

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.

plus pour citer les articles prohibitifs. Mais l'énonciation que Bérenger demandait présentait un autre inconvénient, c'est que l'on pouvait omettre des dispositions réellement prohibitives qui seraient restées sans sanction. Cette remarque de Tronchet motiva l'admission de la disposition (1).

La discussion nous donne un principe d'interprétation, c'est qu'il ne faut pas s'attacher aux termes de la loi ; la disposition, quoiqu'elle ne soit pas conçue dans la forme prohibitive, peut contenir une prohibition ; c'est la nature de la disposition et son objet qu'il faut considérer. Ainsi l'article 1483 dit que la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument : les époux pourraient-ils stipuler qu'elle sera tenue *ultra vires*? L'article 1483 n'est pas conçu en termes prohibitifs, néanmoins il faut décider que la stipulation contraire serait nulle. En effet, le bénéfice d'émolument est de l'essence de la communauté, il est accordé à la femme à raison de sa subordination sous ce régime, donc comme conséquence de la puissance maritale ; c'est dire qu'elle tient indirectement à l'ordre public ; si l'ordre public veut que la femme soit exclue de l'administration de la communauté, l'ordre public veut aussi que la femme ait des garanties contre l'exclusion dont elle est frappée ; on doit donc considérer toutes ces garanties comme participant à l'ordre public. Le code le dit formellement du droit de renoncer à la communauté : toute convention par laquelle la femme serait privée de la faculté d'accepter ou de répudier est nulle (art. 1453). Il en doit être de même, et pour identité de raison, des autres garanties qui appartiennent à la femme contre les abus de l'administration exclusive que la loi donne au mari. Si donc la femme renonçait à la faculté de demander la séparation de biens, cette renonciation serait nulle. La femme ne pourrait pas non plus renoncer aux privilèges que la loi lui accorde pour l'exercice de ses reprises (art. 1471 et 1472).

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 vendémiaire an XII, n° 8 (Loché, t. VI, p. 344 et suiv.).

135. L'article 1096 porte que toutes donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables. Cette disposition n'est pas prohibitive dans les termes, mais elle l'est certainement à raison des motifs qui ont fait établir la révocabilité des donations entre époux. La loi a craint que le donateur ne fût pas libre, et ce défaut de liberté tient aux relations de droit et de fait que le mariage établit entre les conjoints ; de là une influence inévitable qui amoindrit la liberté quand elle ne la détruit point. Il y a donc une considération d'ordre public dans la disposition de l'article 1096 ; ce qui est décisif.

L'article 1096 a donné lieu à une autre difficulté. On demande si les époux peuvent renoncer au droit de se faire des libéralités pendant le mariage ? Dans l'ancien droit, la question était controversée : il est inutile d'entrer dans ce débat, les principes ayant changé. Sauf quelques exceptions, il était défendu aux époux de s'avantager ; la clause par laquelle ils renonçaient au droit de se faire des libéralités était donc un retour au droit commun. Le code, au contraire, autorise les donations pendant le mariage en les déclarant révocables. Dès lors il n'y a plus de raison pour valider des renonciations, et il y a des raisons décisives pour les annuler. L'époux qui renonce au droit de donner à son conjoint et de recevoir de lui fait indirectement une libéralité à ceux qui recueilleront les biens qu'il aurait pu donner ou recevoir ; c'est donc une institution contractuelle au profit des héritiers des parties contractantes ; or, la loi autorise bien les institutions que des tiers feraient aux conjoints, ou qu'un conjoint fait à l'autre, elle n'autorise pas les époux à faire des institutions au profit de leurs héritiers. Cela est décisif. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Un seul auteur, Taulier, a essayé de reproduire la doctrine qui était admise dans l'ancien droit, mais son opinion est restée isolée (2).

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 19, n° 18. Rejet, 31 juillet 1809 et 15 juill. 1812, Cassation, 22 décembre 1818 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 2380, 1^o, 4^o et 2^o).

(2) Taulier, t. V, p. 20, combattu par Marcadé, t. V, p. 416, n° IX de l'article 1388.

136. Le code contient des dispositions formellement prohibitives. Aux termes de l'article 1399, la communauté commence le jour du mariage; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque.

En cas de séparation de biens, les époux peuvent rétablir leur communauté primitive; toute convention qui la rétablirait sous des conditions différentes est nulle (article 1451).

Il est inutile de continuer cette énumération. Nous expliquerons les diverses dispositions au fur et à mesure qu'elles se présenteront. Il n'y en a qu'une qui, étant générale, doit trouver sa place dans les dispositions générales, c'est l'article 1390.

§ VI. De la prohibition établie par l'article 1390.

137. L'article 1390 est ainsi conçu : « Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogés par le présent code. » Berlier explique la raison de cette disposition dans l'exposé des motifs : « La stipulation que l'article 1390 prohibe semble, au premier coup d'œil, ne rien renfermer de contraire à l'ordre social; elle aurait cependant l'inconvénient majeur de perpétuer comme loi de l'État cette foule d'usages divers qui couvraient le territoire français. Le but du code civil serait totalement manqué s'il pouvait en être ainsi (1). » En effet, l'objet de la codification a été précisément de mettre fin à l'infinie variété du droit qui faisait de l'ancienne jurisprudence une source intarissable de controverses et de procès. S'il avait été permis aux parties de s'en référer à l'une des coutumes qui gouvernaient la France ainsi que la Belgique, l'empire de l'habitude aurait porté les époux et surtout les notaires à s'en rapporter régulièrement aux

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 5 (Loché, t. VI, p. 389).

vieux usages, lesquels se seraient ainsi perpétués sous l'empire d'un code qui a été fait pour les abolir.

138. L'article 1390 dit que l'on ne peut pas stipuler d'une manière générale que l'association conjugale sera régie par une ancienne coutume. On a conclu de là que l'on pouvait se référer à un article d'une coutume sur un point particulier. L'Exposé des motifs semble favoriser cette interprétation (1). « Notre projet, dit Berlier, défend de pareils référés, sans néanmoins porter atteinte à la faculté qui appartient aux époux de stipuler spécialement, et sauf les limites ci-dessus indiquées, tout ce qui leur conviendra. » Toutefois il faut décider, et sans doute aucun, que les époux ne peuvent pas plus s'en rapporter à un article d'une coutume qu'à la coutume entière. Quel est le but de la prohibition? C'est d'empêcher les usages anciens de se perpétuer. Conçoit-on que le législateur défende de maintenir un titre ou un chapitre d'une coutume, et qu'il permette de maintenir les articles de la section qui traite des conventions matrimoniales? Car si je puis m'en référer à un article sur tel point, je puis aussi m'en référer à d'autres articles sur d'autres points; ce qui conduit à l'absurde. Et quand même je ne citerais qu'un seul article, le législateur ne veut pas plus que l'on perpétue un article isolé que toute une section. Quant aux mots généralement et spécialement qui se trouvent dans le texte et dans l'Exposé des motifs, ils ne signifient pas ce qu'on leur fait dire : la loi entend par là que l'on ne peut faire un contrat de mariage sous forme de référé soit à une coutume, soit à un article. Mais rien n'empêche que les époux empruntent toutes leurs conventions à une ancienne coutume, en les transcrivant dans l'acte de manière que ce ne soient plus des articles de loi, mais des clauses d'un contrat (2). La cour de Poitiers l'a décidé ainsi dans une espèce où il y avait un léger doute; le contrat stipulait au profit de la femme un douaire sur les biens du mari, conformément à la ci-devant cou-

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 8, n° 7, note.

(2) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez les citations dans Aubry et Rau, p. 273 et note 20. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 6, n° 7 bis I, et Marcade, t. V, p. 418, n° 1 de l'article 1390.

tume du Poitou. On disait que cette clause ne violait pas l'article 1390, puisque le code civil ne contenait aucune disposition sur le douaire. C'était très-mal raisonner. Le code abroge les anciennes coutumes dans toutes les matières qui y sont traitées. Or, il traite des avantages que les époux peuvent se faire par contrat de mariage; donc les coutumes concernant le douaire sont abrogées, et l'article 1390 défend de les ressusciter sous forme de référés (1).

139. La jurisprudence montre une grande sévérité dans l'application de l'article 1390. Il est dit dans le contrat de mariage que le futur époux promet à la future un *augment* de 8,500 livres tournois, en cas de survie, ainsi que les *bagues et joyaux* sur le pied des constitutions à elle faites. Les termes d'*augment* et de *bagues et joyaux* rappellent des institutions de l'ancien droit : en faut-il conclure que la clause est nulle? La cour de Grenoble l'a annulée par le motif que pour donner exécution à la volonté des parties, il fallait recourir à des lois abolies. Cela n'est pas exact. Les parties avaient déclaré leur volonté dans des termes jadis usités; il s'agissait donc uniquement d'interpréter des termes techniques : le Dictionnaire de Ferrière ou le Répertoire de Merlin suffisaient pour cela, sans qu'il fallût recourir à des lois abolies. Les époux n'avaient cité ni coutume ni article d'une coutume, ils avaient emprunté à la tradition un gain de survie et l'avaient écrit dans leur contrat; c'est donc le contrat qu'il fallait interpréter, et non la coutume. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet de la chambre civile, après un délibéré en la chambre du conseil (2). La cour de cassation se retrancha derrière l'interprétation que l'arrêt attaqué donnait à la clause litigieuse. Nous sommes obligé d'ajouter que la rédaction de la cour suprême est encore plus inexacte que celle de la cour d'appel; il y est parlé d'une clause permise par l'ancien droit et prohibée par l'article 1390; tandis que cet article ne prohibe aucune clause, il défend seulement de s'en rapporter à l'ancien droit (3).

(1) Poitiers, 16 mars 1826 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 154).

(2) Rejet, 28 août 1833 (Daloz, *ibid.*, n° 156).

(3) Odier, t. II, p. 43, n° 640. Troplong, t. I, p. 98, n° 140.

140. Non-seulement les époux peuvent emprunter à une coutume telles dispositions qu'ils veulent adopter, ils peuvent même les transcrire textuellement dans leurs actes. Cela a été dit au conseil d'Etat. Cambacérés attaquait la disposition de l'article 1390 comme contraire à la liberté des parties contractantes; Berlier répondit que l'on ne portait pas atteinte à la liberté des époux quant à la *matière*, qu'on la restreignait seulement quant à la *forme*. Les époux restent libres de stipuler en détail toutes les conditions de leur union. Treilhard ajouta que les époux pouvaient faire passer dans leur contrat de mariage les dispositions de la coutume qu'ils voulaient prendre pour règle, pourvu qu'ils les énonçassent (1). On dira qu'ainsi interprété, l'article 1390 devient dérisoire et presque puéril; les parties ne citeront pas la coutume, mais ils la transcriront; n'est-ce pas toujours la coutume que les époux suivront et que le juge appliquera? Non, et la différence est capitale. S'il était permis aux parties de s'en rapporter à une coutume, la coutume deviendrait la loi du contrat et le juge serait obligé de consulter l'ancien droit pour interpréter les conventions matrimoniales; par suite, le contrat le plus important serait régi par la vieille jurisprudence que le code a voulu abolir. Au contraire, si les époux sont obligés de transcrire la disposition de l'ancien droit, ils se l'approprient, ce n'est plus un article de loi, c'est la clause d'un contrat; le juge ne recourra plus à une législation abrogée, il interprétera le contrat, comme il fait de toutes les conventions matrimoniales; les coutumes sont et restent abolies (2).

141. On demande si les époux peuvent stipuler que leur association sera réglée par une loi étrangère? Oui, et sans doute aucun. Le texte ne prévoit pas cette hypothèse, donc la clause n'est pas prohibée et tout ce qui n'est pas prohibé reste dans le domaine de la liberté; d'ailleurs le motif qui a fait établir la prohibition de l'arti-

(1) Séance du conseil d'Etat, du 6 vendémiaire an XII, n° 7 (Loché, t. VI, p. 342 et suiv.).

(2) Troplong, t. I, p. 97, n° 137. Duranton, t. XIV, p. 26, n° 31. Aubry et Rau, t. V, p. 273, note 22, § 504.