

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) Moulon, 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).

le trépas de son mari, à la communauté. » Le rapporteur du Tribunal s'indigne de cet absurde privilège ; il ne réfléchit point que le droit d'option n'avait pas été établi pour des raisons de justice et d'équité, les circonstances historiques qui lui avaient donné naissance devaient le limiter aux femmes nobles. Mais Duveyrier a raison de dire que la justice marche toujours à côté des lumières et de la raison ; ce qui était un privilège de la noblesse dans l'ancienne coutume de Paris devint le droit commun dans la coutume nouvelle (1).

363. Le droit d'option qui, en apparence, doit son origine aux hasards d'une guerre aussi insensée que pieuse, finit par devenir un principe essentiel du régime de communauté. Il est d'ordre public ; par suite l'article 1453 dit que toute convention contraire est nulle. Il n'est pas permis aux parties contractantes de déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6), pas même aux futurs époux par leur contrat de mariage, le plus favorable des contrats. Tant que le mari jouira d'un pouvoir absolu comme chef de la communauté, la femme devra avoir le droit de renoncer à une communauté à l'administration de laquelle elle ne prend aucune part. Or, ce pouvoir du mari comme chef est une dérivation de la puissance maritale et, en ce sens, il est d'ordre public. Et si la femme a le droit de renoncer, c'est à raison de la dépendance où elle se trouve sous le régime de communauté, dépendance qui résulte de la puissance à laquelle elle est soumise ; donc son droit d'option est aussi d'ordre public.

Cependant ce droit, qui a une si grande importance en théorie, est presque inutile en pratique. La femme a un autre droit qui sauvegarde pleinement ses intérêts, alors même qu'elle accepte une communauté obérée, c'est le bénéfice d'émolument, en vertu duquel elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle retire de la communauté, pourvu qu'elle fasse inventaire. Ce bénéfice lui permet d'accepter sans qu'elle coure aucun

(1) Troplong, t. II, p. 2, nos 1489 et 1490. Pothier, *De la communauté*, n° 550. Duveyrier, *Rapport*, n° 36 (Loché, t. VI, p. 424).

risque. Elle n'est tenue au delà de son émolument que lorsqu'elle néglige de faire inventaire. Dans ce cas, elle perd aussi son droit de renoncer. Régulièrement donc la femme fera inventaire si elle craint que la communauté ne soit mauvaise, et alors elle jouira de son bénéfice d'émolument.

Toutefois il ne faudrait pas conclure de là que la femme n'est jamais intéressée à renoncer. Si la communauté est évidemment mauvaise, pourquoi la femme se chargerait-elle de la liquider ? Elle n'a pas le droit, qui appartient à l'héritier bénéficiaire, de faire abandon des biens aux créanciers. Si donc elle acceptait, elle serait obligée de liquider ; en renonçant, elle se débarrasse d'une charge onéreuse. Elle peut avoir un plus grand intérêt à renoncer, si elle a stipulé dans son contrat de mariage qu'en cas de renonciation elle aura le droit de reprendre ses apports. C'est une clause de communauté conventionnelle sur laquelle nous reviendrons. La femme qui renonce perd régulièrement tout droit sur le mobilier qui y est entré de son chef ; elle peut stipuler le droit de le reprendre en renonçant (1).

364. La loi frappe de nullité toute convention contraire au droit d'option. Comment faut-il entendre cette disposition ? Il est certain que la femme ne peut renoncer d'une manière générale à son droit d'option ; mais on enseigne que rien n'empêche la femme d'intervenir dans une convention qu'un tiers fait avec son mari et de consentir à être tenue envers le créancier malgré la renonciation éventuelle qu'elle ferait. Nous doutons que cela soit exact. C'est une convention contraire à l'effet de la renonciation que la femme a le droit de faire ; elle déroge donc partiellement au droit d'option ; or, la loi décide en termes absolus que toute convention contraire est nulle, donc une dérogation partielle aussi bien qu'une dérogation totale. On objecte que la convention que nous déclarons nulle n'est pas plus dangereuse pour la femme que l'engagement qu'elle con-

(1) Duranton, t. XIV, p. 572, n° 437. Rodière et Pont, t. II, p. 438, n° 1149.

tracterait avec son mari. Elle peut s'obliger avec lui, au besoin solidairement; dans ce cas, elle sera tenue à l'égard du créancier malgré sa renonciation (art. 1494); pourquoi ne pourrait-elle pas déclarer dans le contrat qu'elle sera tenue au cas où elle renoncerait (1)? Il y a une différence: la femme s'engagera plus facilement sous condition, c'est-à-dire au cas où elle renoncerait; car elle espère, en s'engageant, qu'elle ne sera pas dans le cas de renoncer, tandis qu'elle reculera souvent si elle doit prendre immédiatement un engagement personnel qui l'expose à être expropriée. Donc, en définitive, la dérogation partielle au droit d'option compromet les intérêts de la femme que la loi a voulu protéger (1).

365. Il va sans dire que le mari ne peut pas renoncer à la communauté. C'est lui qui administre et qui contracte les dettes dont la communauté se trouve chargée; conçoit-on qu'il s'affranchisse du lien des obligations qu'il a consenties en répudiant ce qu'il a fait lui-même? On comprend que la femme renonce, quoiqu'elle soit associée; on ne comprend pas que le mari, seigneur et maître, renonce, car la femme est étrangère aux dettes du mari, tandis que le mari en est le débiteur personnel. Il y a, à la vérité, des dettes qui procèdent de la femme, celles qui sont antérieures au mariage et que le mari devra supporter si la femme renonce. On peut lui répondre que celui qui épouse la femme épouse ses dettes; le mari pouvait se mettre à l'abri de ce danger en stipulant la séparation de dettes. Il faut ajouter que d'ordinaire le mauvais état de la communauté ne vient pas des dettes antérieures au mariage, il vient des dettes contractées pendant la durée de la communauté, donc par le mari.

L'application de ces principes soulève une difficulté qui a été portée à plusieurs reprises devant la cour de cassation. Il arrive assez souvent que le mari est donataire universel ou légataire universel de la femme. Celle-ci a le droit de renoncer; elle le transmet à ses héritiers: n'en faut-il pas conclure que le mari pourra renoncer à la com-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 269, n° 105 bis II.

munauté du chef de sa femme? La cour de cassation a repoussé cette prétention, qui s'élève d'ordinaire en matière fiscale. Le mari, donataire universel de sa femme, renonce, au nom de celle-ci, à la communauté qui a existé entre eux. Puis il déclare, au bureau de l'enregistrement, qu'en vertu de cette renonciation la succession par lui recueillie ne se compose que de valeurs mobilières, sur lesquelles il a acquitté les droits au taux fixé pour les mutations par décès de biens meubles entre époux. La régie soutient que cette renonciation est frauduleuse, et elle décerne une contrainte du chef de la moitié des biens de la communauté omise par le déclarant. Cette prétention a été rejetée en première instance. Le tribunal avoue que la renonciation du mari à la communauté n'a été faite que pour échapper aux droits de mutation, puisqu'elle ne produisait aucun effet dans l'ordre civil, le mari recueillant le bénéfice de la renonciation qu'il avait faite comme héritier de sa femme. Mais, dit le tribunal de la Seine, renoncer est un droit, et on ne peut pas dire que l'exercice d'un droit soit une fraude. Sur le pourvoi en cassation, la décision a été cassée après un délibéré en chambre du conseil. La cour commence par rappeler que la faculté de renoncer à la communauté a été accordée à la femme contre le mari, parce qu'il est naturel que celui-ci supporte seul toutes les dettes d'une communauté dont il a été seul administrateur, pour mieux dire, seigneur et maître. Le mari peut-il invoquer un droit qui a été établi contre lui? Cela est impossible, aux termes mêmes de la loi. Pour jouir de son droit de renoncer, la femme doit faire inventaire contradictoirement avec le mari: le mari qui prétend exercer les droits de la femme devrait donc faire un inventaire contradictoirement avec lui-même! Sur ce point, la cour de cassation se trompe: la femme peut renoncer dans le délai de trois mois et quarante jours, sans faire inventaire; elle n'est obligée de faire inventaire que si elle veut conserver la faculté de renoncer après l'expiration de ce délai (art. 1456). Or, dans l'espèce, le mari avait renoncé immédiatement; la renonciation était donc valable en la forme. L'était-elle au fond? Ce n'était pas une véritable

renonciation. Si la femme a le droit de renoncer, c'est pour se mettre à l'abri des dettes dont la communauté est chargée; en renonçant, elle abandonne toute la communauté au mari, qui est tenu d'acquitter les dettes. Le mari peut-il, comme héritier de la femme, renoncer alors que c'est lui, en sa qualité de mari, qui recueille le bénéfice de cette renonciation purement nominale? La cour devait se borner à dire que la renonciation du mari n'était pas la renonciation que le législateur a consacrée; que le seul but du mari était de s'affranchir des droits dus pour transmission de propriété: ce n'est pas là la renonciation du code civil, c'est un acte fait en fraude des droits du fisc, et nul à ce titre (1).

366. L'article 1453 donne le droit d'option aux héritiers de la femme; ceux-ci ont, en général, tous les droits que la loi accorde à la femme commune. C'est une application du droit commun. Les héritiers succèdent à tous les droits de leur auteur, donc aussi au droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer. On objecte que le droit d'option est un privilège et que les privilèges sont attachés à la personne. Berlier répond, dans l'Exposé des motifs, qu'il ne s'agit pas d'un privilège contraire au droit et accordé, à titre de faveur, à la femme: « Rien de plus juste, dit-il, que la faculté dont il s'agit; sa justice n'est pas seulement relative, elle est absolue, et n'appartient pas moins aux héritiers de la femme qu'à elle-même. Quels seront-ils, d'ailleurs, ces héritiers? Le plus souvent ce seront les enfants du mariage, dignes, sous ce rapport, de toute la faveur des lois (2). »

367. L'article 1453 ajoute que les ayants cause de la femme ont également le droit d'option. Qui sont ces ayants cause? Troplong n'a pas tort de dire que si les lois sont parfois obscures, à force d'être concises, elles le deviennent quelquefois en disant plus qu'il ne faut. Ne serait-ce pas par habitude et par routine que les auteurs du code

(1) Cassation, 9 mars 1842 (Daloz, au mot *Enregistrement*, n° 363). Rejet, 26 novembre 1849 (Daloz, 1850, 1, 92). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. V, p. 413, note 7, § 517, et Troplong, t. II, p. 5, n° 1503.

(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 20 (Loché, t. VI, p. 393).

ont ajouté le mot *ayants cause* à la suite du mot *héritiers*? Il est certain qu'il y a des ayants cause qui n'ont pas le droit d'option. La femme vend ses droits: le cessionnaire a-t-il le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer? La négative est évidente, car la femme, en cédant ses droits, accepte, puisqu'elle dispose de sa part dans la communauté; son option étant consommée, elle ne transmet plus le droit d'accepter ou de renoncer, elle cède les droits qui lui appartiennent en vertu de son acceptation.

Il faut donc laisser de côté les ayants cause à titre particulier. Restent les ayants cause universels; ils se confondent avec les héritiers quand ce sont des successeurs universels, tels que donataires ou légataires. Les créanciers sont ayants cause universels, en ce sens qu'ils peuvent exercer tous les droits de leur débiteur (art. 1166). Mais le principe de l'article 1166 s'applique-t-il au droit d'option? On peut le contester; nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*. L'opinion générale est que les créanciers de la femme peuvent accepter en son nom et consommer ainsi son droit d'option, puisque, par suite de l'acceptation, elle n'aura plus le droit de renoncer. Cela conduit à des conséquences qu'il est difficile d'admettre. La femme peut accepter sans faire inventaire: elle sera tenue, dans ce cas, *ultra vires*. Est-ce que les créanciers de la femme peuvent aussi accepter sans dresser d'inventaire? et la femme sera-t-elle tenue *ultra vires*? Il faut aller jusque-là si l'on reconnaît aux créanciers le droit d'option. Mais la conséquence est inadmissible, et elle témoigne contre le principe. La loi qui autorise les créanciers à exercer les droits de leur débiteur ne leur permet certes pas d'obliger le débiteur. On n'est obligé que par son consentement; or, accepter la communauté, c'est s'obliger à payer la moitié des dettes. Cela décide la question, nous semble-t-il (1).

Il y a un cas dans lequel les créanciers peuvent accepter en un certain sens. L'article 1464 le dit: « Les créanciers de la femme peuvent attaquer la renonciation qui

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 413, § 517.

aurait été faite par elle ou par ses héritiers en fraude de leurs créances et accepter la communauté de leur chef. » Ils acceptent *de leur chef*; la renonciation de la femme subsiste; elle n'est donc pas obligée par l'acceptation que feront ses créanciers. C'est en vertu de l'article 1167 que les créanciers agissent, plutôt qu'en vertu de l'article 1166. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Successions*, sur l'article 788, dont l'article 1464 n'est qu'une application.

368. Les créanciers de la femme ont-ils le droit de renoncer à la communauté? Cela se comprend difficilement. L'article 1166 donne bien aux créanciers la faculté d'exercer les droits de leur débiteur, mais il ne leur permet pas de dépouiller le débiteur d'un droit qui lui appartient; or, en renonçant au nom de la femme, les créanciers l'empêcheraient d'accepter.

Supposons que la femme accepte sans faire inventaire: elle sera tenue *ultra vires*. Les créanciers peuvent-ils attaquer son acceptation et, par suite, renoncer à la communauté au nom de la femme? La question est controversée et douteuse; nous y reviendrons.

La femme n'accepte ni ne renonce, elle s'abstient. On admet que, dans ce cas, les créanciers peuvent renoncer. L'article 1453, dit-on, est trop positif pour qu'on puisse leur dénier cette faculté. Il en faut conclure que les créanciers peuvent enlever à la femme un droit qu'elle tient d'une convention; cela nous paraît inadmissible, parce que cela est contraire à l'article 1166, en vertu duquel les créanciers agissent. Il en est de même si la femme meurt sans s'être prononcée (1). Notre objection revient, en ce qui concerne les héritiers, s'ils ont aussi le droit d'option: les créanciers peuvent-ils les priver d'une partie de leurs droits en exerçant l'autre? Cela nous paraît impossible. Nous n'insistons pas sur ces difficultés qui ne sont discutées qu'à l'école; la pratique les ignore.

(1) Troplong, t. II, p. 4, nos 1499-1502. Comparez Rodière et Pont, t. II, p. 440, n° 1151.

§ II. De l'acceptation.

369. L'acceptation de la communauté est un acte analogue à l'acceptation de l'hérédité: quand la femme accepte, elle manifeste la volonté d'être femme commune et elle s'oblige à l'égard des créanciers de la communauté, de même que le successible manifeste, en acceptant, la volonté d'être héritier et s'oblige envers les créanciers de l'hérédité. Le fait juridique est le même; il y a cette seule différence que la femme n'est pas héritière, elle est associée de son mari; toutefois, il se peut que toute la fortune du mari soit entrée en communauté; quoique n'étant pas héritière, la femme prendra la moitié de ses biens; elle prend, en tout cas, la moitié de la fortune mobilière du mari. Il y a donc, en fait comme en droit, une grande analogie entre la situation de la femme commune et celle de l'héritier. Voilà pourquoi les mêmes principes régissent l'acceptation de la communauté et l'acceptation d'une hérédité. Comme nous avons traité cette matière au titre des *Successions*, nous pourrions renvoyer, sur bien des points, à ce qui a déjà été dit. Notons seulement la différence capitale qui existe entre la femme commune et l'héritier. Celui-ci peut accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire; tandis que la loi ne parle pas d'une acceptation bénéficiaire, au chapitre de la *Communauté*. La femme commune jouit, en cette qualité, du bénéfice d'émolument, lequel, pour les avantages qui y sont attachés, équivaut au bénéfice d'inventaire. Mais pour l'héritier, le bénéfice d'inventaire est une exception et, au point de vue des vrais principes, c'est une anomalie; de droit commun, l'héritier représente la personne du défunt et est tenu de ses dettes, comme l'est tout débiteur personnel, indéfiniment. Il n'en est pas de même de la femme commune. Elle ne représente personne, elle est associée, tenue des dettes à ce titre et, dans la rigueur du droit, tenue comme si elle les avait contractées personnellement, donc *ultra vires*. Mais la loi déroge au droit commun. La femme n'a jamais été associée, dans la réalité des choses: être un-