

la durée du mariage, elle rétroagit; le droit préexiste donc, c'est un droit *présent*, et propre comme tel (1).

La réalisation du mobilier futur porte sur le mobilier qui échoit aux époux, durant le mariage, à titre gratuit, succession, donation ou legs. Il faut appliquer à la clause de réalisation ce que nous avons dit, sous le régime de la communauté d'acquêts, du mobilier futur (nos 140 et 141); sous ce rapport, les deux clauses sont identiques.

207. Les conventions de réalisation sont de droit étroit, dit Pothier, parce que ce sont des exceptions au droit commun, et toute exception est de stricte interprétation. Il n'y a aucun doute quant au principe, mais il faut se garder d'en abuser. Avant tout, on doit s'attacher à l'intention des parties contractantes, et si cette intention est d'étendre la clause, il ne faut certes pas l'interpréter dans un sens restrictif. Pothier, nous semble-t-il, a interprété trop restrictivement la clause suivante. Les futurs époux apportent chacun une certaine somme à la communauté, puis ils ajoutent que le *surplus de leurs biens* leur sera propre. Que faut-il entendre par cette expression : *le surplus des biens*? est-ce le surplus de leurs biens présents seulement, ou sont-ce aussi les biens futurs? Pothier dit que le mobilier présent sera seul propre et que le mobilier futur entrera en communauté. Pothier aurait raison si les parties contractantes et ceux qui rédigent leurs actes étaient des jurisconsultes; en droit, le surplus de mes biens, ce sont ceux que je possède au moment où je contracte. Mais on peut hardiment affirmer que telle n'est pas l'intention des futurs époux; en mettant une certaine somme en communauté, ils entendent limiter à ce chiffre leur mise en communauté; or, tout ce qui n'est pas mis en commun reste propre, donc tout le mobilier, présent et futur (2).

Nous renvoyons aux auteurs pour ce qui concerne l'interprétation des diverses clauses de réalisation qu'ils pré-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 320. Comparez le tome XXI de mes *Principes*, nos 289 et suiv.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 319, et la note de Bugnet, t. VII, p. 189.

voient et dont ils discutent le sens (1). Ce sont des hypothèses de théorie et, en théorie, on est disposé à décider d'après la rigueur du droit, comme le fait Pothier. Ces applications ne servent à rien au juge, si ce n'est à l'égarer. Les clauses, telles que les auteurs les supposent, ne se rencontrent jamais dans la vie réelle; or, le juge a à interpréter des clauses réellement stipulées; il doit chercher à pénétrer l'intention des parties contractantes, et cette recherche se fera bien plus facilement s'il a l'esprit libre de tout préjugé de théorie.

§ II. Effets de la clause.

NO 1. QUANT A LA PROPRIÉTÉ DU MOBILIER RÉALISÉ.

208. Le mobilier réalisé reste-t-il propre aux époux? ou entre-t-il en communauté malgré la réalisation, de sorte que la communauté devient propriétaire et débitrice de la valeur? Si l'on ne consulte que le texte du code et le sens naturel de la clause, on doit s'étonner de la question. L'article 1500 dit que les époux peuvent *exclure de leur communauté* leur mobilier présent et futur. Quand les époux stipulent la clause de réalisation, ils *excluent* de la communauté le mobilier qu'ils réalisent; et le mobilier qui n'est pas commun est propre, puisque, sous le régime de communauté, tous les biens sont ou propres ou communs. De là vient l'expression de *stipulation de propres*, qui est synonyme de *réalisation*. Dire que des biens sont propres, c'est dire que l'époux en reste propriétaire. Telle est bien l'intention des parties contractantes. De droit commun, le mobilier entre en communauté; les époux, la femme du moins, cessent d'en être propriétaires; le mari en peut disposer même à titre gratuit, la femme y perd tout droit quand elle renonce. C'est à cette règle de la communauté légale que les époux dérogent en stipulant la communauté

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 317 et suiv. Duranton, t. XV, p. 51, n° 23. Rodière et Pont, t. II, p. 561, n° 1306. Aubry et Rau, t. V, p. 463, note 5, § 522. Colmet de Santerre, t. VI, p. 353, n° 263 bis XV.

conventionnelle de réalisation. La dérogation doit avoir l'effet contraire de la règle. Si, en vertu de la règle, l'époux cesse d'être propriétaire de son mobilier, il doit en conserver la propriété en stipulant l'exception. Cela nous paraît d'évidence. Donc, d'après le texte de la clause et l'intention des parties contractantes, il faut décider que le mobilier réalisé n'entre pas en communauté.

Toutefois la question est controversée. Ce qui la rend douteuse, c'est que Pothier enseignait le contraire, et l'on prétend que le code civil a consacré sa doctrine. Constatons d'abord l'opinion de Pothier. Il reconnaît que le mobilier réalisé est réputé immeuble et qu'il forme un propre conventionnel. Mais il établit une différence entre les propres *conventionnels*, que l'on appelle aussi *fictifs*, et les propres *réels*, c'est-à-dire les immeubles. L'époux conserve la propriété de ses immeubles, la communauté n'en a que la jouissance, tandis que les propres conventionnels ou meubles réalisés entrent en communauté; l'époux qui les a réalisés a seulement droit à la valeur lors de la dissolution du régime. Sur quoi Pothier fonde-t-il cette différence? Les effets mobiliers, dit-il, se détériorent et se détruisent même par l'usage; si donc la communauté ne devenait pas propriétaire du mobilier réalisé, elle n'en aurait qu'une jouissance temporaire, et l'époux ne reprendrait que des effets usés et sans valeur. Pour que la communauté ait la jouissance à laquelle elle a droit, et pour que l'époux ait une reprise utile à exercer, il faut que le mobilier réalisé entre en communauté; le mari aura le droit de l'aliéner et il jouira du prix, et l'épouse aura contre la communauté une créance de la valeur du mobilier réalisé. Le motif est peu solide. Quant à la communauté, son intérêt est illusoire: qu'elle ait la jouissance ou la propriété, elle retire toujours de la chose l'utilité à laquelle elle a droit, c'est-à-dire la jouissance; c'est, au contraire, un désavantage pour elle que de devenir propriétaire, car elle ne le devient qu'à la charge de restituer la valeur; tandis que si elle ne devient pas propriétaire, elle retirera de la chose toute l'utilité qu'elle peut donner et elle ne devra rien restituer. L'époux a intérêt à ce que

la communauté devienne propriétaire avec charge de restituer la valeur, car il reprendra, à la dissolution, la valeur qu'il a mise dans la communauté; tandis qu'il ne reprendrait que des meubles sans valeur s'il en conservait la propriété. Faut-il, pour sauvegarder cet intérêt, que, de droit, le mobilier réalisé entre en communauté? Non, car ce qui est avantageux à l'époux serait désavantageux à la communauté. Il vaut donc mieux abandonner ce point aux parties contractantes, puisque c'est une question d'intérêt.

N'est-ce pas là la théorie du code? On prétend qu'il a reproduit l'opinion de Pothier. Cela est plus que douteux. Remarquons d'abord que le code ignore la distinction des propres réels et des propres conventionnels ou fictifs; cela suffit déjà pour la rejeter, car les fictions ne peuvent être créées que par le législateur. Au lieu de créer une fiction, la loi s'en tient à la réalité; elle dit que la clause de réalisation consiste à *exclure* de la communauté le mobilier réalisé, et on lui fait dire que le mobilier, quoique *exclu*, y *entre*: voilà la fiction, elle est étrangère à la loi, ce sont les interprètes qui veulent l'y introduire sur l'autorité de la tradition. Ils ne s'aperçoivent pas qu'ils tournent dans un cercle vicieux; ils prétendent que le code a reproduit la théorie de Pothier; or, le texte dit le contraire; là-dessus on invoque l'autorité de Pothier pour faire dire à l'article 1500 autre chose que ce qu'il dit. Les auteurs du code, loin de consacrer l'opinion traditionnelle, s'en sont écartés, et il y avait d'excellentes raisons pour cela. Pothier suppose que les meubles se détériorent et se détruisent par l'usage que l'on en fait; cela n'est vrai que des meubles corporels, et seulement de certains meubles, de ceux qui servent à un usage journalier. Du temps de Pothier, il y avait déjà d'autres effets mobiliers, les créances; depuis la révolution et surtout de nos jours, ces valeurs ont pris un accroissement prodigieux: est-ce que les actions de la Banque de France, est-ce que les actions de la Société Générale en Belgique se déprécient par le temps? Elles montent, au contraire, dans l'ordre régulier des choses; l'intérêt des époux est donc d'en conserver la pro-

priété quand ils les réalisent. Pour un nouvel état social, il faut des lois nouvelles; l'article 1500 contient une de ces innovations.

La cour de Paris oppose l'article 1503, qui, d'après elle, est la reproduction de l'opinion de Pothier (1). C'est une erreur, à notre avis. Pothier parle de la clause de réalisation expresse qui est formulée par le premier alinéa de l'article 1500, et cette disposition a consacré la réalité des choses, sans reproduire la fiction des propres conventionnels. Est-ce que l'article 1503 établit la fiction, comme le suppose la cour de Paris? Il prévoit une autre hypothèse, une clause différente, la clause d'apport définie par le deuxième alinéa de l'article 1500. Il suffit, pour s'en convaincre, de rapprocher les deux dispositions. L'article 1500 définit la clause d'apport comme suit : « Lorsque les époux stipulent qu'ils en (du mobilier) mettront dans la communauté jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, ils sont par cela seul censés se réserver le surplus. » Et l'article 1503 porte : « Chaque époux a le droit de reprendre et de prélever, lors de la dissolution de la communauté, la valeur de ce dont le mobilier qu'il a apporté lors du mariage, ou qui lui est échu depuis, excédait sa mise en communauté. » Il y avait donc une mise en communauté, ce sont les termes du deuxième alinéa de l'article 1500 : « Les époux ont déclaré mettre dans la communauté. » Qu'est-ce qu'il y mettent? Tout leur mobilier présent ou futur? Non, car la loi suppose que leur mobilier excède la mise en communauté; donc c'est une somme ou une valeur qu'ils ont déclaré y mettre, et ils ont entendu se réserver le surplus; c'est ce surplus qu'ils ont le droit de prélever (2). Cela suppose que le mobilier des époux entre en communauté et que celle-ci est débitrice jusqu'à concurrence de l'excédant de valeur. Tel est l'effet de la clause d'apport, comme nous le dirons plus loin.

(1) Paris, 21 janvier et 15 avril 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2701, 1° et 2°).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 346, n° 163 bis II-VI. et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 455, note 26, § 522. L'opinion contraire est professée par Merlin, Delvincourt, Battur et Bellot des Minières.

L'article 1503 est donc étranger à la clause de réalisation expresse. Dans cette clause, il n'y a pas de *mise en communauté* du mobilier jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Le mobilier en est, au contraire, *exclu*. On conçoit que le mobilier entre en communauté quand les époux déclarent l'y mettre jusqu'à une certaine concurrence, mais on ne conçoit pas qu'il y *entre* quand les époux déclarent l'en *exclure*.

209. La jurisprudence est hésitante; elle tend cependant à se prononcer en faveur de l'opinion qui a prévalu dans la doctrine. Il y a des arrêts qui paraissent déterminés par les circonstances de la cause; comme ils ne décident pas nettement la question de droit, nous les négligeons (1). La cour de Paris a commencé par juger en droit que l'article 1503 est applicable à la réalisation expresse; d'où suivrait que la communauté devient propriétaire du mobilier réalisé et qu'elle est débitrice de la valeur envers l'époux qui a stipulé la clause. Deux ans plus tard, elle a jugé le contraire; sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet qui écarte l'article 1503 par une assez mauvaise raison : cet article, dit la chambre des requêtes, en autorisant le prélèvement de la valeur du mobilier réalisé, n'a voulu parler que du mobilier qui n'existerait plus en nature lors de la dissolution de la communauté (2). Il n'y a pas une trace de cette distinction dans la loi, elle est rédigée en termes absolus; ce n'est pas une exception, c'est une règle. C'est donc mal interpréter l'article 1503 que d'en limiter le sens à un cas particulier, et les mauvaises raisons compromettent la cause à l'appui de laquelle on les invoque.

Il y a un arrêt plus récent de la cour de cassation dans le même sens; la cour formule nettement le principe, mais sans le motiver. Toutefois il importe de constater la décision, elle est générale, quoiqu'elle soit intervenue dans une espèce où il s'agissait d'une créance réservée propre

(1) Voyez deux décisions contraires de la cour de Paris à l'égard d'un fonds de commerce stipulé propre (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2700).

(2) Rejet, 2 juillet 1840 (Dalloz, *ibid.*, n° 2702).

par la femme et que le mari avait aliénée sans son consentement. La cour décide que la vente est nulle. « Le mari, dit l'arrêt, n'a de droits sur le mobilier apporté par la femme que comme chef de la communauté, ou comme administrateur des biens de la femme. En qualité de maître de la communauté, il peut disposer de ce qui la compose, et non des valeurs qui en sont formellement exceptées. D'un autre côté, son droit d'administrer les propres de la femme est exclusif du droit de les aliéner (1). » C'est la doctrine que la jurisprudence a consacrée pour le mobilier réalisé dans la communauté d'acquêts (n° 143); et, au fond, cette clause et la réalisation expresse sont identiques, puisque l'une et l'autre excluent le mobilier réalisé de la communauté.

210. Du principe que l'époux reste propriétaire du mobilier qu'il a déclaré exclure de la communauté, il suit que le mari n'en peut pas disposer comme chef de la communauté. On dit, il est vrai, que ce n'est pas là une conséquence nécessaire du principe, puisqu'il y a une doctrine qui enseigne que le mari a le droit d'aliéner en qualité d'administrateur (2). A notre avis, la cour de cassation, dans l'arrêt que nous venons de citer (n° 209), énonce une proposition incontestable en disant que le droit d'administrer les biens d'autrui exclut le pouvoir de les aliéner. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la communauté d'acquêts : le principe étant le même dans les deux clauses, les conséquences aussi doivent être identiques (nos 143-147). La question intéresse surtout la femme; quant au mari, s'il réalise son mobilier, il va sans dire que lui seul peut l'aliéner. Néanmoins, même en ce qui concerne le mari, il importe de savoir si le mobilier réalisé devient propriété de la communauté; le mari ne pourrait plus en disposer, dans ce cas, à titre gratuit en s'en réservant l'usufruit; tandis que s'il conserve la propriété du mobilier réalisé, son droit de disposition est illimité (3).

Si c'est le mobilier de la femme qui est réalisé, le mari,

(1) Rejet, 5 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 81).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 455, note 26, § 522.

(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 349, n° 163 bis VIII.

dans notre opinion, n'en peut aucunement disposer; tandis qu'il en pourrait même disposer à titre gratuit si le mobilier entré en communauté. Le mari ne pouvant disposer du mobilier réalisé, par voie d'aliénation directe, ne le peut pas non plus en s'obligeant; en effet, en obligeant sa personne, il oblige ses biens; or, le mobilier de la femme n'est pas dans le domaine du mari.

211. Le mobilier réalisé est aux risques de l'époux, puisqu'il en reste propriétaire, sans contracter aucune obligation de ce chef. De là suit que le mobilier augmente de valeur au profit de l'époux, de même qu'il se détériore et qu'il périt pour lui (1). Ces chances se réalisent à la dissolution de la communauté; l'époux reprend son mobilier en nature, par application du principe établi par l'article 1470. La femme ne peut pas être obligée à recevoir d'autres valeurs que celles qu'elle a réalisées; elle n'agit pas comme créancière, elle agit comme propriétaire (2). Par identité de raison, elle ne peut réclamer d'autres effets ni la valeur, elle doit reprendre les effets qu'elle a stipulés propres. Telle est la décision en droit. En fait, les parties peuvent déroger à la réalisation, car elles ne sont pas plus liées par la communauté conventionnelle que par la communauté légale (3).

212. La reprise d'une créance réalisée a donné lieu à une difficulté sur laquelle la cour de cassation s'est trouvée en désaccord avec la cour de Paris. Dans l'espèce, la femme s'était réservé propre une créance de 100,000 fr., formant le restant d'un prix de vente d'immeuble. La cour pose en principe, ce qui est très-exact, que la clause de réalisation a assimilé la créance à un immeuble, en ce sens que la femme est restée propriétaire de la créance en nature; de sorte qu'à la dissolution de la communauté elle avait droit à la reprise en nature, et non à la reprise d'une somme de 100,000 francs. L'acquéreur ne pouvant pas payer son prix, il intervint entre la femme et les tiers détenteurs, une convention par laquelle ceux-ci aban-

(1) Rejet, 9 juin 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2794, 1°).

(2) Orléans, 29 mars 1855 (Dalloz, 1856, 2, 62).

(3) Rejet, 25 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 93).

donnèrent les biens à la femme à titre de dation en paiement de la créance de 100,000 francs. Quel était l'effet de cette dation en paiement quant au droit de reprise de la femme? La cour de Paris décida que les immeubles étaient substitués à la créance qui les représentait et étaient devenus, comme la créance elle-même, des propres de la femme; ayant pris, au moyen de la dation en paiement, la place du meuble réalisé, ils n'avaient pu entrer dans la communauté, pas plus que la créance réalisée elle-même. Ce que la cour appelle une substitution était une vraie subrogation, puisqu'un immeuble acquis pendant le mariage prenait la place d'une créance, par l'effet d'une convention qui équivaut à la vente. N'en résultait-il pas qu'il fallait observer les conditions prescrites par les articles 1434 et 1435? Non, répond la cour; ces articles supposent que le prix a été versé dans la communauté et qu'ensuite les deniers ont été employés à l'acquisition d'un autre immeuble; de là la nécessité de déclarations constatant l'origine des deniers et l'emploi; tandis que, dans le cas d'une dation en paiement, la créance est remplacée de plein droit par l'immeuble donné en paiement (1).

Cette décision a été cassée, et elle devait l'être. La cour de cassation commence par rappeler que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale; elle comprend donc activement tous les immeubles qui sont acquis à titre onéreux pendant le mariage, soit par les deux époux ensemble, soit par l'un d'eux séparément. De là la conséquence que tout immeuble est réputé acquêt, à moins que, par exception, il ne soit propre en vertu d'une disposition de la loi (art. 1402). L'exception s'applique notamment au cas où, en vertu de la fiction de subrogation, un immeuble est substitué à un propre de communauté, avec la même qualité de propre, soit par voie d'échange, soit par voie de remploi. Reste à savoir si la dation en paiement opère subrogation. La dation en paiement n'est pas un échange, c'est une vente; la créance forme le prix de l'immeuble reçu en paiement; la dation

(1) Paris, 21 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 49).

en paiement produit donc les effets d'une vente. Or, la vente fait entrer l'immeuble acquis dans la communauté, à moins qu'elle n'ait été faite en remploi d'un propre. Par conséquent, les conditions du remploi fait au profit de la femme auraient dû être observées, et, dans l'espèce, elles ne l'avaient pas été; donc l'immeuble restait un acquêt; la femme dont la créance avait servi à payer le prix n'avait qu'une récompense pour les 100,000 francs qui avaient été pris dans son patrimoine. En décidant que la subrogation s'était opérée de plein droit et sans l'observation des conditions prescrites par les articles 1434 et 1435, la cour de Paris avait violé ces articles (1).

213. Il y avait encore une autre difficulté dans cette affaire. Les articles 1434 et 1435 n'admettent la subrogation que pour le remploi d'un immeuble aliéné. Or, dans l'espèce, la femme n'avait pas aliéné un propre, elle était seulement créancière d'un prix de vente; donc sa créance formait un droit mobilier, réalisé, il est vrai, et assimilé à un immeuble propre, mais conservant toujours sa nature de meuble. Il s'agissait donc de savoir si un droit mobilier propre à la femme peut être remplacé par un immeuble propre, soit en vertu d'une vente, soit en vertu d'une dation en paiement. La question n'a pas été soulevée; sans doute parce que la jurisprudence s'est prononcée pour la validité du remploi. Nous avons professé l'opinion contraire (n° 154). L'arrêt de la cour de cassation que nous venons de rapporter nous confirme dans notre opinion. Elle dit très-bien que le remploi se fait en vertu d'une fiction légale de subrogation. Or, n'est-il pas de principe que les fictions légales sont de la plus stricte interprétation? Peut-on étendre au remploi d'une créance propre une fiction établie pour le remploi d'un propre immobilier? A notre avis, il suffit de poser la question pour la résoudre.

La cour de cassation de Belgique s'est prononcée pour la validité du remploi; l'arrêt est pour nous sans valeur, parce qu'il ne rencontre pas l'argument, décisif, à notre

(1) Cassation, 23 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 455), et, sur renvoi, Rouen, 23 février 1870 (Dalloz, 1870, 1, 235).