

Il faut appliquer ici la distinction que nous avons faite en traitant des renonciations. Les époux ne peuvent renoncer d'une manière absolue à un droit matrimonial, mais ils en peuvent disposer, car qui dispose ne renonce pas. Il faut ajouter une restriction que nous avons déjà faite (n° 67) : c'est qu'en disposant par testament d'un droit contractuel, les époux ne peuvent pas porter atteinte aux droits qui sont acquis à des tiers en vertu des conventions matrimoniales; ici on rentre dans le droit commun : tout droit résultant d'un contrat est irrévocable.

N° 4. DES CHANGEMENTS ANTÉRIEURS AU MARIAGE.

89. Les futurs époux peuvent faire des changements à leurs conventions matrimoniales avant la célébration du mariage, sous les conditions déterminées par les articles 1396 et 1397. Tant que le mariage n'est point célébré, les futurs époux peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables (art. 1387 et 1394); s'ils ont le droit de consentir des conventions nouvelles, ils doivent aussi avoir le droit de modifier celles qu'ils ont faites; le principe de l'immutabilité ne s'y oppose point, car il ne s'applique, comme le dit l'article 1395, qu'aux changements que les époux voudraient faire après la célébration du mariage. De droit commun, les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel de ceux qui les ont consenties : le consentement qui les a formées peut aussi les résoudre, rien n'étant plus naturel, comme le disent les jurisconsultes romains, que de dissoudre un lien de droit de la même manière dont il a été formé. L'article 1395 déroge à ce principe; nous avons dit les motifs pour lesquels le législateur prohibe toutes conventions matrimoniales pendant le mariage; ces motifs n'existent point pour les conventions dérogatoires au contrat de mariage que les parties veulent faire avant la célébration de leur union; comme elles jouissent encore de la plénitude de leur liberté, elles doivent avoir le droit de faire ce qu'elles veulent.

Le code donne le nom de *changement* ou de *contre-lettre* aux conventions que les futurs époux font avant la célé-

bration du mariage, pour ajouter des dispositions à leur contrat de mariage, ou pour modifier celles qui y sont portées. Nous avons déjà rencontré l'expression de *contre-lettres* au titre des *Obligations*; l'article 1321 entend par là des conventions qui dérogent à la *lettre*, c'est-à-dire à l'acte patent, conventions dérogatoires qui sont destinées à rester secrètes, et que pour ce motif on rédige d'ordinaire sous seing privé. En matière de conventions matrimoniales, il ne peut y avoir de contre-lettres absolument secrètes, puisqu'elles doivent être rédigées par acte authentique; elles ont donc la même solennité que le contrat auquel elles dérogent. Toutefois il pourrait y avoir clandestinité, en ce sens que les futurs époux n'appelleraient pas à l'acte dérogatoire ceux qui ont été parties à l'acte principal. Le législateur a donc dû prescrire les conditions sous lesquelles les contre-lettres seraient valables. Elles sont les mêmes, soit qu'il s'agisse de contre-lettres proprement dites, soit qu'il s'agisse de clauses qui ne dérogent pas au premier contrat. La loi prescrit d'abord les conditions requises pour que les changements ou contre-lettres soient valables entre les parties (art. 1396); puis elle ajoute une condition qui doit être observée pour que les changements ou contre-lettres aient effet à l'égard des tiers (art. 1397).

90. On se sert généralement, en matière de conventions matrimoniales, du mot *contre-lettres* pour désigner toute espèce de changements. Cela est de tradition. Après avoir rapporté la disposition de la coutume de Paris d'après laquelle sont nulles toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté aux contrats de mariage, Pothier ajoute : « La coutume comprend ici sous le terme de *contre-lettres* non-seulement les conventions qui dérogent et sont contraires à quelque une de celles portées au contrat de mariage, mais généralement toutes les nouvelles conventions ou donations qui ne sont pas portées au contrat de mariage (1). »

Nous venons d'expliquer ce que l'on entend par chan-

(1) Pothier, *Introduction au Traité de la communauté*, n° 13.

gements ou conventions déroatoires (nos 69-88); quant aux conventions nouvelles, Pothier s'exprime d'une manière trop absolue en disant que *toutes les nouvelles conventions* sont des contre-lettres; il faut ajouter une condition, c'est qu'elles aient une relation avec les conventions portées au contrat de mariage; il faut donc qu'elles modifient la situation et les droits respectifs des époux ou leurs rapports avec les tiers (1). En ce sens, les donations entre futurs époux sont des contre-lettres; Pothier dit toujours : « les conventions et donations » (2). Cela n'est pas douteux, car les donations entre futurs époux sont de leur nature des conventions matrimoniales; faites après le contrat de mariage, elles modifient la situation des parties et leurs droits sur leurs biens; dès lors elles tombent sous l'application des articles 1396 et 1397. Il en serait même ainsi des ventes que l'un des futurs époux ferait à l'autre dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration de l'union conjugale; car la vente modifie le patrimoine des époux, donc leur situation telle qu'elle est réglée par le contrat de mariage (3). Le code considère même la vente faite à un tiers comme un changement au contrat de mariage, quand il stipule le régime de communauté (art. 1404); nous reviendrons sur cette disposition.

Ce que nous disons des donations que les époux se font dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage ne s'applique pas aux donations que des tiers feraient aux époux. Les nouvelles libéralités faites aux époux ne sont pas des changements aux conventions matrimoniales. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 74).

I Des conditions requises pour la validité des contre-lettres entre les parties.

91. L'article 1396 veut que les changements qui seraient faits aux conventions matrimoniales avant la célébration

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 264 et note 41, § 503 bis (4^e éd.).

(2) Pothier, *Introduction au Traité de la communauté*, nos 13 et 14. Comparez Troplong, t. I, p. 127, nos 240-242.

(3) Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens; nous l'avons rapporté plus haut, n° 77.

du mariage soient constatés par actes passés dans la même forme que le contrat de mariage. Pourquoi les contre-lettres doivent-elles être rédigées par acte authentique? C'est une conséquence nécessaire de la solennité du contrat de mariage. « *Toutes conventions matrimoniales*, dit l'article 1394, seront rédigées par acte devant notaire »; or, les contre-lettres sont des conventions matrimoniales, puisqu'elles changent les conventions primitives; donc les contre-lettres sont des actes solennels aussi bien que le contrat de mariage. Il faut par conséquent appliquer aux contre-lettres ce que nous avons dit de la solennité du contrat primitif (nos 43-49).

92. Il suit de là que les contre-lettres sous seing privé n'ont pas d'existence légale; c'est le néant, et le néant ne peut produire aucun effet: ce sont les termes de l'article 1131. Dans les contrats ordinaires, les contre-lettres lient les parties contractantes (art. 1320), parce que le seul consentement des parties suffit pour former le contrat quand il n'est pas solennel; tandis que dans les contrats solennels, le consentement n'existe que s'il est manifesté dans les formes légales. Quand ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas de consentement, donc pas de contrat (1) (t. XV, n° 457).

93. L'article 1396 prescrit une seconde condition pour la validité des contre-lettres: « Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. » Cette disposition est une conséquence du principe élémentaire écrit dans l'article 1134: les conventions ne peuvent être révoquées ni modifiées que par le consentement de ceux qui les ont formées, donc tous ceux qui ont figuré dans un contrat doivent consentir aux actes destinés à le modifier. Il y a encore une raison spéciale puisée dans la nature particulière des conventions matrimoniales. Elles se font rarement entre les époux seuls; presque toujours les père et mère, ou d'autres ascendants, ou un oncle ou une tante

(1) Troplong, t. I, p. 125, nos 230 et 231.

interviennent pour doter les futurs époux ; ces tiers deviennent parties au contrat où ils promettent ; leur promesse se lie étroitement au régime que les futurs stipulent : le donateur qui constitue des biens en dot à la future qui se marie sous le régime dotal ne lui aurait peut-être pas fait de libéralité si elle avait adopté le régime de communauté. Il se peut aussi qu'il fasse une libéralité à la future en considération de la libéralité que les parents du futur lui font. Les diverses dispositions d'un contrat de mariage sont donc dépendantes les unes des autres ; partant tous ceux qui y ont consenti doivent consentir aussi à la contre-lettre qui le modifie.

94. L'article 1396 serait-il applicable s'il n'y avait d'autres parties au contrat que les futurs époux ? Le texte est général et ne distingue pas ; il faut donc l'appliquer à tous les cas, qu'il y ait d'autres parties ou qu'il n'y en ait pas. Cela ne fait aucun doute quant à la première disposition de l'article 1396 : la contre-lettre étant une convention de mariage, doit être rédigée dans la forme authentique, quand même il n'y aurait d'autres parties, dans l'un et l'autre contrat, que les époux. Quant à la seconde disposition, il y a un doute. Elle a sa source dans la coutume de Paris, laquelle déclarait nulles les contre-lettres faites hors la présence des parents qui avaient assisté au contrat de mariage. Pothier donne comme raison que les futurs ayant voulu cacher leurs nouvelles conventions, on doit croire qu'elles ont été dictées par la passion plutôt que par de justes motifs. Il est certain que la disposition de la coutume n'avait plus de raison d'être lorsque les époux seuls figuraient au contrat de mariage. En doit-il être de même sous l'empire du droit nouveau qui n'a fait que reproduire la coutume de Paris, en l'étendant à tous ceux qui seraient parties au contrat ? La cour de Douai a jugé que l'article 1396 est applicable, quoiqu'il n'y ait pas d'autres parties que les époux (1). Nous croyons qu'elle a bien jugé. L'article 1396, en étendant la disposition de la coutume, lui donne un sens différent. Toutes les personnes

(1) Douai, 1^{er} août 1854 (Daloz, 1855, 1, 3).

qui ont été parties dans le contrat de mariage doivent être présentes à la contre-lettre et y consentir simultanément. Ce texte comprend certainement les époux ; cela décide la question. Il est bien vrai qu'il n'y a plus les mêmes motifs de rigueur quand les époux seuls sont en cause, mais les motifs ne sont pas la loi ; ce sont d'ordinaire, comme dans l'espèce, les interprètes qui les imaginent ; restreindre le texte par les motifs, ce serait donc donner aux interprètes le droit de modifier la loi.

95. Ceux qui ont été parties au contrat de mariage doivent consentir à la contre-lettre. Qui est partie ? D'abord les époux, cela va sans dire. Si les époux sont mineurs, ils ne peuvent faire de conventions matrimoniales qu'avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Ceux qui assistent le mineur sont donc aussi parties, car, sans leur assistance, le mineur ne peut pas contracter. Il en serait de même du conseil appelé à assister les prodigues ou les faibles d'esprit, si son assistance est nécessaire à raison des dispositions que contient le contrat de mariage. Enfin sont parties ceux qui font une libéralité aux futurs époux ; ils promettent, ils sont donc débiteurs, par conséquent parties, dans le sens de l'article 1396 ; ils seraient encore parties s'ils faisaient une promesse quelconque en faveur du mariage ; par exemple, s'ils se portaient cautions de la dot, ou s'ils en garantissaient le payement par une constitution d'hypothèque (1).

96. Il y a des personnes qui assistent au contrat de mariage sans y être parties. Tels sont les ascendants et autres parents qui sont présents lors de la rédaction des conventions matrimoniales et qui signent l'acte sans y faire ni stipulations ni promesses et sans qu'ils assistent les futurs époux que nous supposons capables. Leur présence est de pure bienséance, *honoris causa*, comme on dit à l'école. Il arrive parfois que les notaires disent dans l'acte que les ascendants assistent et autorisent leurs en-

(1) Duranton, tome XIV, p. 57, n° 56. Rodière et Pont, tome I, p. 152, n° 141.

fants, bien que ceux-ci soient majeurs⁽¹⁾. C'est une mauvaise expression et qui pourrait induire en erreur : les majeurs n'ont besoin ni de l'autorisation ni de l'assistance de leurs ascendants. Ceux-ci ne sont parties que lorsqu'ils stipulent ou qu'ils promettent. Encore faut-il que ces stipulations ou promesses soient relatives à l'association conjugale. Si des tiers font avec les futurs époux une convention étrangère au mariage, ils ne seront pas parties au contrat de mariage. Il y a, dans ce cas, deux contrats essentiellement différents, le contrat matrimonial et le contrat ordinaire; on peut être partie dans celui-ci sans être partie dans l'autre.

Que faut-il décider s'il s'agit du contrat de mariage d'un fils de famille âgé de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq? L'ascendant y assiste; devra-t-il assister à la contre-lettre? La question est controversée, bien qu'à notre avis il n'y ait aucun doute. Est-ce que l'ascendant est *partie*? Non, car le fils majeur de vingt et un ans est capable de faire un contrat de mariage sans l'assistance de ses ascendants (n° 22); donc l'ascendant n'est pas partie comme devant assister son fils; et nous supposons qu'il ne fait ni stipulation ni promesse, dès lors sa présence est purement honorifique. On objecte que l'ascendant a un intérêt aux conventions matrimoniales, parce qu'il se peut qu'il consente au mariage à raison du régime et des clauses que les futurs époux consentent. Nous répondons, et la réponse est péremptoire, qu'il ne suffit pas d'avoir intérêt pour être *partie* dans un contrat, il faut ou *stipuler* ou *promettre*. Il n'y a d'ailleurs qu'une *possibilité d'intérêt*; le législateur n'a pas tenu compte de cette éventualité et l'interprète ne peut pas faire la loi ⁽²⁾.

A plus forte raison les ascendants ne sont-ils pas parties quand les enfants ont atteint l'âge où ils peuvent se marier, malgré le refus de consentement des ascendants. Il est vrai qu'ils doivent encore demander leur conseil, mais

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 46, n° 51, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 260, note 31, § 503 bis (4^e éd.).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 20, n° 12 bis IV. En sens contraire, Duranton, t. XIV, p. 58, n° 57

ils peuvent briser leur résistance en faisant des actes respectueux. En ce sens, les enfants peuvent se passer du consentement de l'ascendant pour leur mariage. Dès lors il n'y a plus aucun motif de considérer l'ascendant comme partie ⁽¹⁾.

97. La loi exige la *présence* et le *consentement simultané* de tous ceux qui ont été parties au contrat de mariage. Peut-on dire qu'ils sont *présents* lorsqu'ils ont été dûment appelés et qu'ils ne répondent pas à l'appel? La question est étrange, car le texte la décide; il exige la *présence* et le consentement donné, *toutes parties présentes*. Si les interprètes avaient plus de respect pour la loi, ils n'auraient pas même demandé si le dû appel peut remplacer la présence. Il y a des cas où le *silence* équivaut au *consentement*, mais comment la *non-présence* pourrait-elle équivaloir à la *présence*? Quand même on admettrait que celui qui, étant appelé, ne se présente pas, consent, cela ne suffirait pas, car la loi ne se contente pas du consentement, elle veut la *présence* et le consentement *simultané* ⁽²⁾.

Pourquoi la loi exige-t-elle le consentement simultané? C'est une exception au droit commun. Ceux qui sont appelés à consentir peuvent le faire quand ils veulent, successivement ou simultanément. La loi se montre plus sévère pour les contre-lettres. Quelle en est la raison? Toullier répond très-bien : « Parce que des consentements séparés s'obtiennent plus facilement. Tel consent seul qui refuserait s'il était accompagné ou soutenu par d'autres. D'ailleurs la présence de toutes les parties peut faire naître une discussion qui donne des éclaircissements auxquels on n'avait pas songé ⁽³⁾. »

98. On enseigne que ceux qui doivent assister à la contre-lettre peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoir; d'où résulterait qu'à la rigueur le même manda-

(1) Troplong, t. I, p. 126, n° 239. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 92, n° 141. Odier, t. II, p. 65, n° 660. Marcadé, t. V, p. 428, n° 1V de l'article 1396.

(2) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Maleville, de Toullier et de Batthur. Aubry et Rau, t. V, p. 261 et note 33, § 503 bis.

(3) Toullier, t. VI, 2, p. 45, n° 50.

taire pourrait représenter toutes les parties (1). Cela nous paraît inadmissible. Pourquoi la loi veut-elle la présence et la simultanéité du consentement? Toullier vient de nous le dire. Le but de la loi ne serait pas atteint si un mandataire remplaçait les parties; les conjoints qui voudraient surprendre le consentement des personnes qui ont été parties s'adresseraient successivement à chacune d'elles et obtiendraient facilement une procuration en faveur d'un même mandataire; on favoriserait donc la surprise et l'absence de discussion. Est-ce là ce que la loi a voulu?

99. On suppose que l'une des personnes qui devaient assister à la contre-lettre ne se présente pas, ou, ce qui revient au même, ne consent point au changement: quelle sera la conséquence de ce refus? L'article 1396 dit que le changement n'est pas valable, c'est dire qu'il ne pourra pas se faire. Il faut donc que les époux y renoncent, ou qu'ils fassent un autre contrat de mariage sans le concours de celui qui a refusé son consentement; ce qui suppose qu'il s'agit d'une partie qui a promis, et non d'une partie qui a assisté un incapable; dans ce dernier cas, tout changement et toute convention nouvelle deviendraient impossibles.

Il suit de là que si un donateur refuse de consentir à la contre-lettre, les futurs époux doivent faire un autre contrat, s'ils tiennent au changement qu'ils veulent apporter à leur contrat primitif. On enseigne toutefois que le changement sera valable, mais que la donation tombera. Nous croyons que cette opinion, soutenue par de bons esprits, est contraire aux principes. La loi dit formellement que la contre-lettre n'est pas valable si l'une des parties refuse son consentement; c'est dire que le changement est nul et que le premier contrat subsiste. Les parties n'ont qu'une voie légale pour réaliser le changement, c'est de faire un nouveau contrat, sans le concours du donateur, en renonçant à la libéralité qu'il avait faite. On ne peut pas déclarer qu'une donation reste sans effet par cela seul que les futurs époux font un changement contraire à la loi. Le premier acte est conforme à la loi, donc la loi doit le

(1) Duranton, t. XIV, p. 56, n° 54. Aubry et Rau, t. V, p. 261, § 503 bis.

maintenir jusqu'à ce qu'il soit valablement remplacé par un nouveau contrat (1).

100. Le consentement de l'une des parties devient impossible si elle meurt ou si elle est frappée d'incapacité. Quelle sera, dans ce cas, la situation des époux? Si la partie qui meurt a fait une libéralité, ou une promesse quelconque, on enseigne que la contre-lettre ne pourra pas se faire, puisque le consentement exigé par la loi ne peut pas être donné. Cela n'est-il pas trop absolu? Les héritiers du donateur ne pourraient-ils pas consentir? Nous promettons et nous stipulons pour nous et pour nos héritiers; tous nos droits peuvent être exercés par ceux qui nous représentent, à moins qu'ils ne soient exclusivement attachés à la personne; or, il s'agit, dans l'espèce, d'intérêts pécuniaires qui n'engendrent point des droits purement personnels. Si l'une des parties était interdite, elle serait dans l'impossibilité de consentir, donc le changement deviendrait impossible. Le tuteur de l'interdit ne pourrait consentir en son nom, car il s'agit d'une libéralité, et le tuteur n'a aucune qualité pour intervenir dans une donation, soit pour la faire soit pour la confirmer (2).

101. La nullité des contre-lettres peut-elle se couvrir par la confirmation? Il a été jugé que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales étant d'intérêt public, la nullité qui résulte de l'inobservation de l'article 1396 est irréparable (3). Dans l'opinion que nous avons enseignée, il faut décider qu'il y a plus que nullité, que les changements contraires à la loi n'ont point d'existence légale. Cela est certain lorsque la contre-lettre est sous seing privé, ou quand l'acte authentique qui la contient est nul comme tel; on applique alors le principe qui découle de la solennité des conventions matrimoniales (n° 44). Il en est de même dans le cas du deuxième alinéa de l'article 1396: tous ceux qui ont été parties au contrat de

(1) Marcadé, t. V, p. 432, n° V de l'article 1396. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 19, n° 12 bis III. Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 94, n° 142.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 261, § 503. Colmet de Santerre, t. VI, p. 21, n° 12 bis V.

(3) Bastia, 16 janvier 1856 (Daloz, 1856, 2, 58).

mariage doivent consentir à la contre-lettre; si l'un d'eux ne consent pas, il n'y a pas de contre-lettre, puisqu'il n'y a pas de convention sans consentement.

II. Des conditions requises pour la validité des contre-lettres à l'égard des tiers.

102. Quand les formes et conditions prescrites par l'article 1396 ont été observées, les contre-lettres sont valables entre les parties. Pour qu'elles aient effet à l'égard des tiers, il faut une condition de plus : aux termes de l'article 1397, « tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ». Cette condition en implique une autre, c'est que la contre-lettre doit être reçue par le notaire qui a rédigé le contrat de mariage ou par le notaire qui est dépositaire de ses minutes. En effet, d'après la loi du 25 ventôse an XI (art. 20), les notaires ne peuvent pas se dessaisir de leurs minutes; il n'y a donc que celui qui a le dépôt de la minute du contrat de mariage qui ait le droit de rédiger la contre-lettre à la suite de la minute. Cette condition n'étant requise que pour la validité de la contre-lettre à l'égard des tiers, il en résulte que la contre-lettre serait valable entre les parties si elle était reçue dans la forme authentique par n'importe quel notaire, dépositaire ou non de la minute.

Pour comprendre le motif des conditions que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers, il faut ajouter qu'aux termes de l'article 1397 le notaire ne peut, à peine de dommages et intérêts, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers, en ce sens que leurs droits contre les époux dépendent du régime et des clauses que les époux ont consentis par leur contrat de mariage. Ceux qui traitent avec les époux ont donc grand intérêt à connaître leurs conventions matrimoniales; régulièrement, ils se font représenter la grosse ou une expé-

dition du contrat de mariage. Il importe, par conséquent, que cet acte soit complet, et que, si les époux ont apporté des changements à leurs conventions primitives, ces changements y soient relatés. De là la nécessité de rédiger la contre-lettre à la suite de la minute. Si cette condition n'est pas remplie, la contre-lettre n'a pas d'effet à l'égard des tiers; à leur égard, elle n'existe pas, puisqu'ils ne peuvent pas la connaître. La contre-lettre qui n'est pas rédigée à la suite de la minute est clandestine, en ce sens qu'alors même qu'elle serait reçue par acte authentique, elle reste ignorée des tiers, ceux-ci devant croire que la grosse ou l'expédition qu'on leur représente contient toutes les conventions matrimoniales des époux. Il en résulte que la contre-lettre, valable entre les parties, sera inexistante à l'égard des tiers; leurs droits sur le patrimoine des époux seront réglés par le contrat de mariage comme s'il n'y avait pas de contre-lettre. C'est l'application du principe établi par l'article 1320 : valables entre les parties, les contre-lettres sont sans effet à l'égard des tiers (1).

103. La cour de cassation a fait une application remarquable de ces principes dans une espèce où l'immutabilité des conventions matrimoniales se trouvait en conflit avec le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal. Les époux étaient mariés sous le régime dotal. Le mari se livra à des spéculations hasardeuses et fit de mauvaises affaires. Débiteur de sommes considérables, il ne trouvait pas à emprunter malgré la fortune de sa femme, celle-ci étant protégée par la dotalité. Voici l'expédient auquel les époux eurent recours. Ils marièrent leur fille sous le régime de la communauté en lui constituant une dot de 100,000 francs à prendre sur une terre faisant partie de la dot de la mère et valant une somme beaucoup plus considérable. Si les époux avaient agi loyalement, ils auraient constitué ladite terre en dot jusqu'à concurrence de la somme de 100,000 francs qu'ils entendaient donner à leur fille; le surplus serait resté dotal, donc inaliénable. Dans

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 22, nos 13 et 13 bis I et II

ces termes, tout était légal (art. 1555), mais le mari restait sans crédit. Pour éluder l'obstacle de l'inaliénabilité, les constituants, d'accord avec leur fille et leur gendre, fraudèrent la loi en donnant en apparence à la fille la totalité de la terre sur laquelle la dot devait être prise et en l'ameublissant jusqu'à concurrence d'une somme de 250,000 francs; cela permettait au père d'emprunter sous le nom de son gendre. Par des actes secrets, il fut convenu que la dot n'était que de 100,000 francs et que le surplus serait employé à payer les dettes du père. En apparence, la mère seule y perdait une partie de ses biens dotaux; en réalité, le contrat de mariage était, comme le disait le pourvoi, un guet-apens pour les tiers. Les jeunes mariés firent des emprunts considérables; les tiers contractèrent en pleine confiance sur la foi du contrat de mariage apparent; mais les époux ayant, à leur tour, fait de mauvaises affaires, l'un des prêteurs, créancier d'une somme de 100,000 francs, expropria la terre qui lui avait été donnée en hypothèque. Alors la mère intervint et soutint que la dot de la fille n'était qu'apparente, que les conventions matrimoniales n'avaient eu pour but que d'enlever à la terre donnée en dot le caractère de dotalité; elle en demanda la nullité comme étant faites en fraude de ses droits. Les auteurs de ce guet-apens étaient des nobles! La cour de Paris admit le système de la demanderesse; elle donna gain de cause au principe de l'inaliénabilité de la dot; le contrat de mariage avait fait fraude à cette garantie de la femme dotale; or, la fraude entraîne la nullité de l'acte frauduleux, peu importe qu'elle soit pratiquée par le contrat de mariage ou par un autre acte. Sans doute; mais restait à savoir si les tiers pouvaient être victimes d'un contrat frauduleux. A leur égard, il n'y avait qu'un seul acte valable, le contrat de mariage qui leur donnait pleine sécurité et garantissait entièrement leurs droits. Qu'est-ce qu'on leur opposait? Une contre-lettre frauduleuse. Cette contre-lettre pouvait-elle leur être opposée? Non, car elle n'était pas rédigée dans les formes prescrites par la loi, elle n'était pas même authentique, donc elle n'existait pas à l'égard des tiers. La cour de cas-

sation devait, par conséquent, faire prévaloir le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales sur le principe de l'inaliénabilité de la dot. Des tiers de bonne foi, contractant sous la garantie d'un contrat de mariage, ne pouvaient être dépouillés de leur gage par un acte frauduleux sans existence légale et par l'un des complices de la fraude (1).

104. L'article 1397 dit que les contre-lettres non rédigées à la suite de la minute sont sans effet à l'égard des tiers. Que faut-il entendre ici par tiers? L'esprit de la loi donne la réponse à la question. Elle veut sauvegarder les intérêts de ceux qui traitent avec les époux dans l'ignorance des contre-lettres, donc tous ceux-là sont des tiers; cette ignorance, on le suppose, aurait pour effet de restreindre ou d'anéantir les droits qu'ils devaient avoir sur le patrimoine de s'époux en vertu du contrat de mariage(2); pour empêcher cette fraude, la loi dispose que la contre-lettre ne pourra leur être opposée. Nous venons d'en donner un exemple dans lequel il n'y a aucun doute. Il y a des applications sur lesquelles il y a controverse. Le mari cède une créance dotale; le cessionnaire agit contre le constituant, celui-ci lui oppose une contre-lettre qui porte réduction de la somme promise par le contrat de mariage: le cessionnaire peut-il repousser la contre-lettre en qualité de tiers? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, le cessionnaire serait trompé si, ayant acheté sur la foi d'un acte patent une créance de 20,000 fr., on pouvait lui opposer une contre-lettre qui réduit la dot à 10,000 francs; or, le but de la loi a été précisément d'empêcher que les tiers ne soient lésés par des actes qu'ils ne peuvent pas connaître et qui diminueraient les droits qu'ils ont en vertu du contrat de mariage (3).

(1) Cassation, 15 février 1847 (Daloz, 1847, 1. 53). Le pourvoi a été admis par la chambre des requêtes sur le rapport de Troplong qui se trouve reproduit dans le *Traité de l'auteur sur le Contrat de mariage*, t. I, p. 129, nos 250-262.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 261 et suiv., § 503 bis. Rodière et Pont donnent une définition plus restrictive, combattue par Aubry et Rau, note 36.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 262, note 31. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 162.

On demande si les créanciers chirographaires des époux sont des tiers? Le contrat de mariage stipule le régime de communauté. Une contre-lettre établit la communauté d'acquêts et déclare les biens de la femme inaliénables. Sur la foi du contrat, un banquier prête aux époux une somme de 10,000 francs. Quand il poursuit l'expropriation, on lui oppose la contre-lettre en vertu de laquelle les biens de la femme ne peuvent être aliénés : peut-il la repousser, comme tiers? Oui, et sans doute aucun. Il est très-vrai que les créanciers chirographaires n'ont d'action sur les biens de leur débiteur qu'au moment de la poursuite, et qu'ils doivent prendre les biens dans l'état où ils se trouvent. Tel est le système du code civil; nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que la loi hypothécaire belge y a dérogé en ce qui concerne les actes translatifs de droits réels immobiliers. Dans l'espèce, il ne s'agit point d'un acte d'aliénation fait par les débiteurs; on reste donc sous l'empire du code. Mais le principe général est modifié par l'article 1397; le débiteur ne peut pas opposer au créancier une contre-lettre qui modifie son contrat de mariage. Tel est aussi l'esprit de la loi; elle veut sauvegarder les intérêts de tous ceux qui traitent avec les époux, et empêcher qu'ils ne soient trompés par un acte qu'ils ne peuvent pas connaître; dans l'esprit de la loi, la disposition doit profiter aux créanciers chirographaires aussi bien qu'à ceux qui stipulent un droit réel (1).

105. L'article 1397 dit que les notaires ne peuvent délivrer aucune expédition du contrat de mariage, sans transcrire à la suite la contre-lettre, « à peine des dommages-intérêts des parties et sous plus grande peine s'il y a lieu ». La loi ne dit pas qu'à défaut de transcription la contre-lettre n'aura pas d'effet à l'égard des tiers; au lieu de la nullité, elle établit une autre sanction, des dommages-intérêts et, s'il y a lieu, des peines disciplinaires. Pourquoi la contre-lettre, quoique non transcrite, a-t-elle effet à l'égard des tiers, tandis qu'elle ne peut pas

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 163, note 38. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 162.

leur être opposée lorsqu'elle n'a pas été rédigée à la suite de la minute? La loi le décide ainsi, par application des principes généraux de droit. Tout acte que les parties font conformément à la loi est valable; il est nul lorsque les parties ont omis une formalité substantielle qu'elle prescrit. La rédaction de la contre-lettre à la suite de la minute est une formalité substantielle; si elle n'est pas remplie, la contre-lettre doit être nulle; dans notre opinion, elle n'a aucune existence légale. Mais quand les parties se sont conformées à la loi, quand elles ont veillé à ce que le notaire rédige la contre-lettre à la suite du contrat, la contre-lettre doit avoir effet à l'égard des tiers, alors même que le notaire aurait négligé de la transcrire dans l'expédition du contrat de mariage; cette transcription est l'œuvre de l'officier public, les époux y restent étrangers; ils ont satisfait à la loi en faisant rédiger la contre-lettre à la suite de la minute; dès lors leur acte doit être pleinement valable.

Il fallait cependant une sanction à la disposition de la loi concernant la transcription de la contre-lettre. L'article 1397 dit que le notaire sera condamné à des dommages-intérêts envers les *parties*. Quelles sont ces parties? Ce sont ceux qui sont lésés par le défaut de transcription, c'est-à-dire les tiers auxquels les époux peuvent opposer la contre-lettre non transcrite; la contre-lettre peut leur être préjudiciable, en ce sens qu'ils n'auront pas sur les biens des époux les droits qu'ils devraient avoir en vertu du contrat de mariage; ce préjudice, ils l'éprouvent par la faute du notaire; celui-ci est responsable comme auteur du fait dommageable. On s'est prévalu du mot *parties* pour en induire que les dommages-intérêts sont dus aux *parties contractantes*, c'est-à-dire aux époux, ce qui conduit à une autre interprétation de la loi : les contre-lettres ne pourraient pas être opposées aux tiers, elles seraient donc nulles à leur égard, sauf le recours des époux contre le notaire. Cette opinion n'a pas trouvé faveur, elle crée une nullité que la loi ne prononce pas et elle déclare la contre-lettre nulle à l'égard des époux, bien que ceux-ci se soient conformés à la loi. Il est vrai que le mot *parties*

signifie généralement *parties contractantes*; dans l'article 1397, on peut aussi l'entendre dans le sens de parties intéressées; cette interprétation doit être préférée, puisqu'elle concilie les textes avec les principes. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Toullier (1).

Le texte de l'article 1397 donne encore lieu à une légère difficulté. Que faut-il entendre par ces mots : « Et sous plus grande peine s'il y a lieu? » La coutume de Paris, à laquelle cette disposition est empruntée, disait à *peine de faux* : faut-il entendre l'article 1397 dans le même sens? Tous les auteurs disent que le notaire ne commettrait pas de faux en délivrant une expédition du contrat de mariage sans y transcrire la contre-lettre, mais il serait passible de peines disciplinaires conformément à la loi du 25 ventôse an XI.

§ V. De la publicité du contrat de mariage.

N° 1. DES COMMERÇANTS.

106. Le code de commerce (art. 67) exige que tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant soit transmis, par extrait dans le mois de sa date, aux greffes du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile du mari pour être inséré sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Cet extrait doit contenir les noms des époux et mentionner s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'il y a exclusion de communauté ou régime dotal. Cette publicité est très-incomplète, mais elle suffit pour ceux qui en ont connaissance; sachant que le commerçant avec qui ils traitent a fait un contrat de mariage, ils peuvent se le faire représenter. Mais la publicité n'est

(1) Duranton, t. XIV, p. 70, n° 69, et tous les auteurs, sauf Toullier, t. VI, 2, p. 60, n° 67 et 68.

guère efficace que pour le moment, tant que le tableau sera exposé; l'inscription de l'extrait sur un registre aurait assuré une publicité permanente. Aux termes de l'article 69, tout époux, séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant, postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce, à peine, en cas de faillite, d'être puni comme banqueroutier frauduleux.

107. Quelle est la sanction de ces formalités? De droit commun, quand une disposition doit être rendue publique et que la publicité n'a pas eu lieu, la disposition ne peut pas être opposée aux tiers; c'est le système de la loi hypothécaire belge (art. 1^{er}). L'ordonnance de 1673 allait plus loin, elle prononçait la peine de nullité; le code de commerce ne reproduit pas cette pénalité(1), il se borne à prononcer une amende et, s'il y a lieu, la destitution, contre le notaire qui a négligé de remplir la formalité que la loi le charge d'accomplir. C'est une sanction dérisoire; l'amende et la destitution ne répareront pas le préjudice que les tiers éprouvent par le défaut de publicité. Pour trouver une sanction à la loi, les tribunaux ont été obligés de recourir à l'article 1382. Il est de principe que la femme, même dotale, répond sur ses biens de ses délits et quasi-délits; or, la négligence que la femme commerçante met à observer la loi est un quasi-délit, puisque c'est un fait dommageable. Cela est vrai de l'époux qui, marié sous le régime dotal, embrasse la profession de commerçant postérieurement au mariage; le code de commerce (art. 69) le charge de remplir les formalités prescrites par l'article 67 pour assurer la publicité du régime sous lequel il a contracté; il est donc responsable du défaut de publicité (2). Mais quand l'époux était commerçant au moment où il se marie, ce n'est pas lui qui est chargé de remplir les formalités légales, c'est le notaire; on ne peut donc pas imputer de négligence à l'époux, partant il

(1) Rejet, 20 avril 1869 (Daloz, 1870, 1, 99).

(2) Rejet, 24 décembre 1860 (Daloz, 1861, 1, 373).