

et cela par l'excellente raison qu'elle n'en est pas propriétaire.

Nous arrivons enfin aux donations dont l'arrêt ne dit qu'un mot, bien qu'elles soient seules l'objet du débat. La femme peut, dit la cour, engager par ses actes la communauté, du consentement de son mari. Oui, c'est la loi qui le dit. « La femme peut aussi puiser dans le fonds commun, même dans une pensée de libéralité, et sous la seule condition de payer à la communauté une récompense égale au profit personnel qu'elle en a retiré. » Nous disons : Non, car la loi interdit au mari de donner les biens de la communauté, et elle ne permet pas à la femme de donner ce qui ne lui appartient pas, fût-ce avec le consentement de celui qui en est le propriétaire pendant le mariage. Si la loi permet aux époux d'user des biens communs dans leur intérêt propre, sauf récompense, c'est pour leurs besoins, pour leur utilité, et non pour faire des libéralités; on n'a qu'à lire l'article 1437 pour s'en convaincre (1).

La cour de cassation a persisté dans sa jurisprudence. Un arrêt récent ajoute une considération sur le point capital de la difficulté : La femme peut-elle donner ce qui ne lui appartient point? De deux choses l'une, dit la cour : ou l'on considère la femme comme copropriétaire des acquêts pendant la durée de la communauté, ou on ne lui reconnaît qu'une simple espérance de le devenir par son acceptation, après la dissolution de la communauté. Est-elle propriétaire, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse aliéner un droit qui lui serait d'ores et déjà acquis : c'est le système de l'arrêt de 1850. A-t-elle seulement l'espérance de devenir propriétaire, c'est le système traditionnel, aucun principe de droit ne s'oppose à ce qu'elle renonce à une espérance qui ne se rattache à aucune règle d'ordre public (2). C'est dire, en d'autres termes, que la prohibition de donner n'étant établie que dans l'intérêt de la femme, elle y peut renoncer, parce que la prohibition

(1) Rejet, 5 février 1850 (Dalloz, 1850, 1, 97).

(2) Rejet, 31 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209).

n'est pas d'ordre public. C'est ce que nous contestons. Si la loi défend au mari de donner, c'est pour garantir les intérêts de la femme contre le pouvoir absolu du mari. Ce pouvoir, qui découle de la puissance maritale, n'est-il pas d'ordre public? et la femme n'est-elle pas placée dans un état de dépendance par suite de la puissance maritale? Cela est si vrai que les époux ne peuvent pas, par leurs conventions matrimoniales, déroger aux droits du mari comme chef (art. 1388). Le pouvoir du mari et la dépendance de la femme tiennent donc à l'ordre public; ce qui décide la question.

Un arrêt plus récent a appliqué la doctrine que nous appelons nouvelle à la donation que le mari fait d'une créance avec réserve d'usufruit à son profit. La loi défend cette réserve (art. 1422); mais comme c'est uniquement dans l'intérêt de la femme, la jurisprudence admet que la femme peut renoncer à un droit introduit en sa faveur (1). La décision est logique, une fois que l'on admet le principe. Nous nions le principe, partant nous devons rejeter la conséquence. Il faut ajouter que les cours d'appel se sont ralliées à la doctrine de la cour suprême (2). Telle est aussi la jurisprudence de la cour de Bruxelles (3). Les arrêts favorables à notre opinion sont antérieurs à la jurisprudence de la cour de cassation (4).

26. Nous revenons à l'article 1422, en supposant une donation faite par le mari sans le concours de la femme. La donation est nulle, en ce sens qu'elle ne peut être opposée à la femme. On demande quand celle-ci peut se prévaloir de la nullité. Peut-elle agir pendant la durée de la communauté? Dans notre opinion, la négative est évidente. La femme n'a aucun droit tant que la communauté dure, elle n'est pas encore associée, en ce sens que la toute-puissance du mari absorbe les droits de la femme; celle-ci, quoique associée en théorie, ne l'est, en réalité,

(1) Cassation, 23 juin 1869 (Dalloz, 1870, 1, 5).

(2) Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 168, note 2, et dans Aubry et Rau, t. V, p. 328, note 14, § 509.

(3) Bruxelles, 9 avril 1852 et 9 mars 1853 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 273 et 1853, 2, 186).

(4) Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1176.

que lorsqu'elle accepte la communauté ; si elle renonce, elle est considérée comme n'ayant jamais été femme commune. De là la conséquence que la femme ne peut invoquer la nullité des donations faites par son mari en dehors des limites de l'article 1422 que si elle accepte ; c'est seulement alors qu'elle a intérêt d'agir, parce que le patrimoine commun, dont elle prend la moitié, est diminué par les libéralités illégales du mari.

Tout le monde est d'accord sur ce point (1). Cependant, dans l'opinion générale, il y a un motif de douter. On permet à la femme de valider la donation par son consentement ; logiquement on devrait lui permettre de l'attaquer quand elle n'a pas consenti. Qui peut approuver doit avoir le droit de désapprouver. Il a été jugé que la femme peut demander la nullité de la donation à laquelle elle a concouru quand l'acte est vicié par une cause quelconque (2) ; c'est le droit commun. Si elle peut agir pendant le mariage pour attaquer une donation où elle est partie, quoique l'on ne sache point si elle acceptera ou si elle renoncera, il n'y a plus de raison de lui refuser le droit d'agir quand elle n'a pas été partie à l'acte. C'est une difficulté dans l'opinion générale ; nous la constatons parce que c'est un argument contre cette opinion.

27. Les droits de la femme associée ne s'ouvrent qu'à la dissolution de la communauté. Elle peut accepter ou renoncer. Si elle renonce, elle perd toute espèce de droit sur les biens de la communauté (art. 1492) ; donc elle ne peut plus se plaindre que la communauté soit diminuée par les libéralités du mari. Etrangère à la communauté, la femme ne peut plus agir comme femme commune. Pour mieux dire, la renonciation de la femme a cet effet que la communauté est censée n'avoir jamais existé ; tous les biens qui la composent restent la propriété du mari, par suite les donations qu'il a faites des biens communs sont pleinement valables, comme les seraient les donations de ses biens personnels (3). Il en serait ainsi quand même les

(1) Duranton, t. XIV, p. 379, n° 275, et tous les auteurs.

(2) Caen, 18 février 1850 (Dalloz, 1850. 2. 162).

(3) Rodière et Pont, t. II, p. 177, n° 889.

biens proviendraient de la femme, soit à titre d'apports, soit de la collaboration de la femme. Tant il est vrai de dire que la femme n'est pas associée pendant la durée de la communauté. Elle ne le devient que si elle accepte.

28. Si la femme accepte, elle a intérêt d'agir, et on lui en reconnaît le droit, dans toutes les opinions. Cela ne fait aucun doute quand on admet, comme nous l'avons enseigné, que le consentement de la femme ne valide pas la donation : son acceptation ne peut pas plus la valider que son concours à l'acte. Dans l'opinion générale, au contraire, il y a une difficulté très-sérieuse. En acceptant, la femme s'approprie tous les actes faits par le mari, donc elle est censée avoir concouru à la donation ; et y ayant consenti, comment pourra-t-elle l'attaquer ? C'est, à notre avis, un argument décisif contre l'opinion générale. Les auteurs n'y répondent pas, parce qu'ils ne prévoient pas la difficulté.

Quel est l'objet de l'action que la femme a le droit d'intenter ? C'est, en réalité, une action en nullité : la cour de cassation la qualifie d'action révocatoire (1) ; nous n'aimons pas ce terme, parce qu'on s'en sert pour désigner l'action paulienne, et l'action paulienne diffère grandement de l'action qui appartient à la femme. La première est basée sur la fraude, le demandeur doit prouver que l'acte a été fait en fraude de ses droits ; tandis que la femme qui demande la nullité d'une donation faite par le mari n'a rien à prouver, sinon que le mari a donné ce qu'il n'avait pas le droit de donner.

Le but de l'action est de faire remettre dans la masse les biens qui en étaient sortis ; en ce sens, on dit que l'action de la femme est une action en rapport. Comment le rapport se fait-il ? En nature, cela va sans dire, puisque le rapport est la suite de l'annulation de la donation : le bien donné est considéré, quant à la femme, comme n'étant jamais sorti de la communauté. Si la donation n'était pas encore exécutée lors de la dissolution de la communauté, on la comprend dans la masse partageable ; il est inutile,

(1) Cassation, 14 avril 1855 (Dalloz, 1855. 1. 373).

dans ce cas, d'agir par voie d'action en nullité. Si le donataire réclamait la chose, la femme repousserait l'action par l'exception de nullité. Si la donation a été exécutée, ce qui sera le cas le plus ordinaire, la femme devra demander la nullité de l'acte; la libéralité sera annulée dans l'intérêt de la femme, et la chose rentrera dans la masse partageable.

Que la chose donnée se trouve encore dans la masse, ou qu'elle y rentre, le résultat est le même : la chose est comprise dans le partage, et naturellement pour le tout. Pour justifier cette décision, on a invoqué l'intérêt de la femme; l'intérêt ne suffit point pour agir, il faut avant tout en avoir le droit. Or, le droit de la femme est incontestable, puisqu'il se fonde sur la violation de la loi; le rapport est une conséquence de la nullité, et l'acte est nul pour le tout, puisque le mari a fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire; il ne peut pas plus donner la moitié que le tout (1). Reste à savoir ce que devient la donation.

29. Si la chose donnée est mise au lot du mari, la donation reste valable, et naturellement pour le tout. En effet, le mari a donné le tout et, dans l'espèce, il avait le droit de donner, puisque, par l'effet rétroactif du partage, il est censé avoir toujours été propriétaire de la chose; donc la donation est valable.

Si la chose est mise au lot de la femme, la donation tombe, puisque la femme est censée en avoir toujours été propriétaire, et le mari est censé n'en avoir jamais eu la propriété. Donc la donation est nulle, même à l'égard du mari. Ce point est néanmoins controversé. Il y a des auteurs qui appliquent par analogie l'article 1423; quand le mari lègue une chose qui tombe au lot de la femme, le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. Que la chose soit donnée ou léguée, peu importe, dit-on, le motif de décider est le même; le mari a, dans l'une et l'autre

(1) Mourlon, t. III, p. 52, n° 130. Rodière et Pont, t. II, p. 177, n° 889. Colmet de Santerre, t. VI, p. 146, nos 66 bis VII et VIII.

hypothèse, disposé d'une chose qui ne lui appartient pas; si la loi maintient la libéralité en cas de testament, elle doit aussi la maintenir en cas de donation (1). En théorie, cela est très-vrai, il n'y a aucune raison de distinguer entre la donation et le legs; mais, au point de vue des textes et des principes, il reste un doute. La donation de la chose d'autrui est nulle, de même que le legs ou la vente de la chose d'autrui (art. 1599); c'est par exception au droit commun que la loi donne effet au legs que le mari fait d'une chose dont il est censé n'avoir jamais eu la propriété. Peut-on étendre une exception par voie d'analogie? Ce serait créer des exceptions, et le législateur seul a ce droit, puisque créer une exception, c'est faire la loi. On a encore opposé une autre objection à l'opinion générale. La donation est annulée, ou elle ne peut plus recevoir son exécution. Si le donataire n'a pas d'action en vertu de l'article 1423, en vertu de quel droit agira-t-il contre les héritiers du donateur? Ce serait une action en garantie; or, le donateur n'est pas tenu de garantir le donataire contre l'éviction. Si le donataire ne peut agir ni en vertu de l'article 1423, ni en vertu de la garantie, il n'a aucune action et, par suite, la donation tombe (2).

On dit, en faveur du donataire, que la nullité de la donation est relative; la femme seule peut s'en prévaloir, le mari n'a pas ce droit. La donation étant valable à l'égard du mari, il doit l'exécuter, au besoin sur ses propres biens (3). Nous croyons que c'est faire une fausse application du principe que l'on invoque. Ce n'est pas le mari qui a demandé la nullité, c'est la femme; par suite de l'annulation, la chose est rentrée dans la masse partageable et, étant tombée au lot de la femme, il en résulte que le mari a donné la chose d'autrui; c'est donc par suite de la rétroactivité du partage que la donation tombe. Il n'y aurait qu'un moyen de la maintenir, ce serait de dire que le principe du partage déclaratif ne reçoit pas d'application à

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 330 et note 16, § 509, et les autorités qu'ils citent.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n° 66 bis IX.

(3) Marcadé, t. V, p. 532, n° V de l'article 1423.

l'espèce. L'article 883 consacre, en effet, une fiction; cette fiction est étrangère à l'espèce; elle n'est pas établie dans l'intérêt du donateur, elle est établie en faveur des tiers, auxquels pendant l'indivision l'un des copropriétaires par indivis a concédé des droits réels sur la chose. Il nous semble qu'en formulant l'objection, nous y avons répondu. Les deux époux sont copropriétaires, puisque nous supposons que la femme a accepté. Pendant l'indivision, l'un des copropriétaires, le mari, donne un bien commun, un conquêt; puis, par l'effet du partage, l'immeuble tombe au lot de la femme. N'est-ce pas précisément le cas de l'article 883? Qu'importe que l'un des copropriétaires donne, vende ou hypothèque? Le principe est identique, et s'applique à toute concession de droits réels, par conséquent à l'aliénation à titre gratuit, la propriété étant aussi un droit réel, le plus considérable, celui qui les comprend tous. En définitive, la donation tombe, et le donataire n'a aucune action contre le donateur ou ses héritiers, à moins qu'il ne puisse se prévaloir de l'article 1423; ce qui est très-douteux (1).

30. Le mari pourrait-il demander la nullité de la donation illégale qu'il a faite? Il va sans dire qu'il ne peut agir en qualité de mari; car la nullité n'est pas absolue, elle est relative, la femme seule peut s'en prévaloir. Mais on prétend qu'il peut agir comme chef de la communauté; on le compare à un tuteur qui pourrait, au nom de son pupille, attaquer les actes par lui faits irrégulièrement (2). Cela nous paraît inadmissible. Le mari n'est pas le tuteur de la femme, il ne la représente pas dans tous les actes civils; il administre ses biens pendant la durée de la communauté. Or, nous venons de dire que la femme ne peut pas agir pendant le mariage; son droit ne s'ouvre qu'à la dissolution de la communauté, et elle n'a le droit d'agir que si elle accepte. A ce moment, le mari n'a plus aucun droit; quant à la communauté, au nom de laquelle on

(1) Il y a encore une autre opinion sur cette difficile question, celle de Troplong, t. I, p. 279, n° 89; elle a été réfutée par Rodière et Pont, t. II, p. 178, n° 889, et par Aubry et Rau, t. V, p. 330, note 16, § 509.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n° 66 bis X.

donne action au mari, elle est hors de cause; en effet, la communauté n'est autre chose que le mari et la femme associés; or, la femme seule peut agir en nullité, le mari, comme tel, n'a pas le droit d'agir. Cela est décisif.

31. La donation est nulle quand elle comprend un immeuble de la communauté; elle est nulle quand le mari a donné l'universalité ou une quotité du mobilier; enfin, elle est nulle quand le mari a disposé d'effets mobiliers à titre particulier, en s'en réservant l'usufruit. Bien qu'il y ait nullité dans tous ces cas, les effets diffèrent selon que la donation est immobilière ou mobilière. Quand la donation a pour objet un conquêt, l'action de la femme est immobilière, et elle peut l'exercer contre les tiers; tandis que si la donation est mobilière, la femme n'a pas d'action contre les tiers, non pas à cause du principe de l'article 2279, — la maxime qu'*En fait de meubles, la possession vaut titre* est hors de cause, — mais parce que les objets mobiliers ne se trouvent pas entre les mains du donataire, ni d'un tiers. S'il s'agit d'une universalité de mobilier, la donation porte sur des biens à venir; par conséquent, elle ne produit d'effet qu'à la mort du donateur, c'est-à-dire au moment où la femme peut opposer la nullité au donataire qui demanderait l'exécution de l'institution contractuelle; et si la donation d'effets mobiliers a été faite avec réserve d'usufruit, le donateur se trouvera également en possession des choses données (1). C'est une garantie pour la femme, car si elle devait agir en revendication contre les tiers, on pourrait lui opposer la maxime de l'article 2279.

Le principe que l'action de la femme est immobilière quand la donation a pour objet un conquêt, a une conséquence importante dans le cas où il y a un légataire du mobilier. Il va sans dire que ce légataire n'a point l'action immobilière qui appartenait à la femme. La cour de cassation a jugé qu'il n'avait pas droit non plus aux valeurs mobilières qui auraient été remises à la femme en paiement de l'immeuble donné; en effet, le paiement ne

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 148, n° 66 bis IX.

change pas la nature du droit : le droit étant immobilier, le légataire du mobilier n'en peut pas profiter (1).

32. La donation est-elle nulle quand le mari donne un immeuble à un enfant d'un premier lit? D'après l'article 1422, la nullité n'est pas douteuse; la loi dit en termes formels que le mari ne peut disposer des immeubles de la communauté si ce n'est pour l'établissement des enfants communs. Mais l'article 1469 semble dire le contraire. Aux termes de cette disposition, l'époux rapporte les sommes qui ont été tirées de la communauté, ou la valeur des *biens* que l'époux y a pris pour doter un enfant d'un autre lit. Si l'époux rapporte ces *biens*, il en résulte que la donation est valable, et la loi ne distingue pas entre les biens immobiliers et les biens mobiliers. La cour d'Amiens en a conclu que l'article 1469 dérogeait à l'article 1422. L'arrêt a été cassé. Il est difficile d'admettre que, dans un seul et même code, un article déroge à l'autre; au moins faut-il chercher à les concilier avant d'admettre qu'il y a dérogation. Or, la conciliation est possible dans l'espèce. C'est l'article 1422 qui détermine ce que le mari peut ou ne peut pas donner; l'article 1469 a uniquement pour objet de régler le rapport de ce qui a été légalement donné; donc il faut décider la question par l'article 1422 et, par conséquent, admettre, avec la cour de cassation, que le mot *biens* dans l'article 1469 désigne, non les immeubles qu'il n'est pas permis au mari de donner, mais les biens mobiliers autres que les sommes dont la loi vient de parler, tels que les valeurs mobilières, si nombreuses et si importantes dans notre état social (2).

II. Des legs.

33. L'article 1423 porte que « la donation testamentaire faite par le mari ne peut excéder sa part dans la communauté. » C'est l'application de la maxime coutumière que le mari vit comme maître et qu'il meurt comme associé. Le legs n'a d'effet qu'à la mort du testateur; à ce mo-

(1) Rejet, 16 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

(2) Cassation, 14 août 1855 (Dalloz, 1855, 1, 372).

ment le mari n'est plus qu'un associé, il ne peut donc disposer que de sa part dans le fonds social. La plupart des coutumes s'en expliquaient en termes formels (1). Si le mari disposait de plus que de sa part, de toute la communauté, ou d'une quotité plus grande que la moitié, la disposition ne serait pas nulle; elle serait valable si la femme renonçait, et réductible si la femme acceptait (2).

La loi ne parle pas de la femme; pendant la durée de la communauté, la femme n'a aucun droit, mais à la dissolution de la communauté elle devient associée; elle peut, par conséquent, disposer de sa part. A la différence du mari, elle ne peut jamais disposer de plus; car le mari, ne pouvant pas renoncer, est nécessairement acceptant et prend toujours la moitié, et toute la communauté, en cas de renonciation de la femme.

34. Le mari peut-il disposer par testament d'un objet particulier de la communauté? D'après l'article 1423, le legs est valable, car il produit toujours son effet. Si la chose léguée tombe au lot des héritiers du mari, par l'événement du partage, le légataire peut le réclamer en nature. C'est une conséquence des principes qui régissent l'indivision et le partage : le mari est copropriétaire par indivis des biens de la communauté, il peut disposer à ce titre d'un bien commun, mais la validité de la disposition dépend des résultats du partage. Si la chose léguée tombe au lot de ses héritiers, le legs est parfaitement valable, puisque le mari aura disposé d'une chose dont il est censé avoir toujours été propriétaire. Par contre, si l'effet tombe au lot de la femme, c'est elle qui sera censée en avoir toujours eu la propriété : que devient alors le legs? L'article 1423 répond : « Le légataire a la récompense de la valeur totale de l'effet donné, sur la part des héritiers du mari dans la communauté et sur les biens personnels de ce dernier. » Cette disposition est très-difficile à expliquer. Une chose est certaine, c'est qu'elle déroge à l'article 1021, aux termes duquel le legs de la chose d'autrui est nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 475.

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 180, n° 891.

lui appartenait pas. Or, le mari lègue la chose d'autrui lorsque l'effet tombe au lot de la femme; il n'en a jamais été propriétaire, tandis que la femme l'a toujours été; il lègue donc une chose qui appartient à sa femme. Le legs devrait être nul, d'après l'article 1021. Pourquoi la loi lui donne-t-elle effet? Les auteurs du code ne nous en ont pas dit la raison: de là incertitude et controverse. Les uns disent que l'article 1423 reproduit l'ancien droit qui validait le legs de la chose d'autrui quand le testateur savait qu'il n'en était pas propriétaire; or, le mari sait qu'il lègue un bien de la communauté, il sait que la chose léguée peut tomber au lot de la femme et que, dans ce cas, il dispose d'une chose qui ne lui appartient point; si néanmoins il la donne, quelle peut être son intention? C'est que le légataire ait droit à la valeur (1). Cette explication suppose que le législateur, en écrivant l'article 1423, avait oublié l'article 1021, ce que l'on ne peut guère admettre; il faut donc dire que l'article 1423 contient une exception au principe de l'article 1021. Quant au motif de cette exception, on peut le deviner. Le mari est seigneur et maître de la communauté; en léguant un objet de cette communauté, il semble disposer de sa chose; on doit lui supposer l'intention d'avoir fait une libéralité qui produise toujours son effet, quel que soit le résultat du partage. Or, il pourrait certainement dire qu'au cas où la chose tombe au lot de sa femme, il entend que le légataire ait droit à la valeur; l'article 1424 interprète la volonté du mari en ce sens. C'est toujours une dérogation à l'article 1021, mais elle se fonde sur l'intention probable du disposant, et c'est cette intention, après tout, qui est décisive en matière de legs (2).

Nous disons que l'on peut deviner le motif de l'article 1423, mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie. On s'est prévalu de l'article 1423 pour en induire que le legs de la chose d'autrui est toujours valable quand le testateur a dû nécessairement savoir que la chose était

(1) Dalloz. *Recueil périodique*, 1862, 2, 161, note.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 153, n° 67 bis IV.

à autrui (1). Cette doctrine nous paraît contraire au texte et à l'esprit de l'article 1021: le texte repousse la distinction que l'on y veut introduire, et l'esprit de la loi s'oppose à ce que l'on ressuscite une recherche d'intention que le législateur a voulu proscrire. Il y a un motif déterminant pour rejeter cette interprétation; c'est qu'elle repose sur une base on ne peut pas plus fragile, le sens de l'article 1423 que l'on fixe par voie divinatoire. On peut bien dire que le sens d'une loi paraît être celui que l'on suppose avoir été dans l'intention du législateur, mais ce sera toujours une interprétation incertaine; il faut donc se garder d'en tirer des conséquences.

35. La discussion à laquelle nous venons de nous livrer n'est pas oiseuse. S'il est vrai que l'article 1423 est une dérogation au principe de l'article 1021, il en faut conclure que c'est une disposition exceptionnelle, et partant de rigoureuse interprétation. De là suit que l'on ne peut pas l'étendre à la femme: la loi ne parle pas de la femme, elle reste donc sous l'empire du droit commun. Quand elle lègue un effet de la communauté, le legs sera valable si la chose léguée tombe dans le lot de ses héritiers, et il sera nul si la chose est mise au lot du mari (2).

36. Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir si le legs d'un effet de la communauté fait par le mari à la femme est régi par l'article 1423. L'affirmative a été jugée et elle est certaine. Il ne s'agit pas, dans ce cas, du droit de la femme, il s'agit du droit du mari; or, la loi donne à celui-ci le pouvoir de disposer des effets de la communauté, sans distinguer au profit de qui il dispose; il en peut donc disposer au profit de la femme. Dans une espèce jugée par la cour de Bastia, la femme était légataire de l'usufruit d'un conquêt; cet immeuble tombant dans son lot, elle avait droit à une récompense pour la valeur de l'usufruit jusqu'à concurrence de la portion appartenant au testateur (3).

(1) Mourlon, t. III, p. 56, note. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 152, n° 67 bis IV.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 330, note 17. § 509. Colmet de Santerre, t. VI, p. 153, n° 67 bis V. En sens contraire, Duranton, t. IX, n° 250.

(3) Bastia, 26 février 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1189).

Toutefois le mari, en testant soit au profit de sa femme, soit au profit d'un tiers, peut déclarer que sa volonté est de ne disposer que de sa part dans les objets légués. Quel sera, dans ce cas, le droit de la femme? Il a été jugé que la femme devait prélever le legs avant tout partage; de cette manière elle prend dans les objets légués la part que le mari y avait; tandis que si le mari lui léguait la totalité de l'effet, comme l'article 1423 le suppose, la femme légataire pourrait d'abord demander le partage, puis réclamer contre les héritiers du mari, soit les objets légués s'ils y sont tombés en nature, soit leur valeur totale s'ils ont été mis dans son lot (1).

37. L'article 1423 suppose que le mari lègue un effet de la communauté pendant la durée de la société conjugale. Une fois la communauté dissoute, on rentre sous l'empire du droit commun. Le mari ne peut plus disposer qu'à titre de copropriétaire par indivis des biens compris dans la masse; il est donc soumis à la règle du partage déclaratif: la disposition sera valable ou nulle, selon que la chose tombera dans le lot de ses héritiers ou dans le lot de la femme. C'est l'application littérale de l'article 1021 combiné avec l'article 1423(2). Ici revient le débat sur l'esprit de la loi. Si l'article 1423 était une disposition de principe, comme on le prétend, on devrait l'appliquer par voie d'interprétation extensive; tandis qu'une pareille interprétation est impossible quand on considère l'article 1423 comme une exception; nous venons de dire (n° 34) qu'à notre avis le caractère exceptionnel de cette disposition n'est pas douteux.

N° 3. RESTRICTIONS QUE REÇOIT LE POUVOIR DU MARI

38. Le pouvoir du mari était plus étendu sous l'ancien droit que sous l'empire du code civil: il était, à la lettre, seigneur et maître. Toutefois les coutumes apportaient une restriction très-importante à cette autorité absolue. Après

(1) Rejet, 18 mars 1862 (Dalloz, 1862, I, 285). Rodière et Pont, t. II, p. 181, n° 893.

(2) Paris, 6 mai 1861 (Dalloz, 1862, 2, 161).

avoir dit que le mari est seigneur, la coutume de Paris ajoute (art. 225): « En telle manière qu'il peut vendre les biens de la communauté, aliéner, ou hypothéquer, et en faire ou disposer, par donation ou autre disposition entre-vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa femme, à personne capable et *sans fraude*. » *Sans fraude!* Ces mots ne sont pas reproduits dans les articles 1421 et 1422. Est-ce à dire que le pouvoir du mari aille jusqu'à disposer des biens communs en fraude des droits de la femme? Le droit et la morale protestent contre une pareille interprétation. Il est vrai que le mari est *seigneur*, mais il l'était bien plus sous l'ancien droit que dans le droit moderne; néanmoins on faisait exception pour la fraude. C'est qu'il est impossible d'admettre que le mari puisse compromettre et anéantir les droits de la femme par des actes frauduleux. La communauté est une société; quelle que soit l'autorité du mari, il reste vrai de dire que la femme a un droit de copropriété qui se réalisera par son acceptation. Or, conçoit-on que le mari ait le pouvoir légal de dépouiller sa femme de ce droit par des actes frauduleux? Ce n'est pas pour ruiner la femme que les coutumes le déclaraient seigneur et maître, c'est pour faire prospérer la société de biens dont il est le chef. D'ailleurs la fraude fait exception à toutes les règles: les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits; à plus forte raison cette faculté doit-elle appartenir à la femme, qui est plus que créancière, qui est copropriétaire.

39. Le principe n'est pas douteux. Reste à savoir quel est le sens de ces mots de la coutume *sans fraude*? Pothier les explique comme suit: « Le mari, seigneur des biens de la communauté, en peut disposer à son gré, sans le consentement de la femme. Néanmoins ces dispositions ne sont valables qu'autant qu'elles ne paraissent pas faites en fraude de la part que la femme a dans les biens lors de la dissolution de la communauté. Il ne peut surtout pas s'en avantager au préjudice de cette part. Ainsi il y a *fraude* quand le mari, en disposant, veut dépouiller la femme de la part qu'elle a dans le bien dont le mari dis-