

ticle 2; ce principe appliqué aux contrats signifie que la loi nouvelle ne doit pas plus donner aux parties un droit qu'elles n'avaient pas en vertu de leur contrat, qu'elle ne peut leur enlever un droit qui s'y trouve stipulé, à moins que l'intérêt général ne le demande; or, dans l'espèce, il ne s'agit que d'intérêts individuels; dès lors, c'est la volonté seule des parties qui doit décider, c'est-à-dire qu'il faut appliquer la loi du temps où les parties ont traité. Le législateur rétroagirait sans raison, s'il donnait à une partie un droit qu'elle ne tient pas de son contrat. Pourquoi donc admettre qu'il a voulu rétroagir? Car pour le juge il s'agit de savoir ce que le législateur a voulu, non ce qu'il a pu; et dans le silence de la loi, le juge ne peut pas admettre que le législateur ait voulu altérer, sans raison, la loi des contrats. Les auteurs se sont rangés de l'avis de Merlin, bien qu'avec quelque hésitation, comme l'avoue Dalloz (1).

§ 2. Application.

NO 1. FORMES INSTRUMENTAIRES.

201. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider que les formes instrumentaires des actes sont régies par la loi du jour où ils ont été passés. Cela n'a jamais fait de doute pour les contrats. C'est au moment où les parties contractent qu'elles doivent savoir dans quelles formes il faut rédiger les écrits destinés à constater leurs conventions. Quand elles ont rempli les formalités que la loi prescrit, tout est consommé; elles se sont conformées à la loi, et la loi doit maintenir, sanctionner ce qu'elles ont fait. Il n'y aurait plus de sécurité dans les relations civiles, comme le dit très-bien Meyer, si le législateur pouvait prescrire des formalités nouvelles que les parties ne pouvaient pas connaître quand elles ont fait leurs conventions (2).

202. L'application de ces principes aux formes des

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 10. Voyez l'arrêt et les auteurs cités, dans Dalloz, au mot *Lois*, n° 270.

(2) Meyer, *Principes sur les questions transitoires*, p. 11 et suiv.

testaments a souffert quelque difficulté dans les premiers temps qui suivirent la publication du code. Plusieurs cours décidèrent que la loi nouvelle régissait les testaments antérieurs, même quant à la forme. Il y a quelque chose de spécieux dans cette opinion. Le testateur doit manifester sa volonté dans les formes prescrites par la loi, puisque le testament est un acte solennel; or, à quelle époque la volonté du testateur produit-elle ses effets? A sa mort; ce n'est qu'à cette époque qu'elle existe réellement: elle doit donc être exprimée dans les formes voulues par la loi sous l'empire de laquelle le testateur est décédé. Le testateur savait, il devait savoir que le code a prescrit des formes nouvelles; s'il n'a point refait son testament, c'est que sa volonté a changé; dès lors le testament ne doit pas valoir. Ce sont ces considérations qui ont entraîné les cours de Nîmes et de Liège. Depuis lors, la jurisprudence s'est fixée dans un sens contraire, et presque tous les auteurs se sont rangés de cet avis, avec raison, croyons-nous. Sans doute, la volonté du testateur ne devient irrévocable qu'à sa mort; mais il n'est pas exact de dire qu'il manifeste seulement sa volonté à cette époque. La loi veut que les testaments soient datés, pour que l'on sache à quel moment le testateur a exprimé sa volonté. Donc la volonté est manifestée du jour où le testament est écrit. Dès lors il faut appliquer aux testaments ce que nous venons de dire des contrats. Les raisons de décider sont identiques, bien que les contrats soient irrévocables et les testaments révocables: c'est que la révocabilité n'a rien de commun avec les formes de l'acte (1).

203. Merlin demande si le législateur pourrait soumettre les testaments faits sous la loi ancienne, aux formes prescrites par la loi nouvelle. Il croit qu'il le pourrait sans violer le principe de la non-rétroactivité. D'abord il n'enlève à personne un droit acquis; puis, maître de déclarer qu'on ne pourra plus tester à l'avenir, il l'est à plus forte raison de déclarer qu'il ne reconnaîtra plus d'autres

(1) Chabot, *Questions transitoires*, au mot *Testament*, § 1 (t. III, p. 289 et suiv.). Les arrêts et les auteurs sont cités dans Dalloz, au mot *Lois*, n° 314.

testaments que ceux qui seront revêtus des nouvelles formes qu'il prescrit (1). Nous croyons que le législateur, en agissant ainsi, dérogerait sans raison au principe de la non-rétroactivité. Sans doute, il n'enlève pas de droit acquis; il pourrait donc, sans violer le droit de propriété, régir le passé. Mais a-t-il une raison pour le faire? Telle est la vraie question.

Quel est le but des formes instrumentaires? C'est d'assurer la libre expression de la volonté de celui qui est partie à l'acte. Quand un acte est fait conformément à la loi que la partie intéressée doit observer, cet acte est présumé exprimer la vraie volonté de celui qui l'a fait. C'est le sens de l'adage selon lequel l'acte est valable quand il est reçu d'après la loi du lieu où il est passé. Par la même raison, il faut aussi suivre la loi du temps où il se passe. Pourquoi donc une loi nouvelle viendrait-elle déclarer qu'un acte reçu sous la loi ancienne n'est pas l'expression de la volonté de celui qui y figure? Ne serait-ce pas défaire ce que le législateur lui-même a fait? Le testateur qui verrait son testament annulé ne serait-il pas en droit de dire qu'en testant dans la forme ancienne, il a obéi à la loi, que la loi de son côté doit maintenir ce qu'il a fait? Si le législateur disait avec Merlin qu'il peut abolir la faculté de tester, qu'à plus forte raison il peut imposer de nouvelles formes, même pour le passé, le testateur lui répondrait que c'est mal raisonner, que celui qui peut le plus ne peut pas toujours le moins, parce qu'il y a parfois des motifs pour lui permettre le plus et pour lui défendre le moins. Le législateur peut abolir la faculté de tester, parce qu'il peut régler l'exercice du droit de propriété comme il l'entend, pourvu qu'il n'enlève pas aux citoyens un droit qui est dans leur domaine. Il ne peut pas, sans rétroagir, imposer de nouvelles formes pour la validité des testaments déjà faits, parce que ce serait déroger sans raison au principe de la non-rétroactivité, en annulant des actes faits conformément à la loi (2).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 5, n° 1.

(2) C'est l'opinion de M. Duvergier, dans sa *Dissertation sur la non-rétroactivité des lois*.

Remarquons encore que, dans l'opinion de Merlin, le juge ne pourrait pas appliquer la loi nouvelle aux testaments antérieurs, bien que le législateur eût pu le faire sans léser un droit acquis. Donc, de l'aveu du grand jurisconsulte, le juge ne peut pas appliquer la loi au passé, alors même que le législateur aurait pu rétroagir, alors même qu'il n'enlèverait aucun droit acquis. C'est une confirmation de notre doctrine que nous sommes heureux de constater.

N° 2. CONDITIONS DE VALIDITÉ DES CONTRATS.

204. Si ces conditions changent, c'est la loi ancienne que le juge doit appliquer; sur ce point, il ne saurait y avoir un doute. En effet, c'est au moment où elles contractent que les parties doivent savoir quelles conditions elles ont à remplir pour que leurs conventions soient valables. Tout ce que nous avons dit des formes instrumentaires reçoit son application aux conditions intrinsèques requises pour la validité des contrats. L'intérêt général même, croyons-nous, ne justifierait pas une dérogation au principe de la non-rétroactivité. Car dès que le contrat est parfait, le droit qu'il produit entre dans notre domaine; le législateur ni le juge ne peuvent nous en dépouiller.

Il a été jugé en ce sens que la renonciation à une succession est régie par la loi du jour où le contrat se fait (1). Le code prohibe les pactes successoraux, tandis que l'ancien droit les permettait sous de certaines conditions. Ils sont valables si ces conditions ont été observées, et ils restent valables sous l'empire du code, bien que la prohibition soit fondée sur la moralité publique. Il y a donc un intérêt social d'une haute gravité, mais l'intérêt général s'arrête devant les droits acquis, le plus grand intérêt de la société étant que les droits conventionnels soient respectés.

(1) Arrêt de la cour de Montpellier du 6 avril 1835 (*Dalloz, Répertoire*, au mot *Succession*, n° 608).

205. La jurisprudence a appliqué ces principes aux conventions matrimoniales (1). Sous l'ancien droit, il y avait des coutumes qui permettaient aux époux de faire leur contrat après la célébration du mariage; le code veut, au contraire, que les conventions matrimoniales soient rédigées avant que le mariage soit célébré (art. 1394). La cour de Bruxelles a décidé que les époux mariés avant la publication du code ont pu valablement faire un contrat de mariage sous l'empire de la loi nouvelle (2). On ne peut pas dire, dans ce cas, qu'il y ait un droit acquis, puisque les époux n'ont pas encore fait de contrat. Le législateur aurait pu leur prescrire d'en faire un dans un délai déterminé, et déclarer qu'à défaut de convention, ils seraient soumis au régime de la communauté légale. Mais ce que le législateur aurait pu faire, le juge ne le peut pas, car il n'est pas en son pouvoir de prescrire des mesures qui servent de transition entre l'ancienne loi et la nouvelle. Il est en présence d'un droit que les époux tiennent de la coutume sous laquelle ils se sont mariés; en vertu de ce droit, ils peuvent faire après leur mariage telles conventions qu'ils veulent et ils les peuvent faire quand ils veulent; le juge doit respecter leur droit, il ne le peut pas limiter quand le législateur n'a pas trouvé bon de le faire: il ferait la loi, tandis que sa mission se borne à l'appliquer.

206. Par la même raison, les époux mariés sous l'empire d'une coutume qui permettait de modifier les conventions matrimoniales après la célébration du mariage, ont conservé ce droit sous l'empire du code, quoique l'article 1395 prohibe tout changement après le mariage. Cela a été décidé ainsi par la cour supérieure de justice de Bruxelles (3). Ici encore il faut distinguer entre le législa-

(1) La validité d'une constitution de dot faite sous l'empire du code civil, par un individu interdit pour cause de prodigalité avant le code, doit être appréciée par la loi du temps où le contrat a été formé. (Arrêt de la cour de Montpellier du 1^{er} juillet 1840, dans Dalloz, 1843, 2, 117.)

(2) Arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles du 30 mars 1820 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 1, n^o 2).

(3) Arrêts du 17 février et du 11 mai 1818 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 1, n^o 2); du 21 mars 1828 (*Jurisprudence du XIX^e siècle*, 1828, 3^e partie, p. 125).

teur et le juge. La loi aurait pu, sans léser un droit acquis, disposer que les époux mariés avant le code pourraient modifier leurs conventions matrimoniales dans un délai déterminé, mais que, passé ce délai, elles seraient immuables. Il y a un intérêt général qui commande l'immuabilité des contrats de mariage, c'est l'intérêt des tiers; le législateur aurait pu l'invoquer pour limiter le droit des époux tout en le respectant; mais le juge ne le peut pas. Les époux ont fait des conventions révocables; elles doivent conserver ce caractère; le juge ne pourrait l'altérer sans rétroagir, car il altérerait un droit conventionnel. Il est vrai que les époux n'ont pas déclaré leurs conventions révocables; mais ils n'avaient pas besoin de le faire, la coutume le faisant pour eux. Le juge pourrait moins encore prescrire aux parties un délai dans lequel elles devraient modifier leurs conventions; il n'y a que le pouvoir législatif qui puisse prendre de ces mesures. Dans le silence de la loi nouvelle, les conventions révocables restent telles: ce sont des conventions temporaires, que le juge ne peut pas rendre définitives et immuables.

N^o 3. EFFETS DES CONTRATS.

207. Les effets que produisent les contrats sont inséparables des conventions, ils en forment l'essence, puisque c'est à raison de ces effets que les parties contractent. Il va donc sans dire que tous les effets des contrats sont régis par la loi qui était en vigueur au moment où ils ont été passés. Mais que faut-il entendre par *effets*? Ce qui est vrai des *effets*, l'est-il aussi des *suites* du contrat? Blondeau a établi cette distinction dans une dissertation très-subtile, mais beaucoup trop scolastique (1): elle se trouve déjà en germe chez Meyer (2), et Merlin lui a donné l'autorité de son nom (3). Ce n'est pas sans raison que MM. Duvergier (4) et Demolombe (5) la critiquent. Le moindre

(1) Blondeau dans la *Thémis belge*, t. VII, p. 360.

(2) Meyer, *Principes sur les questions transitoires*, p. 18.

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 4.

(4) Duvergier, *Dissertation sur l'effet rétroactif des lois*.

(5) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. I^{er}, n^o 57.

reproche qu'on puisse lui faire, c'est d'être inutile pour la décision des questions auxquelles on l'applique; elle devient même un danger. On dit que les *effets* sont régis par la loi ancienne, et les *suites* par la loi nouvelle. La raison en est que les *effets* dérivent nécessairement du contrat, tandis que les *suites* se produisent à l'occasion du contrat; les *effets* ont dû entrer dans la considération des parties, tandis qu'elles n'ont pas songé à des *suites* qu'elle ne pouvaient pas prévoir. La distinction est rationnelle, mais nous allons voir qu'elle est dangereuse, même dans les mains d'un jurisconsulte comme Merlin. Cela vient de ce que dans l'application il est très-difficile de distinguer les *effets* des *suites*; de là il arrive que l'un voit une *suite* là où un autre trouve un *effet*; et partant l'un applique la loi nouvelle tandis que l'autre croit qu'il faut appliquer la loi ancienne. Nous croyons que mieux vaut laisser là des distinctions oiseuses et s'en tenir au principe qui régit les contrats, et qui suffit pour résoudre les difficultés.

208. La loi du 6 octobre 1791 n'admet pas la tacite réconduction des fonds ruraux. Un bail fait sous l'empire de cette loi expire sous l'empire du code Napoléon, qui permet la réconduction tacite; le fermier continue sa jouissance. Faut-il appliquer le code ou la loi ancienne? La cour de Rouen a fort bien jugé que la question doit être décidée par la loi nouvelle (1). Mais a-t-on besoin, pour la décider, de recourir à la distinction des *effets* et des *suites*? Le motif de décider est on ne peut pas plus évident: c'est le principe qui régit les contrats et qui dit qu'il faut appliquer la loi du jour où le contrat se fait. Or, la tacite réconduction est un nouveau contrat. Dès lors il est inutile d'examiner si ce nouveau bail est une *suite* ou un *effet* du premier.

209. Le partage d'une société ou d'une communauté, formée sous l'ancienne loi, se fait sous le code civil. Est-ce la loi nouvelle qui réglera l'obligation de garantie? Blondeau et Merlin qui, tout en admettant la distinction des *effets* et des *suites*, sont en désaccord sur presque

(1) Arrêt du 17 mai 1812 (Daloz, Répertoire, au mot *Lois*, n° 285).

toutes les applications, s'accordent ici à dire que le partage est une *suite*, que partant il ne doit pas être réglé par la loi du jour où la communauté s'est formée. Merlin convient que l'on doit supposer que ceux qui font une société ont prévu que le partage devrait un jour s'en faire; mais, dit-il, il est impossible d'admettre qu'ils aient à l'avance calqué sur la loi du moment où ils traitaient les obligations qu'ils seraient dans le cas de s'imposer lors du partage. Quelles subtilités! La dissolution des contrats ne tient-elle pas aux contrats? Les droits et les obligations qui naissent de la dissolution ne sont-ils pas, par cela même, des droits et des obligations dérivant du contrat? Dès lors n'est-ce pas la loi du contrat qui les doit régir? Les parties n'y ont pas pensé, dit Merlin. Eh! qu'importe qu'elles y aient pensé ou non? Le législateur y a pensé pour elles. En contractant, les parties savent que la loi existante à ce moment les régit, sans qu'elles aient besoin de porter leur pensée sur tout ce que la loi a prévu pour elles; en s'associant elles savent que la loi réglera le partage de leur société aussi bien que les droits et les obligations des associés. Que si l'on veut se prévaloir de leur pensée, certes on ne dira pas que leur pensée a embrassé l'éventualité d'une loi nouvelle, et que d'avance, et sans savoir même s'il y aurait une loi nouvelle, elles ont voulu soumettre à cette loi le partage de leur société. Notre conclusion est qu'il faut user des distinctions quand elles sont nécessaires; mais gardons-nous d'en abuser, sinon la science du droit ressemblera à la scolastique du moyen âge.

210. Avant d'aborder les difficultés que présente l'application du principe de la non-rétroactivité aux contrats, il faut encore poser un principe sur lequel la doctrine est unanime. Quand on dit que les contrats sont régis en tout par la loi ancienne, on entend par contrats non-seulement les stipulations expresses que font les parties contractantes, mais aussi toutes les dispositions que la loi a formulées, en se fondant sur l'intention probable de ceux qui contractent, à moins qu'ils n'y aient dérogé par leurs conventions. C'est, en effet, pour dispenser les contrac-

tants d'entrer dans ces détails et de tout prévoir que le législateur a pris soin de formuler lui-même les principes qui régissent les divers contrats; il permet aux parties intéressées de déroger à ce qu'il a statué, mais si elles n'y dérogent pas, elles s'approprient par cela même les dispositions de la loi. Le code pose ce principe pour les conventions matrimoniales (art. 1387), et il reçoit son application à tous les contrats. De là l'adage que les clauses tacites ont le même effet que les clauses expresses (1).

Nous allons appliquer ces principes aux questions qui se sont présentées dans la pratique.

a) *Contrat de mariage.*

211. Que les conventions matrimoniales soient régies en tout par la loi du jour où le contrat a été reçu, cela ne peut faire un doute. Mais il importe de fixer le moment précis où le contrat est parfait. Si la législation change dans l'intervalle qui sépare l'acte notarié de la célébration du mariage, est-ce la loi nouvelle ou la loi ancienne qu'il faut appliquer? Il a été décidé que c'est la loi qui existait au jour de l'acte (2). A la vérité, le contrat ne produit pas immédiatement ses effets, il ne les produit qu'à partir de la célébration du mariage; jusque-là il peut être modifié par les futurs époux dans les formes et sous les conditions prescrites par la loi. Mais, dans l'espèce, il s'agit de savoir quelle est l'intention des parties contractantes: il faut donc se reporter au moment où elles ont manifesté leur volonté, soit par les clauses expresses du contrat, soit en s'en référant à la loi. Quelle loi? Evidemment celle qui existe lorsque le notaire reçoit l'acte; il est absurde de supposer que les futurs époux aient eu en vue une loi qui n'existait pas et qu'ils ignoraient.

212. Nos anciennes coutumes accordaient à l'époux survivant un droit de survie; ce droit n'existe plus sous

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 253.

(2) Arrêt de la cour de Bastia du 4 mai 1836 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Contrat de mariage*, n° 503).

l'empire du code Napoléon. Si les époux se sont mariés avant la publication du code, sans régler leurs droits de survie par leur contrat de mariage, le survivant aura-t-il les gains de survie, bien que la loi nouvelle ne les reconnaisse plus, à moins qu'ils n'aient été stipulés expressément? La jurisprudence décide la question en faveur de l'époux et avec raison (1). En effet, le gain de survie est un droit conventionnel; il est certain que, si les futurs époux l'avaient stipulé par leur contrat de mariage, la loi ne pourrait le leur enlever; or, s'ils se marient sous une coutume qui leur donne ce droit, ils n'ont pas besoin de le stipuler, la coutume le stipule pour eux. Il y a donc une convention tacite que le législateur doit maintenir. C'est ce qu'ont décidé formellement les décrets des 4 juillet et 30 septembre 1811 (art. 158 et 38) sur l'introduction du code civil dans les départements anséatiques et les provinces illyriennes.

Faut-il appliquer le même principe au douaire que certaines coutumes accordaient aux enfants? La question est douteuse. On peut dire (2) que ce droit est fondé uniquement sur la loi, que c'est donc une éventualité révoquée par la loi, que partant elle n'existe plus depuis la loi du 17 nivôse an 11. Nous préférons l'opinion contraire. Les futurs époux n'auraient-ils pas pu stipuler ce douaire? En présence d'une coutume qui l'accordait, ne sont-ils pas censés l'avoir stipulé? Leur prévoyance et leur sollicitude n'ont-elles pas dû se porter sur les enfants qui pourraient naître de leur union aussi bien que sur eux-mêmes? S'il y a même motif de décider, la décision doit être identique.

213. La qualité mobilière ou immobilière des biens a une grande influence dans les conventions matrimoniales. Or, la législation a varié sur ce point: tels biens, les rentes, jadis immeubles, sont aujourd'hui meubles; tandis que les maisons, réputées meubles sous certaines coutumes, ont repris leur nature immobilière. Si la commu-

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Lois*, n° 256, et au mot *Contrat de mariage*, n° 516 et suiv. Comparez l'arrêt de la cour de cassation du 14 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 411).

(2) C'est l'avis de Dalloz, au mot *Lois*, n° 256.

nauté se dissout sous l'empire du code Napoléon, faut-il appliquer la loi ancienne ou la loi nouvelle? Il est certain que c'est la loi ancienne pour les biens que les futurs époux possédaient en se mariant. La cour de Bruxelles avait d'abord décidé le contraire, mais elle est revenue d'une opinion qui était évidemment erronée (1). Ceux qui se marient sous une coutume qui répute les rentes immeubles, et qui accorde les meubles au survivant, entendent certainement que les rentes qu'ils possèdent leur restent propres; les attribuer au survivant, ce serait dépouiller les héritiers du prédécédé d'un droit qui était dans le domaine de leur auteur. Il faut décider la même chose pour les biens acquis depuis le mariage, mais avant la publication du code, parce qu'il y a même motif de décider. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point.

Il n'en est pas de même d'une dernière hypothèse : les biens sont acquis sous l'empire du code qui place les maisons parmi les immeubles tandis que la coutume les réputait meubles, et le contrat de mariage porte que la veuve aura la totalité des meubles et la moitié seulement des immeubles de la communauté : lui attribuera-t-on les maisons achetées après la publication du code? Merlin répond que cela ne se conçoit pas. La femme invoquera-t-elle la coutume à titre de loi? Elle est abrogée par le code. L'invoquera-t-elle comme convention tacite? Il ne s'agit pas de l'intention que les futurs époux avaient en se mariant, il s'agit de l'intention qu'a le mari en achetant une maison; or, l'achetant sous le code qui la déclare immeuble, il veut acheter un immeuble; c'est sa volonté qui fait la loi. Duranton abonde dans ce sentiment (2). Cependant la cour de cassation a décidé en sens contraire, et nous croyons qu'elle a bien jugé (3). Non, ce n'est pas la

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 512. Arrêt de cassation de Bruxelles du 25 juin 1830 (*Jurisprudence du XIX^e siècle*, 1830, 3^e partie, p. 202).

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 1; Duranton, *Cours de droit français*, t. XIV, n° 124.

(3) Arrêt du 27 janvier 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Contrat de mariage*, n° 514). C'est aussi l'avis de Duvergier, dans sa dissertation sur l'effet rétroactif des lois.

volonté de l'acquéreur qui fait la loi, car il a manifesté dans son contrat de mariage une volonté contraire sur laquelle il ne lui est pas permis de revenir. Il savait, en achetant une maison, que ses conventions matrimoniales la déclareraient meuble; il ne dépend pas de lui de l'immobiliser. Dès lors le code civil ne peut exercer aucune influence sur la décision de la question; elle est décidée d'avance par le contrat de mariage.

214. Les droits des époux sur leurs biens sont réglés par leurs conventions matrimoniales, expresses ou tacites, c'est-à-dire que la loi nouvelle n'y peut rien changer. D'après certaines coutumes, les conquêts ne pouvaient être aliénés que du consentement des deux époux; l'article 1421 du code permet au mari de les aliéner sans le concours de la femme. Est-ce la loi nouvelle ou l'ancienne coutume qui décidera du sort des aliénations que le mari fait sous l'empire du code? La cour de Bruxelles a jugé que c'est la loi en vigueur à l'époque où le mariage a été contracté. Il y a ici un motif de douter; c'est que le code donne au mari le droit d'aliéner seul les conquêts, parce qu'il est le chef de l'association conjugale; si le droit d'aliéner dérive de la puissance maritale, n'en faut-il pas conclure qu'il s'agit d'une question d'état, de capacité et d'incapacité? Dès lors n'est-ce pas la loi nouvelle qu'il faut appliquer? Nous ne répondrons pas avec Merlin que l'article 1388 défend seulement aux futurs époux de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur *la personne de la femme*; car ce même article prohibe aussi la dérogation aux droits du mari *comme chef*. Toutefois, nous croyons que la cour de Bruxelles a bien jugé, et il y a un arrêt conforme de la cour de Liège (1). C'est une question de régime et non une question d'état. Sous notre ancien droit, la femme était aussi sous puissance maritale, ce qui n'empêchait pas certaines coutumes d'exiger son concours pour l'aliénation des conquêts : preuve qu'il s'agissait des droits de la femme comme associée, ce qui

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Lois*, n° 261; Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 3.

est une question de régime, et le régime doit être maintenu tel qu'il a été contracté.

215. Le code civil déclare inaliénables les immeubles dotaux de la femme, quand elle est mariée sous le régime dotal; tandis que, dans quelques pays de droit écrit, la femme avait le droit de les aliéner et de les hypothéquer. La femme, mariée sous l'empire de l'ancien droit, conservait-elle la faculté d'aliéner ses fonds dotaux? Il a été jugé par la cour de cassation que les lois ou usages anciens formaient une clause tacite des conventions matrimoniales; que la femme tenait le droit d'aliéner d'une convention, et que par suite ce droit ne pouvait pas lui être enlevé par une loi nouvelle. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (1). Il y a cependant des motifs de douter. Ne peut-on pas dire que le droit d'aliéner ou de ne pas aliéner est une question de capacité? Non; c'est une question de régime. L'aliénabilité ou l'inaliénabilité des immeubles de la femme dépend des conventions matrimoniales et non de sa capacité ou de son incapacité. Dès lors; il y a un droit conventionnel que la loi nouvelle doit respecter. Le code permet aux époux de déroger au principe de l'inaliénabilité du fonds dotal, ce qui prouve qu'il n'est pas d'ordre public. Puisqu'il ne concerne que les biens de la femme, les conventions qu'elle fait forment la loi pour elle.

216. La question inverse est plus douteuse. D'après la coutume de Normandie, la femme ne pouvait pas aliéner ses propres; le code lui permet de les aliéner avec le consentement du mari (art. 1428). On demande si les femmes mariées sous l'empire de cette coutume pourront aliéner leurs immeubles. La cour de cassation a cassé un arrêt de la cour de Rouen qui avait appliqué le droit nouveau. Merlin approuve cette décision et avec raison, car c'est une question de régime et non d'état. Pourquoi la coutume de Normandie défendait-elle à la femme d'aliéner ses propres? Comme le dit Merlin, et comme la cour de cassation le répète, la coutume voulait prémunir la femme

(1) Voyez les arrêts et les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Lois*, n° 220.

contre sa faiblesse; sous le code Napoléon, il arrive tous les jours que la femme commune en biens vend ses propres avec le consentement du mari, en cédant à ses instances ou à ses menaces; la coutume normande donnait à la femme le droit de faire annuler les aliénations qu'elle aurait consenties, soit par une tendresse aveugle, soit par une crainte révérencielle. Il s'agit donc de la conservation des biens de la femme et non de son incapacité. Dès lors la question est décidée: les conventions matrimoniales doivent être maintenues.

Au premier abord, on pourrait croire que cette décision est en contradiction avec la jurisprudence et la doctrine qui admettent que la femme, incapable de cautionner sous l'ancien droit, est devenue capable sous le code civil, et que la femme capable d'aliéner ses propres est devenue incapable. La contradiction n'est qu'apparente. En effet, la défense de cautionner était une véritable incapacité qui frappait toutes les femmes: preuve que ce n'était pas une question de régime. Que si la femme, capable d'aliéner, a besoin, sous le code civil, de l'autorisation maritale, c'est que cette autorisation est une suite directe de l'incapacité de la femme; le mari n'intervient pas pour conserver les biens de la femme, il intervient par des motifs d'ordre public: donc c'est une question de capacité et non de régime.

Il y a encore un autre motif de douter. L'inaliénabilité des propres de la femme les met hors du commerce. Cela est contraire à l'intérêt général; et l'intérêt de la société ne doit-il pas l'emporter sur celui de la femme? Il est certain que le législateur aurait pu prohiber toute clause d'inaliénabilité, et par suite déclarer aliénables des biens que les conventions déclaraient inaliénables: il n'aurait enlevé aucun droit acquis à la femme, il aurait seulement modifié des droits conventionnels, ce qu'à la rigueur il a le pouvoir de faire, quand il ne dépouille pas les citoyens d'un bien qui est dans leur domaine. Mais il ne l'a point fait; il permet, au contraire, à la femme de stipuler le régime dotal, et par suite l'inaliénabilité de ses fonds dotaux. Cela décide la question. Si les époux peuvent,

sous le code, stipuler que les immeubles de la femme seront inaliénables, les conventions analogues, expresses ou tacites, qu'ils ont faites sous l'ancien droit doivent aussi être maintenues. Si le législateur subordonne l'intérêt général à celui de la femme, pour l'avenir, pourquoi ne le permettrait-il pas pour le passé?

b) *Transmission des droits réels.*

217. Les droits réels se transmettaient dans l'ancien droit par tradition; aujourd'hui la transmission se fait entre les parties par le seul concours de consentement. Dès que le droit est transmis, il est *acquis* dans le sens strict du mot, c'est-à-dire qu'il se trouve dès ce moment dans le domaine de celui qui l'a stipulé; la loi même ne pourrait le lui enlever, car ce serait le dépouiller d'un bien qui forme sa propriété, ce serait l'exproprier, ce qui ne peut se faire, aux termes de notre constitution, que pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité (art. 11).

218. Le droit est-il aussi acquis à l'égard des tiers? D'après le code civil, la transmission des droits réels immobiliers se fait à l'égard des tiers comme entre les parties, par le seul concours de consentement (art. 1138). Il y a exception pour les donations immobilières qui doivent être transcrites pour avoir effet à l'égard des tiers (art. 939), et pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires, lesquelles doivent être inscrites pour que le créancier puisse les opposer aux tiers (art. 2134); quant aux hypothèques légales, la loi en prescrit aussi la publicité, mais elle donne effet aux hypothèques des mineurs et des femmes mariées, alors même que l'inscription n'a pas eu lieu (art. 2135). La loi hypothécaire belge a généralisé le principe de la publicité: les hypothèques légales sont soumises à l'inscription aussi bien que les hypothèques conventionnelles (art. 81); les hypothèques judiciaires sont abolies. Quant aux autres droits réels immobiliers, la loi du 16 décembre 1851 veut que les actes qui constatent la

transmission de ces droits soient transcrits pour avoir effet à l'égard des tiers (art. 1^{er}).

La loi nouvelle établissant une publicité plus large que le code civil, la question naît de savoir si les droits réels acquis sous l'empire du code, et que le code dispensait de la publicité, y seront soumis en vertu de la loi du 16 décembre 1851. Pour prévenir tout doute, le législateur a lui-même tranché la difficulté par des dispositions expresses, en ce qui concerne les hypothèques, et implicitement en ce qui concerne les autres droits réels immobiliers. L'article 1^{er} des dispositions transitoires veut que les hypothèques ainsi que les privilèges qui existaient sans inscription avant la publication de la loi nouvelle soient inscrits; et les articles 9 et 10 soumettent à la spécialisation les hypothèques et les privilèges déjà inscrits.

Ces dispositions transitoires ne violent-elles pas le principe de la non-rétroactivité? Le législateur peut régir le passé, quand il n'enlève pas un droit *acquis*, dans le sens strict du mot. Il aurait enlevé un droit acquis, s'il avait aboli les hypothèques judiciaires résultant de jugements antérieurs à la loi nouvelle; il aurait encore rétroagi s'il avait aboli les hypothèques légales non inscrites. A notre avis, une pareille rétroactivité eût violé l'article 11 de la constitution. Mais le législateur a respecté les droits acquis sous l'empire du code civil: il maintient les hypothèques judiciaires, il force seulement les créanciers de les spécialiser: il maintient les hypothèques et les privilèges qui existaient avant la loi nouvelle sans inscription, mais en obligeant les créanciers de les inscrire. Or, le législateur peut toujours régler l'exercice du droit de propriété, le soumettre à des formalités nouvelles. La doctrine le reconnaît (1), et cela ne peut faire l'objet d'un doute sérieux.

Il est vrai qu'en appliquant le nouveau système de publicité même au passé, le législateur lèse les intérêts des créanciers. Vainement dit-on qu'il dépend d'eux de rem-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Effet rétroactif*, sect. III, § 3, art. 3, n° 11.