises. C'est un juré, qui sans sortir de sa demeure, peut faire tomber une tête, ne devant pas en rendre compte à d'autres qu'à ses dieux. Quant aux biens de l'esclave, tout ce qu'il acquiert, à titre onéreux ou par donation, vient s'enfouir dans le patrimoine du maître, qui, pour prix de ses labeurs, ne doit que le nourrir. Mais occupons-nous spécialement de la *potestas dominica* sur la personne de l'esclave.

Nous venons de voir combien à l'origine sont illimités les pouvoirs du maître. Peu à peu les mœurs adoucissent ces rigueurs extrêmes. Du reste, la guerre sanglante conduite par Spartacus avait montré aux Romains les dangers d'un esclavage insupportable. On améliora donc l'état des esclaves, sous l'Empire, pour protéger les maîtres et l'État contre

de nouveaux soulèvements. Cependant la situation des esclaves est encore bien précaire. Car le *sénatus-consulte Silanien* rendu sous Auguste, an 10 de l'ère chrétienne, soumet à la torture tous les esclaves dont le maître a été tué. Et si les esclaves sont seulement convaincus d'inaction, quand, en lui portant secours, ils auraient pu le sauver, ils sont condamnés à mort (1).

Voyons donc ces adoucissements que nous venons de signaler.

La loi *Petronia*, d'Auguste ou de Néron, défend de donner les esclaves pour les faire combattre contre les bêtes féroces (2). Désormais le maître, qui croit que son esclave mérite la mort, doit s'adresser aux magistrats de la cité pour qu'il lui soit permis de le tuer.

Antonin le Pieux édicte que celui qui tuera son esclave sera exposé à la peine du meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire à la peine de mort (3). Justinien décide que le maître tuant son esclave sera condamné à mort, excepté le cas de légitime défense.

Non-seulement on empêche les maîtres de tuer leurs esclaves, mais on leur défend les mauvais traitements dont ils étaient si prodigues. Voici à quelle occasion Antonin le Pieux améliora leur sort. Des esclaves s'étaient réfugiés aux pieds de la statue de l'Empereur, qui était un lieu d'asile, pour échapper à la colère de leur maître. Par res-

1. Tacite, annales, livre 14, ch. 42, 43, 44. Dig. loi 1, livre 29, titre 5.

2. Dig. livre 48, titre 8, loi 11, p. 2.

3. Com. 1 p. 53, Gaius. Dig. livre 48, titre 8 loi 1.

crit, Antonin ordonne au magistrat d'examiner les faits, et si l'esclave a été maltraité injustement, le maître sera forcé par le magistrat de vendre cet esclave à de bonnes conditions ; il ne pourra pas, par exemple, imposer à l'acheteur la condition qu'il lui sera interdit de l'affranchir. Ce maître voit donc, pour n'avoir pas su user de son pouvoir, ses droits restreints comme ceux d'un prodigue qui ne sait pas gérer son patrimoine (1).

Les empereurs chrétiens ont maintenu ces adoucissements. Dans une constitution, au Code, Constantin indique limitativement les traitements qu'on devra faire subir aux esclaves coupables. Il autorise les lanières, les fers, mais il défend beaucoup d'autres châtimens barbares que condamnait et la raison et l'esprit du christianisme, esprit plein de douceur et de miséricorde. Constantin ajoute que si l'esclave meurt des suites de ses blessures, le maître ayant usé des traitements autorisés, celui-ci ne sera pas poursuivi (2).

Examinons maintenant quels sont les attributs de la puissance paternelle.

Relativement aux biens, les droits du père sur le fils, à l'origine, étaient aussi étendus que ceux du maître sur l'esclave. Comme ce dernier, l'enfant ne pouvait rien avoir qui ne tombât dans le patrimoine paternel. Il pouvait posséder, sans doute, un pécule, mais comme l'esclave, il n'en avait que la jouissance précaire.

1. Com. 1, p. 53 Gaius.

2. Code, livre 9, titre 14.

Cependant le droit primitif fut modifié sur ce point par rapport à l'enfant, tandis qu'il ne le fut jamais à l'égard de l'esclave. Sous les premiers empereurs, on sépara du patrimoine paternel les biens que l'enfant avait acquis à l'armée : *castrense peculium*. De même, Constantin créa pour l'enfant un *quasi-castrense peculium* composé des biens qu'il avait acquis à la cour, et de ceux qu'il avait acquis de sa mère. Sur ces pécules, l'enfant eut des droits plus ou moins étendus, un patrimoine distinct de celui de son père, ce qui n'existait pas auparavant.

Sur la personne des enfants, le père de famille a des droits énormes, si nous remontons aux temps primitifs. Il a droit de vie et de mort sur ses enfants comme sur ses esclaves, droit de les vendre, de les exposer (1). La puissance paternelle est une magistrature domestique. Plus d'une fois on voit un père condamnant son fils à mort dans une assemblée de parents. Mais cette puissance est plus qu'une magistrature, c'est un sacerdoce. La famille civile est une institution religieuse à laquelle préside le chef de famille. Elle a son culte, ses dieux, ses sacrifices, et le *paterfamilias* en est le grand prêtre.

Peu à peu, comme nous l'avons observé pour les esclaves, des adoucissements sont apportés à cette rigueur de la puissance paternelle. Déjà sous Trajan, on voit cet empereur forcer un père à émanciper son fils pour l'avoir traité trop cruellement. An de Rome 867 (2). Adrien condamne à la

1. Com. 1. p. 117, Gaius.

2. Dig. livre 37, titre 12, loi 5.

déportation un père pour avoir tué son fils, bien que ce dernier fût coupable d'adultère avec sa belle-mère ; car, dit Marcien qui rapporte le fait : « *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* ». Enfin nous trouvons au Code une constitution de Constantin qui condamne à la peine du parricide le père qui aura tué son enfant (1).

Ainsi, on voit avec le temps disparaître complètement ce droit de vie et de mort du père sur la personne de son enfant, encore qu'il soit coupable des plus grands crimes. Ainsi, on voit que le père n'aura plus le droit de l'exposer, de le vendre, si ce n'est au sortir du sein de sa mère, et forcé par une extrême misère. A la magistrature de la famille, succède la magistrature de l'État pour punir l'enfant ; cette puissance individuelle, cette *patria potestas* fait place à la puissance publique. Les garanties que l'enfant trouvait naguère contre les cruautés dans l'affection d'un père, il les trouve désormais dans la société qui veille sur lui, lui, dont l'intelligence et le bras vont bientôt être au service de l'Empire.

1. Code, livre 9, titre 17.

CHAPITRE III.

DES CAUSES QUI FONT CESSER L'ESCLAVAGE.

SECTION I.

Nous allons étudier sous cette section les divers modes de sortir de l'esclavage. Sous un premier paragraphe nous verrons comment on échappe à l'esclavage résultant de la captivité ; sous un second paragraphe quelles sont les causes qui font de l'esclave un affranchi.

§ 1. — *Comment sort-on de l'esclavage résultant de la captivité ?*

L'esclavage, conséquence de la captivité, cesse de quelque manière que s'éteigne la puissance de fait d'un citoyen d'un pays sur celui d'un autre pays. Il suffira que ce prisonnier se soit échappé avec l'intention de ne pas revenir. L'esclavage ayant cessé, l'esclave *omnia sua jura recipiet*. On effacera de la mémoire des hommes le temps pendant lequel il aura été captif. On le supposera n'avoir jamais été captif. Il n'y aura pas de solution de continuité dans la personnalité du citoyen. — C'est là la fiction du *postliminium* (1). — Les

1. Dig. loi 49, *de captivis et de postliminio*.

conditions du *postliminium* sont que le citoyen romain ait échappé à l'ennemi, sans l'intention de revenir. On ne regardera, d'après la loi romaine, comme devant jouir de cette fiction, que l'homme intrépide qui, avant de tomber aux mains des ennemis, se sera battu jusqu'à la dernière extrémité (1). Nous avons dit que, par suite du *postliminium*, il n'y aurait pas interruption dans la personnalité juridique. Le citoyen romain était-il ingénu avant sa captivité, il redevient ingénu; était-il *paterfamilias*, il redevient *paterfamilias*. Toutes les choses que ses enfants auront faites sans son autorisation seront non avenues, à moins qu'ils n'obtiennent son consentement. Avant de tomber en esclavage, le citoyen romain avait-il fait un testament, ce testament sera valable. On pourrait comparer cette captivité à un sommeil. Mais tous les actes faits par le citoyen durant sa captivité seront nuls. De plus, le bénéfice du *postliminium* est *personnel* à celui qui est devenu esclave. Ainsi les enfants nés en captivité n'auront pas ce bénéfice. Ces enfants seront des *vulgo concepti* (2).

Qu'arrivera-t-il si le captif meurt chez l'ennemi ? Une loi portée sous Scylla, la loi *Cornelia*, décide que le captif mort chez l'ennemi est considéré comme *mort dès le moment de sa captivité* : il est donc mort dans la plénitude de ses droits de citoyen (3). Ainsi, si ce captif avait fait un testament avant de partir en captivité, ce testament sera

1. Dig. loi 19, de *captivis*.

2. Dig. loi 25, de *captivis*.

3. Inst. livre 2, titre 2, p. 5.

valable. De même, si ce captif avait des enfants, ces enfants seront réputés avoir été *sui juris* depuis le moment où il est tombé en esclavage.

§ 2. — *Modes d'affranchissement.*

Abstraction faite de l'hypothèse de la captivité, il faut l'affranchissement pour sortir d'esclavage. Le *dominium* donne au citoyen romain le droit de vendre son esclave, et la *dominica potestas* lui donne le droit de l'affranchir et d'en faire un citoyen romain. Mais cette manifestation de la volonté du maître est soumise à des conditions de fond et à des conditions de forme. Les conditions de fond répondent à ceci, par exemple : *tel maître peut-il affranchir, tel esclave peut-il être affranchi* ? Les conditions de forme sont les formalités de l'affranchissement, sans lesquelles il ne peut exister.

Nous diviserons sur cette matière la législation romaine en trois époques.

A. — La première époque qui commence aux origines de Rome s'arrête au temps de Cicéron. Cette première époque est aussi rigoureuse pour les conditions de forme d'affranchissement, qu'elle l'est peu pour les conditions de fond. Une règle générale, à cette époque, c'est que tout citoyen propriétaire peut affranchir son esclave qui deviendra citoyen romain.

B. — Dans la deuxième époque, la législation va autoriser, en outre des formes anciennes, l'emploi de formes nouvelles plus simples. Mais si ces formes nouvelles n'ont plus la rigidité formaliste de la première époque, d'un autre côté, elles ne conféreront pas à l'esclave qui aura été ainsi affranchi un *affranchissement complet* tel que celui que produisaient les formalités de la première époque. De plus, nous allons trouver ici des conditions de fond nombreuses apportant un frein à la masse des affranchissements qui s'étaient multipliés extraordinairement.

C. — Dans la troisième époque, époque de l'empereur Justinien, la législation romaine simplifie ces formalités gênantes. A toutes les formes d'affranchissement, elle donne les mêmes effets, et supprime plusieurs des conditions de fond qui s'opposaient dans la deuxième époque à l'affranchissement.

A. — *Première époque.*

Dans la première époque quelles sont les formes de l'affranchissement et les conditions de fond nécessaires pour affranchir ? Tel est l'ordre que nous allons suivre dans cette étude, pour cette époque, comme pour les autres.

Les formes d'affranchissement sont au nombre de trois : *vindicta*, *census*, *testamentum*.

Vindicta. — Comment affranchit-on *vindicta* ? Le maître, l'esclave, et un ami, se rendent ensemble devant le magistrat. L'ami tient entre ses mains une baguette,

vindicta, et prononce ces paroles sacramentelles : « *aio hunc hominem esse liberum ex jure quiritorium.* » Le maître ne réclame pas, puisque son intention est d'affranchir l'esclave, et le magistrat prend acte de la déclaration de l'ami. Les Romains, par cette formalité, représentent la revendication de la liberté. Or, l'esclave ne peut revendiquer lui-même sa liberté, il ne peut plaider ; il faut donc qu'un *assertor libertatis* se présente devant le magistrat pour opérer cette revendication. Voilà pourquoi se présente cet ami, cet *assertor libertatis*, nécessaire à l'affranchissement *vindicta*. Le maître doit être présent, parce qu'il est essentiel que sa volonté d'affranchir se manifeste ainsi d'une manière évidente. L'esclave doit être présent, parce que, dans la revendication des choses mobilières, l'objet revendiqué doit être présent. L'esclave est revendiqué *vindicta*, car la lance, *vindicta*, était le symbole de la propriété chez les Romains qui regardaient surtout comme leur appartenant ce qu'ils avaient pris sur l'ennemi. Comme par cet affranchissement un citoyen va entrer dans la société, il faut que la société soit représentée dans l'acte. De là vient la présence du magistrat, nécessaire à son accomplissement. A Rome, quand un magistrat préside pour écouter un véritable procès, il doit juger *pro tribunali*. Car c'est là seulement qu'il peut vider les affaires contentieuses, en public et à jour fixé. Ici, au contraire, comme il y a, dans cet affranchissement, un acte de juridiction gracieuse, le magistrat pourra affranchir en tout lieu : au théâtre, au bain, à la promenade.

Toutes les formalités que nous venons d'examiner sont rigoureusement exigées.

Census. — La deuxième forme d'affranchissement est le *cens*. L'esclave, qui était inscrit sur le cens par le propriétaire de cet esclave, était par là même affranchi.

Testamentum. — La troisième forme est le *testament*. Le testament est un acte solennel, soumis à certaines formes, et il doit être approuvé, *calatis comitiis*, par les comices assemblés par curies. De plus le testateur devra se servir d'une formule sacramentelle : « *Stichus liber esto.* »

On appelle souvent ces trois formes d'affranchissement, de ce qu'elles dérivent de la loi des XII Tables : *manumissio legitima* (1). Ces trois formes amènent les mêmes résultats. Cependant, il est des affranchissements qu'on pourrait faire *testamento*, et qu'on ne pourrait opérer ni *vindicta* ni *censu*. Ainsi, on ne pourrait pas affranchir un esclave par le cens ou la vindicte, si on apposait un terme ou une condition à cet affranchissement. Au contraire, cet affranchissement serait possible, si on s'était servi de la forme du testament. Ainsi par testament on peut affranchir un esclave en ces termes : « *Stichus liber esto biennio*, ou *Stichus liber sit, si istud advenerit.* » En effet, ce testament ne doit produire des effets que dans l'avenir. Cet esclave prend le nom de *statu liber*. Provisoirement il restera esclave, seulement il deviendra libre, à l'arrivée du terme ou de la condition.

1. Cicéron, topiques, n° 2.

L'affranchissement produit deux résultats : il diminue le patrimoine du maître, et donne la qualité de citoyen romain à celui qui est affranchi. Pour que cet affranchissement soit possible, il faut trois conditions de fond du côté du maître :

1° Être citoyen romain ;

2° Être *dominus* ou maître de cet esclave ;

3° Être, de plus, capable d'affranchir.

Examinons deux hypothèses qui peuvent se présenter.

Première hypothèse. — Deux citoyens romains sont co-propriétaires d'un esclave. L'un veut lui conférer la liberté, l'autre ne le veut pas. Que va-t-il se passer ? L'esclave restera esclave, puisque Primus seul veut l'affranchir, et qu'il ne le peut pas sans l'assentiment de son co-propriétaire : Secundus. De plus comme Primus a voulu l'affranchir, Secundus va demeurer seul propriétaire de l'esclave (1).

Deuxième hypothèse. — Un citoyen romain est usufruitier d'un esclave, et l'autre est nu-propriétaire. Le droit d'usufruit ne confère à l'usufruitier que le *jus fruendi*. Il n'a qu'un droit temporaire, viager, qui va s'éteindre avec lui ; il ne peut donc pas conférer un droit définitif à l'esclave, la liberté. Mais *quid juris* du nu-propriétaire ? quant à lui, est-il permis d'affranchir l'esclave ? Non, semble dire Ulpien ; ce nu-propriétaire perdra son droit, mais l'esclave restera esclave, à la cessation de l'usufruit. Ce sera un esclave sans maître, mais non pas un affranchi (2). J'ap-

1. Ulpien, p. 18, titre 1, *regulæ*.

2. Ulpien, p. 19, titre 1, *regulæ*.

pliquera la solution d'Ulpien à l'affranchissement *vindicta* et *censu*, car le nu-propriétaire, s'il pouvait affranchir ainsi, blesserait le droit de l'usufruitier, puisque les affranchissements produits par ces deux modes se font *hic et nunc*. Mais je dirai : comme l'on peut ajouter un terme ou une condition dans un testament, il y aura tacitement par ce legs de liberté fait par le nu-propriétaire à son esclave, cette condition apposée, que l'affranchissement ne se produira *qu'après la cessation de l'usufruit*.

Nous avons vu que la troisième condition de fond exigée chez le propriétaire, c'est qu'il soit capable d'affranchir. Donc si l'enfant veut affranchir, il faudra à cet impubère l'*autoritas tutoris*. Mais *quid* si l'impubère est *infans*, s'il ne peut pas parler et procéder lui-même à l'affranchissement ? Le tuteur ne pourra pas affranchir pour l'*infans*, car il ne peut aliéner les choses du pupille, et en second lieu il ne représente pas le pupille dans les actes qu'il fait.

Quelles conditions sont nécessaires du côté de l'esclave pour être affranchi, dans cette première époque ?

Les Romains admettent que lorsqu'on transmet la propriété d'un esclave à un autre, on peut lui transmettre l'esclave avec cette condition qu'il ne l'affranchira jamais (1). Sauf cette restriction, tout esclave peut être affranchi, et devenir par là citoyen romain.

1. Dig. livre 40, titre 9, loi 9, p. 2.

B. — *Deuxième époque.*

Dans cette deuxième époque, on va abolir l'ancien formalisme. Ces formes solennelles de la première époque, quoique simplifiées, conféreront toujours à l'esclave ainsi affranchi le titre de citoyen romain. Ce n'est qu'une modification de procédure n'entraînant pas avec elle de changement dans l'état de l'affranchi.

Mais à côté des anciennes formes simplifiées, à côté de l'ancienne *manumissio legitima* née de la loi des XII Tables, qui s'est transmise à travers les siècles, on va introduire des formes nouvelles d'affranchissement. La législation qui va établir ces formes nouvelles ne leur attachera pas les effets absolus provenant de la *vindicte*, du *cens*, ou du *testament*. L'esclave affranchi par ces nouveaux modes, s'il devient libre, ne devient plus citoyen romain.

Quant aux conditions de fond, on va se montrer plus exigeant et pour le maître et pour l'esclave. On veut que l'esclave devenu affranchi soit un instrument politique docile entre les mains de son maître ; on veut aussi arrêter cette multitude d'affranchissements qui, en faisant des citoyens romains aujourd'hui de ceux qui la veille étaient des ennemis de Rome, font courir les plus grands dangers à la puissance romaine. Deux lois furent portées à cet effet, la loi *Ælia Sentia* et la loi *Furia Caninia*.

Étudions d'abord la simplification des anciennes formes d'affranchissement : *vindicte, cens, testament*.

Pour la vindicte, Hermogénien nous dit (1) que les licteurs seuls, au lieu du magistrat, et en l'absence de celui-ci, pourront faire l'affranchissement : « *per lictores, domino tacente, et verba solemnia licet non dicantur, ut dicta accipiuntur.* » Ainsi, désormais, les paroles solennelles seront réputées prononcées, le maître de l'esclave n'aura rien à dire.

On simplifie aussi les paroles nécessaires et sacramentelles employées auparavant dans le testament. Il fallait dans la première époque dire, à peine de nullité, *Stichus liber esto* ; on ne pouvait pas se servir d'autres expressions. On ne pouvait pas dire : *je charge mon héritier d'affranchir tel esclave*. Car qui pouvait forcer l'héritier d'agir ? Auguste décida qu'il y aurait désormais obligation pour l'héritier de procéder à l'affranchissement. Ce fut là ce qu'on appella un *fideicommiss*. Pour ce fidéicommiss, en outre, les formalités du testament ne sont plus exigées (2). Ainsi était rendue facile cette manière d'affranchir par testament, mode autrefois soumis à des paroles sacramentelles, sans lesquelles l'esclave ne pouvait sortir de sa déplorable condition.

Une autre facilité d'affranchir fut apportée au mode d'affranchissement par testament. Pour affranchir par *legs*,

1. Dig. livre 40, titre 2, loi 23.

2. Dig. livre 40, titre 4, loi 43.

il faut être propriétaire de l'esclave, au moment où l'on fait son testament. Mais il n'en sera pas de même en cas de fidéicommiss de liberté. Le testateur pourra charger l'héritier d'affranchir l'esclave de telle personne ou de lui héritier. On va créer un *préteur fidéicommissaire* chargé de contraindre l'héritier à accomplir le *fidéicommiss* en général, et en particulier *celui de liberté*.

Remarquons, cependant, qu'il y aura toujours une profonde différence, suivant que l'esclave aura été affranchi dans un testament par *legs* de cette manière : « *Stichus liber esto* », et le cas où il aura été libéré de l'esclavage par *fidéicommiss*. Dans le premier cas, l'affranchi tiendra sa liberté du défunt, ce sera un *libertus orcinus*. Il n'en sera pas de même dans le second cas. Ici l'affranchi tiendra sa liberté de l'héritier qui aura procédé à l'affranchissement suivant les formes légales, et l'esclave aura pour patron cet héritier.

L'affranchissement par le *cens* est tombé en désuétude. Il est remplacé par l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis*. Mais cet affranchissement ne devient légal qu'à l'époque de Constantin (1).

Formes nouvelles d'affranchissement. Il arrivait quelquefois que le maître écrivait à son esclave qu'il l'affranchissait, ou bien il le traitait comme son égal, le faisait asseoir à sa table, ou l'affranchissait devant ses amis, mais

1. Cod. Théod. livre 4, titre 7.

sans aucune formalité requise. Il en résultait une liberté de fait, mais non pas de droit. Il advint que des maîtres, après avoir été généreux, se rétractèrent et voulurent faire rentrer sous le joug les malheureux qui n'y avaient échappé un instant que pour sentir les jouissances de la liberté. Le *préteur*, ce pouvoir plein d'équité que nous voyons à tout moment intervenir dans la législation romaine pour paralyser les rigueurs de la loi, voulut que cette liberté de fait fût respectée. Ce furent ces esclaves affranchis de fait et non de droit qu'on appela les *servi in libertate*. Vint la loi *Junia Norbana* qui régularisa la position de ces esclaves. Elle transforme en liberté de droit cette liberté de fait que protégeait déjà le *préteur*; elle donne une efficacité juridique à ces formes d'affranchissement non solennelles. Elle déclare que ces affranchis seront de simples *Latins Juniens*. Ces individus seront libres pendant leur vie; à leur mort ils seront considérés comme étant toujours restés en esclavage: « *liberi vivunt, ut servi moriuntur* (1) ». Cependant la législation leur facilite les moyens d'arriver citoyens romains. Que s'ils n'ont pas usé de ces moyens, comme ils meurent esclaves, tout ce qu'ils auront acquis pendant leur vie viendra *ex dominica potestate* à leur ancien maître, puisque leur mort a mis un terme à leur liberté.

Dans cette deuxième époque que nous étudions, on trouve même des cas où la liberté sera acquise à l'esclave

1. Com. 3, p. 56, Gaius.

malgré la volonté du maître. L'esclave qui dénoncera le crime de fausse monnaie, et qui rendra ainsi un service signalé à l'État en danger, acquerra cette liberté. Il existe un autre cas remarquable où l'esclave pouvait arriver à la liberté, sans que le maître eût le moins du monde la volonté de l'affranchir. L'esclave pouvait dire à un citoyen romain : « achetez-moi à mon maître ; je vous paierai le prix que vous aurez déboursé et vous m'affranchirez. L'acheteur avait intérêt à agir ainsi. Car il acquérait de cette manière, et sans aucune perte les droits de patron sur la succession future de l'affranchi. L'esclave, il n'est pas besoin de le dire, y était plus intéressé encore. Marc-Aurèle décide qu'en payant à son nouveau maître le prix d'achat, l'esclave acquerra la liberté. Enfin, sous Gordien ou sous Dioclétien, l'esclave, resté en possession de la liberté, deviendra libre par cette possession de bonne foi pendant vingt années (1).

Nous allons maintenant examiner les conditions de fond imposées par les deux lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia*, dans le but d'arrêter la trop grande multiplicité des affranchissements.

La loi *Ælia Sentia* contient quatre dispositions. Les deux premières ne font pas obstacle à la liberté de l'esclave ; mais, quoique affranchi, cet individu ne pourra pas prétendre à la qualité de citoyen romain. Les deux autres dispositions mettent des conditions même à l'affranchisse-

1. Cod. livre 7, titre 22.

ment de l'esclave. L'intérêt public d'une part, et de l'autre l'intérêt privé, inspirent ces dispositions.

Première disposition. — Lorsque l'esclave aura (1) encouru certaines condamnations, il deviendra libre par l'affranchissement, il ne sera pas citoyen romain, il ne sera que *deditice*.

Cette disposition subsiste jusqu'à Justinien, et elle s'applique aux affranchissements entre-vifs ou testamentaires.

Deuxième disposition. — On exige certaines conditions d'âge chez l'esclave pour qu'il puisse être affranchi. S'il ne remplit pas ces conditions d'âge, l'esclave sera bien affranchi, mais il deviendra seulement *Latin Junien*. La condition d'âge exigée chez l'esclave pour qu'il puisse être affranchi et acquérir la qualité de citoyen, c'est *trente ans*. Si l'esclave n'a pas trente ans, il ne pourra devenir citoyen romain par l'affranchissement qu'à deux conditions :

- 1° Il faut qu'il soit affranchi entre-vifs par la *vindicta* ;
- 2° Que le maître de l'esclave soit approuvé dans son affranchissement par un *consilium* (2).

Ainsi, si ces deux conditions ne sont pas remplies, et que l'esclave ait moins de trente ans, l'affranchissement ne lui conférera que la qualité de *latin junien*. Certaines circonstances pourront faire approuver cet affranchissement avant trente ans *vindicta par le consilium*. Ce sera, par

1. Com. 1, p. 13, Gaius.

2. Com. 1. p. 18 et 20, Gaius.

exemple, l'affranchissement d'un fils par son père. Cet exemple peut se présenter dans cette hypothèse : le maître institue le père de cet esclave, esclave lui-même, héritier, et l'affranchit. Ce père a sous sa domination son fils qui est resté esclave. Si cet esclave n'a pas trente ans, le père pourra, après avoir obtenu l'approbation du *consilium*, affranchir cet esclave, son fils, *vindicta*, et lui conférer ainsi la qualité de citoyen romain. La décision du *consilium* est irrévocable. Le président du *consilium* est le *præteur*.

Supposons, au contraire, que ce père affranchit son fils sans l'approbation du *consilium*. Ce fils n'acquerra que la qualité de *latin junien*; *vivit liber, moritur servus*.

Troisième disposition. — L'incapacité pour les actes juridiques cesse à l'âge de la puberté : à douze ans pour les femmes, à quatorze ans pour les hommes. Donc, le pubère pourra à quatorze ans affranchir un esclave. Mais cette facilité d'affranchir est dangereuse et pour le maître trop jeune, trop porté à être généreux, à se dépouiller de ses esclaves qui font sa richesse, et pour la nation qui va voir ses comices envahis par une foule de nouveaux citoyens romains peu soucieux des intérêts et de la grandeur de la puissance romaine. La loi *Ælia Sentia* décide que le mineur de vingt ans ne pourra pas affranchir ses esclaves si ce n'est en remplissant deux conditions :

1° Il devra se servir de la *vindicta* pour affranchir son esclave ;

2° Faire approuver par un *consilium* cet affranchissement (1).

Mais la sanction de la loi est ici plus énergique que dans sa deuxième et dans sa première disposition. La sanction, si ces deux conditions n'ont pas été observées, et qu'on ait affaire à un mineur de vingt ans, c'est la nullité complète de l'affranchissement. L'esclave restera esclave. Si le mineur de vingt ans ne veut faire de son esclave qu'un *latin junien*, en l'affranchissant *inter amicos*, il lui faudra néanmoins l'approbation du *consilium*.

Ce mineur de vingt ans peut faire un testament depuis sa puberté, et léguer par ce testament tous ses esclaves à une personne, cependant il ne peut pas les affranchir par testament. — Il semble qu'il y ait là une contradiction résultant de cette troisième disposition de la loi *Ælia Sentia* qui défend au mineur de vingt ans d'affranchir par testament. — Mais, remarquons-le, le legs d'esclave ne nuit pas à la cité, ne lui apporte pas de nouveaux citoyens prêts à se venger de Rome, en usant contre elle des libertés qu'ils ont conquises ; il en est tout autrement de l'affranchissement par testament. De là est née la troisième disposition de la loi que nous étudions. De plus, il y a un grand danger à laisser affranchir par testament, à cause de la facilité que l'on trouve à être généreux, quand cette générosité ne doit pas vous nuire et ne doit léser que vos héritiers.

1. Com. 1, p. 38, Gaius.

Quatrième disposition. — Celui qui affranchit ses esclaves en fraude de ses créanciers, fait un acte nul, et l'esclave reste esclave. C'est l'application du principe général posé dans l'édit du préteur : « *Celui qui a des créanciers, ne peut pas volontairement, le sachant, se mettre dans l'impossibilité de payer ses dettes.* » S'il le fait, l'acte sera nul à l'égard de ses créanciers. On voit clairement apparaître dans cette règle le rôle éminemment équitable du préteur qui ne veut pas qu'aucun intérêt particulier soit lésé. Le préteur édicte des dispositions si rationnelles, qu'elles se transmettent à travers nombre de siècles, si bien qu'aujourd'hui encore l'article 1167 formule la même règle.

Les créanciers d'un débiteur ont pour gage tout son patrimoine. Si le débiteur est insolvable, chacun prend dans le patrimoine un dividende proportionnel à sa créance. Un homme grevé de dettes conserve encore vis-à-vis de ses créanciers le droit de disposer de ses biens, car le droit des créanciers n'est pas un droit limité à tel ou tel objet, mais porte *in globo* du patrimoine tout entier. L'esclave est un bien, une valeur pécuniaire. Qu'arrivera-t-il si le débiteur insolvable fait un affranchissement *en fraude de ses créanciers* ? Le droit civil romain disait : cet affranchissement sera valable. Il y avait là une rigueur excessive contre les créanciers. Le préteur, quand le débiteur insolvable faisait de mauvaise foi un acte contraire à l'intérêt des créanciers, par exemple une donation, annulait cette donation, parce qu'elle enrichissait autrui au détriment des

créanciers. Mais, quand il y avait affranchissement, le prêteur considérait qu'il y avait plutôt *anéantissement de valeur* que déplacement de valeur au profit d'autrui. De plus, la liberté donnée à l'esclave lui paraissait sacrée. Voilà pourquoi il maintenait l'affranchissement, bien que fait en fraude des créanciers (1).

Mais vint la loi *Ælia Sentia* qui déclara nul cet affranchissement, sur lequel le prêteur n'avait pas osé porter une main téméraire. Pour obtenir cette nullité les créanciers doivent remplir plusieurs conditions :

1° Il faut être créancier simple, à terme, ou sous condition.

2° Il faut que l'affranchissement soit fait au préjudice des droits des créanciers. Il faut que cet affranchissement rende le maître insolvable, ou augmente son insolvabilité. C'est là ce qu'on appelle *l'eventus damni*.

3° Il faut que le débiteur qui affranchit ait *l'animus fraudendi* l'intention de frauder ses créanciers. Il doit *savoir* que, par cet acte, il fait naître ou il accroît son insolvabilité. En effet, si le débiteur était de bonne foi, comme ses créanciers ont suivi sa foi, ils ne pourraient pas critiquer ses actes, si préjudiciables qu'ils leur soient.

*Sanction de cette quatrième disposition de la loi
Ælia Sentia.*

Le débiteur insolvable a affranchi un esclave en fraude de ses créanciers. En droit, l'acte est nul, et l'esclave res-

1. Dig. *quæ in fraudem*, livre 42, titre 8.

tera esclave. En fait, il n'en est pas de même. En fait, jusqu'à ce que les créanciers se plaignent, l'esclave est libre. Et même après un certain délai, les créanciers ne pourront plus se plaindre. L'esclave sera *statu liber* ou libre de fait, jusqu'à ce que les créanciers intentent leur action. Mais, à cette époque, comme en droit l'esclave, n'aura jamais été libre, toutes les acquisitions qu'il aura pu faire dans sa liberté de fait leur appartiendront.

Il est des cas où les dispositions de la loi *Ælia Sentia* ne pourront pas s'appliquer. Par exemple dans cette hypothèse : un homme insolvable, et sachant bien qu'il meurt insolvable, institue son esclave, qu'il affranchit en même temps, comme héritier de sa succession. Cet esclave, malgré les prescriptions de la loi *Ælia Sentia* va devenir libre et citoyen romain. Le romain a institué cet esclave affranchi, pour que sa mémoire ne soit pas *notée d'infamie*. En effet cet institué est un *heres necessarius*, il ne peut pas refuser cette hérédité qu'il acquiert *ignorans* et même *invitus*. C'est sous son nom que vont être vendus les biens du défunt qui l'a institué. C'est sur lui et non sur le défunt que va retomber l'ignominie de cette vente. Dans cette hypothèse favorable, on permet au *de cuius* de déroger aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*. Observons que si le défunt trouve son avantage à ce que les choses se passent ainsi, de son côté l'esclave institué et affranchi n'y est pas moins intéressé que son maître. En effet, si, par exemple, son maître n'avait pas vingt ans au moment de l'affranchissement, il n'aurait pas pu l'affranchir par testament. Donc

ce testament qui va lui être préjudiciable en un sens, lui donne d'un autre côté la liberté et la qualité de citoyen romain, deux avantages auxquels il n'aurait pas pu prétendre, s'il n'avait pas été institué dans un tel testament (1).

De la loi Furia Caninia.

La loi Furia Caninia, qui fut édictée quatre ans après la loi *Ælia Sentia*, fut également établie sous le règne d'Auguste. La loi *Ælia Sentia* fut rendue en 757 de Rome sous le consulat d'*Ælius Cato* et de *Sentius Saturnius* ; la loi *Furia* fut édictée en 761 sous le consulat de *Furius Camille* et de *Caninius Gallus*. Cette loi, qui ne vise que les testaments, établit que celui qui n'aura que deux esclaves pourra les affranchir tous les deux ; s'il en a plus de deux, jusqu'à dix, la moitié ; plus de dix jusqu'à trente, le tiers ; plus de trente jusqu'à cent, le quart ; plus de cent jusqu'à cinq cents, le cinquième ; mais jamais on ne pourra par testament en affranchir plus de cent. Tout ce qui sera fait en fraude de la loi sera nul. D'où l'on concluait que si, dans un testament, les noms avaient été écrits en cercle afin qu'on ne pût distinguer les premiers affranchis des derniers, aucun d'eux ne serait affranchi.

Auguste avait cru, par ces deux lois, devoir arrêter cette

1. Com. 2, Gaius, p. 153 et 154. Ulpien, p. 14, titre 1, *regulæ*.

multitude d'affranchissements qui pouvait faire courir de grands périls à son empire. La qualité de citoyen avait encore à cette époque une grande valeur qu'elle allait perdre bientôt sous les règnes despotiques des *Tibère* et des *Caracalla*. Le caractère de l'ancienne République où le droit de citoyen était si précieux pour conférer les magistratures n'était pas encore altéré à l'avènement d'Auguste. Les vrais Romains étaient froissés de voir, par un simple affranchissement, s'accroître dans une proportion effrayante le nombre de citoyens, naguère esclaves, qui, avilis dans l'habitude de la servitude, étaient prêts à vendre leur vote au dernier enchérisseur.

A l'époque de Justinien, où nous allons arriver, tout est bien changé. Rome a subi le joug des despotes tels que Néron, Caligula. Ses anciennes vertus ont disparu ; en apprenant à servir les trente tyrans, elle a oublié la valeur du titre de citoyen romain. Les mœurs et les lois, par suite de fréquentations continues avec les nations barbares, se conforment à des règles communes de droit naturel et d'humanité. L'empereur Justinien va donc chercher à favoriser l'affranchissement sous toutes les formes. Les lois *Ælia Sentia* et *Furia* vont être abrogées ou modifiées. L'esprit du christianisme proclamant l'égalité, la fraternité entre les hommes, en montant sur le trône avec *Constantin*, va être pour beaucoup dans cette révolution sociale.

C. — *Troisième époque, époque de Justinien.*

Sous Justinien, l'ancien formalisme est depuis longtemps tombé en désuétude. Quant aux conditions de fond, établies par les lois *Ælia Sentia* et *Furia*, elles vont être ou modifiées ou abrogés.

Innovations de Justinien quant aux conditions de forme.

Pour les conditions de forme, la vindicte d'autrefois n'existe plus. Il suffit que le maître déclare sa volonté d'affranchir devant le magistrat. Cela est nécessaire, mais suffisant. Sous Justinien, l'affranchissement *per amicos* ou *per epistolam* ne fera plus de l'esclave ainsi affranchi un *latin junien*. A cette époque, il n'y a plus qu'une classe d'affranchis, et ces affranchis deviennent tous citoyens romains. Le mode d'affranchissement par testament subsiste toujours. Quand l'affranchissement a lieu *per epistolam* ou *inter amicos*, il faut, pour que l'affranchissement soit valable que cinq témoins signent la lettre ou se présentent comme amis. Justinien (p. 2, livre 2, titre 6, Instituts) décide que lorsque le maître dans son testament aura institué héritier un de ses esclaves, ou qu'il l'aura nommé tuteur, cette institution ou cette nomination vaudront *per se* affranchissement de l'esclave, bien qu'il n'en soit fait aucunement mention. C'est donc là un cas d'*affranchissement tacite*, résultant implicitement de la volonté du testateur. En effet, si celui-ci veut qu'après sa mort l'esclave dispose de ses

biens en maître, s'il lui confère la qualité de tuteur pour veiller aux intérêts de ses enfants, à plus forte raison a-t-il voulu l'affranchir. Mais, remarquons-le, sauf ce cas d'affranchissement tacite, la libération de l'esclavage ne résulte pas, même sous Justinien, du pur consentement. Il faut, à peine de nullité, observer les formes qu'il prescrit.

Innovation de Justinien quant aux conditions de fond.

Soit un esclave *communis* ou qui appartient à deux copropriétaires. Avant Justinien, si un seul propriétaire affranchissait, son copropriétaire devenait propriétaire exclusif de l'esclave, et le premier, sans avoir atteint son but, devenait victime de sa propre libéralité. Cette solution était choquante. Justinien décide que, lorsqu'un des copropriétaires veut affranchir, il peut le faire; il pourra exproprier ses copropriétaires de leur part sur l'esclave, et leur paiera ce qui leur est dû : *justo pretio*. Justinien va plus loin. Il fixe la valeur de l'esclave (1).

Autrefois le nu-propriétaire ne pouvait pas non plus affranchir un esclave soumis à un droit d'usufruit, du moins par la vindicte et le cens, tant que durait l'usufruit. Justinien déclare que le nu-propriétaire peut l'affranchir *hic et nunc*. Seulement l'affranchi continuera de servir l'usufruitier *quasi servus*. Mais cet individu n'est plus esclave.

1. Cod. livre 7, titre 7, de *communi servo manumisso*.

Donc si cette personne est une femme et qu'elle mette au monde un enfant, l'enfant sera libre (1).

Justinien abroge ou modifie les conditions de fond établies par les lois *Ælia Sentia* et *Furia Caninia*.

Parlons d'abord des quatre dispositions de fond de la loi *Ælia Sentia*. La première disposition est abrogée. De même de la deuxième disposition. Il n'y aura plus ni *deditices*, ni *latins juniens*. Sous Justinien, tous les affranchis seront citoyens romains.

La quatrième disposition est maintenue. Les créanciers auront toujours l'action paulienne pour faire annuler l'affranchissement fait de mauvaise foi par un débiteur insolvable. Justinien dit expressément au paragraphe 3 livre 2, titre 6 Instituts que, pour que cette action soit recevable, il faut l'intention, l'*animus fraudendi* du débiteur et son *insolvabilité*: « *itaque tunc intelligimur impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis, et ipsa re eo quod ejus bona non sunt suffectura creditoribus.* »

Quant à la troisième disposition de la loi *Ælia Sentia*, que nous traitons en dernier lieu, parce que Justinien y apporte des modifications, voici quelles sont les innovations de Justinien. Il remarque que le pubère peut faire son testament et donner par legs tous ses esclaves. Il reproduit ce que disait Gaius. Il nous dit (2) : « il est bizarre que ce

1. Cod. titre 15, livre 7, loi 1.

2. Instituts, livre 1, titre 6, p. 7.

pubère qui peut par testament léguer tous ses esclaves, ne puisse pas les affranchir. » On devrait en conclure qu'alors il va abolir cette bizarrerie, et que, de par sa constitution, le pubère pourra affranchir ses esclaves. Mais non. Justinien remarque une bizarrerie, il statue pour l'éviter et retombe dans une bizarrerie analogue. En effet, il décide que, comme la liberté est un bien inappréciable, comme la loi *Ælia Sentia* fixait à vingt ans la capacité pour affranchir par testament, le pubère à l'âge de dix-sept ans seulement pourra dans un testament conférer la liberté à ses esclaves. Nous avons donc raison de dire que cette bizarrerie qu'il signale et qui le choque, pour laquelle il fait intervenir une constitution impériale, il la laisse subsister, puisqu'à quatorze ans le pubère peut donner ses esclaves par testament, et qu'il ne pourra les affranchir ainsi qu'à dix-sept ans.

Quant aux affranchissements entre-vifs, Justinien maintient l'ancienne règle ; le mineur de vingt ans ne pourra les faire que *vindicta* et *apud consilium*.

Justinien abroge la loi *Furia Caninia*. Il ne veut pas qu'on enlève aux mourants le droit de faire tels affranchissements qu'il leur plaît, quand les vivants ont le droit de libérer de l'esclavage tous leurs esclaves, si telle est leur volonté.

SECTION II.

De la condition de l'esclave affranchi.

L'esclave affranchi doit à son patron une nouvelle vie, la vie civile. Et comme il entre dans la société, isolé, sans famille, on le rattache par des liens de patronage à son ancien maître, son bienfaiteur aujourd'hui. Ce patron avait des droits sur l'affranchi c'étaient les : *obsequia, operæ, jura in bonis*.

Obsequia : ce sont les devoirs de respect, de reconnaissance, que l'affranchi doit à son patron, devoirs à peu près les mêmes que ceux dûs par le fils à son père. Ainsi il faudra que le préteur donne l'autorisation à l'affranchi, pour qu'il puisse attaquer son patron en justice (1). Celui qui insulterait gravement son patron pourrait être condamné à rentrer en servitude.

Operæ : on entend par là les services que l'affranchi promettait à son patron. Mais ces services, il ne les devait que s'ils avaient été exigés comme condition de l'affranchissement. Il fallait donc que le patron fit promettre sous serment ses services ou qu'il les stipulât de son affranchi.

Jura in bonis : on entend par là tous les droits de succession que le patron avait sur la succession de l'affranchi décédé. Ces droits varièrent avec les époques. Depuis les

1. Dig. livre 25, titre 3, loi 5, p. 19.

XII Tables jusqu'à Justinien, des lois nombreuses réglèrent cette matière. Le préteur, la loi *Pappia Poppæa*, Justinien rendirent des décisions à ce sujet.

SECTION III.

Transformation de l'esclavage au Bas-Empire.

Antérieurement à Constantin, non-seulement dans les provinces reculées, mais au cœur de l'Empire, s'était formée une classe d'hommes dont la condition juridique n'était ni celle des hommes libres, ni celle des esclaves. C'étaient les *agricolæ* ou *coloni*. A quoi attribuer l'origine de cette nouvelle forme de l'asservissement humain : car les colons étaient asservis à la terre, *adscriptitii coloni*. La foule des esclaves qui peuplaient l'Empire était depuis longtemps adonnée à la culture des terres ; eux seuls étaient habitués aux travaux des champs, tandis que leurs maîtres allaient sans cesse combattre pour l'agrandissement ou la défense de l'Empire. De plus, les guerres continuelles à soutenir contre les Barbares, toujours battus et toujours prêts à combattre à nouveau, renaissant de leurs défaites, avaient dépeuplé les campagnes, et grevé d'impôts énormes les malheureux cultivateurs. Le propriétaire du sol pour exciter à la culture son esclave, l'affranchit de toute servitude personnelle, à la condition qu'asservi à la terre il paierait l'impôt à l'État et une certaine redevance à son

maître. Ainsi étaient satisfaits l'État, le propriétaire, le colon, qui acquérait une position préférable à sa triste situation d'esclave. Mais de misérables agriculteurs, même libres, acceptèrent aussi cette position de colon, pourvu qu'on leur fournit des terres à cultiver, et des moyens d'exploitation. Une fois l'établissement du colonat produit et réalisé sous l'influence des besoins agricoles, les naissances l'ont ensuite perpétué, parce qu'au Bas-Empire, les enfants suivent la condition de leurs pères.

On distinguait deux classes de colons suivant, sans doute, que les *colons* étaient auparavant *libres* ou *esclaves*. Les colons s'appelaient les uns : *adscriptitii coloni*, *censiti*, *tributarii*, les autres : *inquilini* ou *liberi coloni*. Une chose commune à tous ces colons c'est qu'ils étaient attachés à la terre à perpétuelle demeure. Ils ne pouvaient quitter la terre qu'ils cultivaient. Leurs maîtres ne pouvaient pas les transporter d'une terre à l'autre, et quand la terre était vendue, ils étaient vendus avec elle. C'est la *servitude de la glèbe*, c'est la naissance du *servage*.

L'origine des *adscriptitii coloni* devait être l'esclavage, esclavage transformé pour les besoins de la culture des terres, dans le temps de la décadence du Bas-Empire, en colonat. Leur position était bien analogue à celle des esclaves. Ils ne possédaient rien pour eux-mêmes. Leur pécule, comme celui des autres esclaves était à leurs maîtres (1). Les noms de *censiti*, *tributarii* leur venaient de

1. Cod. livre 41, titre 47, *de agricolis*, loi 18, p. 19.

ce qu'ils étaient obligés de payer au fisc un *impôt personnel* ou *capitation*. Quant au maître de la terre, comme tout ce qu'ils avaient appartenait à ce maître, qu'ils n'avaient rien en propriété, il n'était pas obligé de rétribuer leur travail, sauf à fournir aux frais de leur nourriture et de l'exploitation. Mais, moyennant des redevances payées au maître, l'usage s'introduisit de les laisser vivre des produits de la culture de la terre.

Les colons dits *inquilini* se rapprochaient, par leur condition, de la classe des hommes libres, soit qu'ils fussent libres auparavant et qu'ils se fussent asservis à la terre pour vivre, soit que leurs ancêtres eussent agi ainsi. Ils pouvaient être propriétaires des terres qu'ils cultivaient, seulement ils devaient payer à leurs maîtres une redevance, *canon*, en denrées et quelquefois en argent. Quoiqu'ils fussent libres sous un certain rapport, qualifiés d'ingénus, on peut dire cependant qu'ils étaient esclaves du fonds qu'ils cultivaient. Ces *colons libres* étaient également inscrits sur le cens pour l'impôt personnel de capitation, et pour l'impôt foncier s'ils étaient propriétaires de quelque terre.

En Gaule existaient ces *coloni liberi* et ces *coloni adscriptitii*, classe d'hommes esclaves dans leur rapport avec la terre, libres dans leur rapport avec les personnes. A l'époque gallo-franque, les Germains envahisseurs adoptèrent le colonat qu'ils trouvèrent implanté en Gaule, colonat qui différait peu, du reste, de leur esclavage. En effet, en Germanie, chaque esclave a sa maison, il la gouverne à son gré : *suos penates regit* (Tacite). Le maître

impose à cet esclave des redevances en nature, pour les terres qu'il lui laisse cultiver et sur lesquelles il vit. Leurs usages poussèrent donc les Germains à adopter facilement le colonat romain. C'est là l'origine du servage de l'époque féodale. On voit à cette époque des hommes non libres, esclaves de la terre, qui doivent à leur seigneur des services personnels et des services fonciers.

Le serf n'est pas un simple possesseur de la terre. Il cultive sa propriété, mais c'est une propriété très-grevée. Il ressemble donc plutôt au *colonus liber* qu'au *colonus adscriptitius*. Cette condition servile a duré jusqu'en 1789. C'est un décret des 4, 18 août 1789 qui a aboli le servage en France.

A travers les siècles s'est perpétué également l'esclavage. Une loi de 1832 l'a aboli dans les colonies anglaises. La traite des noirs longtemps permise a été enfin réprouvée par le droit des gens des nations civilisées. La guerre de sécession en Amérique a détruit les derniers restes d'esclavage que connussent les peuples policés.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE

CHAPITRE PREMIER.

ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

Préliminaires.

La communauté peut être définie une association de biens entre époux soumise à certaines règles exorbitantes du droit commun. Ces règles de la communauté lui sont particulières en ceci :

1° C'est une association où des pouvoirs excessifs sont accordés au mari ;

2° Il est impossible de restreindre par la convention ou contrat de mariage les pouvoirs du gérant qui est nécessairement le mari ;

3° Dans cette association, la femme seule a le droit de poursuivre la dissolution de l'association, en demandant la séparation de biens ;

4° La renonciation des associés ne peut mettre fin à l'association ;

5° L'un des associés, la femme, peut renoncer aux conséquences de l'association ;

6° Le partage se fait par moitié, malgré l'inégalité des apports. Dans la société, au contraire, (art. 1853 C. c.), la part de chaque associé est proportionnelle à sa mise dans la société ;

7° Dans les sociétés ordinaires, il n'est pas permis de faire entrer dans la masse commune en propriété les biens qu'on pourra acquérir par donation, succession ou legs, tandis que dans la communauté cela est de droit quant aux meubles, et peut être stipulé quant aux immeubles.

Le régime de communauté, inconnu chez les Romains, a été emprunté au droit coutumier par le Code civil. Faut-il en chercher l'origine dans les lois germaniques, ou dans les coutumes primitives de notre sol ?

Dans un certain nombre de lois barbares, dans la loi des Visigoths par exemple, nous voyons qu'on accordait à la femme une certaine portion, variable suivant les différentes lois, dans les *acquêts* que le mari avait pu faire durant le mariage. Mais était-ce seulement un gain de survie comme le *douaire*, ou une véritable association de la femme aux biens du mari pendant le mariage ?

Ceux qui donnent à la communauté une origine nationale, disent qu'elle vient des *sociétés taisibles* qui, à une certaine époque, se formaient entre les serfs et les roturiers

de plein droit par la cohabitation et la communauté du pot et du feu, etc. pendant l'an et jour.

Lors de la rédaction du Code civil, on pensa tout d'abord à la communauté, pratiquée dans une grande partie de la France, pour régir les intérêts pécuniaires des époux. Mais lorsqu'on voulut l'établir comme *régime de droit commun*, on vit s'engager de vifs débats. Les partisans du régime dotal repoussaient cette communauté formée *virtuellement* par le mariage. Ils voulaient, qu'à défaut de contrat, aucune dot n'étant constituée, les époux fussent mariés sous le régime dotal dont tous les biens seraient *parapher-naux*.

Les rédacteurs du Code civil ont préféré la communauté, car il est plus conforme à la nature du mariage d'établir la communauté d'intérêts entre époux.

La communauté légale est donc le régime de droit commun, à défaut de contrat de mariage, pour les Français domiciliés en France.

Il y a deux sortes de communautés :

1° La *communauté légale* ;

2° La *communauté conventionnelle*.

L'article 1400 Code civil indique qu'on est marié sous le régime de communauté légale, quand on a *déclaré dans le contrat de mariage accepter ce régime*, ou bien lorsqu'on n'a pas fait de contrat. De même, si en faisant le contrat, on ne s'est pas conformé aux règles du contrat de mariage, le *contrat est nul*, par exemple s'il a été rédigé sous *seing privé*, et alors les époux sont mariés sous le

régime de communauté légale. Car, de cette nullité, il advient que les époux n'ont légalement pas fait de contrat, puisque celui qu'ils ont fait est nul. Si le contrat de mariage a été annulé pour incapacité, le contrat étant nul, les conjoints sont mariés sous le régime de communauté légale.

On dit que la communauté est conventionnelle, lorsque le contrat, en établissant la communauté, en a modifié les effets par des clauses qui dérogent à la communauté de droit commun.

Le Code a prévu celles des clauses de communauté conventionnelle les plus usuelles, et en a déterminé les effets.

Mais légale ou conventionnelle, la communauté ne commence que du *jour du mariage* contracté devant l'officier de l'état civil, (art. 1399 C. c.). On ne peut lui assigner une autre date. Donc on ne peut faire commencer la communauté au jour du contrat de mariage. En effet, il s'agit ici d'une association exceptionnelle, qui ne peut exister qu'entre conjoints, et non entre futurs époux.

L'article 1399 Code civil s'écarte de l'ancien droit, quand il déclare qu'on ne peut reporter à une époque postérieure au mariage le commencement de la communauté. Le motif de cette règle de l'article 1399 c'est que la succession de régimes divers pourrait induire les tiers en erreur, tiers qui ont si grand besoin de connaître le régime matrimonial des époux.

Dans l'ancien droit, au contraire, on pouvait assigner à

la communauté un point de départ postérieur au mariage : soit *un terme*, soit *une condition*.

L'article 1399 Code civil prohibe *le terme*, mais ne dit rien *de la condition*. *Quid juris* ? si une condition est imposée au régime choisi par les époux. Exemple : des époux entendent, s'ils ont des enfants, être mariés sous le régime de la communauté, sinon sous celui de la séparation de biens. Il faut décider qu'on peut subordonner l'adoption de tel ou tel régime à une *condition*, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une *condition potestative* qui rendrait nul le contrat auquel elle serait jointe. Mais on nous fait cette objection, l'inconvénient, que la loi a voulu prévenir avec le terme, se manifeste encore plus avec la condition.

L'esprit de la loi c'est de mettre les tiers à l'abri d'une surprise. Or qu'arrivera-t-il, si l'on admet qu'on peut adopter la communauté légale sous condition ? c'est qu'au lieu d'avoir, comme avec le terme, deux régimes parfaitement limités, nous n'aurons qu'un régime unique, mais lequel ? on l'ignorera assez longtemps, et les tiers seront dans l'incertitude du régime adopté. Cette objection est sérieuse ; mais un grand principe de notre droit c'est la *liberté des conventions*. La loi a défendu formellement le terme, mais n'a rien dit de la condition. Donc nous devons appliquer ce grand principe qui domine les contrats. Et une autre considération qui amène à la même solution, c'est que si on ne pouvait soumettre à la condition le régime matrimonial, on ne pourrait pas non plus y soumettre telle

ou telle clause du régime. Or, évidemment, ce n'est pas là la pensée du législateur.

Mais nous repoussons la *condition potestative*, qui, elle, ne peut nullement être admise. Supposons le régime de communauté soumis à une condition; la condition ne se réalise pas. Sous quel régime sont mariés les époux? Si le contrat a indiqué, que la condition faisant défaut, tel régime remplacera celui de la communauté légale, on aura le contrat pour se guider. Mais supposons qu'il dise simplement : les époux adoptent la communauté légale à la condition qu'il naîtra des enfants du mariage. Sous quel régime sont mariés les époux, si la condition ne se réalise pas? on est fort embarrassé. On pourrait être porté à dire : on a exclu la communauté par cela seul qu'on y a mis une condition qui ne s'est pas réalisée. Cependant, selon nous, il faut dire que les époux sont mariés sous le régime de communauté légale; car la communauté ayant été acceptée sous condition, la condition ne s'étant pas réalisée, c'est comme si les époux s'étaient mariés *sans contrat*. En effet pour échapper à la communauté légale qui est de droit commun, il faut faire choix d'un autre régime. Or, dans les termes supposés du contrat, les époux n'ont pas fait choix d'un autre régime. Cela suffit pour qu'ils soient soumis à la communauté légale.

Le Code civil s'occupe d'abord de l'actif et ensuite du passif de la communauté légale.

Le législateur pouvait établir, comme régime de droit commun résultant de cela seul qu'on s'était marié sans

contrat, une communauté universelle de tous biens *meubles* et *immeubles* présents et à venir. Mais cette idée aurait répugné à nos mœurs qui veulent la conservation et la transmission des biens dans les familles d'où ils proviennent. La meilleure preuve que le législateur a eu raison de ne pas l'établir comme régime de droit commun, c'est que, quoique possible, la *communauté universelle* est très-rare en pratique.

Le législateur pouvait encore laisser aux conjoints la propriété de leurs meubles et immeubles, mettre seulement en commun la *jouissance* de ces biens, et pour la *propriété* les biens seulement acquis par économie et les bénéfices résultant de l'exercice personnel des conjoints. C'est ce qu'on appelle la *communauté réduite aux acquêts*. C'est assurément le genre de communauté le plus conforme à nos mœurs. A ce point de vue, il serait peut-être désirable que ce fût là la communauté légale. Mais il y avait un inconvénient : c'est que dans ce cas de communauté réduite aux acquêts, il eut été nécessaire de constater l'état de *fortune mobilière* des époux, au jour où ils se marient. Or, justement la communauté légale est faite pour ceux qui ne veulent pas ou ne peuvent pas faire les frais d'un contrat de mariage.

Le Code a transporté dans notre droit civil les règles de la coutume d'Orléans et de la coutume de Paris, en y transportant la communauté légale comme régime de droit commun. Article 220 de la coutume de Paris : « *homme et femme mariés seront communs en biens meubles présents et*

futurs et conquêts immeubles ». Les autres immeubles demeurent propres à l'époux, et ne sont communs que pour la jouissance. Cette distinction se justifiait dans l'ancien droit par une double considération qui n'a plus la même valeur aujourd'hui. Et d'abord, à cette époque, les valeurs mobilières avaient une moins grande importance que de nos jours. En outre, à cette époque, la valeur mobilière avait d'autant moins d'importance, que certains biens qui sont devenus *meubles* étaient alors *immeubles*. Exemple : les *rentes, les offices*, dans la plupart des coutumes du moins.

Voilà la première considération. La deuxième considération, c'est que les valeurs mobilières étant susceptibles de se confondre aisément, il aurait fallu, pour les distinguer à la fin mariage, dresser un contrat, et c'est là justement ce qu'on voulait éviter.

Cette double considération n'a plus aujourd'hui, disons-nous, la même valeur. D'abord la fortune mobilière a acquis une grande importance de nos jours. De plus, les *meubles incorporels* sont aussi faciles à distinguer que les *immeubles*. Ces raisons ont fait critiquer de nos jours le système de communauté légale. Le Code se justifie facilement. Car la communauté légale est faite pour les personnes qui ne peuvent pas faire de contrat de mariage, qui ont peu de mobilier. Si elles ont des valeurs considérables en mobilier incorporel, elles pourront faire un contrat de mariage, et adopter telles conventions qu'il leur plaira.

La communauté légale comprend : 1° les biens communs ; 2° les biens propres du mari ; 3° les biens propres

de la femme, avec cette remarque importante que la jouissance des biens, soit du mari, soit de la femme, appartient à la communauté.

L'étude des règles de la loi sur ce point est dominée par deux idées fondamentales. La première idée, c'est que la loi énumère limitativement les biens qui appartiennent à l'une ou l'autre catégorie : *communs* ou *propres*, de sorte que les époux ne peuvent rien changer à cette situation, une fois mariés sous le régime de communauté légale. La deuxième idée, c'est que de ces trois masses de biens en présence, aucune ne doit s'enrichir aux dépens des deux autres.

Distinguons d'abord entre les *meubles* et les *immeubles*. Pour les *immeubles*, il faut sous-distinguer, suivant qu'ils appartiennent au conjoint au jour du mariage, ou qu'ils lui ont été acquis au cours de la communauté.

SECTION I.

Des meubles.

Quant aux meubles, art. 1401 C. C., aucune distinction à faire suivant l'époque de l'acquisition. Ce qui appartient aux deux époux au jour du mariage, comme ce qu'ils acquièrent par la suite, tombe en communauté, que ces meubles soient acquis à titre onéreux ou à titre gratuit. L'article 1401 C. C. ne parle que du mobilier acquis à titre gratuit, mais il en est de même du mobilier acquis à

titre onéreux. Cette conclusion se tire d'un raisonnement *a fortiori*. Les *immeubles*, art. 1401 n° 3, acquis à titre onéreux étant communs, à plus forte raison le mobilier. Il ne faut faire aucune distinction entre le *mobilier corporel* et le *mobilier incorporel*. Une rente viagère, par exemple, qui est meuble, tombe en communauté; de même d'un fonds de commerce, d'un office ministériel. L'office, en effet, est une pure valeur mobilière. De même d'un brevet d'invention.

Examinons une question intéressante soulevée à propos de la *propriété artistique ou littéraire*. C'est la loi des 14, 18 juillet 1866, qu'il faut consulter sur cette matière. Dans l'article premier, cette loi étend à cinquante ans la durée de l'exploitation de l'œuvre du peintre, du sculpteur, du littérateur. Quant au conjoint de l'auteur, cette loi décide que ce conjoint jouira de *l'usufruit* du droit de son conjoint prédécédé dans la limite de cinquante ans et dans la mesure de la quotité disponible. Remarquons qu'il faut : 1° que l'auteur n'ait pas disposé de ce droit quant à l'usufruit; 2° qu'il n'ait pas, par des dispositions antérieures, entamé la réserve. Cette loi de 1866 édicte cette disposition, indépendamment des droits qui peuvent résulter de la communauté en faveur du conjoint de l'auteur.

Cette question des droits de la communauté se présente dans deux cas :

Premier cas : Le droit d'auteur a été aliéné durant la communauté. Le prix tombe dans la communauté légale.

Deuxième cas : Le droit n'a pas été aliéné. La communauté

se dissout. L'auteur est, dans notre hypothèse, précédé.

Le conjoint qui lui survit acquiert dans la communauté légale la *moitié en pleine propriété* du droit d'auteur, plus la *moitié en usufruit*, et cela par la loi de 1866. Car cette loi fait la remarque que le conjoint peut tenir des droits dérivant du régime sous lequel il est marié. Supposons maintenant que l'auteur survit à son conjoint. Ici, du moins dans notre opinion, l'auteur conservera son droit tout entier, sauf récompense de la moitié aux héritiers de son conjoint décédé. Il y a dans notre système une bizarrerie à signaler. C'est que le conjoint de l'auteur qui, plus haut, nous l'avons vu, doit avoir la *moitié* du droit en *pleine propriété*, la *moitié en usufruit* quand il survivra, sera mieux traité que l'auteur lui-même qui, survivant, n'aura que la *moitié en pleine propriété* du droit qu'il a fait naître. La loi est bizarre, si l'on veut, mais elle est expresse et nous mène à cette solution rigoureuse.

La règle qui attribue les *meubles* à la masse commune n'est pas sans exception. Ainsi un donateur peut dire : je donne *tels meubles* à un époux, à la condition que ces meubles ne tomberont pas en communauté. Mais *quid* si cet époux est un *réservataire* de la personne qui fait la donation, et que cette clause porte même sur cette réserve ? Dans les limites de la réserve cette clause est nulle. Car le donateur enlève ainsi au réservataire la libre disposition de sa réserve. De plus l'article 924 Code civil accorde aux ayant-cause *l'action en réduction* du réservataire. Ici, c'est la communauté qui, comme ayant-cause du réservataire,

aura cette action, puisqu'elle doit bénéficier des *successions mobilières* des conjoints.

Une autre exception se produit quand un *bien mobilier* est substitué à un *propre*. Ce bien mobilier sera *propre*. Si par exemple, durant la communauté, un *immeuble* d'un époux a été vendu, la créance sera *propre* à cet époux. Si nous supposons la vente d'un immeuble faite par un des époux avant le contrat de mariage, la créance tomberait en communauté, car l'immeuble n'aurait pas été *propre*. S'il s'agissait de vente d'un immeuble d'un époux dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat et la célébration, la créance serait *propre* à l'époux. Autrement on modifierait le contrat de mariage.

Une troisième exception existe pour les biens mobiliers qui sont une *portion d'un propre*, sans en être les *fruits*. Exemple : un époux met en coupe un bois de haute futaie, qui n'est pas soumis à des coupes réglées. Ce bois est vendu. La créance demeurera *propre* au conjoint propriétaire de la coupe. Car la loi dit : les *fruits* tombent dans la communauté légale, donc par *a contrario* les portions détachées d'un *propre* n'y tombent pas.

Enfin certains droits mobiliers qui sont incessibles et insaisissables ne tombent pas en communauté : une créance d'aliments, une pension militaire.

Nous avons vu que les meubles appartenant aux époux au jour du mariage comme depuis tombent en communauté; puis les exceptions. Les meubles emportent les *fruits naturels et civils* comme conclusion. Pourquoi, alors, l'article 1401 n° 2 dispose-t-il que les *fruits, revenus, intérêts* et

arrérages, tombent en communauté? Parce que les fruits bien que produits périodiques, sont distraits d'un propre. Parmi les fruits sont mentionnés les intérêts et arrérages. Cette disposition aura peu d'application sous la communauté légale. Car les créances et les rentes produisant ces intérêts et arrérages sont des meubles et tombent elles-mêmes en communauté. Mais supposons la vente d'un immeuble propre à un époux; de là une *créance propre* à cet époux. Si cette créance, payable plus tard, produit des intérêts, ces intérêts tomberont en communauté.

De l'article 1401 n° 2 Code civil, il résulte une jouissance des propres des époux au profit de la communauté. Cette jouissance est-elle un véritable *usufruit*? Ce n'est pas un véritable *usufruit*, un *droit réel*, car la communauté n'est pas une *personne morale*. Mais c'est d'après les règles de l'*usufruit* qu'il faudra apprécier ce droit de jouissance. Nous appliquerons ici les règles de l'acquisition des fruits par l'*usufruitier*, articles 585, 586 Code civil. En vertu de ces règles, la communauté acquerra les fruits naturels par la perception, et les fruits civils jour par jour. Mais il y a des *modifications à introduire* dans l'application des règles de l'*usufruit* à la communauté légale. D'abord la communauté n'aura pas de *caution* à fournir; ensuite l'article 1403 n° 2 apporte ici une modification notable. Une coupe de bois devait être faite durant la communauté et ne l'a pas été. Entre nu-propiétaire et *usufruitier*, article 590 Code civil, il n'y aurait pas lieu à récompense. Dans notre cas, au contraire, récompense sera due. Et je pense que

l'on devrait généraliser et étendre à tous les cas ce que la loi dit des coupes de bois. De bons auteurs sont d'une opinion contraire. Mais le motif de la loi étant qu'aucun des patrimoines en présence ne doit s'enrichir aux dépens des autres, la récompense sera due dans tous les cas... à qui ?

Le texte dit : à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers récompense sera due à la dissolution de la communauté. Cela est inexact. La vérité, c'est que la récompense sera due à la communauté. C'est le fonds commun qui a été privé de la coupe de bois, c'est à lui que doit s'adresser la récompense. Quand la loi parle ainsi qu'elle le fait, elle entend la *moitié de la valeur de la coupe*. A quoi bon notre distinction, puisqu'une fois la récompense faite à la communauté, il y aura partage ? Cette rectification est importante à plusieurs points de vue. Supposons sur le fonds du mari une coupe qui aurait dû être faite et qui ne l'a point été. A la dissolution de la communauté, la femme renonce. Si nous appliquions le texte tel quel, la femme aurait cependant droit à la moitié de la coupe. Mais non, le mari aura toute l'indemnité, ou plutôt n'en aura pas à payer. Si c'est sur le fonds de la femme que la coupe devait être faite et qu'elle renonce, elle devra en payer la valeur intégrale au mari, car elle doit récompense de cette valeur à la communauté. En cas d'acceptation de la femme, il est utile de faire cette rectification, pour l'application de l'article 1483 Code civil. D'après cet article, la femme n'est tenue des dettes, si elle accepte, que jusqu'à concurrence de son émolument. Donc,

si nous supposons le mari débiteur de cette valeur, la femme ayant accepté, sera comptable envers les créanciers de la communauté jusqu'à concurrence de cette moitié de récompense. De même si c'est la femme qui doit cette récompense. A la dissolution de la communauté, la femme peut avoir à exercer des *reprises*. Or, c'est une règle qu'en cas d'insuffisance des biens communs, elle peut exercer ses *reprises* sur les biens du mari ; article 1472 n° 2 Code civil. Il est donc important de savoir si la récompense est due à la communauté, ou d'époux à époux. Si la femme doit récompense d'une coupe à la communauté, elle la paiera et exercera là-dessus ses reprises. Enfin dernier intérêt : les récompenses dues par un époux à la communauté produisent intérêt du jour de sa dissolution, article 1473 Code civil. Il n'en est pas de même des récompenses dues par un époux à l'autre époux, article 1479 Code civil.

Autre point de vue où la jouissance de la communauté diffère d'un usufruit ordinaire.

L'article 585 Code civil dit que l'usufruitier et le nu-propriétaire ne se doivent aucune indemnité à raison des frais faits pour récoltes pendantes soit au commencement soit à la fin de l'usufruit. Il en est autrement dans notre matière. Au commencement de la communauté, il y a des récoltes pendantes sur le fonds du mari ou de la femme. Comment régler les frais faits quand commence la jouissance de la communauté ? Si nous supposons d'abord les frais faits par le conjoint propriétaire du fonds, aucune indemnité ne sera due par la communauté, car cette in-

demnité c'est une *créance mobilière* du conjoint qui tombe dans la communauté. Mais supposons les frais faits par un tiers. Dans ce cas la communauté légale paiera cette dette mobilière au tiers, car cette dette tombe en communauté article 1409 n° 1 Code civil. A la fin de la communauté, il y a des récoltes pendantes sur le fonds propre de l'un des époux. Disons-nous que la communauté ne doit pas être indemnisée des frais qu'elle a faits sur ce propre? Pothier (art. 231 Coutume de Paris) lui donnait droit à cette indemnité et avec raison. La tradition est très-forte en ce sujet. Il y a un motif qui s'oppose à l'application de l'article 585 Code civil. Cet article s'explique par une *chance de gain ou de perte* pour le nu-propriétaire ou pour l'usufruitier. Mais ici la communauté devant, dans tous les cas, indemnité au tiers, quand elle entre en jouissance, pour les frais qu'il a faits, il est juste que l'époux sur le fonds duquel elle a dépensé des biens communs lui doive récompense.

L'article 599 Code civil refuse à l'usufruitier toute indemnité pour améliorations faites par lui sur la propriété dont il jouit. Il n'en sera pas de même en notre matière. L'article 1437 Code civil dit nettement : toutes fois qu'un propre d'un époux sera *amélioré* aux dépens de la communauté, il en sera dû récompense à celle-ci.

Il nous reste encore à parler sur l'article 1403 C. C., relativement aux *mines et carrières*. Cet article renvoie à l'article 598 C. C. Donc, d'après cet article, il faut distinguer pour savoir si les produits des mines et carrières tombent

en communauté, s'il s'agit de mines et carrières en exploitation quand la communauté entre en jouissance, ou si elles ont été ouvertes postérieurement à cette entrée en jouissance. Dans le second cas, la communauté n'aura pas droit aux produits des mines et carrières. Dans ce dernier cas, la communauté s'attribue bien ces produits, mais elle en doit récompense au propriétaire conjoint. Mais cette disposition, absolue quant aux *carrières*, article 1403 C. C., ne peut pas s'appliquer aux *mines*. En effet, depuis la loi du 21 avril 1810, l'exploitation d'une mine n'est plus un mode de jouissance du fonds sur lequel elle se trouve. Les mines s'exploitent par des *concessionnaires* désignés par l'État. Cette concession fait qu'il y a sur le sol deux propriétés entièrement distinctes : celle de la *mine* et celle du *fonds*. Le droit de surface entraîne une simple redevance de la part du concessionnaire de la mine. Raisonnant dans le sens de l'article 1403 C. C. posons plusieurs espèces :

Première espèce. — Une mine était concédée à un tiers, quand la communauté entre en jouissance des propres des conjoints. Dans ce cas la communauté aura droit aux redevances annuelles payées par le tiers au propriétaire de la surface. Car ces redevances payées au conjoint propriétaire sont des revenus mobiliers qui tombent en communauté, et représentent la jouissance du droit de surface sur une mine déjà exploitée au moment du mariage.

Deuxième espèce. — La mine était concédée au conjoint avant le mariage ; la communauté en a la jouissance comme celle de tous les propres des époux. Or, cette concession

est un *propre* distinct du droit de propriété sur la surface.

Troisième espèce. — Au cours du mariage, la mine est concédée à un tiers. Les arrérages de la redevance payés par le tiers à la surface ne seront acquis à la communauté que sauf récompense au conjoint propriétaire de cette surface. L'article 1403 C. C. *in fine* nous fournit un argument pour décider ainsi. Les arrérages de cette redevance représentent la jouissance du droit de surface sur une mine exploitée au cours du mariage.

Quatrième espèce. — Concession au cours du mariage d'une mine au conjoint propriétaire ou non de la surface. Cette mine ainsi concédée est un *acquêt* de communauté, article 1401 n° 3, C. C.

SECTION II.

Des immeubles.

Article 1401 n° 3 : sont *acquêts* les *immeubles* acquis pendant le mariage à titre onéreux.

Quand il s'agit de savoir si un immeuble est *acquêt* ou *propre*, la présomption est en faveur de la communauté, article 1402 C. C. Le conjoint qui veut conserver l'immeuble comme *propre* doit prouver qu'il en avait la propriété ou la possession légale avant le mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de *succession* ou de *donation*.

Pour déterminer si le conjoint avait la propriété de l'im-

meuble au jour du mariage, il faut voir si le *titre d'acquisition est antérieur au mariage*.

L'article 1404 n° 2 nous présente une exception à ce que nous venons de dire. Nous voyons un immeuble acquis avant le mariage et cependant *acquêt* de communauté. Voici l'hypothèse : un conjoint entre le contrat et la célébration acquiert un immeuble ; cet immeuble tombera en communauté à la place des deniers qu'il représente. Car autrement on modifierait le contrat de mariage.

La règle, pour les immeubles acquis pendant le mariage, c'est qu'ils sont communs, article 1401 n° 3. Il n'y a d'exception que pour les immeubles acquis à titre de *donation* ou de *succession*. Donc, quand une succession échoit au conjoint pendant la communauté, la partie mobilière tombe dans la communauté, article 1401 n° 1, tandis que les immeubles demeurent propres à ce conjoint article 1402 C. C. De là une question très-controversée.

Question ? Lorsqu'une succession partie mobilière, partie immobilière, advient à un conjoint héritier pour partie, et ce pendant la communauté, comment déterminer les droits réciproques de la communauté et du conjoint ? Supposons le conjoint héritant d'un *quart* de la succession. Si, dans le partage, on lui attribue un *quart* dans les *meubles* et un *quart* dans les *immeubles*, la question ne s'élèvera pas. Mais le partage peut lui donner une plus grande part dans les meubles ou une plus grande part dans les immeubles qu'il n'y avait droit d'après l'état de la succession. Il peut se faire qu'on lui donne *une moitié* dans les *meubles*, et que

par contre il ait d'autant moins en immeubles, ou *une moitié* dans les *immeubles*, et que par contre il ait d'autant moins dans les *meubles*?

Quid juris? on se demande si, pour déterminer la part de la communauté, il faut s'attacher au *résultat* du partage, ou s'il faut s'attacher à la *part indivise*, un *quart*, à laquelle a droit le conjoint, avant tout partage, et dans les meubles et dans les immeubles. Dans ce dernier cas, si le conjoint, par exemple, a moitié des meubles par suite du partage, il n'y aurait toujours qu'un quart, sa part indivise, qui devrait tomber en communauté, et réciproquement pour les immeubles.

La question se pose dans les mêmes termes pour une succession, partie mobilière, partie immobilière, advenue au conjoint avant le mariage, succession qui n'est pas encore partagée.

Selon nous, cette question est tranchée par l'article 883 C. C. qui décide que le partage est un acte purement déclaratif de propriété. Donc, en invoquant cette règle, nous disons : le conjoint est considéré n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens qui ne lui sont pas échus par le partage. L'article 883 C. C. est un principe absolu qui doit être appliqué en notre matière. Cette doctrine était celle de Pothier. Lebrun la combattait, et de bons auteurs, après lui, ont soutenu son opinion, mais à tort.

Nous allons exposer le système de Lebrun et de ces auteurs, puis réfuter leur doctrine.

Premier argument : l'article 883, qui donne au partage

le caractère purement déclaratif, n'est qu'une fiction établie en vue d'un but particulier. Donc on ne doit pas l'appliquer en dehors du cas pour lequel la loi l'a établie. Ce but c'est de mettre chaque cohéritier, pour les biens tombés dans son lot, à l'abri des poursuites que feraient naître les actes des autres copropriétaires indivis.

Réponse : l'article 883 C. c. pose un principe absolu : il dit que tout héritier est censé n'avoir eu aucun droit sur les biens qui ne lui sont pas échus par le partage. Or ici de quoi s'agit-il ? d'un héritier conjoint. L'article doit être strictement appliqué. Il ne faut pas, parce qu'une conséquence d'un principe de loi n'est pas applicable dans une hypothèse, rejeter ce principe formel. Or c'est sur une conséquence inapplicable dans l'espèce que les adversaires s'appuient pour éliminer le principe de l'article 883 C. c. Cela peut être ingénieux, mais assurément c'est illégal.

Deuxième argument : eh bien, répondent nos adversaires, poussons à bout l'application de votre article 883 C. c. et nous arriverons à de jolies conséquences. Supposons une succession toute immobilière. Le conjoint, à qui elle est échue pour partie, ayant dans le partage reçu un lot moindre que sa part, va obtenir une *soulte*. Cette soulte, article 883 C. c., devra tomber en communauté comme objet mobilier, puisque par la fiction de l'article 883 C. c. l'héritier est censé n'avoir jamais eu d'autres biens du défunt que ceux qui lui sont concédés par le partage.

Réponse : cette soulte payée au conjoint est une opération de partage qui doit le faciliter, mais elle n'a jamais

fait partie des biens du défunt ; donc l'article 883 ne lui est pas applicable.

Troisième argument : enfin dans l'opinion que je réfute on dit : en admettant le résultat du partage comme base des droits de la communauté, vous permettez au conjoint en consentant au partage de telle manière, de modifier les conventions matrimoniales. Or l'article 1395 C. c. s'y oppose formellement.

Réponse : comment les conventions matrimoniales, ou la loi qui en tient lieu doivent être interprétées ? voilà notre réponse. Or, il nous semble de toute évidence qu'en faisant la convention matrimoniale et en songeant aux successions qui pourraient leur échoir, les futurs conjoints considéreraient dans ces successions la solution définitive : le partage opéré plutôt qu'un état d'indivision confus où l'on ne démêle ni ce qu'on obtiendra, ni ce qu'obtiendront les cohéritiers, si ce n'est d'une manière très-vague.

A côté des successions, nous voyons les immeubles qui peuvent être acquis au conjoint à titre de *donation*, pendant la communauté. Ici le code civil s'écarte des règles coutumières sur la communauté légale. Suivant la coutume de Paris, cet immeuble donné au conjoint pendant la communauté était *acquêt* de communauté. Il ne lui restait *propre* que s'il s'agissait d'une donation d'*ascendant* à *descendant*, ou quand le *donateur* l'avait déclaré *expressément*. Dans le cas de donation de l'ascendant au descendant, on considérerait qu'il y avait là avancement d'hoirie, et que cet immeuble

qui aurait été propre de succession devait rester propre de communauté.

Aujourd'hui, article 1405 C. c., l'immeuble donné reste propre au conjoint donataire, sauf stipulation contraire du donateur. L'article 1405 C. c. dit : l'immeuble donné à l'un des conjoints sera propre. De là des auteurs concluent que si l'immeuble est donné à l'un et à l'autre époux, il sera *commun*, et qu'il ne sera pas *propre* à chacun des époux pour moitié. Qu'importe, pourrait-on dire ? la différence entre les deux solutions est considérable. Si commun on voit que la femme qui renoncera à la communauté n'y aura aucun droit, si propre par moitié à chacun des époux, la femme en conservera la moitié malgré sa renonciation. Si commun, le mari, article 1421 C. c., pourra l'aliéner à titre onéreux, et l'engager pour sûreté des dettes de la communauté. Si propre à chacun des époux, sur la moitié propre à la femme le mari ne sera qu'un administrateur.

Nous décidons que l'immeuble ainsi donné est commun. Nous nous autorisons de l'article 1405 qui ne fait d'exception à l'acquisition par la communauté que pour le cas où l'immeuble est donné à l'un des époux. Nous nous autorisons de la pensée du donateur qui, quand il donne à deux personnes mariées en communauté, entend bien que l'immeuble y tombe. Il est par trop subtil d'admettre la thèse opposée, car le commun des hommes n'a pas l'esprit si méticuleux. Or la volonté du donateur doit être souveraine, donc l'immeuble ainsi donné sera *commun*.

Nos adversaires s'appuient sur l'article 1402 C. c., et, interprétant littéralement cette phrase du donateur : je donne à l'un et à l'autre époux, disent il y a ici donation d'immeuble, donation qui sera *propre* à chacun des époux pour *moitié*. L'article 1405 pour eux développe l'article 1402. Cette théorie est trop judaïque : « *trop est trop* », dirons-nous avec madame de Sévigné.

Quid de la *concession d'une mine* faite durant la communauté au mari ? selon nous cette concession constituerait un *acquêt* de communauté, article 1401 n° 3. — Pourquoi ? parce que, bien que l'acte soit fait à titre gratuit, on ne peut pas dire qu'il y ait là donation, donc le n° 3 de l'article 1401 doit s'appliquer. La concession, en effet, est faite à cause de l'industrie, de l'habileté du mari, et non à titre de pure libéralité, à cause des garanties qu'il présente plutôt qu'aucun autre.

Un immeuble a été cédé à un époux par un ascendant, soit en paiement de ce qu'il lui doit, soit à charge de payer les dettes de l'ascendant, article 1406 C. c. Cette opération, dans le premier cas, est une *datio in solutum*, faite pour acquitter une créance tombée en communauté. dans le second cas, la *datio* est faite aussi à titre onéreux parce que les dettes à payer font regarder l'opération comme un contrat à titre onéreux, et l'immeuble dans les deux cas, devrait être *commun*. Cependant, il sera *propre* au conjoint dans les deux cas. Il y a là une investiture anticipée de l'ascendant à son descendant de sa succession. La loi statue comme si le descendant avait hérité de cet immeuble à

charge de payer les dettes. — Bien entendu, récompense sera due à la communauté, si elle a fourni l'argent dans le second cas, et de la créance qu'elle perd dans le premier.

Autre exemple d'un immeuble acquis à titre onéreux pendant la communauté, et cependant *propre* à un conjoint. Article 1407 c. c. C'est le cas où un immeuble propre ayant été vendu, et le prix perçu par la communauté, il y a eu acquisition d'un nouvel immeuble pour remplacer le propre aliéné. Il sera propre comme celui qui a été aliéné. L'article 1407 vise l'échange, mais il en est de même du *remploi* que nous venons de donner comme exemple. S'il y avait échange d'un immeuble propre, contre un autre immeuble et paiement d'une *soulte* par la communauté, le conjoint lui devait récompense de cette soulte.

Ainsi un immeuble propre de 90,000 francs est échangé par un conjoint contre un immeuble de 100,000 francs. Le conjoint paiera 10,000 francs de soulte, et devra récompense à la communauté qui lui aura fourni cette soulte.

L'article 1408 c. c. règle le cas où l'acquisition faite pendant la communauté est à titre onéreux et a pour objet une portion d'immeuble dans lequel le conjoint a déjà une *part indivise*.

Cet immeuble restera *propre* au conjoint qui avait déjà la part indivise. Cependant la portion nouvellement acquise semble devoir tomber en communauté, article 1401 n° 3. Elle restera propre au conjoint par cette raison, que le partage ou tout acte qui en tient lieu, article 888 c. c. , n'est point translatif, mais déclaratif de propriété, article

883 c. c. L'époux n'est pas censé avoir fait une acquisition nouvelle : on le regarde comme ayant toujours été propriétaire de la chose qui maintenant lui appartient pour le tout. Ajoutons qu'en se portant adjudicataire de la portion qu'il n'avait pas, l'époux a voulu sortir de l'indivision ; ce serait aller contre le but de son acquisition que de faire succéder une nouvelle indivision, en déclarant le *bien commun*, à l'indivision précédente. C'était déjà l'opinion de Pothier, c'est également celle de la jurisprudence qui s'appuie sur l'article 883 c. c. pour commenter l'article 1408 c. c.

La cour de cassation par un *arrêt du 30 janvier 1865* a statué suivant cette doctrine. La jurisprudence a l'habitude de décider que l'effet déclaratif du partage aux portions indivises ne s'applique pas quand il n'y a pas cessation complète d'indivision. De là une conclusion importante, c'est que si le mari, par exemple, propriétaire pour un tiers d'un immeuble indivis achète un tiers à l'un de ses copropriétaires pour un tiers chacun, il y aura ici achat et non pas partage. L'article 883 c. c. ne pouvant pas s'appliquer, ce tiers d'immeuble acquis par le mari sera *conquêt* de communauté. Il faut qu'il y ait cessation complète d'indivision, pour qu'il y ait véritablement partage. Si par exemple, le mari acquiert les deux tiers appartenant à ses copropriétaires, nous appliquerons alors l'article 1408 et l'immeuble sera entièrement *propre* du mari.

Si la femme avait cette propriété indivise, l'article 1408 n° 1 s'appliquera, quand l'acquisition aura été faite au

nom de la femme, ou conjointement par le mari et la femme.

Mais examinons l'article 1408 n° 2 : qu'advient-il si le mari en son nom personnel se porte acquéreur ou adjudicataire de portion ou de totalité de l'immeuble appartenant par indivis à la femme ?

1° Le mari a acquis à titre onéreux les portions des copropriétaires de la femme ; la loi donne à la femme le choix, ou de prendre, à la dissolution de la communauté, l'acquisition du mari pour son compte, et alors elle devra récompense à la communauté des sommes déboursées pour acquérir ces portions, ou de laisser ces portions à la communauté ;

2° Que si le mari était devenu adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble, son option serait celle-ci : ou abandonner l'immeuble à la communauté, sauf récompense de celle-ci pour le prix appartenant à la femme comme copropriétaire, ou conserver l'immeuble entier, sauf récompense à la communauté des deniers fournis pour les portions appartenant à ses copropriétaires.

— Quelle est, en attendant l'option de la femme, la condition du bien acquis par le mari ?

Si nous considérons l'acquisition comme appartenant dès l'origine à la communauté, il en résultera que, l'acquéreur étant étranger, l'opération sera une *vente* avec toutes ses conséquences fiscales et civile. Si nous regardons, au contraire, l'acquisition faite, provisoirement et quant à présent, comme *propre* de la femme, le caractère

de l'opération sera un partage. — Mais, remarquons-le bien, cette question que nous débattons ne s'élèvera que quand l'indivision aura cessé sur l'immeuble acquis. Il faut, pour qu'il y ait partage, que l'acquisition faite par le mari comprenne toutes les parts indivises appartenant aux copropriétaires de la femme. — Cette remarque est essentielle, donc revenons à la question, et résolvons-la.

Pour nous, la véritable doctrine c'est que provisoirement l'immeuble est un *conquêt* de communauté, puisque cet immeuble est acquis à titre onéreux pendant le mariage, article 1401 n° 3.

L'opinion contraire dit : l'article 1408 n° 1 pose en termes exprès que l'acquisition de totalité ou de portions d'un immeuble indivis d'un époux faite pendant le mariage constitue un *propre*, et le numéro 2 permet à la femme d'écarter par une option le premier alinéa, mais, sauf cette option postérieure, l'immeuble est provisoirement un *propre*.

Cette manière de voir n'est pas exacte. En effet, dans quel terme la loi donne-t-elle l'option à la femme ? Elle peut, dit la loi, abandonner ou *retirer* l'immeuble : c'est-à-dire que ce que fait la femme, quand elle exerce son option, en réclamant son immeuble comme *propre*, c'est un *retrait*, c'est-à-dire qu'elle s'approprie un contrat fait par le mari, qu'elle se trouve en face d'un *conquêt* de communauté.

Si la femme veut abandonner le bien à la communauté, à sa dissolution, les choses resteront ce qu'elles étaient

à l'origine. — Supposons que la femme veuille retirer l'immeuble. En doctrine, on appelle ce retrait, *le retrait d'indivision*. — Ce retrait aura un effet rétroactif eu égard à tous les droits constitués sur l'immeuble par le mari. Exemple : l'hypothèque, les servitudes constituées sur l'immeuble par le mari tomberont par l'option de la femme exerçant son retrait. Mais cette rétroactivité aura-t-elle pour effet de substituer le *retrayant*, la femme, au *retrayé*, le mari, dans ses rapports avec les autres copropriétaires ? En plus de l'intérêt ordinaire de la question, il y a en outre ici un intérêt considérable. L'intérêt ordinaire de la question, c'est celui-ci : le mari n'a pas payé le prix, la femme va-t-elle se trouver substituée au mari, ou les copropriétaires pourront-ils dire : nous ne voulons pas traiter avec vous retrayant ? Mais la question offre ici un intérêt plus grand. En effet, l'acquisition faite par le mari en faveur de la communauté est un achat. Donc les copropriétaires ont le *privilege du vendeur* et de plus le *droit de résolution, à défaut de paiement du prix*. Si la femme est substituée à son mari à leur égard, l'opération est un partage ; conclusion : les copropriétaires n'auront plus que le privilège des copartageants et n'auront pas le droit de résolution, à défaut du paiement du prix.

J'appliquerai ici l'article 888 Code civil. Nous sommes en effet dans les termes de cet article. Il y a partage entre copropriétaires du moment que la femme opte pour *retirer* l'immeuble de la communauté ; elle se substitue complètement au mari dans l'opération. En effet le mari

n'a été qu'un gérant d'affaires faisant un achat sous condition résolutoire pour la communauté, et un achat sous condition suspensive pour la femme. De là les conséquences que nous avons vues ; de là privilège de copartageants pour les copropriétaires de la femme.

La femme, lors de la dissolution de la communauté, a le choix. Auparavant, elle ne peut pas être mise en demeure de faire son option. Mais le peut-elle, au cours de la communauté ? On dit que, si elle le peut, le mari pourra user de son influence sur elle, et lui faire acquérir un bien désavantageux, vu le prix. Nous ajouterons en outre, pour soutenir cette opinion qu'elle ne le peut pas, que le texte est formel, article 1408 Code civil ; que de plus, provisoirement, l'immeuble par l'achat du mari est un *conquêt*. Or, tant que la communauté dure, le mari seul a pouvoir sur un *conquêt* de communauté, article 1421 Code civil.

Si la femme n'est pas mise en demeure, à la dissolution de la communauté, et qu'elle accepte, elle aura trente ans pour exercer son *retrait*. De même elle aura trente ans, si elle renonce à la communauté.

Question. — Pour terminer l'actif de la communauté légale, nous allons examiner une question intéressante qui peut s'élever sous tous les régimes matrimoniaux, quand une dot a été constituée par un tiers à l'un des futurs époux, dans le contrat de mariage.

La *constitution de dot* est bien une *donation* pour celui qui dote. Aussi, si cette dot dépassait la quotité disponible

de celui qui l'a constituée, elle serait soumise à réduction. S'il y a donation, les règles sur le rapport, sur la nullité des donations devront être appliquées.

Mais il se présente ici une difficulté au point de vue de l'action Paulienne, article 1167 c. c. Lorsque les créanciers de celui qui a constitué la dot, l'attaquent comme constituée en fraude de leurs droits, il s'agit pour eux de démontrer qu'ils sont dans les termes de la loi pour faire tomber l'acte constitutif de dot. Or, on distingue, quand il s'agit d'action Paulienne, les actes à titre gratuit, et les actes à titre onéreux. L'acte qui est attaqué par l'action Paulienne est-il à titre onéreux? les créanciers doivent démontrer : 1° que l'acte leur est *préjudiciable* ; 2° que celui qui l'a fait, l'a fait en *fraude* de leurs droits ; 3° que celui avec qui leur débiteur l'a passé *savait* très-bien que cet acte leur était préjudiciable. L'acte attaqué est-il, au contraire, un acte à titre gratuit? on admet que les créanciers réussiront dans leur action s'ils prouvent : 1° que l'acte leur est *préjudiciable* ; 2° que celui qui l'a fait, l'a fait en *fraude* de leurs droits. Ces deux conditions remplies leur suffisent. Il ne leur sera pas besoin de démontrer que celui avec qui l'acte a été passé savait le préjudice qui leur était causé.

Soit un *insolvable* qui a *constitué une dot* à sa fille. Il est établi que cette constitution de dot il l'a faite sciemment, sachant qu'il se rendait ainsi insolvable ou qu'il accroissait son insolvabilité. Les créanciers intentent l'action Paulienne pour faire annuler l'acte constitutif de dot. Devront-ils prouver que le conjoint donataire, ou les conjoints mari et

femme ont été complices de la fraude? réponse: oui, si la constitution de dot est à leur égard un acte à titre onéreux, non, si, au contraire, elle est un acte à titre gratuit.

Les créanciers du constituant, après avoir établi sa fraude et son insolvabilité, demandent l'annulation de l'acte fait en fraude de leurs droits. Ils vont d'abord se trouver en face du mari, parce que sous le régime dotal, sous le régime de communauté ou sans communauté, le mari ou la communauté représentée par le mari ont la jouissance de la dot. A l'égard du mari la constitution de dot est-elle un acte à titre gratuit? ou un acte à titre onéreux? il faut décider qu'elle est un acte à *titre onéreux*. En effet, cette constitution de dot représente la part contributoire de la femme dans les charges du mariage, charges fixées d'une manière définitive entre le mari et la femme par le contrat de mariage, article 1395 c.c. Cette solution a pour elle l'autorité des jurisconsultes romains (Dig. loi 25 *quæ in fraudem creditorum* § I).

Quant à la femme, nous décidons que la constitution de dot est un acte à *titre gratuit*. A l'égard du constituant, la dot a tous les caractères d'une donation, comment ne serait-elle pas aussi une donation à l'égard de la femme? Eh quoi, ce contrat serait un contrat à titre onéreux quant à la femme, un contrat à titre gratuit pour le constituant! ce serait une donation qui n'en serait pas une, un contrat onéreux qui n'en serait pas un? quel gâchis! La femme acquiert la dot sans bourse délier, le constituant

donne sans rien recevoir en retour : or, recevoir sans donner n'est et ne peut être qu'une donation.

On nous objecte que la femme fait une espèce de contrat onéreux, parce qu'elle accepte cette dot sous la condition de supporter les charges du mariage. Mais quand ce serait le constituant qui imposerait ces charges du mariage, est-ce qu'il n'y a pas de donations avec charges ? Nous irons plus loin. Nous dirons : ce n'est pas le constituant qui impose ces charges à la femme. Cela est si vrai que, si une femme se marie et qu'il ne lui soit pas constitué de dot, elle aura néanmoins toutes les charges du mariage, sans avoir rien reçu en compensation. Ces charges naissent du fait de la célébration du mariage et du contrat de mariage qui l'a précédée, contrat passé entre la femme et le mari pour délimiter ces charges. Donc, ce n'est pas le constituant qui fait une donation avec charges. Nous ajouterons, pour le démontrer encore mieux, ceci : c'est que la femme, une fois mariée, employât-elle sa dot à de folles dépenses, au lieu de subvenir aux besoins du ménage, le constituant ne pourrait pas, usant de l'article 954 c.c. demander la révocation du contrat. L'article 1395 c.c. s'y opposerait.

Enfin, si les charges du mariage sont les charges de la dot, comment se fait-il qu'en cas de rapport, de réduction, de révocation pour cause de survenance d'enfant, puisque la dot est une donation à l'égard du constituant, la dot n'existe plus ou soit réduite, et que cependant la femme supporte toutes les charges du mariage ?

Donc, il n'y a ici à l'égard de la femme ni contrat à

titre onéreux, ni donation avec charges, mais donation pure et simple.

On nous objecte : n'est-il pas étrange, que, s'il n'y a dans la constitution de dot qu'une donation, le constituant doive les intérêts de la dot du jour du mariage, et de plus qu'il soit obligé à garantie ?

A cette objection nous répondons : de ce qu'une donation à cause de l'acte éminemment favorable qui va la suivre soit garantie et produise des intérêts de plein droit, il ne s'ensuit pas qu'il n'y ait plus là donation. C'est une donation *sui generis*, protégée plus efficacement qu'une donation ordinaire, une *donation renforcée*, si l'on peut s'exprimer ainsi, mais une donation. Quoi ! parce que la loi parle de garantie au titre de la vente, contrat onéreux, vous en concluez qu'elle ne peut s'attacher qu'à un contrat ayant un caractère onéreux. Nous ne voyons nulle part dans la loi cette conclusion qu'on tire arbitrairement. Est-ce qu'une fois le contrat pur et simple de donation passé, il n'y a pas obligation du donateur ? Du moment qu'il y a obligation de donner, ne peut-il pas y avoir garantie, et du moment qu'il y a garantie, est-ce que le paiement des intérêts ne peut pas être garanti du jour du mariage, sans que tout cela n'introduise aucun caractère onéreux dans la donation ?

Nos adversaires admettent que la constitution de dot doit être rapportable, réductible, et même résoluble au profit du constituant, en cas de survenance d'enfant. N'est-il pas raisonnable d'admettre *a fortiori* cette résolution en faveur

des créanciers du constituant? Il serait immoral qu'un débiteur obéré pût, en laissant ignorer à sa fille l'état de sa fortune, enrichir celle-ci, aux dépens de créanciers qui lui ont avancé des fonds, comptant sur sa loyauté. Voilà cependant le triste résultat auquel on arrive en soutenant, comme nos adversaires le font, que la *constitution de dot est un contrat onéreux* à l'égard de la fille dotée.

Nous nous résumons : l'acte constitutif de dot est un acte à titre onéreux à l'égard du mari, un acte à titre gratuit à l'égard de la femme. Il y a dans cet acte deux contrats distincts : contrat passé entre le tiers constituant et la femme : *donation*, contrat passé entre la femme et le mari : contrat onéreux fixant la quotité de la responsabilité pécuniaire des époux dans la gestion du ménage.

CHAPITRE II.

PASSIF DE LA COMMUNAUTÉ.

Quand on dit qu'une dette fait partie du passif de la communauté, cela peut avoir deux sens différents, suivant qu'on envisage les rapports des époux entre eux, ou les rapports de la communauté avec les créanciers, dont la créance est mise au passif de la communauté.

Dans les rapports des époux entre eux, une dette fait partie du passif de la communauté, lorsque la communauté devra définitivement l'acquitter sur son actif. Si, donc, un des conjoints avait payé une dette de cette nature de ses deniers, il y aurait lieu pour lui à récompense quand on ferait, à la dissolution de la communauté, le partage des biens communs.

Au point de vue des créanciers, une dette est dette de communauté, quand ceux-ci en peuvent réclamer le paiement à la communauté, lors même que celle-ci aurait droit à récompense de la part de l'époux débiteur de la dette.

On peut distinguer en deux catégories les dettes de communauté :

Première catégorie. — Ces dettes qui provenant d'un conjoint tombent dans la communauté définitivement ou à charge de récompense, article 1409 n^{os} 1, 2, 3.

Deuxième catégorie. — les dettes qui sont proprement les charges de la communauté, article 1409 n^{os} 4, 5.

Quand une dette d'un conjoint tombe en communauté sans récompense, cela n'empêche pas le conjoint de rester *débiteur personnel* vis-à-vis du créancier. Le créancier y gagne un débiteur de plus, la *communauté*. Quand il s'agira d'une dette de la femme tombant en communauté, le créancier y gagnera deux débiteurs : la *communauté* et le *mari*. *En effet, toute dette de communauté, tant que la communauté dure, est dette du mari*. Mais, une fois la dissolution de la communauté arrivée, comme le mari ne peut plus être poursuivi que comme *commun*, il ne sera forcé de payer que la moitié de cette dette commune, soit à charge de récompense, soit sans récompense, selon que la dette de la femme tombait en communauté avec ou sans charge de récompense. Dans notre hypothèse, il s'agit d'une dette de la femme antérieure au mariage. L'explication que nous donnerons de l'article 1419 nécessite cette remarque. La Coutume de Paris statuait déjà ainsi pour ces dettes antérieures au mariage contractées par la femme ; c'était un axiome de l'ancienne jurisprudence que *qui épouse la femme épouse les dettes*. La tradition doit être suivie en cette matière.

Nous allons distinguer trois classes de dettes, pour savoir quelles dettes restent propres aux époux, quelles dettes tombent en communauté.

Première classe : dettes existant à la charge de l'un ou de l'autre des conjoints au jour du mariage.

Deuxième classe : dettes grevant les successions ou donations qui leur adviennent durant la communauté.

Troisième classe : dettes contractées pendant la communauté par le mari ou la femme.

SECTION I.

Dettes existant à la charge de l'un ou l'autre époux au jour du mariage.

Les *dettes mobilières* seules tombent en communauté. Les *dettes immobilières* n'y tombent pas. La raison, c'est, dit-on, qu'au jour du mariage la fortune mobilière des conjoints tombe en communauté, et que leur fortune immobilière n'y tombe pas. Or, dans le très-ancien droit français, le passif mobilier était regardé comme étant la charge de la fortune mobilière des conjoints. C'est là une idée fautive, dit-on, adoptée ici par le Code civil qui l'a rejetée avec raison dans les autres cas.

Exemple : quand il s'agit de successions ou donations advenues au conjoint durant la communauté, et aussi quand il s'agit d'un légataire à titre universel des meubles payant des dettes mobilières ou immobilières sans distinction, en raison de l'actif qu'il acquiert dans la succession. — Pour nous, le vrai motif qui a fait adopter ce règlement par le Code civil, c'est que pour constater les meubles, *fortune mobilière*, délimitant le passif à supporter, il faudrait dresser un contrat

de mariage, ce que la loi veut éviter, puisque la communauté légale est faite pour ceux qui ne veulent pas faire de contrat de mariage.

Cette règle fait tomber en communauté presque toutes les dettes des époux, car les dettes immobilières sont extrêmement rares aujourd'hui.

L'article 1409 n° 1 dit : *sauf récompense* à la communauté, si celle-ci a acquitté une dette relative à un immeuble propre à l'un ou l'autre des époux. Cette dette sera relative à ce propre si elle a été contractée pour *conserver, réparer, améliorer ce propre*.

Exemple : un conjoint, par un partage d'immeubles fait avant le mariage, a reçu plus qu'il ne devait recevoir. Il devra une *soulte* à ses cohéritiers. Cette *soulte*, dette mobilière, tombera en communauté, mais à charge de récompense envers la communauté qui l'aura acquittée.

Pour que la dette donne lieu à récompense, il faut supposer que l'immeuble, à l'occasion duquel elle a été contractée, existe encore entre les mains du conjoint au jour du mariage. Que si, avant le mariage, il avait donné ce propre, par exemple, la dette payée par la communauté, dette contractée à l'occasion de ce propre, serait définitivement supportée par elle. Car, alors, il n'y aurait pas enrichissement du conjoint au préjudice de la communauté.

Autre exemple : avant le mariage, un conjoint a acquis un immeuble propre moyennant une *rente viagère*. Dans cette hypothèse sera-t-il dû récompense à la communauté

des arrérages de cette rente viagère qu'elle aura acquittés chaque année?

Oui, *selon un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1863*. Mais, dans ce cas, dit la Cour de cassation, on devra défalquer les *revenus* de l'immeuble propre des arrérages payés par la communauté. La différence entre les revenus qu'elle a perçus et les arrérages qu'elle a payés donnera lieu à récompense à la communauté de la part du conjoint débiteur de la rente.

Des auteurs, à tort selon nous, argumentant de l'article 1409 n° 3 décident que la communauté dans l'espèce n'aura droit à aucune récompense. La rente viagère, disent-ils, est une dette propre à l'un des époux. Or, la communauté, article 1409 n° 3, doit supporter sans récompense les intérêts et arrérages des dettes propres aux époux. Cette dette est si bien une dette propre à l'époux, qu'à la dissolution de la communauté, le conjoint débiteur de la rente l'acquittera seul.

Nous répondons : les arrérages d'une rente viagère ne sont que des *fractions du capital rentier*. Ce sont plutôt des capitaux multiples diminuant d'autant chaque année le capital que de véritables arrérages. Il ne faut pas s'attacher ici, *stricto sensu*, au texte de la loi. Cela est si vrai que si le créancier de la rente viagère meurt durant la communauté, le conjoint débiteur sera libéré. Cependant la communauté aura payé toute la dette. Si on fait supporter cette dette sans récompense à la communauté, la rente viagère ayant été pour le conjoint la source d'acquisition d'un

propre, il y aura eu enrichissement du conjoint au détriment de la communauté.

Donc la Cour de cassation a jugé avec raison que le conjoint débiteur de la rente viagère devra récompense à la communauté de ces dettes multiples, fractions du capital, qu'elle aura payées, déduction faite des *revenus du propre*.

Quand il s'agit d'une dette *immobilière* existant du chef du mari, cette dette ne tombe pas en communauté, mais cela n'empêche pas qu'elle peut être poursuivie sur la communauté tant qu'elle dure, sauf récompense du mari à la communauté. Cela découle de ce principe posé dans l'article 1421 C. c. que le mari peut disposer des biens communs pendant la communauté. Or, ses créanciers personnels ont le même droit, article 1466 C. c. et peuvent se payer sur ces biens.

Quant aux *dettes mobilières* de la femme, elles tombent en communauté et cela sans récompense. Seulement pour que ces dettes antérieures au mariage tombent en communauté, il faut qu'elles aient *date certaine à la célébration du mariage*. L'article 1328 C. c. indique à quelles conditions les actes sous-seing privé acquièrent date certaine. L'article 1440 le réédite. Si l'acte est authentique, l'authenticité de l'acte suffit. On a craint que la femme ne fit des actes *antidatés* durant le mariage, et n'obligeât ainsi la communauté sans autorisation maritale. On n'a rien à craindre de semblable de la part du mari, car toutes les dettes qu'il contracte durant la communauté obligent celle-

ci. La femme; au contraire, ne peut l'obliger que dans des cas exceptionnels, ou sous des conditions d'autorisation.

Que s'il s'agissait d'une dette commerciale ou d'une dette moindre de 150 francs, la preuve par témoins établirait aussi bien la certitude de la *date* que celle de la *dette*.

Quels droits aura le créancier muni de cet acte à *date incertaine*? L'article 1410 C. c. répond : il pourra poursuivre le paiement de la dette sur la nue-propiété des biens propres de la femme. En effet, la jouissance en appartient à la communauté. On craint qu'elle n'ait signé ce billet depuis son mariage, et qu'elle ne l'ait antidaté ; or, si le créancier pouvait poursuivre le paiement de la dette même sur la jouissance de ces biens, la communauté aurait ainsi été obligée par la femme, sans autorisation maritale. Il semble que son obligation soit nulle, puisqu'elle a contracté n'étant autorisée ni de mari ni de justice? Cependant l'obligation de la femme est valable à son égard. Car l'article 1322 C. c. édicte : les actes sous signature privée dont l'écriture est reconnue *font foi entre les parties contractantes de leur date*. Donc, à l'égard de la femme l'obligation a bien été contractée avant le mariage, tandis que le mari étant un *tiers*, la date n'étant pas établie à son égard, l'obligation est nulle quant à lui.

L'article 1410 *in fine* dit que si le mari a payé une dette de cette nature avec les fonds communs, il ne pourra en réclamer la récompense ni à sa femme, ni à ses héritiers. En effet, par ce paiement, il reconnaît que la dette a une date antérieure au mariage. Or, cette date étant certaine ou re-

connue par le mari certaine, la dette devait tomber en communauté sans récompense, puisqu'il s'agit d'une dette mobilière de la femme antérieure au mariage.

SECTION II.

Dettes grevant les successions ou donations qui adviennent aux conjoints durant la communauté.

D'après l'article 1409 n° 1, toutes les dettes mobilières grevant ces successions ou donations devraient tomber en communauté. Mais l'article 1411 C. c. rectifie l'article 1409 n° 1. Il établit cette règle que les dettes tombent en communauté, quand elles grevent des successions ou donations advenues au conjoint, dans *la mesure de l'actif* de ces donations ou successions qui tombe en communauté.

On ne se réfère plus à la nature mobilière ou immobilière de la dette, mais à la *portion active* recueillie par la communauté, pour savoir quelle *portion du passif* elle supportera. La communauté prend-elle le *tiers ou la moitié de l'actif* de la succession ou de la donation, elle supportera également le *tiers ou la moitié des dettes mobilières ou immobilières*.

Quand une succession ou donation advient à un conjoint, la communauté prend la *partie mobilière de l'actif*, la partie immobilière, au contraire, reste propre au conjoint. C'est dans la *proportion de l'actif mobilier* relativement à la fortune totale du *de cujus*, ou du donateur, qu'elle sup-

portera les *dettes mobilières ou immobilières* sans distinction. Le Code civil revient ici à la vraie règle suivant laquelle les dettes mobilières ou immobilières sont supportées en proportion de l'actif recueilli.

§ 1. — *Succession ou donation exclusivement mobilière.*

Dans l'article 1411 C. C. il s'agit d'une succession ou donation exclusivement mobilière. La communauté recueillant *tout l'actif*, supportera *toutes les dettes* sans récompense. Supposons une donation entièrement mobilière ; le donateur veut que la donation reste propre au donataire. Ici la communauté, ne recueillant rien de l'actif, ne supportera rien du passif.

Le système s'appliquera ainsi. S'agit-il d'une succession purement mobilière échue à la femme, la femme ne peut accepter cette succession qu'avec l'autorisation du mari. Comme nous le prouverons plus loin, la règle *qui auctor est non se obligat* ne doit pas s'appliquer dans notre matière. Nous l'établirons sous l'article 1419 C. C. Par son autorisation, le mari s'engage personnellement vis-à-vis des créanciers de la succession. Dans cette hypothèse, les créanciers de la succession mobilière échue à la femme pourront poursuivre la femme sur les biens à elle échus par succession et sur ses biens personnels, la communauté, article 1409 n° 2, engagée avec le consentement du mari, et le mari, article 1419, engagé personnellement par son autorisation, sauf indemnité de la communauté au mari.

S'il s'agit de pareille succession échue au mari, le mari et la communauté se trouvent sous le coup des poursuites des créanciers de cette succession, article 1409 n° 2.

Supposons que le mari refuse son autorisation à la femme qui accepte cette succession purement mobilière avec *autorisation de justice* ; la communauté se trouve-t-elle chargée des dettes de cette succession ?

L'article 1417 C. C. répond à cette question : il distingue suivant qu'il y aura eu ou qu'il n'y aura pas eu inventaire. S'il y a eu *inventaire*, la communauté ne pourra être tenue que sur les biens de la dite succession et sur la nue-propriété des propres de la femme. S'il n'y a pas eu inventaire, comme le mari ne peut pas établir ce qu'a reçu en meubles la communauté, les créanciers pourront poursuivre leur paiement intégral et sur tous les biens de la succession, et sur ceux de la femme et sur ceux de la communauté, et sur ceux du mari engagé personnellement par un quasi-contrat, en laissant confondre les biens de la succession dans les biens de la communauté, comme s'il avait autorisé. En effet, l'article 1419 C. C. dit : le mari est engagé personnellement, quand il autorise sa femme, du moins dans notre système que nous prouverons sous l'article 1419. L'article 1416 C. C. parle dans son premier alinéa du cas où le mari a donné son consentement à l'acceptation d'une succession par la femme ; puis, le second alinéa ajoute : il en est de même, etc.... donc cette confusion du mobilier de la succession dans le mobilier de la communauté place le mari dans l'hypothèse où il est quand

il a autorisé, le fait tomber sous l'application de l'article 1419 C. C.

Il pourrait se faire que le mari et la femme ne soient pas d'accord. La femme veut répudier la succession. Le mari, au contraire, pense qu'il faut l'accepter. Comment sortir de là ? Cette question qui peut se présenter sous tous les régimes est intéressante, mais surtout sous le régime de communauté, à raison des droits de la communauté sur la succession échue à la femme.

Si la femme obtient l'autorisation de justice, on est sorti d'embarras. Mais *quid juris*, si la justice est de l'avis du mari ? Dans une telle situation, il ne pourra y avoir ni acceptation, ni répudiation. La femme, qui reste *saisie*, sera exposée aux poursuites des créanciers héréditaires, et, faute de pouvoir apporter une répudiation régulière, elle sera condamnée en qualité d'héritière pure et simple. Il sera donc préférable pour elle d'accepter avec autorisation de mari ou de justice sous bénéfice d'inventaire. De cette manière, cette acceptation ne lui fera pas courir de dangers. Mais, dans notre espèce où il s'agit du régime de communauté, une autre solution se présente. La communauté, comme ayant-cause de la femme, peut exercer ses droits sur la succession, et se soumettre, en tant qu'exerçant ces droits, à l'action des créanciers de la communauté, et cela sans engager en rien la femme. Quand le mariage sera dissous, la femme pourra faire évanouir ces droits en répudiant la succession, ce qu'elle n'avait pu faire, faute d'autorisation, durant le mariage, et faire rendre compte à

qui de droit par le mari ou ses héritiers détenteurs provisoires de la succession.

§ 2. — *Succession ou donation exclusivement immobilière.*

Les dettes de pareilles successions ou donations ne tombent aucunement en communauté. La communauté ne prend rien dans l'*actif*, elle ne supportera aucune dette.

Si cette succession purement immobilière est échue au mari, l'article 1412 n° 2 décide que les créanciers de la succession pourront se faire payer et sur les biens de cette succession, et sur ceux du mari, et sur ceux de la communauté, sauf dans ce dernier cas récompense à la communauté de ce qu'elle aura payé pour le mari.

On dit généralement : « l'article 1412 n° 1, décide que ces dettes ne sont pas à la charge de la communauté. Donc, supposant que la dissolution de la communauté soit arrivée, les créanciers de cette succession n'auront aucune action contre la femme *commune*, si elle a accepté la communauté ; elle sera seulement tenue des poursuites des créanciers sur sa part de communauté ; elle sera tenue *in re*, comme détenant leur gage. En effet, dit-on, ces dettes de successions immobilières ne figurent pas dans le passif de la communauté. »

Nous répondons que la communauté doit être obligée, parce que le mari en acceptant la succession a obligé la communauté vis-à-vis des créanciers de cette succession, article 1409 n° 2. — Sans doute, la loi dit, article 1412

n° 1 : dans une succession purement immobilière, les dettes ne sont pas à la *charge de la communauté*. Selon nous il faut ajouter : ne sont pas à la *charge de la communauté d'une manière définitive*. Dans notre opinion, la femme sera poursuivie comme commune pour la moitié des dettes de la succession immobilière, non-seulement sur sa part dans la communauté, mais sur tous ses biens, si elle a accepté cette communauté. Mais, remarque essentielle, qui rétablit le texte de l'article 1412 n° 1, récompense par le mari lui sera due de tout ce qu'elle aura payé. Ainsi, ces dettes n'auront pas été à la charge de la communauté, du moins définitivement.

En réfutant l'opinion indiquée plus haut, ce n'est pas cette opinion ainsi interprétée que nous visons, mais la même opinion qui, interprétée d'une autre manière conduit à des conséquences dangereuses pour les créanciers du mari. Dans cette interprétation on dit : une fois la dissolution de la communauté arrivée, la femme ne pourra même pas être poursuivie sur sa part de communauté, puisqu'elle n'est pas débitrice. La poursuite des créanciers, selon les auteurs qui interprètent ainsi cette opinion, n'est possible sur les biens communs que tant que dure la communauté. Est-elle dissoute, les créanciers n'ont plus de recours que sur la portion afférente au mari. C'est cette solution, à laquelle on peut être conduit en interprétant l'article 1412 autrement que nous le faisons, que nous visons dans notre réfutation.

Quid? si pareille succession est échue à la femme?

Il faut distinguer suivant que la femme a été *autorisée*

ou non par son mari. Dans le premier cas, article 1413, C. c., les créanciers de la succession pourront poursuivre leur payement et sur les biens de la succession qui sont leur gage, et sur la *pleine propriété* des propres de la femme. Mais le pourront-ils sur les biens de la communauté? Oui, selon nous, car l'article 1419 C. c. dit expressément que l'autorisation du mari a cet effet d'engager et la communauté et le mari. L'article 1409 n° 2, le dit également pour la communauté. On soutient qu'il faut faire des distinctions quand il s'agit de donations et de successions, et que par *a contrario* de l'article 1413 C. c., qui ne parle que des biens personnels de la femme, il faut refuser aux créanciers de la succession immobilière le droit de poursuivre la communauté. Rien n'est plus faux, selon nous, que ces distinctions arbitraires créant des règles spéciales imaginaires, s'éloignant de l'esprit d'unité qui règne dans cette matière comme dans toutes les autres matières du Code civil, et en contradiction et avec l'article 1409 n° 2, et avec l'article 1419, *règles fondamentales* de tout ce paragraphe. Nous ne voyons rien qui s'oppose à l'application de ces grandes règles à l'égard de l'article 1413 C. c. Est-ce que le législateur ne piétinerait pas sur place, est-ce que son œuvre avancerait d'un pas, s'il lui fallait ressasser sans cesse ce qu'il dit, article 1409 n° 2, et article 1419 C. c. On raisonne par *a contrario* pour sortir des règles générales, mauvais raisonnement jetant la confusion là où il y a unité.

Un arrêt de cassation du 24 janvier 1853 a tranché la question en ce sens que la communauté peut être pour-

suivie, et le mari comme commun, comme chef de la communauté.

Pour nous, au contraire, la communauté sera poursuivie et aussi le mari, mais comme débiteur personnel, par suite de l'autorisation qu'il a donnée. C'était l'opinion de *Toullier*. L'article 1419 ne dit pas que le mari sera poursuivi comme commun une fois la dissolution de la communauté arrivée. Pourquoi distinguer, puisque la loi ne fait pas de distinction, suivant que la communauté est ou non dissoute. La loi dit : *le mari sera poursuivi*; s'il y a poursuite contre lui, c'est qu'il y a obligation personnelle de sa part. Du reste, nous prouverons cela sous l'article 1419, C. c.

Enfin, si la femme a accepté avec autorisation de justice, les créanciers de la succession immobilière ne pourront se pourvoir que sur la nue-propriété des propres de la femme.

N'oublions pas de remarquer que lorsque le mari, dans l'hypothèse précédente est poursuivi personnellement, il y aura indemnité à fournir par la femme de ce qu'il aura déboursé ; de même, si c'est la communauté qui a payé, il y aura lieu à récompense. Les dettes de la succession immobilière resteront en définitive à la charge de la femme.

§ 3. — *Succession ou donation mixte échue au conjoint au cours de la communauté.*

Il y aura ici une *contribution proportionnelle*, article 1414, C. c. Pour déterminer la part de communauté dans

les dettes, il faut voir la proportion de mobilier qu'elle recueille par rapport à la totalité de l'actif. Dans les rapports *inter conjuges*, la communauté ne supportera définitivement les dettes que dans cette proportion.

Mais, voyons d'abord les rapports des conjoints avec les créanciers d'une telle succession.

Première hypothèse. — La succession est échue au mari. Les créanciers, article 1416, pourront poursuivre leur recouvrement et sur les biens du mari et sur ceux de la communauté. Cependant, *inter conjuges*, la communauté, article 1414, C. c., ne devra supporter qu'une contribution proportionnelle dans les dettes. L'acceptation du mari a engagé la communauté à l'égard des créanciers, article 1409, n° 2.

Si la succession est échue à la femme, et qu'elle l'ait acceptée avec l'autorisation du mari, alors la femme, la communauté et le mari, articles 1409 n° 2, et 1419, se trouvent engagés vis-à-vis des créanciers de la succession, sauf récompense à la communauté ou indemnité au mari qui auraient payé au-delà de leur *part contributoire*.

Il en sera de même, article 1416 *in fine*, s'il n'a pas été fait d'inventaire. Les créanciers auront le droit de se payer et sur les biens de la communauté et sur ceux du mari, qui par cela même qu'il n'a pas fait inventaire, et qu'il a reçu les biens mobiliers en communauté est dans la situation qu'il occuperait ayant autorisé.

Que si l'inventaire a été fait et que la femme autorisée de justice ait accepté la succession, comme la femme ne

peut engager la communauté sans l'autorisation du mari, en règle générale du moins, article 1409 n° 2, durant la communauté, les créanciers de cette succession ne pourront se faire payer, article 1417, Code Civil, que sur la nue-propiété des propres de la femme et sur les biens de la succession.

Voyons maintenant les rapports des conjoints entre eux ou la contribution aux dettes.

S'il y a eu inventaire des biens meubles de la succession, il n'y aura aucune difficulté. La communauté supportera les dettes au *prorata* des biens par elle recueillis.

Mais *quid* s'il n'y a pas eu d'inventaire, et que nous soyons arrivés à la dissolution de la communauté? Comment, à défaut d'inventaire, établir que la communauté ou le conjoint a droit à récompense?

L'article 1415, Code Civil, distingue entre le mari et la femme. Si la femme éprouve un préjudice par suite du défaut d'inventaire, elle pourra établir la consistance du mobilier *soit par témoins, soit par commune renommée*.

Si, au contraire, c'est le mari qui prétend que lui ou la communauté ont droit à récompense, il ne pourra établir la valeur du mobilier que *par un inventaire* ou par *tout autre titre*, par exemple : par *un acte de partage*. Mais la preuve toute de faveur accordée à la femme lui est absolument interdite.

Comment les choses se passeront-elles si la succession est échue au mari, que le mari ait omis de faire inventaire et que la communauté ait payé au-delà de sa part? à la

dissolution la femme dit : « la communauté a droit à récompense. » Pour prouver la consistance du mobilier advenu à la communauté du chef du mari, la femme a besoin de preuves, et *ces preuves* nous les trouvons indiquées dans l'article 1415, Code Civil.

SECTION III.

Dettes contractées par l'un ou l'autre conjoint au cours de la communauté et qui peuvent être mises à sa charge.

L'article 1409 n° 2, nous donne la règle à ce sujet. Les dettes contractées par le mari au cours de la communauté sont dettes de communauté. Celles contractées par la femme, avec autorisation du mari, sont également dettes de communauté, sauf récompense dans les deux cas s'il y a lieu.

§ 1. — *Obligations contractées par le mari.*

Toute dette résultant de la part du mari soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un quasi-délit tombe dans la communauté d'une manière générale, sauf récompense à la communauté pour le cas où le mari aurait retiré un profit personnel de son obligation, article 1437, Code civil. J'ai appliqué cet article 1409 n° 2 et cet arti-

cle 1437 à l'article 1442 *in fine* qui traite d'une succession immobilière advenue au mari.

Quant aux obligations qui peuvent résulter d'un délit du mari, ce peut être des *amendes* ou des *réparations civiles*. Ces dettes tombent-elles en communauté d'une *manière définitive* ou à charge de *récompense* ?

Aux termes de l'article 1425, Code civil, la communauté n'était nullement obligée si l'obligation résultait d'un fait emportant mort civile, que ce fussent des amendes ou des réparations civiles. Depuis la loi du 31 mai 1854, cette disposition n'a plus d'application, puisque la mort civile a été abolie.

Nous n'avons donc à nous préoccuper que de l'article 1424, Code civil. Celui-ci ne parle que des *amendes* mais par *a pari* la même règle doit s'appliquer aux *réparations civiles*.

Dans notre opinion, récompense sera due à la communauté et des amendes et des réparations civiles qu'aura dû payer le mari. On a dit, pour soutenir notre opinion, que la femme était présumée avoir donné un mandat d'agir au mari, et qu'elle ne lui avait pas donné mandat de commettre des délits. On pourrait répondre à cet argument que c'est plutôt de la loi que de la femme que le mari tient ses pouvoirs, qu'un mandat entraîne le droit de le révoquer et que la femme ne le peut pas, article 1395 C.c., qu'enfin un mandat entraîne l'obligation de rendre compte à laquelle n'est pas assujetti le mari.

Nous préférons nous appuyer sur l'article 1437 c. c.,

qui dit expressément que le mari devra récompense à la communauté de tout bénéfice personnel fait à son détriment. Est-ce qu'il n'y a pas là un bénéfice personnel du mari ? est-ce que le mari qui paye, en prenant sur le fonds commun, son obligation civile, ne s'enrichit pas ? « *qui paye ses dettes s'enrichit.* » Ce brocard est applicable ici. Sans doute, il peut paraître étrange que le mari qui a les pouvoirs les plus étendus sur la communauté, qui peut gaspiller le fonds commun, faire les plus folles dépenses sans avoir à en rendre compte à la femme, doive récompense à la communauté d'une réparation civile payée par elle. Cette liberté du mari peut être dangereuse, puisqu'elle est sans contrôle, mais elle était nécessaire. Le législateur ne pouvait pas tenir le mari en lisières, ni s'enquérir quand il contractait une dette, pourquoi cette dette était contractée, pourquoi telle somme d'autre part dépensée. En règle générale, quand le mari s'oblige, peut-être la communauté en retirera-t-elle des avantages, peut-être sera-t-elle compromise ? On ne sait.

Mais notre hypothèse est toute différente. Ici, intervient un *jugement* condamnant le mari à une *réparation civile*. On voit clairement une obligation civile, à laquelle en rien n'était intéressée la communauté. Il y a là bénéfice personnel fait par le mari, car ne pas s'appauvrir, en ne payant pas de son argent cette réparation civile, c'est bien s'enrichir aux dépens de la communauté. De plus, nous ajouterons : qu'est-ce que prononce le *jugement* : une *condamnation*. L'article 1425 C. civ., se sert du mot et ce mot dans

cet article est général ; il embrasse les réparations civiles et les amendes. Toute condamnation emporte l'idée de peine, *peine civile*, si on peut joindre ces deux mots, mais enfin une peine. Toute *peine* est *personnelle*. Sans doute, au vrai sens du mot, l'amende seule est une peine. Mais il faut voir ici plutôt l'esprit de la loi que jouer sur un mot pour en fausser l'esprit. Donc la communauté pour les réparations civiles comme pour les amendes aura droit à récompense.

§ 2. — *Obligations qui peuvent avoir été contractées par la femme durant la communauté.*

Il nous faut distinguer trois hypothèses :

Première hypothèse. — *La femme contracte comme mandataire du mari.*

Deuxième hypothèse. — *La femme contracte avec l'autorisation maritale.*

Troisième hypothèse. — *La femme contracte avec l'autorisation de justice.*

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.

La femme contracte comme mandataire du mari (art. 1420, C. civ.). — Ici, c'est comme si le mari avait contracté lui-même (art. 1984 et art. 1998 C. civ.). C'est la dette du mari, donc c'est la dette de la communauté.

Dans ce cercle de contrats faits en qualité de mandataire du mari, la femme agira selon les besoins du ménage. Ainsi, elle traitera en cette qualité pour les achats de fournitures, comestibles, linges nécessaires au ménage. Car dans ces hypothèses, elle contracte en vertu d'un *mandat tacite* du mari. C'est le train de la maison qui délimitera les bornes de ce *mandat tacite*. Ce sera le mari et aussi la communauté qui seront tenus, mais non pas la femme. Remarquons que le mari ne sera tenu pour les obligations contractées en vue du ménage qu'à charge de récompense s'il a payé plus que sa part dans les dettes du ménage, dettes communes aux deux époux. Que si la femme avait dépassé ce *mandat tacite* en faisant des dépenses hors de proportion avec le train de la maison, mais elle ne serait pas tenue pour cela personnellement de ces dettes. Ce serait une femme qui aurait agi sans mandat. De plus, ni la communauté, ni le mari ne seraient tenus.

DEUXIÈME HYPOTHÈSE.

La femme a contracté des dettes avec l'autorisation du mari. — L'article 1409, n° 2, qui pose le principe, nous dit que la communauté se trouvera obligée aux dettes. Nous ajouterons qu'il faut mettre sur la même ligne les dettes contractées par la femme, *marchande publique*, pour faits de son commerce (art. 1426 C. civ., art. 220 C. civ.,

art. 4 et 5 Code de comm.). En effet, on admet que, pour faire le commerce, le mari peut donner à sa femme une autorisation générale.

Le législateur a, dans l'article 1419 C. civ., donné le développement de l'article 1409, n° 2. La femme et la communauté sont obligées, d'après l'article 1409 n° 2, pour les dettes qu'elle a contractées avec l'autorisation maritale. L'article 1419 C. c. ajoute que le mari pourra être également poursuivi. Ici s'élève une question très-importante.

Lorsque le mari autorise sa femme sous le régime de la communauté est-il tenu *personnellement* des dettes qu'elle a contractées, ou, au contraire, n'en est-il tenu que *comme commun*? Voici l'intérêt de la question. Adviene la dissolution de la communauté, si le mari n'est tenu que comme chef de la communauté, il ne devra payer que la moitié des dettes que la femme aura contractées. Si, au contraire, il est engagé personnellement par cette autorisation, la dissolution de la communauté n'empêchera pas les créanciers de la femme de le poursuivre pour le tout, sauf indemnité de la femme s'il a payé au-delà de sa part.

Pour nous, comme nous l'avons déjà indiqué pour toutes les solutions données, nous pensons que le mari s'engage *personnellement* par cette autorisation. Attachons-nous strictement au texte de l'article 1419 C. c., car c'est de la lettre du texte autant que de son esprit que dépend notre solution. Or, que dit-il? La femme autorisée par le mari à contracter offre en garantie à ses créanciers ses

biens, ceux de la communauté, ceux du mari. La loi fait-elle une distinction entre la communauté existante et la communauté dissoute? Nullement. Or si, avant comme après la dissolution, le mari peut être poursuivi, pourquoi dire arbitrairement et contrairement au texte: avant la dissolution, il pourra être poursuivi pour le tout; après la dissolution, il ne pourra être poursuivi que pour la moitié des dettes. La loi ne dit pas: tant que durera la communauté, le mari pourra être poursuivi; non, sa formule est plus large: le mari sera poursuivi par les créanciers de la femme dûment autorisée. Du reste, il devait entrer dans l'esprit du législateur, qu'en autorisant la femme, le mari fait sa propre affaire, en règle générale, et que de là il s'en suit qu'il doit être obligé personnellement. Les acquisitions que la femme pourra faire en contractant, autorisée du mari, tomberont en communauté. Le mari, chef de la communauté, va pouvoir disposer en maître des biens que les contrats passés par la femme vont lui faire acquérir. Il est, comme disait l'ancien droit, *quasi-dominus* du fonds commun. Quoi de plus juste, dès lors, qu'il soit obligé personnellement, puisque c'est lui plutôt que la femme qui va bénéficier des contrats passés. Que si c'est exclusivement dans l'intérêt de la femme que la dette est contractée comme il n'avait aucun intérêt dans l'affaire, s'il a payé, indemnité complète lui sera dûe par la femme. De plus, dans le règlement *inter conjuges*, une fois la dissolution, si le contrat passé par la femme intéressait la communauté, le mari ne devra supporter en définitive que la moitié de la

dette. Enfin, la communauté aura droit à récompense intégrale de la femme, si l'affaire n'intéressait que celle-ci.

On objecte qu'une règle de droit est celle-ci : « *qui auctor est non se obligat.* » Le curateur, a-t-on dit, ne s'oblige pas en autorisant le mineur émancipé ; non plus, le tuteur. Le mari, sous le régime de séparation de biens, autorisant sa femme, ne s'oblige nullement envers ceux avec qui elle contracte. Cette objection, en vérité, nous paraît peu sérieuse. Quoi, de ce que la loi n'oblige pas un curateur ou un tuteur ou un mari séparé de biens, quand ils donnent une autorisation, eux qui n'ont absolument aucun intérêt dans l'affaire que passe la pupille, l'émancipé, ou la femme mariée, vous en concluez que le mari commun autorisant sa femme pour les affaires de la communauté ne sera pas obligé ! Belle raison, et comme on peut raisonner *a pari sensu* dans des hypothèses toutes dissemblables. Mais dans l'hypothèse du mari commun n'est-il pas tout au moins aussi intéressé que la femme dans les contrats qu'elle passe ? Nous dirons même qu'il le sera plus, à moins qu'il ne s'agisse d'une dette contractée exclusivement dans l'intérêt de la femme, ce qui est exceptionnel. Prenons le cas où le mari paraît ne devoir pas recueillir le moindre bénéfice dans l'affaire pour laquelle il autorise sa femme. N'est-ce pas celle d'une *succession immobilière* ? Article 1413 C. c. Mais les revenus de cette succession immobilière, qui les recueillera ? la communauté ; et qui de ces revenus aura une disposition sans contrôle ? le mari. Les fruits naturels ou civils de cette

collectivité d'immeubles vont s'enfouir dans la caisse commune dont le mari a la clef. N'était-il pas dès lors naturel d'obliger et la communauté et le mari personnellement envers les créanciers de cette femme héritière de la succession immobilière, sauf aux conjoints à régler ensuite leur position à la dissolution de la communauté : le mari se faisant indemniser, la communauté se faisant récompenser par la femme des déboursés opérés à son profit pour payer les dettes de la succession.

S'il en est ainsi dans cette hypothèse où il s'agit de dettes pour lesquelles, en définitive, la femme devra rester seule débitrice *inter conjuges* ; *a fortiori* il en doit être de même quand il s'agit d'une dette contractée dans l'intérêt commun, d'une dette qui en définitive devra être pour partie supportée par le mari.

Le mari est obligé à l'égard des créanciers personnellement parce qu'en faisant l'affaire de la communauté, il a fait sa propre affaire. C'est ce qui découle de son autorisation donnée à la femme. Qu'il agisse ou par lui-même ou par sa femme autorisée, c'est tout un.

Une troisième opinion interprète autrement l'article 1419 C. c. Elle restreint encore plus l'application de l'article 1419 C. c., que celle que nous venons de combattre. Cette troisième opinion dit : « la communauté et le mari comme *commun* seront tenus des dettes de la femme autorisée du mari, quand l'affaire aura été faite par la femme dans l'intérêt de la communauté. Mais on devra rejeter l'application de l'article 1419 C. c., toutes les fois

que *les tiers*, contractant avec la femme, auront su que l'affaire passée par la femme regardait exclusivement ses intérêts. C'est ainsi, dit cette troisième opinion, qu'on explique la solution donnée par la loi dans l'article 1413 C. c. Cette opinion donne une autre application de cette théorie, qu'on dit être celle de la loi, dans l'article 1432 C. c. Il s'agit, dans cet article, d'une femme qui a vendu un propre. Le mari aura droit à récompense, dit l'article 1432 C. c., c'est-à-dire qu'il a été obligé de payer s'il a garanti la vente. Les auteurs qui défendent cette opinion en concluent par *a contrario* que, si le mari n'avait fait qu'autoriser sa femme à vendre son propre, s'il n'avait pas garanti la vente, il ne pourrait pas être poursuivi, pas plus que la communauté. — L'affaire, en effet, disent ces auteurs, intéresse exclusivement la femme.

Cette opinion fait bon marché de l'article 1419 C. c., qui pose une règle générale. Elle y apporte des restrictions arbitraires, restrictions que nous ne trouvons nullement dans l'article 1432 C. c. L'article 1432 n'est, selon nous, qu'une application de l'article 1419, bien loin d'y apporter une exception. Sans doute, si le mari a garanti solidairement ou autrement une vente faite par la femme, et qu'il soit poursuivi par l'acheteur, il aura droit à récompense. Mais faut-il en conclure, par *a contrario*, qu'il ne sera pas obligé s'il n'a fait qu'autoriser sa femme? Jamais la loi n'a dit cela dans l'article 1432 C. c. Il y a obligation de garantie expresse dans le cas de l'article 1432 C. c., obligation tacite dans le cas d'une autorisation du mari

sans clause de garantie, dans le cas de l'article 1419 C. c., voilà les seules différences que nous voyons entre ces deux articles.

Mais, disent les auteurs qui défendent cette opinion, il y a intérêt exclusif de la femme dans la *vente de ce propre*. Vous le soutenez, et nous voudrions bien le croire. Cependant qui peut dire que la vente de l'immeuble propre n'a pas été faite dans l'intérêt de la communauté? Dès lors, comment soutenir, partant de ce point de vue inexact, que le mari et la communauté ne seront point obligés, parce que la communauté n'a pas profité de l'opération. L'article 1419 C. c. est une règle sans exception; aucun texte n'y déroge, qu'il s'agisse d'une affaire intéressant la femme ou d'une affaire intéressant la communauté. La femme, la communauté, le mari personnellement seront obligés envers les créanciers de la femme autorisée.

TROISIÈME HYPOTHÈSE.

Des contrats passés par la femme avec autorisation de justice.

La règle c'est que la femme n'engagera pas la communauté. Elle ne peut engager que la nue-propriété de ses biens propres. Cependant l'article 1427 C. c. apporte deux exceptions à cette règle. S'il s'agit de tirer le mari de prison où il est enfermé pour dettes, ou s'il s'agit de doter, plus généralement d'établir des enfants communs, en l'absence

du mari, la femme pourra, avec autorisation de justice, engager la communauté. Dans ces deux cas, *dans l'ancien droit*, la femme pouvait engager la communauté *même sans autorisation de justice*, tandis que maintenant il lui faut cette autorisation. Dans le cas où il s'agit d'établir des enfants communs, on comprend que l'absence du mari fasse qu'on ait recours à une autre autorisation. Mais pourquoi la femme peut-elle engager la communauté, quand elle veut tirer son mari de prison? C'est que dans ce cas l'autorisation du mari est sous-entendue. C'est une mesure dont n'aura pas à se plaindre le mari qui va être mis en liberté. Dans les deux cas la communauté sera obligée, et le mari comme commun. Advienne la dissolution de la communauté, article 1482 C. c., il ne sera tenu que de la moitié de ses dettes, tandis qu'il continue à être tenu personnellement des dettes qu'il contracte lui-même.

Occupons-nous maintenant des délits qu'a pu commettre la femme. Le principe c'est que la communauté n'est jamais tenue des délits ou des quasi-délits qu'a pu commettre la femme. En effet, sauf les deux cas de l'article 1427 C. c., la femme ne peut jamais engager la communauté sans l'autorisation du mari. Donc pour le payement des amendes et réparations civiles dues par la femme, ses créanciers n'auront d'action que sur la nue-propriété de ses propres.

Pour terminer le passif de la communauté, étudions les nos 3, 4 et 5, de l'article 1409.

Le n° 3 décide que la communauté est tenue sans ré-

compense des intérêts et des arrérages des dettes personnelles aux deux époux. En effet, la communauté jouit des propres puisqu'elle perçoit les fruits naturels ou civils de ces propres, il était donc juste qu'elle fût tenue des arrérages et intérêts de leurs dettes personnelles.

Par dettes personnelles nous entendons non-seulement les dettes qui ne tombent pas en communauté, mais aussi les dettes qui n'y tombent qu'à charge de récompense. Donc si, durant la communauté, celle-ci a payé une dette de l'un des conjoints ne tombant dans le fonds commun qu'à charge de récompense, à la dissolution, elle ne pourra réclamer à ce conjoint que *le capital* de la dette payée, mais non *pas les intérêts et arrérages* de la dette qu'elle a fournis avant le payement du capital.

Les n^{os} 4 et 5 règlent que la communauté ayant la jouissance des propres des conjoints, a la charge de cette jouissance. Sous le n^o 4 nous ferons observer que les grosses réparations sont dues par le propriétaire du propre. Sous le n^o 5 nous ferons remarquer que si le conjoint a des enfants d'un premier lit, la question s'élève, si ces enfants n'ont pas de revenus personnels, de savoir si les dépenses faites pour eux seront à la charge de la communauté? Si ces enfants n'ont pas de revenus personnels, le conjoint remarié leur doit des aliments. Or, cette dette est charge de la jouissance des propres qu'a la communauté, donc la communauté devra la supporter.

L'article 1409 n'indique pas comme charge de la communauté les dépenses faites pour établir ou doter des en-

fants communs. En règle, la dot ou l'établissement des enfants reste à la charge de l'époux qui en a pris l'initiative. Cependant pour établir ou doter des enfants communs, le mari, sous le régime de la communauté, a des pouvoirs spéciaux que lui confère l'article 1439 C. c. Mais si le mari peut, en dotant l'enfant commun en effets de la communauté mettre la dot à la charge de la communauté, cette charge ne résulte pas du droit de jouissance de la communauté sur les propres des époux, mais des pouvoirs que la loi confère au mari, en vue de l'intérêt commun.

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

Dans une première section nous étudierons les droits et les pouvoirs du mari sur la communauté. Dans une seconde section, les pouvoirs du mari relativement aux biens propres de la femme. Dans une troisième section, nous exposerons les règles concernant les récompenses et les remplois à opérer. Enfin, dans une dernière section, nous verrons les effets que produit à l'égard de la communauté une constitution de dot en faveur d'un enfant commun.

SECTION I.

Droits et pouvoirs du mari sur les biens de la communauté légale.

La communauté établit entre les époux une association de biens, et par suite *la copropriété actuelle* des biens qui composent la masse commune.

Une première opinion, contraire à la nôtre, soutient que la communauté est une *personne morale*, distincte des époux, investie d'un droit d'usufruit sur le patrimoine des

époux, de sorte que le mari même sur ses biens personnels n'exercerait qu'un droit de jouissance pour la communauté.

Nous repoussons cette doctrine suivant laquelle la communauté est une personne morale, idée que repousse la tradition. C'est une considération puissante en cette matière, car ici les innovations du Code sont peu considérables. En effet, comme les personnes morales ne sont établies que par la loi, il nous faudrait un texte précis pour admettre cette innovation, contraire à l'ancien droit. On peut invoquer, pour soutenir que la communauté est une personne morale, les textes déjà étudiés où l'on parle de l'actif et du passif de la communauté, des récompenses dues à la communauté. Donc, peut-on dire, la communauté ayant un patrimoine, des biens, des dettes, est une personne morale.

Nous répondons : ces idées se retrouvent dans les anciens auteurs, sans qu'ils aient songé à y attacher l'idée de personne morale. L'actif de la communauté, cela veut dire : la masse commune, les dettes de la communauté, les dettes qui seront payées sur cette masse commune. On peut ajouter que la confusion constante que la loi fait à l'égard des tiers des biens communs et des biens du mari est la négation de cette personnalité juridique. Nous avons vu que la loi regarde constamment les créanciers de la communauté comme les créanciers du mari, et réciproquement.

L'intérêt de la question, le voici. Plaçons-nous au moment de la communauté dissoute, mais non encore liquidée. Il advient que le mari, dans l'intervalle de la dissolution à

la liquidation fait des dettes considérables. Les créanciers, à l'égard de qui il s'est engagé dans cet intervalle, auront-ils le droit de se faire payer avec les autres créanciers? Si la communauté est une personne morale, il n'est pas douteux de dire que les créanciers de la communauté auront le droit de préférence sur la part afférente au mari sur les créanciers postérieurs à la dissolution. De même pour la femme qui, pendant la communauté, a contracté des dettes avec la seule autorisation de justice. Advienne la dissolution de la communauté, la part de la femme dans la communauté sera le gage des créanciers de la communauté, et les créanciers simples de la femme ne viendront se faire payer qu'après eux.

Un arrêt de la Cour de Besançon du 24 juin 1858 confirmé par un arrêt de Cassation du 18 avril 1860 refuse à la communauté le droit de personne morale.

Une deuxième opinion voit dans la communauté une masse dont le mari est seul propriétaire. Cette opinion se rattache à l'ancienne doctrine: « *le mari est seigneur et maître des meubles et conquêts immeubles* » n° 225 coutume de Paris. Elle s'appuie sur ces mots de Dumoulin: « *mulier non est proprie socia sed sperat sociam fore.* » Mais Laurière fait remarquer que seigneur et maître ne veut pas dire propriétaire exclusif de la communauté.

Cette opinion diffère peu de la nôtre qui voit plutôt dans la communauté une association, une copropriété avec les pouvoirs les plus étendus, pour le mari, gérant pour son compte et celui de sa femme cette association.

Dans l'ancien droit, le mari pouvait *donner des biens communs*. Il ne le peut plus aujourd'hui, du moins en règle générale, sauf exception. La loi nous le représente comme un administrateur des biens communs, avec des pouvoirs très-étendus. Il ne peut faire de donation d'un immeuble de la communauté, ce qui suppose bien qu'il n'est pas propriétaire exclusif des biens communs (art. 1422 C. c.). Les textes nous montrent aussi le droit de la femme préexistant à la dissolution de la communauté. Car l'article 1399 Code civil nous dit que la communauté commence au jour du mariage, et l'article 1441 Code civil qu'elle se dissout par certains faits énumérés. Donc, elle a duré pendant cet intervalle. La femme, pendant que la communauté dure, n'est pas reléguée en dehors de cette communauté qu'elle peut obliger avec l'autorisation du mari, et dans certains cas avec l'autorisation de justice (art. 1427 C. c.). Enfin l'article 1492 énonce que la femme qui renonce à la communauté perd toute espèce de droits sur les biens qui la composent. Donc, auparavant, la femme avait des droits. Communauté veut dire copropriété des biens communs.

Le mari, un fois ce droit actuel dans les biens communs admis à l'égard de la femme, est-il un *mandataire* de la femme dans l'administration des biens communs? Non, car il n'est pas tenu de l'obligation de rendre compte, comme le serait un mandataire. Il est le chef de la communauté, il tient ses pouvoirs de la loi, et sauf les restrictions que nous allons indiquer, il agit comme un seigneur et maître.

1° Le mari, comme chef de la communauté, a le droit non seulement de faire des actes d'administration proprement dite, mais encore les actes que comporte la *libre administration*, comme une aliénation de meubles. En outre, (art. 1421 C. c.), il peut disposer à titre onéreux de tous les biens de la communauté. Le mari peut obliger la communauté par contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-délit (art. 1409 n° 2, art. 1424 C. c.) ;

2° Il a tout pouvoir pour *exercer seul toutes les actions* relatives aux biens de la communauté, soit comme demandeur, soit comme défendeur ;

3° Il n'est tenu à rendre aucun compte pour les actes qu'il a pu faire en vertu des pouvoirs exceptionnels que lui donne la loi. Il n'est tenu d'aucune responsabilité pour les fautes ou négligences qu'il a pu commettre. La seule limite que la loi met aux pleins pouvoirs du mari, c'est qu'il ne pourra s'enrichir aux dépens de la communauté (art. 1437 C. c.).

Toutefois, il y a lieu d'admettre, en dehors des textes de la loi, une limitation à ces pleins pouvoirs du mari, dans le cas où il aurait fait un acte *en fraude des droits de la femme*.

En prévision d'une instance prochaine en séparation de biens ou de corps, le mari a disposé d'un bien de la communauté, pour le soustraire à la communauté. En partant du principe que la femme a un droit actuel, il ne faut pas douter que la femme peut demander compte au mari de l'acte qu'il a fait en fraude de ses droits. Et si le tiers a

été complice de la fraude du mari, la femme pourra faire révoquer l'acte de vente d'un immeuble de communauté vendu à bas prix. Un arrêt de la Cour de Colmar du 25 février 1857 a tranché la question dans ce sens,

4° *Actes à titre gratuit que pourrait faire le mari relativement aux biens de la communauté.*

Il faut distinguer suivant que le mari dispose par *acte entre-vifs*, ou *pour le temps qui suivra son décès*. Quant aux donations entre-vifs, le Code civil a innové. L'article 225, coutume de Paris, décidait que le mari pourrait disposer entre-vifs à titre gratuit des biens de la communauté, comme il le pourrait à titre onéreux, pourvu que ce fut *sans fraude*. Mais en quel sens entendait-on ces mots *fraude*? On décidait qu'il y avait fraude, quand la donation avait été faite dans le but d'enrichir le mari ou ses hoirs aux dépens de la communauté. Il y avait donc place ici à des procès, à des difficultés. C'est pour les faire disparaître que l'article 1422 Code civil a décidé autrement. L'article 1422 distingue suivant la nature des biens.

Pour les *immeubles*, le mari ne peut pas en disposer à titre gratuit, si ce n'est pour l'établissement d'enfants communs. Il en résulte que si le mari avait promis une somme par donation entre-vifs, cette donation ne pourrait s'exécuter aux dépens des immeubles de la communauté. Quant aux *meubles*, dans l'article 1422, la loi fait une sous-distinction. Elle décide que le mari ne pourra disposer de

l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. On ne comprend guère la donation entre-vifs d'une universalité ou d'une quote-part de meubles parce que l'article 948 Code civil, veut *un état* des meubles donnés ; en effet, cet état réduit la donation à une donation à titre particulier. Pour appliquer notre disposition, il faudra que la donation entre-vifs, bien qu'elle ne soit pas à titre universel ou universelle, en soit *l'équivalent en fait*. Quant aux meubles pris individuellement, l'article 1422 alinéa 2, conserve au mari le droit d'en disposer entre-vifs au profit de toute personne. Par conséquent, à la différence de l'ancien droit, cette donation serait valable même faite à un héritier du mari. Cette donation de meuble ne le soumet en principe à aucune récompense. Mais l'article 1469 Code civil y apporte une exception. S'il avait doté un *enfant d'un premier lit*, il en devrait récompense à la communauté. Cependant pour la validité de ces donations de meubles que peut faire le mari, la loi exige qu'il ne s'en réserve pas *l'usufruit*.

Quel serait le sort d'une donation faite par le mari, en violation de l'article 1422 Code civil ? Il a fait une donation entre-vifs d'un immeuble appartenant à la communauté. La donation d'immeuble n'est pas valable, en ce sens *qu'elle n'est pas opposable à la femme*. Si la femme, advenant la dissolution de la communauté, renonce, le mari a disposé valablement et la donation tiendra. Mais si la femme accepte, elle pourra faire comprendre l'immeuble

dans la masse à partager, et, ou l'immeuble tombera au lot du mari et alors la donation sera validée, ou au lot de la femme, et alors la femme conservera l'immeuble. Mais le donataire pourra obtenir l'exécution de cette donation sur les biens du mari, qui devra fournir sur ses biens personnels une *prestation égale* à la valeur de l'immeuble. Argument d'analogie tiré de l'article 1423 Code civil.

Ne faut-il pas dire que le concours de la femme à la donation excédant les pouvoirs du mari rendra la donation inattaquable ?

Un premier raisonnement par lequel on a soutenu que le concours de la femme était inefficace pour rendre valable la donation d'immeuble faite entre-vifs par le mari est celui-ci : la loi a donné au mari tous les pouvoirs. Quant à la femme, elle n'est rien pendant la communauté, le mari seul est armé de pouvoirs ; là où il est désarmé, personne ne peut l'habiliter. Ce serait logique de raisonner ainsi, si la communauté était considérée comme une personne morale.

Mais, pour nous, la femme est copropriétaire, et si les pouvoirs du mari sont limités, c'est seulement dans l'intérêt du droit de copropriété de la femme. Il serait incompréhensible que le mari et la femme ne puissent pas disposer de leurs biens communs. De plus, selon la tradition, quand le mari avait fait une donation présumée faite *en fraude*, cependant elle était valable si la femme la validait.

Mais la femme, a-t-on dit, ne peut d'avance engager son option d'accepter ou de répudier la communauté, article

1453, Code civil. Or, en ratifiant cette donation, elle accepte la communauté d'avance. Nous répondons : c'est là une erreur. En effet, la femme peut n'intervenir que pour renoncer au droit éventuel qu'elle pourrait avoir, le cas échéant. Elle n'a pas disposé des biens de la communauté, elle a simplement dit : je m'engage à ne pas faire tomber cette donation, si l'immeuble tombe dans mon lot. Nous irons plus loin ; la femme pourrait agir comme *codonatrice* sans engager son option. Quoi l'empêchera de renoncer ? Rien. Tout ce qui résultera de sa donation, c'est qu'elle aura disposé d'un bien de la communauté avec l'assentiment du mari, et devra indemniser le mari, si elle renonce, pour donation d'un bien qui ne lui appartenait pas. L'article 1469 Code civil, nous fournit un argument d'analogie. Cet article suppose que l'un des époux peut avoir doté des enfants d'un premier lit avec des valeurs de la communauté. La femme peut donc disposer de ces valeurs, sans que cela engage en rien son option.

Cette doctrine que nous soutenons a de l'importance au point de vue pratique, pour les partages d'ascendants. En fait, il est important que les époux, puissent donner un immeuble à leurs enfants d'un premier lit. Un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1867 a jugé dans ce sens.

Il faut appliquer aux *donations à venir* ce que nous allons dire sur les *dispositions testamentaires*, en étudiant l'article 1423 Code civil.

Pour régler ce qui est relatif aux dispositions à cause de

mort que peut faire le mari, l'article 1423 Code civil distingue suivant qu'il a disposé en termes généraux de l'universalité des biens ou d'une quote-part, ou d'objets déterminés de la communauté. Le mari ne peut, dans la communauté, disposer que de sa part, à moins que la femme renonce à la communauté, car alors la communauté et ses biens propres ne font qu'un pour le mari.

Supposons que le mari a disposé d'un *effet de la communauté*, d'un immeuble par exemple. Dans ce cas deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Le bien légué par le mari tombe au lot des héritiers du mari, dans ce cas le legs produit complètement son effet, et est exécuté en nature.

2° L'objet légué par le mari tombe au lot de la femme. Dans l'ancien droit, on discutait pour savoir si la valeur payable pour les héritiers du mari devait être de la valeur de l'objet légué ou de la moitié de cette valeur. Aujourd'hui, on aurait pu même soutenir que l'objet légué étant tombé aux mains de la femme (art. 1021 Cod. civ.), le legs est complètement nul, comme legs de la chose d'autrui. Mais l'article 1423, Code civil, est catégorique. Le legs est valable, et prestation de la valeur de l'objet légué sera due par les héritiers du mari au légataire.

Une question importante s'élève ici. L'article 1423 Code civil est-il applicable aux dispositions testamentaires faites par la femme? Pour nous, nous appliquerons à la femme l'article 1423 comme nous l'avons appliqué au mari. L'opinion contraire à la nôtre ne se fonde que sur un ar-

gument à *contrario* de l'article 1423. La loi, *qui affirmat de marito, negat de muliere*, disent les auteurs de cette opinion.

Nous disons : à ce point de vue, aucune différence entre le mari et la femme. Le système de nos adversaires serait irréprochable, s'il était vrai que l'article 1423 contient une dérogation au droit commun : *exceptiones strictissimæ interpretationis sunt*. Mais, loin d'y voir une dérogation au droit commun, nous n'y voyons qu'une application du principe que le legs de la chose d'autrui est nul. La loi, en prohibant le legs de la chose d'autrui, article 1021 Code civil, n'a prohibé que le legs incertain, douteux de cette chose. Mais la loi n'a pas prohibé ce legs, toutes les fois qu'il est évident et incontestable que le testateur savait que la chose léguée appartenait à autrui.

Or, dans notre espèce, en léguant un objet de communauté, le testateur savait d'une manière incontestable que cet objet pouvait appartenir à sa femme. C'est sciemment qu'il a légué la chose d'autrui. Si l'article 1423 n'est qu'une application de l'article 1021, s'il est conforme au droit commun, pourquoi ne pas l'appliquer à la femme? L'argument *a contrario* n'a que faire en l'espèce, et la règle : *strictissimæ interpretationis exceptiones sunt* n'a que faire ici.

SECTION II.

*Des pouvoirs du mari relativement aux biens propres
de la femme.*

Les fruits des biens personnels de la femme appartiennent à la communauté. L'article 1428 nous dit que le mari a l'administration des biens personnels de la femme. Ici il est exact de dire que le mari est *mandataire* de la femme, car il est tenu de rendre compte et responsable de son administration. Pour les biens de la communauté, le contrat de mariage ne peut restreindre les droits du mari ; il en est autrement pour les biens personnels de la femme qui, en cas de communauté conventionnelle, pourra se réserver la jouissance et l'administration de certains biens.

Nous allons, sous cette section, distinguer dans trois paragraphes : 1° les actes qui rentrent dans l'administration proprement dite des biens de la femme ; 2° l'exercice des actions en justice ; 3° les actes de disposition.

§ 1. — *Actes qui rentrent dans l'administration
proprement dite.*

Le mari a le droit et même le devoir de faire, sous sa responsabilité, les actes que comporte cette administration. S'il n'avait que la jouissance d'un usufruitier, il pourrait

faire les réparations, mais s'il s'agissait de grosses réparations il ne le pourrait pas. En vertu de ses pouvoirs d'administrateur, il le pourra. Il lui sera permis de passer des baux. Le mari aurait le droit de faire les baux des biens personnels de sa femme, par cela seul qu'il a un droit de jouissance sur ces biens. Mais le pouvoir d'administrer ne comporte pas le droit de faire des baux d'une manière indéfinie. La loi distingue suivant qu'il s'agit *de baux ayant une durée de neuf années, ou de baux dépassant ce maximum*. Les baux consentis par lui dans les neuf ans, seront obligatoires si la communauté se dissout et si la femme reprend la jouissance et l'administration de ses biens personnels, avant l'expiration des neuf années. Quant à ceux qui excèdent neuf ans, on peut dire qu'ils dépassent les pouvoirs d'un administrateur. Cela ne veut pas dire que ces baux soient inefficaces pour la durée qui excède neuf ans; ils sont valables quelle qu'en soit la durée, et ils s'exécutent tant que dure la communauté; car le mari a pu disposer par bail de cette jouissance. Mais si, après la dissolution de la communauté, la femme reprend l'administration de ses biens, on se demande si ces baux seront obligatoires? ils ne seront obligatoires que pour la période de neuf ans en cours d'exécution.

Exemple : le mari a passé bail pour vingt-cinq ans sur un immeuble de la femme. Si la communauté se dissout avant neuf ans, après quatre ans, le bail vaudra encore pour cinq ans, article 1429, Code civil.

Le pouvoir de faire un bail emporte le pouvoir de le

renouveler un certain temps avant son achèvement ; les pouvoirs de l'administrateur doivent lui permettre de renouveler le bail avant qu'il soit expiré. Le législateur indique dans l'article 1430 *in fine* la période de temps à partir de laquelle le mari a le droit, avant son expiration, de renouveler le bail.

La loi distingue : pour *les baux ruraux*, ils pourront être *renouvelés trois ans avant l'expiration* du bail courant, *deux ans seulement* avant cette expiration, s'il s'agit de *maisons*.

La loi ne veut pas dire que si le mari avait renouvelé le bail quatre ans avant l'expiration, le bail ne vaudrait pas. Non, tant que dure la communauté, le bail, renouvelé à n'importe quelle époque, s'exécute, mais si la communauté se dissout, le nouveau bail est obligatoire, s'il a commencé à être exécuté durant la communauté. Que s'il n'a pas commencé à être exécuté durant la communauté, il ne sera opposable à la femme que s'il a été renouvelé dans les temps fixés par la loi : trois ans avant l'expiration du premier bail, s'il s'agit de biens ruraux, deux ans avant cette époque, pour les maisons.

L'article 1428 nous dit que si le mari n'a pas fait un acte conservatoire nécessaire, s'il n'a pas renouvelé une inscription hypothécaire en temps utile ; il est responsable.

§ 2. — *Exercice des actions en justice.*

L'article 1428 distingue entre les *actions mobilières* et

les *actions immobilières*. Le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières qui appartiennent à la femme. La femme a-t-elle une créance pour une soulte qui lui est due, l'action en payement sera exercée par le mari, comme administrateur des biens de la femme. Dans notre exemple, il s'agit d'une créance mobilière propre à la femme, et non de droits mobiliers tombés en communauté. Donc, le mari n'agit pas ici comme chef de la communauté, mais comme administrateur des biens de la femme.

L'article 818 Code civil apporte cependant une exception à la règle que le mari peut exercer les actions mobilières de sa femme. S'il s'agit d'une action purement mobilière d'une succession, le mari l'exercera comme chef de la communauté légale. S'il s'agit de biens qui ne tombent pas en communauté, le partage définitif ne peut être provoqué contre lui, mari, qu'autant que la femme aura été mise en cause. Ainsi la femme a, par exemple, *réalisé son mobilier futur*, et il lui échoit une succession mobilière. Dans cet exemple de communauté conventionnelle, on ne pourra provoquer le partage définitif contre le mari, que lorsque la femme aura été mise en cause. Dans la même hypothèse, quoiqu'ayant l'exercice des actions mobilières de la femme comme administrateur des propres, le mari ne pourra intenter cette action mobilière qu'après que la femme aura été mise en cause. Sans le concours de la femme, il ne peut provoquer qu'un *partage provisionnel*.

De même l'article 465 qui donne au tuteur le droit

d'exercer les actions mobilières du pupille, ne lui permet de provoquer le partage qu'après autorisation du conseil de famille, quand bien même il s'agirait d'une succession exclusivement mobilière.

Quant aux *actions immobilières*, l'article 1428 ne lui donne que les actions possessoires. Il ne faut pas dire qu'il exerce ces actions parce que la communauté a la jouissance. Non. C'est comme administrateur des propres de la femme qu'il exerce ces actions possessoires. Car il ne faut pas confondre ces deux idées différentes : possession et jouissance.

Le mari n'a pas le droit d'exercer les *actions personnelles immobilières* et les *actions pétitoires immobilières*. Ces actions, tant en demandant qu'en défendant, doivent être exercées par la femme autorisée.

La loi veut dire que le mari n'a pas l'exercice de ces actions, en tant qu'il se poserait comme représentant de la femme, mais le mari a l'exercice de ces actions dans la mesure des droits de la communauté.

On dit ordinairement que le mari a l'action pétitoire immobilière de l'usufruit qu'exerce la communauté sur les propres de la femme. Cette manière de parler est vicieuse, car il n'y a pas droit d'usufruit pour la communauté, qui, nous l'avons prouvé, n'est pas une personne morale, mais il n'y a pour elle qu'un droit de jouissance. Le mari, chef de la communauté, exerçant cette jouissance sur les propres de la femme, a aussi, article 1166 C. c. *les actions de la femme dans la limite des droits de la communauté*. Mais

il ne peut ni compromettre ni représenter le droit de la femme.

§ 3. — *Actes de disposition.*

L'article 1428 C. c. nous dit que le mari ne *peut aliéner l'immeuble de la femme* sans son consentement. Les pouvoirs d'administration du mari ne comportent pas le droit d'aliéner. La loi reste muette à l'égard de l'aliénation des meubles de la femme. La question des pouvoirs du mari à l'égard des meubles de la femme soulève une question préliminaire. Le conjoint, qui a des *propres mobiliers*, conserve-t-il la propriété de ces propres mobiliers, ou tombent-ils dans la communauté, sauf reprise, à sa dissolution, d'une valeur égale ?

Le grand intérêt de la question vient des risques auxquels sont sujettes ces actions, ces obligations, par exemple, restées propres mobiliers. Ces valeurs sont sujettes à des variations, variations qui seront à l'actif ou au passif de la communauté, ou, au contraire, à l'actif ou au passif de la femme, suivant que la femme sera restée propriétaire ou non de ces propres mobiliers. De plus, si nous disons : la communauté est propriétaire des propres mobiliers, sauf reprise de la femme, les créanciers de la communauté pourront les saisir, dans le cas contraire, ils ne le pourront pas.

Il y a une opinion qui enseigne qu'il n'y a pas de

propres mobiliers dans le *sens parfait du mot*, qu'ils tombent dans la communauté, sauf reprise du conjoint.

Cette opinion est contraire à la convention. Quand, en communauté conventionnelle, on se réserve propres certains biens mobiliers, le sens naturel de la convention c'est que le mobilier reste propre à l'époux, la jouissance seule est commune. En communauté légale, la loi remplace cette convention.

Nous avons des textes qui impliquent que le conjoint ayant des propres mobiliers en est propriétaire dans le sens parfait du mot. L'article 1428 nous montre des actions mobilières appartenant à la femme.

Dans l'article 1433 nous voyons qu'en cas d'aliénation d'un immeuble propre, le conjoint a droit à récompense, si le prix a été versé en communauté. Donc, par *a contrario*, la créance du prix n'était pas tombée en communauté. Si donc le prix ne peut pas être payé, le risque est pour la femme, *la créance reste propre à la femme*.

Mais faut-il dire que les propres mobiliers sont *toujours des propres parfaits*, en ce sens que la communauté n'en deviendra jamais propriétaire? Non. Il y a des restrictions à faire. Il faut appliquer, en matière de communauté, l'article 1851 C. C. qu'on applique en matière de société. La communauté devient propriétaire des propres mobiliers, qui ont été mis en communauté pour la jouissance seulement, et ils sont à ses risques, si ce sont des choses se consommant *primo usu*. Dans ce cas, la communauté devra récompense au conjoint de leur valeur. De même s'il

s'agit de choses qui se détériorent en se gardant, sauf reprise. De même des choses destinées à être vendues. Exemple : une carrière est mise à exploitation au cours de la communauté, cette carrière est un propre d'un époux. Les produits de cette carrière appartiendront à la communauté, sauf récompense au conjoint. — Ce sont là des choses destinées à être vendues. Enfin la communauté deviendra propriétaire, s'il s'agit de choses apportées avec estimation en communauté.

Dans la communauté conventionnelle toutes ces hypothèses pourront se présenter ; mais occupons-nous de la communauté légale, et voyons les pouvoirs du mari sur un *propre mobilier parfait*, c'est-à-dire sur un propre dont la femme est restée propriétaire.

Le mari n'a pas le pouvoir, comme administrateur, d'aliéner un propre mobilier parfait de la femme. Car un pouvoir général ne donne pas le droit de faire des actes de disposition, article 1988 C. c. Pour la femme séparée de biens, l'article 1449 C. c. lui donne le droit d'aliéner son mobilier, car elle en a *la libre administration*. *Le mari n'aura donc pas le droit de vendre une créance propre à la femme*. Le mari ne peut pas aliéner les propres parfaits. Telle est la jurisprudence.

Deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 5 novembre 1860, l'autre du 4 avril 1862 décident ainsi.

Il peut arriver que le mari ait aliéné un immeuble propre de la femme sans le consentement de celle-ci. Deux hypothèses peuvent se présenter.

Première hypothèse. — Le mari a vendu l'immeuble propre de la femme avec la qualité d'*immeuble commun*. Il a excédé ses pouvoirs de mandataire au vu et su de la personne qui traitait avec lui. Alors quand la femme revendiquera l'immeuble, si le prix a été payé par l'acquéreur, celui-ci aura droit à une *condictio sine causa*, et si la femme a accepté la communauté, elle sera tenue comme commune de cette restitution.

Deuxième hypothèse. — Le mari a vendu l'immeuble de la femme *comme sien*. Dans tous les cas, la communauté ayant reçu le prix devra le rendre. Mais la vente en pareil cas, si l'acheteur est de bonne foi, impose au vendeur l'obligation de garantie, article 1599 C. C. *Cette obligation de garantie pèse-t-elle sur la communauté?* Pothier décidait que la communauté était tenue à garantie. De même Lebrun, Renusson ; et nous décidons avec eux que la communauté est tenue de cette obligation de garantie.

On nous objecte que le mari n'est seigneur et maître, qu'à la condition de ne pas excéder ses pouvoirs. Or, dit-on, l'acte qu'il a fait excède ses pouvoirs. C'est là une équivoque. Sans doute le mari, en qualité d'administrateur des biens de la femme, a excédé ses pouvoirs ; mais supposons que comme chef de la communauté, il ait vendu la chose d'autrui, il obligera la communauté à garantie.

La communauté est tenue de la garantie envers l'acheteur. Quelles sont les conséquences de cette situation pour la femme ? La communauté est dissoute et la femme vient

revendiquer cet immeuble. Si elle renonce à la communauté, il n'y aura aucune difficulté. Mais si elle accepte, elle est tenue comme commune de la *moitié de l'obligation de garantie*. Alors la question s'élève de savoir si elle peut évincer l'acquéreur ? La femme, même en acceptant la communauté, n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument. Elle se décharge de son obligation de garantie, en abandonnant son émolument. Mais elle veut revendiquer l'immeuble et payer la moitié de l'obligation de garantie. Celui qui est tenu de garantie, ne peut évincer celui à qui garantie est due ; *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. La femme ne peut pas évincer l'acheteur jusqu'à concurrence de la moitié pour laquelle elle est tenue à garantie. Elle pourra revendiquer seulement *la moitié de l'immeuble*.

Des auteurs permettent à la femme d'évincer complètement l'acheteur. Ici, dit-on, la femme n'est tenue que comme associée. Or, la société, communauté n'est pas précisément tenue de l'obligation de garantie, mais d'une *indemnité* envers l'acheteur évincé. Nous répondons, de deux choses l'une : ou la communauté n'est tenue à rien, ou elle est tenue de l'obligation du mari.

SECTION III.

Des emplois et des récompenses sous le régime de communauté.

On entend par récompense ce qui est dû par l'une des trois masses de biens à l'une des deux autres. La récompense peut donc être due : 1° par l'un des époux à l'autre ; 2° par la communauté à l'un des époux ; 3° par l'un des époux à la communauté.

§ 1. — *Des récompenses dues par l'un des époux à l'autre époux.*

L'article 1431 C. C. nous donne l'exemple d'une récompense due par l'un des époux à l'autre époux. Si la femme s'est obligée *solidairement* avec le mari pour les affaires de la communauté ou du mari, elle n'est réputée à l'égard du mari ne s'être obligée que *comme caution*, et si le paiement s'est fait aux dépens de ses propres, elle devra être indemnisée. L'article 1431 C. C. déroge dans les rapports entre les époux communs en biens à la règle de l'article 1213 C. C. Aux termes de cet article, quand il y a plusieurs coobligés solidaires, la présomption est que la dette a été faite dans l'intérêt commun, et chacun est tenu *pour sa part et portion*. Le coobligé solidaire, article 1216, C. C., doit prouver qu'il n'était qu'une caution. Ici l'obli-

gation solidaire de la femme est considérée comme n'intéressant pas la femme dans ses rapports avec son mari.

On voit ce que la femme gagne à être réputée caution dans ses rapports avec son mari. Si elle eût conservé, même dans ses rapports avec lui, la qualité de codébitrice solidaire, la dette eût été présumée contractée dans un intérêt commun, de sorte que pour exercer son recours pour le tout contre son mari, la femme eût été obligée de prouver que le contrat auquel elle est intervenue intéressait exclusivement le mari. Au contraire, comme il y a ici *présomption légale* qu'elle n'est que caution à l'égard du mari, il y a présomption légale que la dette a été contractée dans le seul intérêt du mari, en sorte que s'il veut éviter le recours *pour le tout*, c'est à lui d'établir que l'affaire intéressait la communauté. Si donc la femme a payé cette dette solidaire, elle a recours pour le tout contre son mari, tant que celui-ci n'a pas prouvé que la dette intéressait la communauté ; s'il le prouve, la femme n'aura droit à être récompensée que de la moitié de la dette qu'elle aura payée.

La loi n'a pas prévu le cas où la femme s'engage *conjointement* avec son mari. Mais la présomption légale de l'article 1431 C. C. étant fondée sur l'état de dépendance dans lequel se trouve placée la femme, la même considération nous conduit à admettre également que la femme n'est qu'une *caution* de la dette du mari. Remarquons qu'ici la femme ne pourra être poursuivie par les créanciers que pour la moitié de la dette. Ainsi lorsque la femme fait un emprunt avec son mari, celui-ci est tenu pour le tout à

l'égard des créanciers. La loi suppose qu'en faisant intervenir la femme, le mari a voulu non pas diminuer, mais augmenter les sûretés du prêteur. Pour que la femme, qui a pu être poursuivie pour moitié de la dette, n'ait pas de récompense à exercer contre le mari, il faudra que celui-ci établisse que la dette avait été contractée dans l'intérêt de la communauté.

L'article 1432 C. C. nous donne un autre exemple d'une récompense due par un époux à un autre époux. Le mari a garanti solidairement ou autrement la vente d'un immeuble propre de la femme. L'acheteur étant évincé, le vendeur, à cause de la garantie, est obligé de payer sur ses propres. Le mari aura droit à récompense de la part de la femme. Suivant certains auteurs, il faut que le mari déclare d'une manière formelle se soumettre à la garantie, pour qu'il en soit tenu. Non, l'autorisation du mari suffit pour l'obliger à la garantie envers l'acheteur, article 1419 C. C. L'article 1432 C. C. suppose que le mari s'est engagé d'une manière expresse. Mais il n'en serait pas moins obligé personnellement, sans cette déclaration expresse. L'objet de l'article n'est pas de dire à quelles conditions le mari sera obligé ; il ne se préoccupe que de la récompense qui sera due au mari.

Toutes fois que les propres de l'un des époux auront été appauvris dans l'intérêt d'un autre époux, il y aura lieu à récompense. Supposons une *datio in solutum* d'un propre de l'un des époux pour payer les dettes de l'autre

époux, dettes qui ne tombent pas en communauté, il y aura lieu à récompense pour cet époux.

§ 2. — *Des récompenses dues par la communauté à l'un des époux*

La communauté doit récompense à l'époux des bénéfices qu'elle a faits aux dépens de ses propres. Article 1403 n° 3. Ainsi récompense sera due par la communauté à l'époux propriétaire pour les produits des carrières ouvertes pendant la communauté, de même pour les produits des bois de haute futaie qui ont été coupés, et qui n'étaient pas soumis à des coupes réglées, à l'époque où a commencé la communauté.

Dans l'article 1433 C. C. nous voyons des hypothèses où récompense est due par la communauté à un conjoint. Il nous montre des aliénations à titre onéreux totales ou partielles enrichissant la communauté aux dépens de l'un des époux. *Un époux vend un immeuble, l'argent est versé en communauté.* L'aliénation peut être partielle. *Un voisin achète un droit de passage sur le propre de l'un des époux,* la réception du prix par la communauté donnera lieu à récompense. Un immeuble propre à l'un des époux avait un droit de passage sur le fonds voisin, le voisin a racheté ce droit de passage qui grevait son immeuble. Il y a là aliénation partielle donnant lieu à récompense de la communauté au conjoint propriétaire du fonds dominant. Dans le très-ancien droit français, le prix du propre aliéné

perçu par la communauté ne donnait pas lieu à récompense. *En 1580, le droit à la récompense due par la communauté à l'un des époux est inscrit dans les coutumes.* Le motif de la récompense c'est que les libéralités ne se présument pas. L'article 1433 ne parle que de la vente ; mais il faut l'appliquer à tous les cas où une valeur provenant d'un propre est tombée en communauté. Pothier nous dit : « un conjoint a donné un propre en paiement de dettes de communauté, on l'a grevé de charges, et ces charges ont profité à la communauté. Dans les deux cas, récompense sera due au conjoint ». De même, dans un partage d'immeubles, une soulte a été payée au conjoint. La communauté, qui reçoit cette soulte, doit récompense. Un conjoint vend un immeuble et est lésé de plus *des sept douzièmes*. L'acheteur a le droit de fournir le juste prix, à un dixième près. Si la communauté a reçu le supplément du juste prix, à un dixième près, il y aura lieu à récompense de la part de la communauté. Deux conditions sont nécessaires pour qu'il y ait récompense due par la communauté :

- 1° *Que le prix ait été versé en communauté ;*
- 2° *Qu'il n'y ait pas eu emploi.*

L'article 1436 C. c. nous donne la solution d'une question importante. *La communauté n'est comptable que de ce qu'elle a reçu*, et la récompense demeure invariable soit que l'immeuble augmente ou diminue ensuite de valeur. Mais malheureusement il y a une tendance à dissimuler dans les actes le véritable prix de vente dans le but

de frauder la loi fiscale du 23 août 1871. Voici la difficulté : quand il y aura eu pareille dissimulation, faudra-t-il s'en rapporter au prix indiqué dans l'acte de vente, ou bien le conjoint pourra-t-il demander à faire la preuve par tous les moyens contre l'acte ?

Nous le croyons ; *le mari comme la femme pourront par tous les moyens possibles prouver le véritable prix de la vente*. L'article 1344 C. C., il est vrai, défend de prouver par témoins contre le contenu aux actes. Mais cette disposition ne s'applique que quand le débat s'engage entre les parties qui ont passé l'acte. Mais ici, il n'en est pas ainsi. La communauté est tenue de ce qu'elle a reçu. L'acte de vente est un des éléments à consulter, mais non pas le seul. Savoir combien elle a reçu est *un pur fait*. Or, la preuve d'un pur fait s'établit par tous les moyens possibles.

Cette question du *quantum* de la récompense se présente dans d'autres hypothèses.

Exemple : le propre aliéné est un droit d'usufruit. — La communauté, qui a la jouissance des propres, exerce ce droit. Cet usufruit est vendu pendant la communauté, la communauté touche le prix ; en devra-t-elle récompense ? Distinguons deux cas différents pour la solution de la question.

Premier cas. — Le conjoint usufruitier est décédé après avoir vendu son droit d'usufruit, et c'est sa mort qui dissout la communauté. On se demande si dans ce cas il y aura lieu à récompense ?

Pothier décidait qu'il y a lieu à récompense. — Il est dû récompense, en effet, car l'usufruit a été vendu et le prix a été touché par la communauté. Mais, dit-on, le conjoint usufruitier étant mort le premier, le prix représente un droit dont la communauté devait seule profiter. Nous n'admettons pas cette solution et nous tenons pour la récompense payable par la communauté. En fait, il est vrai qu'alors même que le conjoint n'aurait pas vendu son droit d'usufruit, ses héritiers n'auraient rien eu après la dissolution de la communauté. Mais le conjoint a converti en capital ce qui n'était qu'un droit viager. Il a fait cette conversion pour son compte. Il faut maintenir le principe de la récompense due par la communauté.

Deuxième cas. — Le conjoint usufruitier a survécu à la dissolution de la communauté. La communauté s'est enrichie aux dépens du propre du conjoint, récompense lui est due.

Mais le montant de la récompense sera-t-il du prix intégral? Pothier décidait qu'il fallait en défalquer la perte que la communauté fait sur le revenu. L'usufruit rapportait 1000 francs; il a été vendu 12,000 francs. Si la communauté place ces 12,000 francs à 5 p. 0/0, elle aura 600 francs de revenus. Le capital de la récompense se calculera, défalcation faite de 400 francs, chaque année, perte que la communauté supporte périodiquement, et ce jusqu'à la dissolution de la communauté.

De là cette règle : lorsque l'un des époux, ayant un droit viager, l'aliène de façon à en faire un capital, la commu-

nauté, si elle l'a reçu, en devra récompense, défalcation de la perte annuelle faite sur le revenu.

Supposons maintenant l'opération inverse de la précédente. *L'immeuble propre à un époux a été vendu moyennant une rente viagère.* Il produisait 1000 francs de rente, et le conjoint l'a vendu moyennant une rente viagère de 1800 francs. En pareil cas la communauté doit-elle récompense au conjoint ?

On peut dans ce cas nier d'une manière absolue le droit à la récompense de la part du conjoint. Le conjoint a aliéné un immeuble moyennant une rente viagère ; *la communauté n'a reçu aucune portion de capital.* Le capital est représenté par le droit de rente viagère, la communauté n'a gagné que sur la jouissance.

Ce raisonnement conduit à une grave conséquence, si ce conjoint décède le premier et que la communauté se dissolve par sa mort. Il arrive, en effet, que, sous forme d'arrérages de rente viagère la communauté a perçu tout le prix de l'immeuble vendu.

Nous croyons qu'il est plus vrai de dire que *la communauté doit récompense de la différence des arrérages sur les revenus qu'elle percevait auparavant sur l'immeuble.* En effet, quand il y a aliénation à charge de rente viagère, la rente viagère se décompose en deux éléments : l'un représentant les revenus, l'autre une portion du capital. On pourrait nous objecter l'article 588 Code civil qui dit que l'usufruitier bénéficiera des fruits de la rente viagère, sans devoir aucune restitution au nu-propiétaire. Mais l'article

588 est écarté ici par cette règle que la communauté ne doit pas s'enrichir aux dépens du conjoint.

Un point à signaler sur les récompenses dues par la communauté à l'un des conjoints est celui de savoir qui devra *défnitivement supporter la récompense*.

Il faut distinguer si l'époux créancier de la récompense est le mari ou la femme. Si c'est le mari, il ne peut se faire payer que sur les biens de la communauté, article 1436 Code civil.

La femme, si elle est créancière, pourra poursuivre cette récompense et *sur les biens de la communauté, et subsidiairement sur les biens du mari*, article 1471 et 1472 Code civil.

De là découle la conséquence que si le mari et la femme ont une récompense à exercer, la femme devra la première se payer sur les biens de la communauté.

Le droit à la récompense au profit de l'un des conjoints, en cas d'aliénation d'un propre, est subordonné à la condition qu'il n'ait pas été fait de remploi. Le remploi peut désintéresser le conjoint dont le propre a été aliéné, et supprimer son droit à la récompense au moment de la dissolution de la communauté.

Définition du remploi. — Le remploi est l'emploi du prix provenant de l'aliénation du propre, à l'acquisition d'un autre propre subrogé à celui qui a été aliéné. Le remploi présente une exception au principe qui fait tomber dans la communauté les immeubles acquis pendant sa durée.

L'article 1433 Code civil suppose que le propre aliéné est un immeuble ; mais il ne faut pas entendre cela limitativement. Ici on parle d'un immeuble parce que sous la communauté légale il n'y a en règle que des propres immobiliers. Mais il faudrait traiter de même les *meubles propres parfaits* qui se rencontrent surtout dans la communauté conventionnelle. Si par exemple, le conjoint marié sous le régime de société d'acquêts avait une rente sur l'État et qu'il l'ait aliénée, il pourrait y avoir remploi du prix d'aliénation. Le remploi du prix soit d'un immeuble soit d'un meuble propre peut, selon nous, être fait par achat d'un meuble ou d'un immeuble. En effet, l'article 1470, Code civil, nous dit que chaque époux ou son héritier prélève ses biens personnels ou ceux acquis en remploi ; il ne distingue pas entre les meubles et les immeubles.

Ce remploi prend le nom de *remploi conventionnel*. A défaut de ce remploi, il y a lieu pour le conjoint, dont le propre a été aliéné sans remploi, à prélever la valeur de ce propre sur les biens de la communauté à sa dissolution : C'est là le *remploi légal*.

Le remploi conventionnel n'est nullement obligatoire, même quand il s'agit des biens propres de la femme. Dès qu'un propre de la femme a été converti en argent, la communauté comme quasi-usufruitière n'est pas obligée à faire le remploi de cette somme. *Mais une clause du contrat de mariage* peut rendre le remploi obligatoire pour le mari représentant la communauté. Quand il est obligatoire, deux cas sont à considérer. Si le contrat de mariage fixe la nature

des biens qui devront être acquis au lieu et place des biens aliénés par la femme, la femme peut exiger que le mari le fasse en biens de la nature indiquée. Si la clause qui constitue le remploi obligatoire ne dit pas en quelle espèce de biens il devra être fait, il est naturel de supposer qu'il a été convenu qu'il devrait l'être en biens de la même espèce que ceux qui ont été aliénés. Toutefois, cette clause tacite doit être entendue *lato sensu* ; quoique le propre aliéné soit une maison, le remploi pourra être fait en un autre immeuble, de quelque nature qu'il soit, par exemple en un fonds de terre.

La clause du remploi insérée dans le contrat de mariage n'imprime pas aux propres de la femme *le caractère de dotalité*. Les futurs époux peuvent, il est vrai, tout en se mariant sous le régime de communauté, le combiner avec le régime dotal, et par conséquent, convenir que les biens de la femme seront inaliénables, comme sous ce dernier régime. Mais la simple clause de remploi n'est pas assez explicite en ce sens qu'on doive ainsi l'entendre. Il est naturel de penser qu'elle n'a eu d'autre objet que d'obliger le mari à faire les remplois qu'il resterait, en l'absence de toute convention, maître de ne pas faire. Donc la clause de remploi ne produit des effets qu'à l'égard des époux. *Elle n'est pas opposable aux tiers*. Qu'il n'y ait pas eu de remploi du prix provenant de l'aliénation d'un propre de la femme, par exemple, l'aliénation demeure néanmoins valable.

Mais revenons à la communauté légale. Il n'y a pas de emploi obligatoire, sous ce régime. Voyons à quelles conditions il va être effectué. Pour qu'il y ait emploi suffira-t-il qu'en fait il soit justifié ? Non. Si on se contente d'employer les deniers provenant de l'aliénation d'un propre à l'acquisition d'un autre bien, ce bien tombera dans la communauté, sauf la reprise du conjoint dont le propre a été aliéné. Les articles 1434 C. c., 1435 C. c., répondent à quelles conditions le emploi sera effectué.

Une condition générale, c'est que, dans l'*acte d'acquisition*, il y ait eu une *manifestation formelle de faire un emploi*.

Cette déclaration de emploi, d'après la loi, doit porter sur deux points :

- 1° *Il faut qu'on déclare que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'aliénation d'un propre d'un conjoint ;*
- 2° *Qu'elle est faite en emploi du propre aliéné.*

Ne suffirait-il pas de dire dans l'acte que l'acte est fait en emploi du propre aliéné ?

Nous croyons qu'en pratique il faut se conformer au texte pour éviter toute difficulté. Nous pensons que la déclaration d'origine des deniers n'est pas nécessaire. Tout le monde reconnaît qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait identité d'origine quant aux deniers. Puisqu'on n'exige pas cette identité, à quoi bon cette déclaration que les deniers proviennent du propre aliéné.

Cette nécessité d'une déclaration de emploi a été con-

testée quand il s'agit d'un emploi à faire dans l'intérêt de la femme. On a dit que l'assignation d'un bien en emploi peut être faite postérieurement à l'acte d'acquisition. En effet, l'article 1595 n° 2 C. c. admet la vente faite par le mari à la femme d'un bien en emploi d'un propre aliéné. Il est très-vrai que, d'après cet article, le mari peut, durant la communauté, donner en emploi à sa femme un immeuble acquis précédemment par la communauté. Mais ici il y a un marché nouveau qui se forme sur le pied de la valeur de l'immeuble, au moment où se passe la vente du mari à la femme. Dans ce cas, la femme acquiert l'immeuble de la communauté ; elle n'est pas considérée comme l'ayant acquis du tiers vendeur de son immeuble à la communauté. *Il y a ici deux marchés, une double transmission de propriété.* Cette seconde transmission de propriété ne donne pas lieu, au point de vue fiscal, à un second droit de mutation. Mais s'il n'y a pas droit de mutation à percevoir par le fisc, au moins il doit y avoir *transcription* par la femme de la cession faite par le mari au nom de la communauté, car il y a eu là deux transmissions de propriété : du tiers à la communauté d'abord, de la communauté à la femme ensuite.

Mais il n'y a véritablement *acquisition en emploi* que *s'il y a eu déclaration concomitante à l'acquisition.* En effet, si on pouvait admettre après coup la déclaration en emploi, il serait trop facile au mari soit de s'avantager, soit d'avantager sa femme. Exemple : le mari achète 20,000 francs un immeuble qui en vaut ensuite 40,000. Si on pou-

vait faire une déclaration de remploi postérieure à l'acquisition, le mari pourrait s'avantager en prenant pour 20,000 francs, à titre de remploi, un immeuble qui en vaut aujourd'hui 40,000.

Si la femme achète un immeuble avec autorisation du mari, et que dans l'acte passé il y ait eu déclaration de remploi, cela est sans difficulté. Mais supposons que le mari achète un immeuble et déclare que cette acquisition est faite pour tenir lieu à la femme de son propre aliéné. Il faudra de plus, article 1435 C. c., que ce remploi ait été *formellement accepté par la femme*. L'article 1435 C. c. nous dit que si la femme ne l'a pas accepté, elle a droit, à la dissolution de la communauté, à la récompense de ce propre aliéné. En supposant que la femme accepte *ex intervallo*, qu'elle est, en attendant, la condition de l'immeuble, quels sont les droits du mari, et après l'acceptation, quels seront les droits de la femme ?

Suivant une première opinion, on considère le mari comme ayant fait au profit de la femme *acte de gestion d'affaires*. De là la conséquence que la femme est dès à présent propriétaire, sous la condition de ratifier la gestion d'affaires faite par le mari. Si elle ne la ratifie pas, le mari aura acquis pour la communauté. De là aussi la conséquence que le mari n'a pas le droit de révoquer cette gestion qu'il a faite au profit de la femme. Il n'a que le droit de mettre la femme en demeure, pour savoir si elle veut en profiter. Enfin, dernière conséquence : l'acceptation de la femme a un effet rétroactif qui efface tous les actes de

disposition que le mari aurait pu faire dans l'intervalle. Cette acceptation de la femme n'est pas soumise à *transcription*, car la propriété a été acquise à la femme tout d'abord, quand le mari a fait l'acquisition. C'était la doctrine de d'Aguesseau, de Pothier.

Deuxième opinion. — La déclaration de remploi faite par le mari au profit de la femme est une *offre de datio in solutum*. Le mari, chef de la communauté, se trouve débiteur du prix d'un propre de la femme. L'acceptation de la femme rend cette offre de dation en paiement définitive. Donc, jusqu'à l'acceptation, le mari a le droit de retirer cette offre. Il peut aussi révoquer tacitement cette offre, en aliénant l'immeuble donné en remploi. Il y a dans cette opinion, *transmission nouvelle de la propriété de l'immeuble de la communauté à la femme*. La femme, en qualité de nouvel acquéreur, devra respecter tous les droits réels frappant l'immeuble du chef du mari. De plus elle devra, comme il y a transmission nouvelle de propriété, opérer la *transcription*. Mais ici le fisc ne perçoit pas de droit de mutation. Dans cette opinion on admet que la déclaration de remploi peut être postérieure à l'acte d'acquisition, du moins à l'égard des remplois faits en faveur de la femme. En effet, l'acceptation de la femme n'ayant pas d'effet rétroactif, les tiers n'ont pas besoin d'être prévenus par cette déclaration de remploi concomitante à l'acte d'acquisition.

Cette opinion s'appuie sur le texte de l'article 1435 C. c. qui parle de l'acceptation de la femme. Or, l'acceptation

répond à *une offre* comme *la ratification* répond à *une gestion d'affaires*.

Une troisième opinion a été proposée par Mourlhon. L'acquisition faite par le mari est *une offre* non pas de dation en paiement, mais de *subrogation* dans le contrat passé de la femme à la place du mari. La conséquence de cette offre c'est qu'elle peut être révoquée tant que le mari n'a pas reçu l'acceptation de la femme, et cette révocation peut avoir lieu expressément ou tacitement. Le mari aura le droit d'aliéner l'immeuble, de le grever d'hypothèques, de servitudes, et de révoquer ainsi tacitement son offre. Mais cette opinion diffère de la deuxième en ce qu'il y a des droits réels qui peuvent frapper l'immeuble malgré le propriétaire, et que ces droits, hypothèque légale, judiciaire, ne révoqueront pas l'offre de subrogation, comme les droits réels que le mari a pu consentir. La femme ne voit donc l'offre révoquée que par les actes du mari ; la femme est substituée à la communauté comme propriétaire, et cela du jour du contrat. Tous les droits réels assis sur l'immeuble du chef du mari sans son consentement sont révoqués.

La femme acceptant la subrogation qui lui est offerte prend donc la place du mari au contrat, où elle est censée avoir traité directement. Point de *double transcription*, puisqu'il n'y a eu qu'une mutation de propriété du vendeur à la femme.

Nous repoussons la seconde opinion parce qu'elle néglige dans sa doctrine une condition nécessaire pour qu'il y ait emploi ; la *déclaration concomitante à l'acte d'acqui-*

sition, déclaration qui permet à la femme de voir rétroagir ses droits au jour du contrat passé par le mari avec le tiers vendeur.

Nous repoussons la première opinion, bien qu'elle ne contredise pas le texte de la loi comme la première, parce qu'ici *il n'y a pas une pure gestion d'affaire* de la part du mari. Le vrai gérant d'affaires ne fait que l'affaire d'autrui, tandis que le mari fait et l'affaire de la femme et la sienne, puisqu'il achète pour la communauté, dans le cas où la femme ne voudrait pas accepter le emploi.

Question? Les conditions exigées pour le emploi seraient-elles requises, si, avant que le prix du propre aliéné eût été payé, il était intervenu de la part de l'acheteur du propre une dation en paiement?

Cette dation en paiement peut-elle être considérée comme opérant *virtuellement* le emploi, ou faudra-t-il une déclaration formelle de emploi?

La Cour de Paris par un arrêt du 21 février 1868 a assimilé l'opération à une sorte d'échange opérant emploi virtuel. Mais la Cour de cassation par un arrêt du 26 juillet 1869 a décidé qu'il fallait ici même une déclaration de emploi.

Question *sur les emplois in futurum*, ou emplois faits par anticipation? Dans l'article 1435, Code civil, on suppose toujours que l'aliénation du propre a précédé l'acquisition en emploi. Mais ne peut-on pas faire de emploi en disant que l'acquisition actuelle sera payée avec les deniers qu'on

aura plus tard de l'aliénation d'un propre ? On peut dire contre ces remploi qu'ils offrent une grande place à la fraude.

Exemple : le mari déclare qu'il achète un immeuble en remploi et qu'il le paiera avec les deniers provenant de l'aliénation d'un bien propre. Donc le mari pourra attendre, en laissant les choses en suspens, et parfaire le remploi si l'immeuble remployé se trouve dans de bonnes conditions, ou ne pas le faire, si l'immeuble perd de sa valeur.

La pratique est pour la validité des remploi *in futurum*. Cette pratique offre de grands avantages. En effet, elle permet de profiter d'une bonne occasion qui échapperait s'il fallait d'abord aliéner un propre pour acquérir un immeuble en remploi. De plus, elle offre une grande sécurité à la femme, car, grâce au remploi par anticipation, elle s'assure que le propre aliéné soldera l'acquisition faite antérieurement comme remploi.

Pour éviter les fraudes, il faudra exiger que l'acquisition soit bien soldée des deniers provenant de l'aliénation du propre ; il faut que l'aliénation du propre ait précédé le paiement. Il ne faut pas que la communauté ait fait l'avance des deniers à payer.

§ 3. — *Des récompenses dues par l'un ou l'autre des conjoints à la communauté.*

La loi pose dans l'article 1437 Code civil *in fine* le principe général de cette matière.

En ce qui touche les amendes encourues par le mari à raison d'un délit, le mari, dans l'ancien droit, n'en devait pas récompense à la communauté. Il en est autrement aujourd'hui, article 1424 Code civil.

Nous voyons dans les articles 1403 n° 2, 1409 n° 1, 1407, 1408, 1419, 1413, des hypothèses où récompense est due à la communauté par les conjoints.

Étudions l'article 1437 Code civil, article fondamental. Toutes fois qu'il est pris une *somme sur la communauté* pour payer un immeuble propre à un conjoint, ou pour racheter des services fonciers qu'il doit, il est dû récompense à la communauté.

Exemples : le conjoint a vendu un immeuble avant le mariage avec pacte de réméré. Le conjoint exerçant ce réméré, reprend son immeuble propre. Si la communauté a payé le prix nécessaire récompense lui sera due par le conjoint.

Le conjoint a acheté un immeuble avec *lésion de plus des sept douzièmes*. Si le conjoint paie les sept douzièmes, moins le dixième qu'il peut retenir, et ce avec l'argent de la communauté, il lui en devra récompense.

Si une servitude grevant le propre d'un conjoint est rachetée, et que le prix ait été payé par la communauté, récompense sera due par le conjoint.

Il en est de même si la communauté a contracté des dettes pour améliorer le propre d'un conjoint.

Nous nous attachons au résumé général de l'article 1437 : si la communauté a payé une *charge personnelle à un époux*, il en sera dû récompense par celui-ci.

Exemples : une dette n'est tombée dans la communauté qu'à charge de récompense, parce qu'elle a été contractée pour un propre d'un époux, article 1408 n° 1.

Une succession immobilière étant échue à un conjoint, si la communauté a payé quelques dettes, récompense lui est due.

Pothier, n° 639 traité de la communauté, décidait que le *rachat de l'usufruit*, grevant un propre de l'un des époux, ayant pour fin de libérer ce propre, comme le rachat d'une servitude, récompense était due à la communauté par le conjoint. Toutefois, le principe étant admis, Pothier distinguait suivant que le droit d'usufruit racheté aurait été éteint, à défaut de rachat, par la mort de l'usufruitier avant la dissolution de la communauté, ou que, l'usufruitier ayant survécu à la dissolution, son droit eût dû lui survivre.

Dans le premier cas, lorsque l'usufruitier qui avait consenti le rachat *était décédé au cours de la communauté*, Pothier disait : le rachat n'a procuré aucun bénéfice au conjoint, puisque, quand il reprend la jouissance de son immeuble, l'usufruit aurait été naturellement éteint. Donc ici aucune récompense ne sera due à la communauté, l'usufruitier étant décédé avant la dissolution de la communauté.

Si *l'usufruitier a survécu à la dissolution de la communauté*, le conjoint reprenant la jouissance de son immeuble devra récompense de quoi ? Sera-ce de la somme payée pour le rachat ? Non. La communauté par la jouissance

qu'elle a obtenue de l'immeuble propre a fait un certain bénéfice ; pour fixer la récompense, il faut déduire du capital avancé par la communauté la différence annuelle entre les revenus de l'immeuble et les intérêts de la somme déboursée, et ce jusqu'à la dissolution.

Exemple : l'usufruit a été racheté 12,000 francs. Cette somme placée à 5 0/0 rapporterait 600 francs d'intérêt. Supposons que l'usufruit donne un revenu net de 1000 francs. Chaque année la communauté va bénéficier de 400 francs. Il faudra donc, autant d'années aura duré la communauté depuis le rachat, autant de fois déduire 400 francs du capital 12,000 francs. La déduction faite, récompense sera due du surplus par le conjoint.

Ces solutions de Pothier sont éminemment rationnelles et doivent être appliquées aujourd'hui. Le *recouvrement*, la *conservation*, l'*amélioration* d'un propre d'un conjoint donnent le droit à la communauté de réclamer récompense. Nous avons déjà donné des exemples de recouvrement et conservation d'un propre. Nous allons terminer cette matière en parlant de l'amélioration d'un propre. Ici le conjoint devra-t-il, comme dans les cas précédents, le *quantum des dépenses faites par la communauté pour l'amélioration de son propre* ?

Il faut distinguer entre les dépenses simplement utiles et les dépenses voluptuaires faites par la communauté sur le propre d'un époux. Quant aux *dépenses voluptuaires*, récompense de la plus-value sera due à la communauté. Mais *quid* pour les *dépenses utiles ou d'amélioration* ? Le

chiffre de la récompense sera-t-il celui de la somme fournie par la communauté, ou bien celui de la plus-value donnée au propre du conjoint? On soutient que le conjoint devra seulement récompense à la communauté de la plus-value donnée à son propre. On s'appuie, pour donner cette solution, sur l'article 1437 *in fine*. Nous ne sommes pas de cet avis. L'article 1408 C. c. nous fournit un argument puissant, et nous ne voyons pas de raisons de distinguer entre l'acquisition ou l'amélioration d'un propre. — Donc récompense sera due à la communauté, dans tous les cas, *de la somme par elle fournie*, à moins qu'il s'agisse de dépenses inutiles, de dépenses voluptuaires; ici récompense *lui sera due de la plus-value*.

SECTION IV

Effets que produit à l'égard de la communauté une constitution de dot en faveur d'un enfant commun.

L'emploi des valeurs de communauté ne donne pas lieu à récompense lorsqu'il n'y a pas bénéfice personnel de l'un des conjoints. Les deux époux peuvent faire une donation d'immeuble dépendant de la communauté; dans ce cas ils n'ont pas fait de bénéfice personnel, donc ils ne doivent pas de récompense. Mais si, article 1469 C. c., des sommes ont été tirées de la communauté pour *doter un enfant d'un premier lit*, l'époux qui le dote aux dépens de la communauté devra récompense, car il s'acquitte ainsi

d'une obligation morale envers cet enfant aux dépens de la communauté.

Le législateur traite la question dans les articles 1438 et 1439 C. c. quand il s'agit d'une constitution de dot en faveur d'un enfant commun.

Sur ce point nous poserons quatre règles : 1° la dot des enfants communs n'est pas une charge de la communauté, parce que c'est une charge du capital ; 2° quoique les enfants n'aient pas d'action pour contraindre leurs parents à les doter, cependant il y a là une obligation morale pour leurs parents.

3° La dot des enfants communs n'est pas une charge de la communauté, cependant le mari peut lui imposer cette charge.

4° Lorsque le mari constitue en effets de la communauté une dot à ses enfants communs, on *présume* qu'il a voulu mettre la dot à la charge de la communauté.

Distinguons plusieurs hypothèses :

Première hypothèse article 1438 C. c. — Les deux époux ont constitué une dot à leur enfant commun. La règle, c'est que les parents sont considérés comme dotant personnellement leur enfant et chacun *pour moitié*. Voici la conséquence : la dot a été payée sur les biens de la communauté. Chacun des époux doit récompense à la communauté de moitié de la dot. Si la femme renonce, elle devra néanmoins payer cette moitié à la communauté, article 1469 C. c.

Exemple : la dot est de 100,000 francs ; chacun versera 50,000 francs dans l'actif de la communauté, à sa

dissolution. La masse commune se trouvera grossie de ces 100,000 francs qu'on y avait pris. Il n'y a pas de compensation entre ces deux obligations égales. Si l'enfant doté doit le rapport de sa dot, il devra rapporter 50,000 francs à la succession de sa mère, 50,000 francs à la succession de son père.

Les conjoints pourraient modifier les dispositions de la loi. Ils pourraient convenir, par exemple, qu'ils supporteraient dans cette constitution de dot des parts inégales, que la dot sera à la charge du premier mourant.

Deuxième hypothèse. — Le mari seul a constitué la dot en effets de la communauté. Dans ce cas, la présomption est que le mari a doté l'enfant aux dépens de la communauté. Conséquence : si la femme accepte la communauté, elle devra, en tant que commune, supporter la moitié de la dot. Si, au contraire, la femme renonce, il se trouvera que l'enfant aura été doté exclusivement par le mari.

CHAPITRE IV

Dissolution de la communauté légale.

La communauté cesse ou par la mort de l'un des époux, ou par la séparation de corps entraînant accessoirement la séparation de biens, ou par la séparation de biens, demandée par suite de la mauvaise gestion du mari. On peut ajouter par le jugement qui prononce la nullité d'un mariage putatif : jusqu'au jour du jugement la communauté a existé, puisqu'un mariage putatif produit les effets d'un mariage valable, articles 201 et 202 C.c. article 1441 C.c.

SECTION PREMIÈRE.

De l'acceptation de la communauté, et de la renonciation qu'on peut en faire.

La communauté une fois dissoute, la femme peut l'accepter ou la répudier. La faculté de répudier est une des règles essentielles du régime de communauté, si bien que la femme ne peut pas, dans son contrat de mariage, renoncer à cette faculté de répudier la communauté.

La femme qui accepte prend la moitié dans l'actif, et par contre supportera la moitié du passif de la commu-

nauté. Toutefois, si elle a fait inventaire des biens de la communauté, elle ne sera tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, article 1483 C. c.

La position de la femme, après la dissolution de la communauté, est presque en tous points identique à celle de l'héritier, une fois la succession ouverte :

1° De même qu'un *mineur émancipé* ne peut à lui seul accepter ou répudier une succession, de même la *femme mineure* devra se faire autoriser par un curateur pour accepter ou répudier la communauté, si son mari est décédé, sinon par son mari, s'il y a eu dissolution de la communauté à la suite d'une séparation de corps ou d'une séparation de biens.

2° La femme peut, si elle est majeure, comme le pourrait un héritier, accepter la communauté *expressément* ou *tacitement* : tacitement, en agissant en qualité de copropriétaire du fonds commun, expressément, en prenant dans un acte la qualité de commune.

3° La femme qui accepte tacitement la communauté en détournant des effets qui en font partie est déchue du bénéfice que lui accorde l'article 1483 C. c. , de n'être tenue des dettes, si elle a fait un inventaire, que jusqu'à concurrence de son émolument. De plus, elle est privée des effets détournés.

4° La femme qui détourne des objets de communauté aurait beau déclarer ensuite qu'elle renonce ; elle serait considérée comme acceptante, article 1460 C. c. , malgré sa renonciation postérieure au détournement.

5° La renonciation à la communauté se fait au greffe du tribunal du domicile du mari.

La renonciation et l'acceptation de communauté sont *irrévocables*. Cependant le *dol des héritiers* du mari fait échec à cette irrévocabilité. En effet, ils peuvent avoir intérêt à faire accepter la communauté à la femme, et se servir, pour arriver à ce but, de moyens frauduleux. Si, par exemple, la femme a négligé de faire inventaire, elle sera tenue des dettes de communauté au-delà de l'actif commun qu'elle aura recueilli, une fois son acceptation réalisée grâce au dol de ces héritiers. Si elle prouve le dol, elle sera restituable contre cette acceptation qui lui serait préjudiciable, article 1455 C. C.

Quand la loi parle des héritiers du mari, elle statue *de eo quod plerumque fit*. Si le dol procédait du mari qui voudrait faire accepter la communauté à sa femme à la suite d'une séparation de biens, acceptation qui pourrait lui nuire, si elle n'avait pas fait inventaire, pareille restitution de son acceptation serait faite à la femme, victime de ses manœuvres.

Les créanciers personnels de la femme peuvent faire *rescinder sa renonciation* frauduleuse à la communauté, article 1464 C. C., et accepter de son chef la communauté. De même, ils peuvent faire rescinder son acceptation qui leur serait préjudiciable. Cette acceptation de la femme peut leur être nuisible dans plusieurs cas ; par exemple, lorsque la femme a accepté sans faire inventaire, car alors elle peut

être tenue des dettes de communauté au-delà de l'actif qu'elle recueille.

Quels délais sont impartis à la femme pour accepter la communauté ou pour y renoncer ? La femme, si la communauté est dissoute par la mort du mari, a trois mois pour faire inventaire et quarante jours pour délibérer. Elle peut être, pendant ces délais, poursuivie par les créanciers de la communauté ; mais elle jouit alors de l'*exception dilatoire* de l'article 174 C. de procédure. Elle n'est pas obligée de répondre à leur action pendant ces délais ; mais après ces délais passés, est-elle définitivement acceptante, ou peut-elle encore renoncer ?

Elle le peut, si elle a fait un inventaire dans les délais fixés, et ce contradictoirement avec les héritiers du mari. Mais *quid juris*, si elle n'a pas fait cet inventaire ? Dans ce cas, *la faculté de renoncer lui est retirée*. C'est ce qu'établissent très-bien et l'article 1456 C. C. et l'article 1459 C. C. qui sont formels :

Article 1456 : la femme qui veut conserver la faculté de renoncer doit, dans les trois mois du décès de son mari, faire faire inventaire.

Article 1459 : la veuve qui n'a point fait sa renonciation dans le délai ci-dessus prescrit, n'est point déchuë du droit de renoncer, si elle a fait inventaire dans les trois mois.

Donc, *si elle n'a point fait inventaire*, elle est déchuë du droit de renoncer ; elle est acceptante d'une manière définitive. On nous objecte que l'inventaire est principa-

lement établi pour prouver la bonne foi de la femme et le *quantum* de la communauté. Donc, disent les auteurs contraires à notre opinion, s'il est clairement prouvé que rien n'a été soustrait par la femme, le défaut d'inventaire n'a nui à personne. Conclusion : de même que l'héritier, qui n'a point fait inventaire dans les délais, peut encore renoncer, de même la femme le pourra.

Nous répondons : d'abord les textes sont ici trop formels pour admettre une décision par analogie. De plus, la position de l'héritier et celle de la femme sont tout autres. La femme copropriétaire, coassociée dans la communauté pendant sa durée, a *pu se rendre compte*, durant la gestion de son mari, de l'état de cette communauté, au point de vue actif et passif. Quand la communauté se dissout, elle sait ou elle doit savoir, si elle n'a pas été négligente, à peu près à quoi s'en tenir. Donc, si elle a laissé passer trois mois sans faire inventaire, inventaire qui doit, même en supposant qu'elle accepte, la prémunir contre les dettes de la communauté, article 1483 C. C., puis quarante jours à compter de cet inventaire pour délibérer, et qu'elle n'ait pris aucune résolution, il est clair ou qu'elle est d'une négligence stupide, ou que la communauté est plus riche que pauvre et que son silence est une acceptation tacite. L'héritier, au contraire, est complètement *ignorant de l'état de fortune du défunt*, il ne sait à quoi s'en tenir. Sans doute, les trois mois pendant lesquels il aurait pu faire inventaire et les quarante jours pour délibérer pouvaient l'instruire sur l'état de fortune du *de cuius*. Mais pouvait-il, comme

la femme qui a vécu avec son mari, qui a su les dettes qu'il contractait, se rendre un compte exact en un aussi petit délai de l'actif et du passif du défunt ? Non, donc il eût été injuste de dire : l'héritier, après ce court délai, sera définitivement héritier pour le punir de sa négligence de n'avoir pas fait inventaire. Il valait mieux lui donner le droit de renoncer encore à la succession. Par ces motifs, voyant dans la négligence de la femme une *faute lourde* ou une *acceptation*, si elle n'a pas fait inventaire dans les trois mois, nous la traitons autrement que l'héritier.

Si la femme a fait inventaire dans les délais prescrits, cet inventaire indique qu'elle veut se mettre en garde contre les dettes de communauté, qu'elle croit la communauté défectueuse ; dans ce cas elle conserve le droit de renoncer à la communauté. Ici, elle sera réputée acceptante, tant qu'elle n'aura pas renoncé. Cette renonciation, elle ne pourra plus la faire au bout de trente ans, car, article 789 C. C., la faculté de répudier se prescrit par trente ans.

Supposons maintenant la communauté dissoute du vivant des époux, soit par *séparation de corps*, soit par *séparation de biens*.

Si la femme a laissé passer les délais sans accepter, elle est réputée renonçante. D'où il suit qu'après trente ans elle est définitivement étrangère à la communauté, article 789 C. C. Jusque là elle peut accepter, puisqu'elle est présumée renonçante.

Voici les raisons des différences établies par la loi entre

le cas où la communauté est dissoute par la mort du mari, et le cas où elle est dissoute par séparation de corps ou de biens.

Lorsque la communauté est dissoute par la mort du mari, la femme se trouve *de fait à la tête des biens communs*; elle est saisie des biens communs, comme un héritier d'une succession. Supposant que la femme ait fait un inventaire dans les délais, inventaire qui doit lui conserver son droit à la renonciation, cette saisine de la femme durera jusqu'à ce qu'elle l'ait fait cesser par la renonciation, comme un héritier fait cesser la saisine en renonçant.

Mais lorsque la communauté est dissoute par la séparation de corps ou de biens, la saisine des biens appartient au mari. La femme est, de fait, en dehors de la communauté. Il faut qu'elle manifeste l'intention d'accepter, sans quoi elle est réputée renonçante.

L'article 1465 C. C. donne à la femme, soit qu'elle accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, quand la communauté est dissoute par la mort du mari, des droits qu'elle n'aura pas quand elle finira par suite d'une séparation de corps ou de biens. *La veuve a le droit de prendre sa nourriture et celle des domestiques* sur les provisions existantes, à défaut, par emprunt, au compte de la masse commune, et ce, pendant les délais de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer. En outre, elle ne doit *aucun loyer* à raison de l'habitation pendant ces délais, si elle habitait une maison appartenant au mari. Si

la maison était tenue à loyer, le loyer sera pris sur la masse commune.

A la dissolution de la communauté, les héritiers de la femme jouissent des mêmes droits qu'elle. Remarquons seulement qu'ils n'ont pas les privilèges accordés à la veuve, relativement au logement et à la subsistance.

SECTION II.

Partage de l'actif commun après l'acceptation.

Il faut déterminer d'abord *le quantum* de la masse partageable.

D'abord les époux vont reprendre leurs biens propres. Puis ils devront rapporter fictivement à la communauté les récompenses qu'ils lui doivent (art. 1468 et 1469 C. C.). Enfin il leur faudra prélever ce dont la communauté est débitrice à titre de récompense à leur égard, article 1470 C. C.

Le *quantum* de la masse à partager étant connu, chaque époux en prendra la moitié, article 1474 C. C. Parlons d'abord des *rappports* à effectuer par les époux pour récompenser la communauté de ce qu'elle a déboursé pour eux. Pourquoi ne pas admettre une compensation des dettes dont les époux sont tenus envers la communauté? Ainsi le mari doit 10,000 francs à la communauté, la femme 5,000 francs. Pourquoi ne pas compenser ces deux dettes jusqu'à concurrence de la plus faible? Le mari a grand intérêt à ce

que cette compensation ne se fasse pas. Nous verrons que la femme, pour exercer ses reprises, peut, à défaut de biens communs, poursuivre les biens du mari pour rentrer dans ce qui lui est dû (art. 1471 et 1472 C. C.). On comprend, cela dit, que plus la masse commune augmentera, plus le mari évitera ces recours de la femme. Ces rapports opérés par la femme vont grossir la communauté d'autant ; il est donc avantageux au mari que le rapport des récompenses dues par la femme se fasse à la communauté.

Exemple : le mari doit 10,000 francs à la communauté ; la femme lui doit également 10,000 francs. La communauté doit d'autre part 30,000 francs à la femme, et son avoir est de 10,000 francs. — Si nous disons : il y aura compensation des récompenses dues à la communauté par le mari et la femme, alors il advient que la communauté ayant 10,000 francs pour en payer 30,000 à la femme, celle-ci aura un recours de 20,000 francs contre le mari. Que si, au contraire, il n'y a pas eu compensation, les 10,000 francs de la communauté seront accrus des 20,000 francs que lui doivent le mari et la femme. Cela désintéressera complètement la femme. De là, plus de recours de la femme contre le mari, puisqu'elle a reçu ce qui lui était dû.

Étudions les *reprises* de la femme et du mari sur la communauté.

La femme peut exercer ses reprises *sur les biens de la communauté*, et en cas d'insuffisance, *sur les biens du mari*. Articles 1471 et 1472 C. C. Le mari, au contraire, n'exerce ses reprises *que sur les biens de la communauté*.

Si les deux époux ont des reprises à opérer, la femme passe la première. Si la reprise de la femme consiste en une somme d'argent et qu'il n'y ait pas d'argent dans la communauté, elle a droit de prendre, à la place d'argent, des effets mobiliers, et même des immeubles, à défaut de meubles.

Mais, il n'en va pas ainsi, quand elle poursuit son mari sur ses biens personnels. Elle agit alors comme agit tout créancier contre son débiteur. Elle fait vendre ses biens, et l'argent provenant sert à la payer. Si le mari donne en paiement un immeuble à sa femme, alors il y a là une *datio in solutum* entraînant translation de propriété soumise à la *transcription immobilière* et au droit de mutation. — Nous avons vu que la femme peut, à défaut d'argent et de mobilier dans l'actif commun, prendre à son choix tel ou tel immeuble en paiement. Cependant, cette faculté de choisir n'est pas aussi absolue que le laisserait entendre l'article 1471 C. C. En effet, elle ne peut choisir parmi les immeubles, qu'un immeuble dont la valeur approche sensiblement de la valeur de la reprise qu'elle a à exercer. Elle ne pourrait pas, par exemple, pour une créance de 4,000 francs qu'elle a contre la communauté, s'il y a d'autres immeubles valant 4,500, 5,000 francs, choisir un immeuble qui en vaudrait 50,000, sauf à tenir compte de la différence, soit de 46,000 francs à la communauté.

Mais rien n'oblige la femme à prendre *en nature* les biens de la communauté. Elle peut, si elle le préfère, faire procéder à la vente des meubles ou des immeubles de la com-

munauté, et toucher en argent la somme qui lui est due par celle-ci. Car si un immeuble acheté au nom de la femme durant la communauté ne pouvait pas lui être imposé à titre de *remploi*, s'il fallait, pour qu'il y eût *remploi*, la déclaration de son acceptation, comment les héritiers du mari pourraient-ils la contraindre à prendre un immeuble, qu'elle ne veut pas accepter, pour la payer de ses reprises?

Ici s'élève une question importante. Quelle est l'espèce de droit qu'exerce ainsi la femme sur les biens de la communauté, une fois la dissolution advenue? Est-ce un *simple droit de créance* ou un *droit de propriété*? Si la femme est propriétaire de ses reprises, elle peut s'en prévaloir à l'encontre des créanciers de la communauté. Si elle n'est que créancière, elle viendra concourir avec eux au marc le franc sur les biens communs, sauf la garantie que lui offre son hypothèque légale sur les biens de son mari.

Un arrêt de cassation du 11 avril 1854 décida que la femme était *propriétaire* des reprises à opérer sur la communauté. C'était une atteinte profonde portée aux droits des créanciers de la communauté. Cette doctrine nouvelle rencontra une telle opposition que la Cour de cassation, revenant aux anciennes traditions dont elle s'était écartée par cet arrêt, décida par un arrêt du 16 janvier 1858 que la femme exerce ses reprises sur la communauté en qualité de *créancière*. Cette question est donc tranchée aujourd'hui. La femme n'est que créancière? Quelle est l'espèce de sa créance? Est-ce une créance mobilière ou une créance immobilière?

On admet généralement que les actions en reprise constituent autant de *créances mobilières*. Lors, dit-on, que la femme, pendant le mariage, aliène un propre et qu'elle laisse confondre l'argent en provenant dans la communauté, elle fait un prêt à la communauté. La communauté est tenue de rendre cette somme que lui a avancée la femme. Tant que dure la communauté, *l'objet* de cette créance est une *somme d'argent*. L'action de la femme est donc purement mobilière puisqu'elle a pour objet une somme d'argent.

Il est certain qu'après la dissolution de la communauté, alors qu'il s'agit de liquidation, la femme, article 1471 C. c. pourra prendre des meubles ou des immeubles en nature, lorsqu'il ne se trouvera pas d'argent dans la caisse commune. Mais ce prélèvement n'a été introduit par la loi que pour faciliter la liquidation de la communauté. Il ne faut voir dans cette facilité de paiement pour la femme qu'une véritable *datio in solutum* de sa créance. Or, il est évident qu'une créance qui a pour objet une somme d'argent est et reste mobilière, quelque objet qui soit donné en paiement. Ce paiement laisse subsister intact le caractère originel de la créance.

Nous n'admettons pas ce système. Nous appliquerons ici *l'article 883 C. c.* Les reprises, que sont-elles ? des prélèvements, article 1470 C. c. Or, les prélèvements font partie des actes de partage de la communauté. Le partage étant déclaratif de propriété, article 883 C. c., chacun des époux est réputé avoir été toujours propriétaire des biens

qui lui échoient. La créance donnant lieu à la reprise sera donc mobilière ou immobilière, suivant qu'en définitive elle aura porté sur des meubles ou des immeubles.

On objecte que la fiction de l'article 883 C. c., introduite dans un but spécial, n'est pas applicable dans l'espèce. Nous répondons : la disposition écrite dans l'article 883 est générale, établit un principe absolu. Donc, nous devons l'appliquer ici.

Nous voici arrivé au partage de l'actif de la communauté.

Les effets d'un partage de communauté sont les mêmes que ceux d'un partage de succession. L'article 883 C. c. doit donc recevoir son application. Chaque époux est censé avoir *toujours été propriétaire des objets placés dans son lot*, et étranger aux objets échus à son conjoint. Il n'en résulte pas toutefois que la femme qui a un immeuble hypothéqué par le mari *durant la communauté* puisse dire : « l'hypothèque consentie par mon mari n'est pas valable, car l'immeuble ne lui a jamais appartenu. » Cet immeuble appartenait à la communauté, et le mari, son représentant, avait le droit de l'hypothéquer. Que si, au contraire, cette hypothèque a été consentie par le mari *depuis la dissolution de la communauté*, elle ne sera pas valable à l'égard de la femme.

Le partage remonte, quant à ses effets, au jour de la dissolution de la communauté, comme chaque héritier rattache immédiatement ses droits au défunt.

Il nous reste à expliquer l'article 1475 C. c. qui prévoit

deux hypothèses ; la première seule concerne la communauté légale. Nous négligerons la seconde hypothèse : la communauté est dissoute par la mort de la femme qui laisse deux héritiers. Chaque héritier peut prendre le parti qu'il veut. Si l'un d'eux renonce, sa part n'accroît pas à son co-héritier, mais reste au mari *jure non decrescendi*. Le mari aura les trois quarts, et l'héritier acceptant le quart de la communauté.

SECTION III.

Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.

Il faut bien se garder de confondre deux idées essentiellement différentes, nous voulons dire *l'obligation et la contribution aux dettes* de communauté.

Parlons d'abord de l'obligation aux dettes. C'est le droit pour les créanciers de la communauté de poursuivre les époux. Pour déterminer le *quantum* dont chaque époux est tenu envers les créanciers, il faut considérer en quelle qualité il est actionné. Est-ce comme débiteur personnel, abstraction faite de sa qualité de *commun*, ou bien est-ce comme époux commun ? — Si l'époux est *débiteur personnel* du créancier, il peut être poursuivi *pour le tout*. Sa qualité de commun pourra profiter au créancier, mais ne pourra pas lui nuire. Si l'époux n'est tenu que comme

commun, le créancier ne pourra le poursuivre que *pour la moitié* de la dette de communauté.

Exemples. — 1° Dettes du mari antérieures au mariage, ou contractées par le mari durant la communauté. Le créancier aura action contre le mari pour le tout, car il est actionné comme débiteur personnel, et pour moitié contre la femme tenue en qualité de commune.

2° Dettes mobilières de la femme contractées antérieurement au mariage et ayant date certaine. Elle sera actionnée par le créancier pour le tout, comme débitrice personnelle. Le mari, comme commun, ne sera tenu que de la moitié. Quant aux dettes contractées par la femme avec autorisation du mari durant la communauté, la femme et le mari, d'après notre solution donnée sous l'article 1419 C. c., pourront être poursuivis pour le tout. En effet, nous avons admis qu'en donnant son autorisation, le mari s'engageait personnellement envers les créanciers de la femme. Si les deux époux se sont engagés solidairement, chacun d'eux pourra être poursuivi pour le tout, article 1487 C. c. *Quid juris*, si la femme s'est engagée conjointement avec le mari? Elle ne pourra être poursuivie que pour la moitié de la dette. Quant au mari, qui n'a fait intervenir la femme que pour accroître les garanties des créanciers, il sera tenu pour le tout, article 1484 C. c.

Par exception, l'époux qui ne peut être poursuivi qu'en qualité d'époux commun peut être poursuivi pour toute la dette, lorsqu'il a entre ses mains un immeuble hypothéqué à cette dette.

Voyons maintenant la *contribution aux dettes*, nous voulons dire les dettes que devront définitivement supporter les époux dans la liquidation de la communauté. Ici, il faut distinguer si la dette est tombée en communauté *sans récompense ou à charge de récompense*. Dans le second cas, la dette est supportée pour le tout par l'époux qui aurait dû récompense à la communauté, si elle avait acquitté cette dette ; dans le premier cas, elle est supportée par moitié par chacun des époux.

Exemples : le mari ou la femme avait avant le mariage une dette mobilière, et cette dette n'était pas relative au propre de l'un des époux. Cette dette est tombée en communauté sans récompense. Si l'époux qui l'avait contractée a été obligé sur la poursuite du créancier de la payer, il aura recours pour moitié contre son conjoint. De même, pour une dette contractée par le mari ou par la femme autorisée du mari durant la communauté et intéressant les affaires communes. Elle doit être supportée pour moitié par chacun des époux. Supposons que le mari, obligé personnellement pour avoir autorisé sa femme, soit poursuivi par les créanciers de celle-ci pour une dette intéressant la communauté. S'il a payé toute la dette, il aura *un recours pour moitié* contre la femme qui, comme commune, doit supporter la moitié du passif. — Supposons, au contraire, que le mari a autorisé la femme qui a contracté une dette pour améliorer un propre. Comme ici, la dette n'est dette de communauté entre les conjoints *qu'à charge de récompense*, si le mari l'a payée, *indemnité complète* lui sera due par la femme.

Enfin, si la dette antérieure au mariage était relative à un propre de la femme, la communauté n'en serait tenue que sauf récompense. Cette dette, par conséquent, restera à la charge de l'époux débiteur. Si la femme l'a payée sur les poursuites des créanciers, elle n'aura *aucun recours à exercer*. Si le mari comme commun a été obligé d'en payer la moitié, alors récompense lui sera due de cette moitié par la femme débitrice de cette créance.

Ces règles ne sont en rien modifiées, obligation aux dettes, contribution aux dettes, quand la communauté est solvable. Mais en présence de l'insolvabilité possible de la communauté, la loi introduit des règles nouvelles. En effet, la femme qui a fait *bon et fidèle inventaire* des biens de la communauté n'est obligée aux dettes et n'y contribue que jusqu'à concurrence de son émolument. Ce bénéfice d'inventaire ne pourra pas être opposé de la même manière aux créanciers qu'il pourra l'être au mari. Il ne peut être opposé aux créanciers de la communauté que si *la femme est poursuivie comme commune*, c'est-à-dire s'il s'agit d'une dette tombée en communauté du chef du mari. Que si elle est engagée personnellement envers les créanciers, le bénéfice d'inventaire cesse de leur être opposable.

Quant au mari, au contraire, la femme peut, pour toute espèce de dettes, tant pour celles qui sont tombées du chef du mari dans la communauté que pour celles qui y sont tombées du chef de la femme, lui opposer ce bénéfice.

Exemple. — Une dette de 24,000 francs est tombée du

chef du mari dans la communauté. L'actif de la communauté est de 20,000 francs. La femme, dont l'émolument est de 10,000 francs pourra, si elle a fait inventaire, être actionnée par les créanciers de la communauté pour 10,000 francs seulement, et non pas pour 12,000 francs. Si le mari a payé les 24,000 francs, il ne pourra recourir contre la femme, de même que les créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire 10,000 francs.

Si nous supposons, au contraire, que la dette est tombée dans la communauté du chef de la femme, les créanciers pourront la poursuivre jusqu'à concurrence de 24,000 francs. Mais elle répètera 14,000 francs contre son mari, parce qu'à son égard elle ne doit pas payer du passif commun plus qu'elle ne recueille d'actif, soit 10,000 francs.

Il faut remarquer que si la dette était relative à un propre de la femme, comme la communauté n'est tenue qu'à charge de récompense, la femme supporterait en définitive toute la dette; sans quoi *elle s'enrichirait aux dépens du mari*. Ici, le bénéfice d'inventaire ne serait pas applicable.

Plusieurs différences existent entre le bénéfice d'inventaire accordé à la femme et le bénéfice d'inventaire dont jouissent les héritiers d'une succession.

1° La femme n'a pas de déclaration à faire au greffe. Il lui suffit de faire un inventaire exact. L'héritier doit faire cette déclaration au greffe du tribunal du lieu où la succession s'est ouverte.

2° Le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier empêche la confusion de ses biens avec ceux du défunt. Il peut se soustraire à toute poursuite, en abandonnant aux créanciers les biens de la succession (art. 802, 803, C. c.). Celui de la femme n'empêche pas cette confusion. Sans doute, elle est tenue des dettes de la communauté dans les limites de son émolument, mais elle est tenue sur tous ses biens. Elle ne peut donc pas échapper aux créanciers en leur abandonnant les biens qui proviennent de la communauté.

Article 1488 C. c. : lorsqu'un époux tenu pour moitié de la dette l'a payée tout entière au créancier, cet époux n'a pas de répétition à exercer contre le créancier, à moins qu'il ne prouve qu'il a payé par erreur. L'erreur est suffisamment prouvée lorsque la quittance porte que ce que l'époux a payé était *pour sa moitié*.

Article 1490 C. c. : rien n'empêche que, par le partage, l'un des époux ne soit chargé de payer au-delà de sa part, ou même de payer toutes les dettes. Mais la convention n'a pas d'effet à l'égard des créanciers ; elle ne règle que les rapports *inter conjuges*.

Nous avons dit que le mari est tenu *personnellement* des dettes que sa femme a contractées avec son autorisation durant la communauté. Donc, nous appliquerons au mari dans ses rapports avec les créanciers l'article 1484 C. c. L'article 1485 C. c. ne s'appliquera qu'aux dettes mobilières de la femme antérieures au mariage et à celles qu'elle aura contractées avec autorisation de justice durant la com-

munauté, pour établir des enfants communs, ou pour tirer son mari de prison, cas où elle peut engager la communauté. *Pour ces dettes*, le mari ne pourra être poursuivi par les créanciers que *comme commun*. On nous objecte que l'article 1485 C. c. dans son texte est contraire à cette solution. Mais c'est nous répondre par une pétition de principe. Si nous sommes, en effet, conduits par l'article 1419 C. c. à dire que la dette contractée par la femme avec autorisation du mari est *une dette personnelle au mari*, l'article 1485 C. c. n'a pas d'application. La question reste donc entière sous l'article 1419 C. c., où nous l'avons tranchée.

SECTION IV.

De la renonciation à la communauté et de ses effets.

1° *Des effets de la renonciation entre le mari et la femme.*

La femme par cette renonciation perd tous ses droits à la communauté. La femme abandonne toute la communauté au mari ; le mari est considéré comme ayant toujours été seul propriétaire des biens communs. Par corrélation, le mari qui prend tout l'actif commun, va supporter tout le passif. La femme reprend tous ses biens qui n'étaient pas tombés en communauté, ou qui n'y étaient tombés *qu'à charge de récompense*. Elle a action pour se faire payer les récompenses que lui doivent soit le mari, soit la communauté. Par corrélation, elle va supporter toutes les dettes

qui n'étaient pas tombées en communauté, ou qui n'y étaient tombées qu'à charge de récompense.

La femme pourra cependant reprendre dans l'actif commun les linges, hardes à son usage.

La femme exerce ses reprises, par les récompenses qui lui sont dues, tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari. Mais par suite de la renonciation qu'a faite la femme, tous ces biens sont devenus biens du mari. Dès lors, elle ne peut plus agir contre le mari qu'en qualité de créancière ordinaire, c'est-à-dire en faisant vendre ses biens jusqu'à concurrence des récompenses qui lui sont dues. Si le mari donne à sa femme des biens en nature, s'il lui donne, par exemple, un immeuble pour la payer, il y a là une véritable *datis in solutum* qui opère translation de propriété, par conséquent soumise à la transcription et au droit de mutation. Autre remarque importante : quand la femme accepte la communauté, les récompenses qui lui sont dues par la communauté produisent intérêt de plein droit du jour de la dissolution, article 1473 C. c. Il n'en est pas de même si elle renonce. Il lui faudra intenter une demande en justice pour faire produire intérêt à ces récompenses, qui maintenant lui sont dues par le mari, article 1479 C. c.

2° Effets que produit la renonciation de la femme à l'égard des créanciers.

Quant aux dettes de communauté contractées par elle, les créanciers pourront la poursuivre pour le tout, sauf son recours contre son mari, à moins qu'il ne s'agisse d'une

dette qui n'était tombée en communauté qu'à charge de récompense de la part de la femme.

Pour les dettes de communauté contractées par le mari, ils n'auront aucune action à exercer contre elle, puisqu'elle a renoncé à l'actif commun.

Les règles que nous venons d'expliquer sont applicables aux héritiers de la femme comme à celle-ci. Toutefois, ils ne peuvent pas, quand ils renoncent, retirer les linges et hardes à l'usage de la femme comme elle pourrait le faire.

Nous allons terminer cette matière, en étudiant les règles établies par la loi touchant la communauté légale, lorsque les époux ou l'un d'eux a *des enfants issus d'un précédent mariage*.

Primus avait 100.000 francs de biens meubles sans aucune dette ; il se marie avec Prima qui a 80.000 francs de dettes mobilières et aucune fortune en meubles. Les dettes de la femme vont être payées avec les biens du mari. Donc 80.000 francs perdus sur 100.000 francs qu'avait le mari. Restent 20.000 francs qui tombent en communauté, et que la femme acquiert pour moitié. Donc 10.000 francs sur 100.000 francs, voilà ce qui reste définitivement au mari. Les neuf dixièmes de sa fortune sont passés dans le patrimoine de sa femme.

Les parents réservataires du mari ont-ils le droit de se plaindre d'un avantage aussi considérable en faveur de la femme, et d'en demander la réduction ?

La question revient à celle-ci : le contrat de mariage est-il un *contrat à titre onéreux*, ou un *contrat à titre gratuit* ?

Si l'on décide que c'est un contrat à titre onéreux, les réservataires des époux n'auront aucune action en réduction à exercer. Ils auront cette action, si l'on décide que c'est un contrat à titre gratuit. La loi distingue : elle considère tantôt comme des libéralités, tantôt comme des avantages résultant d'un contrat à titre onéreux, les bénéfices résultant pour l'un ou pour l'autre époux de son contrat de mariage. — La distinction est celle-ci : l'époux qui a perdu au contrat de mariage avait-il ou n'avait-il pas des enfants issus d'un précédent mariage ?

Si oui, la loi alors regarde ces avantages *comme des libéralités indirectes*, soumises à réduction. Elle considère le communauté comme ayant été un moyen par les époux d'é luder l'article 1098 C. c. qui défend au conjoint ayant des enfants d'un premier lit de donner à son conjoint plus qu'une part d'enfant, sans que jamais cette part puisse dépasser *le quart de ses biens*. Dans ce cas, les enfants du premier lit pourront faire réduire suivant l'article 1098 C. c. les avantages retirés par l'époux de son contrat de mariage.

Si non, les avantages retirés par ce conjoint sont le résultat d'un contrat à titre onéreux, par conséquent ne sont pas soumis à réduction ni de la part des enfants, ni de la part des ascendans réservataires du conjoint qui a perdu au contrat de mariage, article 1496 C. c.

Observation. — Les avantages résultant pour un conjoint de ce que la communauté s'est enrichie de l'industrie ou de la jouissance des propres de l'autre conjoint ne sont pas considérés comme des libéralités et par conséquent

ne sont pas soumis à réduction, même de la part des enfants du premier lit de l'époux qui procure ces avantages à son conjoint, article 1527 C. c.

L'article 1496 refuse aux enfants communs l'action en réduction, parce qu'ils trouveront en plus dans la succession de l'époux enrichi ce qu'ils trouveront en moins dans la succession de l'époux appauvri.

Que si les enfants d'un premier lit exercent l'action en réduction, les biens retranchés au conjoint avantagé rentreront dans la succession de l'autre époux. Mais, remarquons-le, ils seront partagés également entre tous les enfants de cet époux défunt, entre ceux qui sont nés du premier lit et ceux qui sont nés du mariage qui a amené cette action en réduction.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

- I. — Est esclave l'homme libre qui, de mauvaise foi, s'est laissé vendre pour partager le prix. (Loi 23 p. livre 40 titre 12 Dig.).
- II. — L'esclave par pacte et stipulation ne peut pas acquérir une servitude à son maître ; il faut de plus une quasi-tradition.
- III. — La *condictio* résultant des contrats passés par l'esclave contre le maître de celui-ci ne rend pas inutiles les actions prétoriennes (loi 9 p. 2 livre 12 titre 1 Dig.) (loi 84 livre 16, titre 2 Dig.).
- IV. — L'esclave qui se porte *expromissor* n'opère pas novation ; il contracte une obligation naturelle (loi 56, livre 46, titre 1 Dig.).
- V. — Le testament affranchissant et instituant un esclave, s'il est fait par un insolvable, fait échec aux dispositions de la loi *Ælia Sentia*.
- VI. — Depuis Justinien, le nu-propriétaire peut, selon les formes légales, affranchir l'esclave malgré les droits

de l'usufruitier sur cet esclave. (Loi 1, livre 7, titre 7 Code).

DROIT FRANÇAIS.

- I. — D'après la loi des 14-18 juillet 1866 et par suite des droits qui résultent pour lui de la communauté légale, le conjoint survivant à l'auteur peut avoir plus forte part dans l'œuvre produite que l'auteur survivant.
- II. — L'article 1403 n° 2 et l'article 1409 n° 1 amènent des différences profondes entre l'usufruit et la jouissance de la communauté légale.
- III. — La concession d'une mine faite au mari, au cours du mariage, est un acquêt de communauté.
- IV. — Lorsqu'une succession partie mobilière, partie immobilière advient à un conjoint, héritier pour partie, les droits de la communauté sont fixés d'après le résultat du partage.
- V. — Le retrait d'indivision substitue la femme au mari à l'égard des tiers qui ont traité avec lui.
- VI. — Le mari s'oblige personnellement en autorisant sa femme sous le régime de communauté.
- VII. — Le mari et la femme peuvent donner conjointement un immeuble de communauté.

- VIII. — L'acquisition faite par le mari d'un bien en remploi d'un propre de sa femme est une offre de subrogation.
- IX. — Lorsque l'un des époux aliène un droit viager à lui propre de façon à en faire un capital, la communauté, si elle l'a reçu, en devra récompense, défalcation faite de la perte annuelle sur le revenu.
- X. — La femme exerçant ses reprises sur la communauté en qualité de créancière, ne saura que par le résultat du partage la qualité de sa créance.

PROCÉDURE CIVILE.

- I. — Le jugement en séparation de corps n'a pas d'effet rétroactif.

DROIT COMMERCIAL.

- I. — La constitution de dot étant un acte à titre gratuit à l'égard du constituant, si la dot a été constituée dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements du constituant failli, on devra appliquer l'article 446 C. de com.

DROIT CRIMINEL.

- I. — L'effraction d'une caisse vide ne constitue pas une tentative de vol.
- II. — La déchéance de la puissance paternelle résultant de l'article 335 Code pénal n'a lieu que vis-à-vis de l'enfant excité à la débauche.

DROIT DES GENS.

- I. — La mort civile prononcée par un jugement rendu à l'étranger n'a pas d'effet en France.
- II. — La femme étrangère n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, lorsque la loi étrangère ne confère pas cette garantie aux femmes mariées.

Vu par le Président de la thèse,
DEMANTE.

Vu par le Doyen de la Faculté,

COLMET D'AAGE.

Vu et permis d'imprimer,
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
A. MOURIER.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

CHAPITRE I. — Des causes qui font naître l'esclavage.	5
Préliminaires.....	5
<i>Première section.</i> — Causes d'esclavage.....	7
§ 1. — Sources d'esclavage dérivant du <i>jus gentium</i> ..	7
§ 2. — Sources d'esclavage dérivant du <i>jus civile</i>	9
<i>Deuxième section.</i> — Situation de l'esclave.....	13
CHAPITRE II.....	17
<i>Première section.</i> — Du rôle de l'esclave dans les divers actes juridiques, et de leurs conséquences à l'égard du maître.....	17
§ 1. — De la possession.....	18
§ 2. — De la propriété et de ses démembrements.....	19
§ 3. — Des obligations.....	23
<i>Deuxième section.</i> — Quelques exemples où se dessine la personnalité de l'esclave.....	30
§ 1. — Du pécule.....	31
§ 2. — Des obligations naturelles.....	35
§ 3. — Derniers exemples de la personnalité de l'esclave	40
<i>Troisième section.</i> — Parallèle entre la <i>potestas dominica</i> et la <i>patria potestas</i>	41
CHAPITRE III. — Des causes qui font cesser l'esclavage.....	48
<i>Première section.</i>	48
§ 1. — Comment sort-on de l'esclavage résultant de la captivité.....	48

§ 2. — Modes d'affranchissement.....	50
A. — Première époque.....	51
B. — Deuxième époque.....	56
C. — Troisième époque.....	69
<i>Deuxième section.</i> — De la condition de l'esclave affranchi	73
<i>Troisième section.</i> — Transformation de l'esclavage.....	74

DROIT FRANÇAIS

CHAPITRE I. — Actif de la communauté légale.....	78
Préliminaires.....	78
<i>Première section.</i> — Des meubles.....	87
<i>Deuxième section.</i> — Des immeubles.....	96
CHAPITRE II. — Passif de la communauté.....	114
<i>Première section.</i> — Dettes existant au jour du mariage à la charge de l'un ou l'autre époux.....	116
<i>Deuxième section.</i> — Dettes grévant les successions ou donations advenues aux conjoints.....	121
§ 1. — Succession ou donation exclusivement mobilière.	122
§ 2. — Succession ou donation exclusivement immobilière	125
§ 3. — Succession ou donation mixte.....	128
<i>Troisième section.</i> — Dettes contractées au cours de la communauté.....	131
§ 1. — Obligations contractées par le mari.....	131
§ 2. — Obligations contractées par la femme.....	134
<i>Premier cas.</i> — La femme mandataire du mari.....	134
<i>Deuxième cas.</i> — La femme autorisée par le mari.....	125
<i>Troisième cas.</i> — La femme autorisée de justice.....	141
CHAPITRE III. — Administration de la communauté légale.....	145
<i>Première section.</i> — Droits du mari sur les biens de la communauté.....	145
<i>Deuxième section.</i> — Pouvoirs du mari relativement aux biens propres de la femme.....	156
§ 1. — Actes qui rentrent dans l'administration.	156

§ 2. — Exercice des actions en justice.....	158
§ 3. — Actes de disposition.....	161
<i>Troisième section.</i> — Des emplois et des récompenses sous le régime de communauté.....	166
§ 1. — Des récompenses dues par l'un des époux à l'autre époux.....	166
§ 2. — Des récompenses dues par la communauté à l'un des époux.....	169
§ 3. — Des récompenses dues par l'un des conjoints à la communauté.....	183
<i>Quatrième section.</i> — Effets que produit à l'égard de la communauté une constitution de dot en faveur d'un enfant commun.....	187
CHAPITRE IV. — Dissolution de la communauté légale.....	190
<i>Première section.</i> — De l'acceptation de la communauté et de la renonciation qu'on peut en faire.....	190
<i>Deuxième section.</i> — Partage de l'actif commun.....	197
<i>Troisième section.</i> — Du passif de la communauté et de la contribution aux dettes.....	203
<i>Quatrième section.</i> — De la renonciation à la communauté et de ses effets.....	209

