

seil à la mère tutrice. Les époux ne peuvent déroger à la tutelle, parce qu'elle est d'ordre public. Sur ce point, nous citerons une observation faite au conseil d'État par le consul Cambacérès, elle donnera une idée des choses que l'on y débitait trop souvent et que l'on voudrait transformer en loi. Cambacérès critiquait l'article 1388 : il n'y avait point de motif, d'après lui, de défendre la stipulation par laquelle des parents sages, craignant que la femme jeune encore ne puisse porter le poids de la tutelle, deviendrait pas tutrice avant l'âge de vingt-cinq ans. Berlier, esprit bien plus juridique que le consul, lui répondit que le mari avait le droit de nommer un conseil à la femme, et que, s'il ne lui en donnait pas, la femme a le droit d'être tutrice, droit qu'aucune convention ne peut lui enlever, car c'est un devoir que la nature et la loi lui imposent (1).

§ III. *Des clauses contraires aux droits du mari comme chef.*

123. « Les époux ne peuvent déroger aux droits du mari comme chef » (art. 1388). Cette disposition est obscure : de quels droits du mari s'agit-il ? On a cru que la loi parlait des droits que le mari a comme tel, c'est-à-dire comme exerçant la puissance maritale sur la personne de la femme. Cette interprétation est inadmissible, puisqu'elle ferait dire deux fois la même chose à la loi. En effet, le commencement de l'article défend de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme ; quand la loi parle immédiatement après des droits du mari comme chef, elle doit entendre d'autres droits que ceux dont il vient d'être question ; or, il n'y en a d'autres que ceux qui appartiennent au mari sur les biens (2). Il nous faut donc voir quels droits le mari a sur les biens à titre de *chef*.

(1) Séance du conseil d'État du 6 vendémiaire an XII, n° 8 (Loché, t. VI, p. 345 et 347).

(2) Marcadé, t. V, p. 408, n° V de l'article 1388.

124. Cette disposition de l'article 1388 paraît avoir été empruntée à Pothier. On lit dans son *Introduction au Traité de la communauté* : « S'il était dit dans un contrat de mariage « que la femme serait le *chef de la communauté de biens* qui aurait lieu entre les époux », une telle convention ne serait point valable, étant contre la bienséance publique que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens (1). » On voit que Pothier applique le principe à la communauté, tout en donnant des motifs qui s'appliquent à tout régime, car sous toute espèce de régime, le mari est le chef de la femme. Aussi les termes de l'article 1388 sont-ils généraux, et ils se trouvent sous la rubrique des *Dispositions générales* applicables à tous les régimes. Toutefois, le principe que la loi établit intéresse surtout la communauté, qui est une société de biens entre époux, tandis que sous les autres régimes les époux sont séparés de biens. Dans une société, il importe de savoir si les droits des associés sont égaux, comme le veut le droit commun, ou si l'un des associés, le mari, est le chef. L'article 1388 décide implicitement que le mari est le chef de l'association conjugale quant aux biens ; ce qui est très-logique, puisqu'il est aussi le chef de l'association quant aux personnes. Le principe que le mari est le chef, découlant de la puissance maritale, est par cela même d'ordre public, quoiqu'il concerne les biens ; c'est la raison pour laquelle les conjoints n'y peuvent pas déroger. On ne pourrait donc stipuler que les époux seraient égaux ; on ne comprendrait pas que les époux fussent égaux comme associés, alors qu'ils sont inégaux comme conjoints.

125. Faut-il induire de là que les pouvoirs que la loi accorde au mari sous le régime de communauté ne peuvent subir aucune modification ? La question est controversée ; pour la décider, il faut distinguer les divers cas qui peuvent se présenter. Quant aux biens du mari, il est certain que le contrat de mariage ne peut limiter ses droits,

(1) Pothier, *Introduction*, n° 4.

il ne les exerce pas comme chef, il les exerce comme propriétaire; or, le régime de communauté, pas plus que tout autre régime, ne modifie les droits du mari sur son patrimoine; il conserve, après le mariage, le plein droit de propriété qu'il avait avant de se marier; le mariage n'exerçant aucune influence sur les droits du mari, il faut écarter l'article 1388, il ne s'applique pas au mari. Cette disposition ne concerne que les biens possédés par l'association conjugale, la communauté et les biens de la femme.

Aux termes de l'article 1421, le mari seul administre les biens de la communauté. Les époux peuvent-ils déroger à ce principe qui domine tout le régime, à tel point que dans l'ancien droit on disait que le mari est maître et seigneur? Non; sur ce point, tout le monde est d'accord. L'article 1421 donne au mari l'administration exclusive de la communauté, comme conséquence de la puissance maritale; de même que dans la société des personnes le mari exerce un pouvoir, de même dans la société des biens la loi veut qu'il y ait un maître, et ce maître c'est le mari. Il va donc sans dire que le contrat de mariage ne pourrait donner l'administration exclusive à la femme, car ce serait faire de la femme le chef, alors que la loi veut que ce soit le mari. Le contrat ne pourrait pas davantage partager l'administration entre le mari et la femme; ce serait établir l'égalité entre les époux; or, la loi a rejeté le principe de l'égalité en déclarant que la femme est soumise au mari (art. 212), et que le mari est le chef de l'association quant aux biens (art. 1387). Cette inégalité ne viole pas la justice. En ce qui concerne la société de biens que les époux forment, le pouvoir que la loi reconnaît au mari n'est que l'expression des facultés diverses des époux et de la mission qui en résulte pour chacun d'eux : à la femme, le gouvernement du ménage et l'éducation des enfants; au mari, la direction des intérêts généraux de la famille. De fait, la femme sera consultée et son avis sera écouté. De droit, il fallait, dans une société de deux personnes, donner la prépondérance à l'une d'elles pour éviter des conflits journaliers; cette prépondé-

rance appartient au mari par la nature, la loi n'a fait que la consacrer.

L'article 1421 donne au mari un autre pouvoir plus étendu et également exclusif en disposant que le mari peut, sans le concours de la femme, vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté. Peut-on stipuler que le mari n'aura le droit de disposer des biens communs qu'avec le concours de la femme? La question divise les auteurs : l'opinion assez générale est que cette stipulation serait nulle. La loi donne au mari le droit d'aliéner, au même titre que le droit d'administrer et avec la même étendue, en ce qui concerne les actes onéreux; c'est un pouvoir exclusif, le concours de la femme est expressément exclu. Ce pouvoir a le même fondement, qu'il s'agisse d'aliéner ou d'administrer; c'est la conséquence de l'inégalité qui règne dans le mariage et dans l'association des biens. Il faut donc dire du droit d'aliéner ce que nous venons de dire du droit d'administrer : il appartient au mari comme chef, dès lors il est défendu aux époux d'y déroger (1). L'opinion contraire se fonde sur une fausse interprétation de l'article 1388; on suppose qu'en défendant aux époux de déroger aux droits du mari comme chef, la loi n'a entendu sauvegarder que la puissance maritale en laissant une entière liberté aux époux quant aux biens; nous disons que l'interprétation est fautive, puisqu'elle est contraire au texte même de la loi (n° 123). Il n'y a pas d'arrêt sur la matière; il faut donc croire qu'il n'est jamais venu à la pensée de futurs époux de subordonner l'autorité du mari à un concours de la femme.

Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la question devient douteuse. La femme ameublit ses immeubles, ou les époux stipulent la communauté universelle, ce qui implique l'ameublissement des biens de chacun des époux; le contrat pourrait-il stipuler que le mari n'aura le droit

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 266, note 3, § 504, et les autorités qu'ils citent.

(2) Toullier, Duranton, Battur et Zacharise (Rodière et Pont, t. I, p. 93, n° 60). Marcadé a réfuté cette opinion (t. V, p. 412 et suiv., n° VI de l'article 1388).

d'aliéner les biens ameublés de la femme qu'avec son consentement? De droit commun, les immeubles de la femme restent en dehors de la communauté; la femme en les y faisant entrer ne peut-elle pas mettre comme condition que le mari aura besoin de son concours pour en disposer? Au premier abord, on est tenté de croire que c'est là l'exercice du droit de propriété. Celui qui aliène ses biens ne peut-il pas le faire sous telle condition qu'il juge convenable? La femme est libre de stipuler que ses biens seront inaliénables; pourquoi ne pourrait-elle pas stipuler que son consentement est nécessaire pour les aliéner? Toutefois, la cour de Paris a jugé que cette stipulation est nulle; c'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs, mais il importe de préciser les motifs de décider. La cour cite l'article 1421 qui donne au mari le droit d'aliéner sans le concours de la femme; cela est de l'essence de la communauté, dit l'article (1). Sans doute, mais pour quelle raison cela est-il de l'essence de la communauté? L'article 1387 donne plein pouvoir aux époux de faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos; il leur est donc permis de déroger aux dispositions du code sur les divers régimes. Notre question revient: pourquoi ne leur est-il pas permis de déroger à l'article 1421? La réponse se trouve, non dans l'article 1421, mais dans l'article 1388. C'est parce que la clause déroge aux droits du mari comme chef qu'elle est frappée de nullité. Les époux sont libres d'étendre ou de restreindre la société de biens qu'ils forment, ils peuvent stipuler une communauté universelle ou réduire la communauté aux acquêts. Mais une fois la communauté formée, le mari en devient le chef et il est défendu de déroger aux droits qui lui appartiennent comme chef.

126. L'article 1428 donne au mari l'administration de tous les biens personnels de la femme. Ce pouvoir lui appartient-il comme chef? ou les époux y peuvent-ils déroger? La loi permet à la femme de stipuler qu'elle aura la libre administration de ses biens; c'est ce qu'on appelle le

(1) Paris, 7 mai 1855 (Dalloz, 1856, 2, 257).

régime de séparation de biens (art. 1536). Sous le régime dotal, la femme a l'administration de ses biens paraphernaux (art. 1576). Cela prouve déjà que l'administration des biens de la femme n'appartient pas au mari comme chef; s'il l'avait à ce titre, on ne pourrait y déroger, et le régime de séparation de biens deviendrait impossible. Si la mari a l'administration des biens de la femme, c'est qu'il en a la jouissance: il est très-naturel que celui qui jouit administre. L'administration et la jouissance sont unies sous les régimes de communauté, d'exclusion de communauté et sous le régime dotal; le mari, sous ces divers régimes, jouit des biens de la femme, et il les administre. Sous le régime de séparation de biens, au contraire, c'est la femme qui jouit, et c'est aussi elle qui administre; il en est de même, sous le régime dotal, des biens paraphernaux. Or, le droit du mari, quant à la jouissance, peut être limité; donc le droit d'administration aussi peut l'être. Il y a un régime sous lequel le mari n'a pas la jouissance des biens de la femme, c'est la séparation de biens; par suite, le mari n'en a pas l'administration. Sous le régime dotal, le mari jouit des biens dotaux et il les administre; il ne jouit pas des biens paraphernaux et il ne les administre pas. Or, il dépend de la femme de se constituer en dot ce qu'elle veut; elle peut donc restreindre tout ensemble la jouissance et l'administration du mari; la loi prévoit même le cas où tous les biens de la femme sont paraphernaux (art. 1575); dans ce cas, le mari ne jouit ni n'administre; cesera, en réalité, le régime de séparation de biens.

Sous le régime exclusif de communauté, le mari a la jouissance et l'administration des biens de la femme. Toutefois, la loi permet à la femme de stipuler qu'elle touchera annuellement sur ses seules quittances une certaine portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Si la femme se réserve la jouissance d'un bien, en aura-t-elle, par cela même, l'administration? Cela est controversé, comme nous le dirons plus loin. En tout cas, la femme peut le stipuler. Elle a le droit de se réserver l'administration et la jouissance de tous ses biens; à plus

forte raison peut-elle stipuler qu'elle aura la libre administration de quelques-uns de ses biens. Et si cette stipulation est permise sous le régime exclusif de communauté, elle doit l'être sous le régime de communauté. De droit commun, le mari perçoit tous les fruits des propres de la femme, mais cela n'est pas de l'essence de la communauté; la puissance du mari n'est pas en cause: la femme commune peut donc stipuler qu'elle jouira de tel bien pour son entretien et qu'elle en aura l'administration. Sur ce point, il n'y a aucun doute. La femme pourrait-elle se réserver la jouissance et l'administration de tous ses biens? L'affirmative n'est pas douteuse; seulement ce ne serait plus là le régime de communauté; mais peu importe le nom que les époux donnent au régime qu'ils adoptent, il faut s'en tenir à leurs conventions⁽¹⁾. Jusqu'ici il n'y a aucun doute. La femme peut se réserver l'administration et la jouissance de ses biens sous tous les régimes, soit de tous ses biens, soit d'une partie de ses biens. Pourrait-elle aussi séparer l'administration et la jouissance, c'est-à-dire stipuler l'administration pour elle, tout en laissant la jouissance à son mari? Question d'école sur laquelle les auteurs sont divisés. Marcadé trouve la stipulation insultante pour le mari⁽²⁾; il faut laisser de côté les grands mots et voir si la convention déroge aux droits du mari comme chef. Or, la négative est certaine, d'après ce que nous venons de dire. Le mari n'administre pas les biens de la femme comme chef, donc on ne déroge pas à ses droits en stipulant que la femme administrera. Quant à la dignité du mari, en supposant qu'elle soit engagée dans ce débat, c'est à lui de la sauvegarder.

La jurisprudence ignore ces débats. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Le contrat de mariage stipulait le régime dotal; les époux se réservaient le droit d'administrer chacun ses biens, en supportant les charges du mariage par égales portions. De fait, la femme

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 267, § 504. Rodière et Pont, t. I, p. 41, nos 161-163, p. 43, n° 64. Troplong, t. I, p. 73, n° 66.

(2) Marcadé, t. V, p. 412, n° VI de l'article 1387. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 74, n° 67.

laissa l'administration et la jouissance à mari; mais des son difficultés s'étant élevées entre les époux, la femme se pourvut en justice pour faire déclarer qu'elle avait seule le droit d'administrer ses biens et de disposer de ses revenus, sauf à contribuer pour moitié aux dépenses du ménage. Le mari prétendit que la clause du contrat sur laquelle la femme fondait sa demande était contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. La cour de Paris rejeta ces prétentions; elle cite l'article 1387 qui permet aux époux de régler leurs conventions comme ils le jugent à propos. C'était mal motiver une décision très-juste. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes, puis rejeté par la chambre civile. L'arrêt de rejet se borne à affirmer que la clause litigieuse, très-usitée, n'est pas contraire aux bonnes mœurs⁽¹⁾. Les interprètes devraient toujours se rappeler qu'affirmer n'est pas prouver. Le motif de décider était facile dans l'espèce, et péremptoire, puisqu'il est écrit dans la loi. Qu'est-ce qu'une clause qui permet aux époux de jouir de leurs biens et de les administrer en supportant les charges du mariage par moitié? Les époux qualifiaient le régime de dotal; en réalité, tous les biens de chacun des époux leur restaient propres, il y avait donc séparation de biens, car les fruits mêmes étaient propres. Donc tous les biens de la femme étaient paraphernaux: c'est la clause prévue par l'article 1575. Cela décide la question: peut-on dire d'une clause consacrée par la loi qu'elle est contraire aux bonnes mœurs?

127. Les époux peuvent-ils, en adoptant le régime de communauté, stipuler que les biens de la femme seront inaliénables? L'opinion commune des auteurs est que la stipulation est licite⁽²⁾; la jurisprudence en admet la validité, sans même la discuter, comme chose évidente⁽³⁾. Nous nous rangeons, sans hésiter, à cet avis; mais quel est le

(1) Rejet, chambre civile, 1^{er} mars 1837 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 110).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 268 et note 7, et les autorités qui y sont citées.

(3) Cassation, 24 août 1836 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3158, 6°). Comparez Rejet, 29 juin 1847 (Daloz, 1847, 1. 295). Caen, 4 juillet 1842 (Daloz, 1845, 4. 164), et 11 février 1850 (Daloz, 1852, 2. 109).

vrai motif de décider? La liberté forme la règle en matière de conventions matrimoniales, sauf les clauses que la loi prohibe. Il s'agit donc de savoir si la clause d'inaliénabilité est prohibée par la loi. Elle ne l'est pas par l'article 1388, car le mari n'a pas le droit d'aliéner les biens de la femme (art. 1428). Ce droit n'appartient qu'à la femme. Peut-elle l'abdiquer? Elle l'abdique par cela seul qu'elle se marie sous le régime dotal, puisque, sous ce régime, les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ni hypothéqués. L'inaliénabilité, si elle prive la femme du droit d'aliéner, lui donne en même temps la plus forte garantie pour la conservation de son patrimoine: peut-on dire qu'une convention porte atteinte aux droits de la femme quand elle a pour objet de sauvegarder ses droits? Le texte de la loi répond à l'objection; elle autorise la stipulation d'inaliénabilité sous le régime dotal, elle la considère donc comme licite en faveur de la femme; cela est décisif. Qu'importe le régime sous lequel les époux se marient? Ce qui est permis sous le régime dotal doit l'être sous tous les régimes. L'inaliénabilité est le caractère distinctif du régime dotal, mais ce n'est pas un privilège attaché à ce régime, c'est une exception au droit commun que la loi autorise dans l'intérêt de la femme; elle doit donc l'admettre sous tous les régimes. Les époux peuvent emprunter leurs conventions aux divers régimes; ce droit résulte de l'article 1387, et l'article 1581 en donne un exemple qui décide notre question; il permet de stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux sous le régime de la communauté d'acquêts, donc il le permet implicitement dans toute communauté; car il n'y a pas une ombre de raison pour défendre dans la communauté légale ce qui est permis dans la communauté d'acquêts, la communauté d'acquêts n'étant autre chose que la communauté légale modifiée quant aux biens et aux dettes qui y entrent.

Troplong soutient l'opinion contraire par d'assez mauvaises raisons; c'est une série d'affirmations qu'il oublie de prouver, des variantes sans fin reproduisant toujours la même pensée. Il suffit de citer quelques traits. « Il est défendu par les lois, les bonnes mœurs et l'ordre public

de diminuer la capacité de la femme par des restrictions arbitraires. » Troplong cite l'article 1133 relatif à la cause illicite. Qu'est-ce que la cause a à faire dans notre débat? Troplong applique ensuite son prétendu principe à la clause litigieuse: elle porte atteinte à la liberté de la femme. Et que fait-on de l'article 1554 et de l'inaliénabilité des biens dotaux? Ce qui est licite sous le régime dotal peut-il être illicite sous les autres régimes? Que la femme stipule le régime dotal, dit Troplong, si elle veut que ses biens soient inaliénables; si elle stipule le régime de communauté avec l'inaliénabilité, elle fait ce qu'elle n'avait pas le droit de faire et elle ne fait pas ce qu'elle pouvait faire (1). Toujours des affirmations sans preuve aucune. Nous croyons inutile d'insister.

128. La jurisprudence n'a jamais hésité sur la question de principe, mais dans l'application il s'est présenté de graves difficultés sur lesquelles la cour de cassation s'est trouvée en conflit avec des cours d'appel. Il s'agit de savoir comment l'inaliénabilité doit être stipulée. L'article 1392 répond à la question: « La simple stipulation que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une *déclaration expresse* à cet égard. » Il suit de là qu'il faut une stipulation expresse pour que les époux soient mariés sous le régime dotal. Pourquoi la loi exige-t-elle une *déclaration expresse*? C'est précisément à raison de l'inaliénabilité des biens dotaux. L'inaliénabilité est contraire à l'intérêt général, c'est une exception au droit commun; à ce double titre, elle ne peut exister qu'en vertu d'une convention formelle. Dans l'espèce, on suppose que les époux se sont mariés sous le régime de communauté; l'article 1392 ne reçoit donc pas d'application directe à notre question, mais il y a lieu d'appliquer la règle dont l'article 1392 n'est lui-même qu'une conséquence: c'est que toute dérogation au droit commun, surtout dans une ma-

(1) Troplong, t. I, p. 76 et suiv., nos 78 et 79.

tière d'ordre public, ne saurait être admise qu'en vertu d'une déclaration expresse.

Qu'entend-on par déclaration *expresse*? Nous l'avons dit bien des fois. Cette expression exclut une manifestation tacite de la volonté des parties; si elles veulent l'exception, il faut qu'elles le disent; il faut donc des paroles, non des paroles sacramentelles, la loi n'en exige jamais, mais des paroles qui fassent clairement connaître aux tiers la condition des biens. Sont-ils aliénables, ils forment le gage des créanciers; sont-ils inaliénables, ils échappent à leur action. Le principe n'est pas contesté; la cour de Caen l'a appliqué à plusieurs reprises (1). Il y a un écueil dans la pratique, c'est qu'elle se montre trop facile à admettre l'inaliénabilité dans des provinces où le régime dotal était jadis le droit commun. Sans doute, on doit interpréter les contrats par ce qui est d'usage dans le pays où l'acte est passé; mais cela n'est vrai que des clauses ambiguës (art. 1159); or, quand la prétendue clause d'inaliénabilité est ambiguë, c'est une preuve certaine qu'elle n'est pas expresse, partant il n'y a pas d'inaliénabilité. C'est ce que la cour de cassation a décidé, chambres réunies, dans l'espèce suivante.

Le contrat de mariage portait : « Les immeubles présents et à venir de la future ne pourront être aliénés sans un emploi en immeubles par elle accepté, ou bien une garantie hypothécaire suffisante pour lui assurer la reprise du prix, garantie que les acquéreurs seront tenus de conserver par l'inscription. » Est-ce que cette clause stipule l'inaliénabilité des propres de la femme? Dans un pays de coutumes, on ne soulèverait pas même la question; on dirait que c'est une clause d'emploi obligatoire pour les tiers, et, bien loin que cette clause entraîne l'inaliénabilité, elle implique que les biens sont aliénables. Dans un pays de dotalité, la cour de Caen jugea que cette clause avait pour effet de rendre les immeubles dotaux et, par suite, inaliénables et insaisissables. On voit le danger de

(1) Caen, 4 juillet 1842 (Daloz, 1845, 4, 164, n° 20); 11 février 1850 (Daloz, 1852, 2, 109). et Rejet, 2 mars 1853 (Daloz, 1853, 1, 82).

cette interprétation; les créanciers qui avaient traité avec les époux sur la garantie des immeubles de la femme se voyaient frustrés de leurs créances en vertu d'une clause qui n'était certes pas expresse. Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. La cour de cassation dit très-bien : « S'il est permis à la femme commune de soumettre tout ou partie de ses biens au régime dotal et si cette convention n'est soumise à aucune formule sacramentelle, il faut au moins qu'il y ait de la part de la femme, à cet égard, une déclaration expresse tellement claire, que les tiers ne puissent jamais être induits en erreur. » Il était facile, après cela, à la cour de démontrer que la clause litigieuse ne remplissait pas cette condition (1). L'affaire fut renvoyée devant la cour de Rennes. La cour, après partage, admit l'interprétation de la cour de Caen. Elle part du principe incontesté qu'il est permis aux époux, en se mariant sous le régime de communauté, d'emprunter au régime dotal la protection que l'inaliénabilité assure à la femme; la cour reconnaît que la clause doit être claire et précise, puis elle analyse la clause qui avait divisé la cour de cassation et la cour de Caen et qui venait de partager les magistrats de Rennes, et elle la trouve claire et précise en faveur de l'inaliénabilité. Comment la cour ne s'est-elle pas dit qu'une clause sur le sens de laquelle tant de magistrats avaient différé d'avis ne pouvait être claire et précise et, qu'étant douteuse, elle n'était pas expresse, comme l'exige l'article 1392? Sur le nouveau pourvoi, les chambres réunies maintinrent la jurisprudence de la chambre civile. « La clause litigieuse, dit l'arrêt, ne présente ni une déclaration expresse de dotalité, comme le veut la loi, ni une stipulation qui puisse en tenir lieu, elle ne fait qu'assurer certaines garanties à la femme pour le cas d'une vente volontaire; mais il n'en ressort pas nécessairement que, d'une manière absolue et pour les obligations qu'elle pourrait contracter personnellement, ses biens immeubles se trouveraient frappés de l'inaliénabilité dotale (2). » Les

(1) Cassation, 6 novembre 1854 (Daloz, 1854, 1, 439).

(2) Cassation, 8 juin 1858 (Daloz, 1858, 1, 233).

termes de cet arrêt sont d'une grande importance; ils fixent le sens de l'article 1392 et de la déclaration qu'il exige pour que les biens de la femme soient inaliénables.

§ IV. *Des pactes successoires.*

129. L'article 1389 porte : « Les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions..., sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés dans le présent code. » Cette disposition a pour objet de maintenir un des principes fondamentaux de notre droit, la prohibition des pactes successoires. La loi l'établit dans l'article 1130; elle défend spécialement la renonciation à une succession future dans l'article 791; l'article 1600 reproduit la défense en l'étendant même au cas où l'on vendrait la succession d'une personne vivante, de son consentement. Nous avons exposé les motifs de ces prohibitions répétées au titre des *Obligations*. Pourquoi la loi y revient-elle au titre du *Contrat de mariage*? C'est que, dans l'ancien droit, il était d'usage de changer l'ordre légal des successions dans les conventions matrimoniales, d'ordinaire pour assurer la succession à l'aîné des enfants, ou pour en exclure les filles, ou pour conserver les biens dans la famille. La révolution de 1789 a aboli ces odieux privilèges, l'aristocratie a fait place à la démocratie; proclamée dans l'ordre politique, l'égalité devait aussi pénétrer dans l'ordre civil, car l'inégalité dans les successions était la base la plus solide du régime aristocratique. Aujourd'hui il n'y a plus d'aristocratie, la noblesse n'est plus qu'un vain mot; les abus que le législateur a voulu empêcher en défendant toute convention sur des successions futures, dans le but d'en changer l'ordre légal, ne sont plus dans nos mœurs, c'est de l'histoire; nous avons retracé cette histoire au titre des *Successions*. La seule chose qui ait un intérêt pratique, c'est la prohibition des pactes successoires. Cette prohibition n'est pas absolue;

l'article 1389 fait une réserve pour les donations par contrat de mariage, qui le plus souvent portent sur les biens que le donateur laissera à son décès : véritables pactes sur une succession future que le législateur autorise pour favoriser le mariage; voilà pourquoi l'institution contractuelle doit être faite par contrat de mariage. C'est une exception à la règle, et les exceptions ne peuvent pas être étendues; l'article 1389 est rédigé en ce sens; il commence par défendre aux époux de faire aucune convention qui aurait pour objet de changer l'ordre légal des successions, puis il rappelle l'exception que le code autorise en permettant d'instituer un héritier par contrat de mariage. Il faut compléter l'article 1389 par les articles 1130 et 1600; alors même que le pacte successoire n'aurait pas pour objet de changer l'ordre légal des successions, il est néanmoins défendu par contrat de mariage aussi bien que par toute espèce de contrat; il n'y a d'exception que pour l'institution contractuelle.

130. L'article 1389 parle des conventions et renonciations. C'est surtout sous forme de renonciation qu'avaient lieu les pactes qui, dans l'ancien droit, dérogeaient à l'ordre légal des successions. On les imposait aux filles, ou aux puînés en faveur du fils aîné, afin d'assurer, comme on disait, la splendeur des familles; ce qui n'empêcha pas la France aristocratique de s'abîmer dans la révolution de 1789. Il est si vrai que ces renonciations étaient arrachées aux enfants, que certaines coutumes les présumaient; il suffisait, pour exclure la fille de la succession de ses parents, qu'ils lui eussent donné quelque chose en la mariant, ne fût-ce qu'un *chapel de fleurs* (1).

Les *conventions* que l'article 1389 prohibe n'avaient pas toujours pour objet un intérêt aristocratique; il y avait une autre tendance dans l'ancien droit, plus légitime, celle de conserver les biens dans les familles. Nous avons dit ailleurs que les auteurs du code ont rejeté la règle qui assurait les biens paternels aux parents paternels et les biens maternels aux parents maternels. Les conventions

(1) Toullier, t. VI. 2. n. 22, n° 19. Troplong, t. I, p. 93, n° 126.

matrimoniales étaient faites dans le même esprit; on immobilisait la fortune mobilière en stipulant que les deniers seraient propres de communauté, et pour empêcher les immeubles fictifs de passer dans une autre famille, on stipulait qu'ils seraient propres au futur conjoint dans ses estocs et lignes, tant directes que collatérales, sans que l'autre conjoint y pût jamais rien prendre de quelque manière que ce fût. Nous ne connaissons plus ces conventions que par l'histoire; l'article 1389 les prohiberait si l'on voulait les ressusciter, car elles tendaient à renverser l'ordre régulier des successions, comme on peut le voir dans Toullier (1).

131. L'article 1389 défend les conventions dérogoires à l'ordre légal des successions, soit par rapport aux époux dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Ainsi les époux ne pourraient pas convenir que l'un d'eux ne succéderait pas à un enfant; ils ne pourraient pas stipuler que les enfants d'un premier lit seraient assimilés aux enfants du second lit, quant au droit réciproque de succession des frères et sœurs entre eux. La loi ne parle pas expressément du droit égal qu'ont les enfants de succéder à leurs père et mère; elle le comprend dans l'expression générale *par rapport à leurs enfants entre eux*. Il suit de là que la clause d'*affrèissement* est prohibée: on entendait par là la convention qui assimilait les enfants nés du premier lit et ceux qui pourraient naître du nouveau mariage; c'était encore déranger l'ordre légal des successions, ce que le code prohibe (2).

132. Les applications que la jurisprudence a faites de l'article 1389 sont peu nombreuses; elles tiennent à d'anciens usages qui peu à peu s'évanouissent. Par contrat de mariage, le futur époux fait donation à la future de tous les biens qu'il délaissera, sauf ceux provenant de sa mère, qui, dit l'acte, passeront à ses parents maternels après le décès de la femme, à qui il accorde l'usufruit des mêmes

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 23, n° 20. Troplong, t. I, p. 94, n° 128.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Affrèissement*.

biens sa vie durant. Après la mort du mari, les héritiers paternels demandèrent le partage de la succession contre les héritiers maternels. Ceux-ci opposèrent le contrat de mariage qui leur assurait les biens du défunt. La cour de Bruxelles a jugé que le code civil ne permettait plus de faire des réglemens de succession, comme on le pouvait dans l'ancien droit. La convention litigieuse était un pacte successoire, donc prohibé, car la loi n'autorise que l'institution contractuelle au profit des époux et des enfants à naître de leur mariage (1).

Un contrat de mariage porte que si le survivant des époux sans enfants ne se remarie pas, ce qu'il laissera en meubles et effets se partagera par moitié entre les héritiers des futurs conjoints. Cette clause contient une institution d'héritier par contrat, donc un partage successoire prohibé par les articles 1130 et 1389. Le code ne permet l'institution contractuelle qu'au profit des époux et des enfants à naître; toute autre institution tombe sous la prohibition des pactes successoires et est, par conséquent, frappée de nullité (2).

Un contrat de mariage contient la clause suivante: « Les époux déclarent se faire donation mutuelle, du prémourant au survivant, de tous leurs biens, pour par le survivant en disposer comme de chose à lui appartenant, à compter du jour de la mort du premier décédé, mais à la condition que tout ce dont le survivant décédera propriétaire sera partagé par moitié entre les héritiers du premier décédé et ceux du survivant ». C'est la même clause que celle que la cour de Bruxelles a annulée. La cour de Rennes l'annula également, d'abord parce que c'est un pacte sur une succession future, puis parce qu'elle contient la disposition par l'un des époux de partie de la succession délaissée par l'autre, enfin parce que la clause implique une abdication, par chacun des époux, du droit de tester, au moins pour la moitié de tous les biens qui composeraient sa succession. La chambre des requêtes

(1) Bruxelles, 16 mars 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 68; Dalloz, n° 137).

(2) Bruxelles, 28 mai 1849 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 131).

admit le pourvoi dirigé contre l'arrêt, mais la chambre civile prononça un arrêt de rejet. Il nous semble que la question est décidée par le texte du code; il suffit de lire les articles 1130 et 1389 pour s'en convaincre. Le pourvoi avait encore un autre objet dont il nous faut dire un mot. La cour de Rennes avait appliqué à la donation faite sous une condition illicite le principe de l'article 900, aux termes duquel la condition est réputée non écrite et la donation est validée; tandis que le pourvoi prétendait qu'il s'agissait d'une convention à laquelle il fallait appliquer l'article 1172, ce qui entraînait la nullité de la donation. Il a été jugé avec raison que l'article 900, conçu en termes généraux, doit être appliqué à toute donation, même à celles qui sont faites par contrat de mariage. Vainement dit-on que ces donations, faites à titre réciproque et comme condition du mariage, deviennent des conventions matrimoniales; c'est jouer sur les mots. Sans doute ce sont des conventions matrimoniales, mais quand ces conventions renferment des donations, elles restent soumises aux principes généraux qui régissent les donations (1).

133. Le mot de *conventions matrimoniales* et la faveur dont elles jouissent font parfois illusion aux interprètes; ils sont portés à valider, à ce titre, toutes les conventions qui se trouvent dans les contrats de mariage. Dans un contrat qui stipule la communauté d'acquêts, il est dit que les acquêts appartiendront en propriété aux enfants à naître du mariage, avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant. Cette clause, usitée jadis dans le ressort du parlement de Bordeaux, est-elle encore permise par le code civil? La cour de Bordeaux l'a déclarée illicite par deux arrêts, tandis que la plupart des auteurs la considèrent comme valable (2). La question se réduit à des termes très-simples: l'attribution que le contrat fait des acquêts aux enfants à naître est une libéralité, donc une institution d'héritier pour certains biens au profit des en-

(1) Rejet, chambre civile, 10 mars 1849 (Daloz, 1869, 1, 336).

(2) Bordeaux, 18 août 1864 et 23 août 1865 (Daloz, 1866, 2, 217). Dans le même sens, Aubry et Rau et les auteurs qu'ils citent, t. V, 271, note 16, § 501.

fants à naître; or, l'institution contractuelle ne peut pas se faire directement au profit des enfants, elle doit s'adresser avant tout aux époux (t. XV, n° 201); et dès que l'institution est faite en dehors des conditions légales, elle est frappée de nullité comme pacte successoire. Troplong objecte qu'il faut écarter les articles tirés du titre des *Donations*, pour s'en tenir à l'article 1389 qui donne au contrat de mariage la plus grande latitude, pourvu qu'il ne dérange pas l'ordre des successions (1). C'est oublier que l'article 1389 maintient et consacre la prohibition des pactes successoires et qu'il ne permet que les donations faites par contrat de mariage conformément à la loi, c'est-à-dire aux règles du titre des *Donations*. Ainsi les principes généraux établis par ce titre, que l'on veut écarter en vertu de l'article 1389, sont expressément maintenus par ce titre! Nous n'entrons pas dans les détails de la controverse, parce qu'elle n'a qu'un intérêt local, pour une province de l'ancienne France.

§ V. Des clauses prohibitives.

N° 1. QUELLES SONT CES CLAUSES.

134. L'article 1388 dit, à la fin: « Les époux ne peuvent déroger aux dispositions prohibitives du présent code. » Cette rédaction est très-vague; on l'a critiquée au conseil d'Etat. « Mieux vaudrait, disait Berenger, énoncer dans le plus grand détail les clauses relatives aux biens qu'il serait défendu de stipuler; on pèserait d'autant mieux chacune des prohibitions qu'il conviendrait de faire. Sinon il arrivera que l'on se prévaut de quelques expressions qui paraissent prohibitives, pour en induire la nullité de la clause, bien que le législateur n'ait pas voulu établir de prohibition. » Bigot de Préameneu appuya ces observations en disant que des expressions négatives ne constituent pas par elles seules une prohibition. Raison de

(1) Troplong, t. II, p. 97, n° 1858-1860. Dans le même sens, Rodière et Pont, t. II, n° 1226 et 1227.