

donnerait aucun droit? Elle ne pourrait certes pas demander le partage, ce qui prouve que la rétroactivité a des limites. Dès que la femme est sans intérêt à considérer la communauté comme dissoute, la fiction n'a plus de raison d'être; on rentre, par conséquent, dans la réalité des choses. Si donc la femme, après avoir accepté ou renoncé pendant l'instance, avait intérêt à revenir sur ce qu'elle a fait, nous croyons qu'elle en aurait le droit.

§ VI. *Du rétablissement de la communauté.*

no 1. CONDITIONS.

353. « La communauté dissoute par la séparation soit de corps et de biens, soit de biens seulement, peut être rétablie du consentement des deux parties » (art. 1451). Pourquoi la loi permet-elle de rétablir la communauté, alors qu'un jugement en a prononcé la dissolution? Pothier répond que le retour à la loi du contrat de mariage est favorable. Le vœu de la loi est que les conventions matrimoniales ne reçoivent aucun changement. Si elle donne à la femme le droit de demander la séparation de biens, c'est que les faits prouvent que la société formée par les époux n'atteint pas le but que les conjoints avaient en vue, le désordre des affaires du mari faisant craindre que la dot et les reprises de la femme ne soient compromises. Il importe alors de mettre fin à un régime qui plongerait toute la famille dans la misère. Mais cette situation peut changer; le mari peut revenir à meilleure fortune, il peut se corriger de ses habitudes de dissipation. Il importe alors aux deux époux et aux enfants que la communauté soit rétablie, puisque l'association des conjoints est plus favorable à la prospérité commune que l'état de séparation (1).

354. La loi exige le consentement des deux parties. Comme c'est la femme qui demande la séparation, on

(1) Pothier, *De la communauté*, no 523. Duveyrier reproduit les paroles de Pothier (*Rapport*, no 35, dans Loqué, t. VI, p. 424). Troplong, t. I, p. 424, no 1463.

pourrait croire que son consentement doit suffire pour la faire cesser. Dans l'ancien droit, cette prétention s'était fait jour; il a été jugé que la communauté ne pouvait pas être rétablie par la volonté seule de la femme qui se désisterait de la sentence de séparation. En effet, la communauté est une convention, et il n'y a pas de convention sans concours de consentement; la convention qui avait formé la communauté étant dissoute, il faut un nouveau concours de consentement pour la rétablir. Cela est aussi fondé en raison. Le jugement qui a prononcé la séparation donne des droits aux époux; ils ne peuvent pas en être privés sans leur volonté: le mari peut préférer la séparation à la communauté, et il serait injuste de la rétablir malgré lui. A plus forte raison le mari ne peut-il pas contraindre la femme à rétablir la société de biens, quand même il prouverait que le désordre de ses affaires a cessé et qu'il n'y a plus rien à craindre pour la dot et les reprises de la femme (1).

355. La loi exige que le consentement des époux soit constaté par un acte passé devant notaire et avec minute (art. 1451). Cette formalité est requise, même dans le cas où la séparation de biens est une conséquence de la séparation de corps. Les époux peuvent toujours rétablir la vie commune; il suffit qu'ils y consentent, aucune formalité n'est requise. On pourrait croire que la vie commune étant rétablie, la séparation de biens n'a plus de raison d'être, puisqu'elle n'est qu'une conséquence de la séparation de corps: pourquoi, la cause cessant, l'effet subsiste-t-il jusqu'à ce que les époux aient consenti par acte authentique au rétablissement de la communauté? Il y a de cela un motif de droit et une raison morale. Les conventions matrimoniales sont un acte solennel; or, le rétablissement de la communauté est un nouveau contrat de mariage: un régime fait place à un autre; il faut donc une convention authentique, dans l'esprit de la loi. C'est le seul moyen de s'assurer que les époux consentent libre-

(1) Pothier, *De la communauté*, no 526. Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, no 103 bis 111.

ment à ce que la société de biens soit rétablie; il ne faut pas qu'elle le soit malgré eux; ils peuvent avoir intérêt à maintenir la séparation de biens, et si la société des personnes avait pour conséquence nécessaire la société de biens, ils pourraient préférer de rester séparés de corps; la loi qui favorise la réunion des époux devait donc leur laisser une entière liberté pour ce qui concerne le règlement de leurs intérêts pécuniaires. L'intervention d'un officier public dans l'acte qui rétablit la communauté garantit la liberté des parties contractantes et assure en même temps l'irrévocabilité de leurs conventions; un acte sous seing privé peut être facilement détruit, de sorte qu'il dépendrait des époux de maintenir la communauté ou de revenir à la séparation de biens, ce qui est contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). C'est pour le même motif que l'acte authentique doit être reçu en minute.

356. La loi veut de plus qu'une expédition de l'acte soit affichée dans la forme de l'article 1445. Cette condition est prescrite dans l'intérêt des tiers. Le rétablissement de la communauté rend au mari les pouvoirs sur les biens communs et sur les biens personnels de la femme qu'il avait perdus par la séparation. De son côté, la femme perd l'administration et la jouissance de ses biens; elle change réellement d'état, car elle était affranchie de la puissance maritale en ce qui concerne l'administration de ses propres, elle retombe sous cette puissance en rétablissant la communauté. Les tiers ont grand intérêt à connaître la situation nouvelle des deux époux.

Quelles sont les formes qui doivent être observées pour la publicité de la convention qui rétablit la communauté? L'article 145 renvoie à l'article 1445; cette disposition a reçu un complément par l'article 872 du code de procédure. De là la question de savoir si l'on doit observer, pour le rétablissement de la communauté, les formalités que l'article 872 prescrit pour la publicité du jugement de séparation. La négative est certaine. Il y avait, sans doute,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 264, nos 103 bis II et III.

même raison d'étendre à la convention qui rétablit la communauté les formes que la loi prescrit pour rendre la séparation publique, mais le législateur ne l'a pas fait. C'est un oubli, et il n'appartient pas à l'interprète de combler la lacune, puisque ce serait créer des nullités, c'est-à-dire faire la loi. La convention qui rétablit la communauté peut donc être opposée aux tiers, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique dans la forme de l'article 872, pourvu que les formes de l'article 1445 aient été remplies (1). Il va de soi que la communauté ne serait pas rétablie à l'égard des tiers si la convention n'avait été publiée conformément à l'article 1445 (2). On aboutit, dans ce cas, à un singulier résultat; c'est que la communauté est rétablie entre les époux, tandis qu'à l'égard des tiers ils restent séparés de biens; c'est l'effet habituel que produit le défaut de publicité. Quand la publicité prescrite par notre loi hypothécaire pour les conventions matrimoniales n'a pas eu lieu, la même conséquence se produit: les clauses qui dérogent à la communauté légale n'ont aucun effet à l'égard des tiers, tandis qu'elles sont valables entre les parties. Il y a encore une anomalie apparente qu'il faut expliquer. Lorsque les formalités exigées pour la publicité du jugement de séparation n'ont pas été remplies, le mari peut s'en prévaloir et opposer la nullité de la séparation. Pourquoi ne peut-il pas se prévaloir de la nullité de la convention qui rétablit la communauté quand les formes n'ont pas été remplies? La raison en est très-simple: c'est qu'il est partie à la convention qui rétablit la communauté; or, les parties ne peuvent pas se prévaloir de l'inobservation de formes qu'elles-mêmes sont chargées de remplir, alors que ces formes sont établies dans l'intérêt des tiers (3).

357. L'article 1451 prescrit encore une condition très-essentielle pour la validité de la convention qui rétablit

(1) La question est cependant controversée. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 410, note 82, § 516. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, n° 103 bis III.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 410 et suiv., note 83, § 516 (4^e éd.).

(3) Comparez Rodière et Pont, t. III, p. 682, n° 2230.

la communauté ; il porte : « Toute convention par laquelle les époux rétabliraient leur communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement est nulle. » Il faut donc que la communauté soit rétablie telle qu'elle existait en vertu des conventions matrimoniales des époux, expresses ou tacites. La loi suppose que les époux s'étaient mariés sous le régime de la communauté légale, puisqu'elle traite de la séparation de biens dans la première partie du chapitre II, consacrée au régime en communauté ; par conséquent, les époux devront rétablir la communauté légale sans pouvoir la modifier en quoi que ce soit. C'est une conséquence de l'immutabilité des conventions matrimoniales. La loi ne fait qu'une exception à ce principe, c'est que le régime adopté par les époux peut être dissous par la sentence du juge qui prononce la séparation de biens. Mais si les époux veulent rétablir le régime qu'ils avaient adopté, ils doivent le rétablir en son entier ; s'il leur était permis de le modifier, les conventions matrimoniales seraient changées par la volonté des parties contractantes, ce qui est défendu par l'article 1395. Il y a encore une autre considération qui devait engager le législateur à maintenir strictement la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, dans le cas où des époux communs en biens sont séparés judiciairement : c'est que la femme aurait pu s'entendre avec son mari pour demander une séparation simulée, afin de changer ensuite leurs conventions primitives ; il fallait empêcher cette fraude à la loi ; c'est pour cela que l'article 1451 frappe de nullité la convention qui, en rétablissant la communauté, modifierait le régime adopté lors du mariage. Ce que la loi dit en vue de la communauté légale s'applique à la communauté conventionnelle, les deux régimes n'en faisant réellement qu'un seul, que la loi appelle *régime en communauté*. Le même principe recevrait encore son application au régime exclusif de communauté et au régime dotal, sous lesquels la femme peut aussi demander la séparation de biens ; peu importe que l'article 1451 soit placé sous la rubrique *De la communauté légale* ; il n'est qu'une conséquence du principe de

l'immutabilité des conventions matrimoniales et ce principe domine tous les régimes (1).

358. L'article 1451 déclare nulle toute convention qui rétablirait la communauté sous des conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement. Quelle est la portée de cette nullité ? Est-ce le rétablissement même de la communauté qui est annulé, de sorte que la séparation continue ? ou la communauté est-elle rétablie telle qu'elle existait en vertu des conventions matrimoniales, de sorte que la clause qui y déroge est seule frappée de nullité ? La question est controversée. Nous croyons que le texte la décide. En effet, la loi annule *la convention* par laquelle les époux rétablissent leur communauté sous des conditions différentes, ce qui s'entend de la convention même qui rétablit la communauté et non de la clause dérogatoire. On le nie vainement (2). De quoi la loi vient-elle de parler ? Elle exige le concours de consentement des deux époux, donc une *convention* ; de plus, elle veut que cette *convention* soit reçue par un acte authentique ; puis elle prononce la nullité de la *convention* qui rétablit la communauté sous des conditions différentes ; c'est frapper de nullité la *convention* que la loi exige comme condition essentielle du rétablissement de la communauté. Cette interprétation est aussi en harmonie avec les principes généraux de droit. L'article 1172 déclare nulle la convention qui dépend d'une condition contraire à la loi ; or, les époux font dépendre le rétablissement de la communauté d'une condition que la loi prohibe, puisqu'ils ne consentent à la rétablir qu'avec des modifications, alors que la loi prohibe tout changement. On nie encore qu'il y ait condition illicite. Dans les termes, il n'y en a pas, cela est vrai, mais il faut voir ce que veulent les parties. Elles veulent une communauté autre que celle qu'elles avaient primitivement stipulée, elles veulent donc une chose illicite, et c'est sous cette condition qu'elles traitent ; puisqu'elles rétablissent la communauté en la modifiant, il faut

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 265, n° 103 bis IV.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 411, note 85, § 516, et les autorités qu'ils citent.

croire qu'elles ne l'auraient pas rétablie sans ces modifications. Si donc la loi maintenait le rétablissement de la communauté en effaçant les modifications que les époux y ont apportées, elle changerait la convention des époux; le législateur ne fait cela que dans les donations et les testaments où il efface les conditions illicites. C'est une exception qu'il faut bien se garder d'étendre, car la loi ne doit pas altérer les conventions des particuliers, elle doit les sanctionner si elles sont valables et les annuler si elles vicient une disposition prescrite sous peine de nullité. Les parties n'ont pas le droit de s'en plaindre : elles ont fait ce qui leur était défendu, elles n'ont point fait ce qui leur était permis; le législateur respecte leur volonté tout en l'annulant (1).

N° 2. EFFET DU RÉTABLISSEMENT DE LA COMMUNAUTÉ.

359. Le rétablissement de la communauté est un changement de régime; en principe, le régime nouveau ne devrait avoir d'effet que pour l'avenir. Cependant la loi décide qu'entre époux la communauté est rétablie comme si elle n'avait pas été dissoute : « La communauté rétablie reprend son effet du jour du mariage; les choses sont remises au même état que s'il n'y avait point eu de séparation. » Pourquoi la loi fait-elle rétroagir la convention qui rétablit la communauté? C'est encore pour empêcher les séparations simulées. L'un des époux attend une succession mobilière, on veut la soustraire à l'action des créanciers; dans ce but, la femme demande la séparation de biens et, par suite, le mobilier héréditaire lui reste propre. Puis, les époux conviennent de rétablir leur communauté; si le rétablissement n'avait effet que pour l'avenir, la succession resterait propre à la femme et les créanciers de la communauté n'y auraient aucun droit; ce serait faire fraude à leurs droits si, en réalité, comme on le suppose, il n'y avait pas de cause légitime de séparation.

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 266, n° 103 bis VI. C'est aussi l'avis de Delvincourt, de Battur et de Troplong.

La loi n'a pas voulu favoriser des conventions qui tendraient à violer la loi en l'éluant. Elle sanctionne les conventions sérieuses; s'il y a des raisons légitimes de rétablir la communauté, elle admet qu'elle soit rétablie, mais de manière que les époux ne se servent pas de la loi pour frauder les droits des tiers. La rétroactivité est aussi en harmonie avec le principe de l'irrévocabilité ou de l'unité des conventions matrimoniales; le vœu de la loi est qu'il n'y ait qu'un régime; si elle autorise la séparation de biens, c'est pour sauvegarder les droits de la femme; or, quand les époux rétablissent la communauté après qu'elle a été judiciairement dissoute, cela prouve que la dot et les reprises de la femme ne sont pas en péril, dès lors la séparation de biens n'a plus de raison d'être; elle tombe avec les causes qui la justifiaient provisoirement.

360. La communauté est aussi rétablie rétroactivement à l'égard des tiers, en ce sens que les créanciers du mari auront action sur les biens qui pendant la séparation sont échus aux époux, car ces biens sont censés avoir toujours fait partie de la communauté. De même les dettes contractées par le mari pendant la séparation seront des dettes de communauté. La loi ne fait qu'une exception à ce principe; elle maintient les actes qui ont été faits par la femme pendant la séparation, en conformité de l'article 1449; c'est une application des principes qui régissent la validité des actes. Tout acte fait en vertu de la loi et conformément à ses dispositions est valable, et la loi lui doit sa sanction. Or, la loi autorise la femme séparée judiciairement à administrer ses biens et à aliéner son mobilier; les actes faits par la femme, en vertu de l'article 1449, valables dans leur principe, doivent donc être maintenus, malgré la rétroactivité (1). Il en résulte une anomalie apparente : la femme est censée avoir toujours été commune, puisque la communauté reprend son effet du jour du mariage; elle a donc toujours été sous la puis-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 528, Colmet de Santerre, t. VI, p. 266, n° 103 bis V.

sance maritale et, logiquement, il en faudrait conclure qu'elle n'a pu faire aucun acte sans autorisation du mari. Mais la rétroactivité n'est qu'une fiction; or, les fictions sont toujours en opposition avec la réalité des choses, on ne peut jamais les pousser jusque dans leurs dernières conséquences; il faut, au contraire, les renfermer dans les limites légales, c'est-à-dire ne pas les appliquer à un ordre de choses pour lequel elles n'ont pas été établies. Dans l'espèce, la fiction de la rétroactivité n'a rien de commun avec les actes que la femme a faits pendant qu'elle était séparée de biens; partant la rétroactivité n'empêche pas de maintenir ces actes.

SECTION VI. — De l'acceptation et de la répudiation de la communauté.

§ I^{er}. Du droit d'option.

361. « Après la dissolution de la communauté, la femme ou ses héritiers et ayants cause ont la faculté de l'accepter ou d'y renoncer (art. 1453). » Cette faculté est contraire au droit commun qui régit les sociétés; la femme, en renonçant, se décharge de toute contribution aux dettes sociales; dans les sociétés ordinaires, il n'est pas permis à un associé de se libérer des dettes de la société en abandonnant sa part dans les bénéfices et ses apports. La femme acceptera si la communauté est bonne, elle renoncera si la communauté est mauvaise: droit exorbitant qui permet à un associé de maintenir ou de rompre le contrat, selon son intérêt (1).

Cette exception est un vrai privilège, car c'est la femme seule qui en jouit. Elle se justifie du reste parfaitement. Si la femme a une situation privilégiée lorsque la communauté se dissout, par contre elle est hors du droit commun tant que la communauté dure. Le mari est seigneur des biens communs; il en dispose en maître absolu, il peut dissiper la communauté ou la grever de dettes au delà de

(1) Mourlon, t. III, p. 88, n° 208. Troplong, t. II, p. 2, n° 1488

son avoir, sans que la femme ait le droit de s'y opposer. Quelle est donc la position de la femme? Elle met dans la société sa fortune mobilière, la jouissance de ses immeubles et son travail; le seul droit qu'elle ait en compensation, c'est une espérance: elle partagera les bénéfices, s'il y en a, et elle peut perdre tout ce qu'elle a apporté en mariage si le mari a tout dissipé. Il serait de toute iniquité que la femme, restée étrangère à la gestion qui a ruiné la communauté, fût forcée d'en accepter les désastreux résultats. Le droit d'option est donc, comme le dit Duveyrier, non point de justice libérale, mais d'équité rigoureuse (1). Le mari qui a seul géré doit aussi seul répondre de sa gestion si elle a abouti à la ruine de l'association; c'est la conséquence naturelle du pouvoir absolu dont il jouit.

362. Ce ne sont cependant pas ces motifs de justice qui ont fait introduire le droit d'option; on pourrait croire que c'est le hasard des croisades, si la main de Dieu n'éclatait dans ces guerres sacrées: entreprises pour la conquête d'un tombeau, elles commencèrent la ruine du catholicisme qui les avait inspirées et, conduites par la noblesse féodale, elles ruinèrent la féodalité et inaugurèrent le règne de l'égalité et de la liberté. Cet immense bouleversement eut aussi son contre-coup dans les relations privées. Les barons, obligés de s'endetter pour supporter les frais des voyages d'outre-mer, laissaient à leurs veuves des communautés obérées. Fallait-il que les frais des guerres saintes retombassent sur les femmes? On leur permit de répudier des charges et des dépenses auxquelles elles étaient restées tout à fait étrangères. Dans le principe, le droit de renoncer ne formait pas le droit commun; établi à l'occasion des croisades, c'était un privilège pour les veuves de ceux qui s'étaient mis à la tête de ces pieuses aventures. L'ancienne coutume de Paris portait: « Il est loisible à une noble femme, extraite de noble lignée et vivant noblement, de renoncer, si bon lui semble, après

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 20 (Loché, t. VI, p. 393). Duveyrier, *Rapport*, n° 36 (Loché, t. VI, p. 424).