

le cas où la femme accepte et le cas où elle répudie la communauté (1).

La publicité que nous demandons a d'ailleurs un grand intérêt pour les tiers; il est important, surtout quand c'est la femme qui reprend, que le transport de la propriété sur sa tête soit annoncé publiquement, et que, le cours des inscriptions du chef du mari étant arrêté, les ayants cause de la femme sachent à quoi s'en tenir sur le crédit qu'elle mérite.

63. On transcrira également, comme acte translatif de propriété, une convention de société dans laquelle des apports immobiliers sont stipulés : l'immeuble qui est mis en commun change de maître; il appartient désormais à la société considérée comme personne morale (2).

Il est vrai qu'en vertu de la loi de l'enregistrement, le droit proportionnel n'est pas exigé sur une convention de société contenant des apports immobiliers, et qu'au regard du fisc, il n'y a mutation que lorsque

(1) La chambre civile de la Cour de cassation a rendu, le 8 février 1858, un arrêt de rejet conformément à cette doctrine, pour le cas particulier où la femme a renoncé à la communauté. (Devill., 58, 1, 268.) Sept arrêts de cassation rendus, les cinq premiers le 3 août et les deux autres le 24 août 1858, ont également décidé qu'en cas de renonciation à la communauté les reprises exercées par la femme sont passibles du droit de mutation. (Devill., 58, 1, 711 et suiv.)

Mais si on se reporte aux considérants des cinq arrêts rendus le 3 août 1858, on y voit établie, contrairement à notre opinion, une distinction entre le cas où la femme accepte la communauté et celui où elle renonce. — Voy. dans le même sens, M. Flandin, *Transcription hypothécaire*, nos 293 et suiv.

(2) Mon Comm. de la Société, nos 66, 69 et 694. — Voy. en ce sens les observations de la faculté de Caen et de la faculté de Strasbourg dans les documents publiés par M. Martin du Nord, t. I, p. 414, 487. — Cassat. ch. civ., 28 mai 1862. (Devill., 62, 1, 961.)

l'immeuble apporté passe, par l'événement de la dissolution de la société, aux mains d'un associé autre que celui qui en a fait l'apport (1). Mais, en réalité, la formation seule de la société opère une translation de propriété; et ce n'est que pour favoriser le développement des sociétés si utile aux intérêts du commerce et à la richesse publique, qu'un simple droit fixe a été, dans ce cas, substitué au droit proportionnel naturellement exigible. On a envisagé les chances du partage; on a vu qu'il serait possible que la chose mise en société revînt entre les mains de celui qui en était propriétaire originaire; et comme, dans ce cas, la perception du droit proportionnel aurait été une injustice qu'il aurait fallu réparer, on a mieux aimé attendre l'événement du partage, et ne percevoir le droit qu'autant qu'il serait certain que l'immeuble passerait dans les mains d'un autre associé.

Mais ici, nous sommes en présence d'un tout autre ordre d'idées : il faut donner des garanties au crédit foncier; il faut empêcher le propriétaire qui a mis l'immeuble en société d'en disposer au profit des tiers, soit en le grevant, soit en l'aliénant; il faut fixer le droit de la société à l'égard de tous; et c'est par la transcription seule qu'on arrive à ce but.

64. En général, en se mariant sous le régime de la communauté, les époux se réservent en propre leurs immeubles. Mais ils peuvent, par une volonté expresse, les mettre en commun; c'est ce qui se fait par la clause d'ameublissement déterminé, sans limitation de

(1) Nouveau répertoire Alph. de Dalloz, v<sup>o</sup> *Enregistrement*, nos 3557 et suiv. — MM. Championnière et Rigaud, t. III, nos 2743 et suiv.

somme (1). Cette clause opère-t-elle une mutation de propriété qui doit être transcrite?

Il n'est pas douteux qu'en soi la clause d'ameublement ne renferme une mutation. Pothier dit très-bien qu'elle est une espèce d'aliénation (2). L'immeuble périt pour la communauté et non plus pour l'époux (3); l'époux est garant de l'éviction (4), comme s'il y eût eu vente véritable. D'un autre côté, la communauté est une personne morale, qui se distingue des époux et devient propriétaire des choses apportées en commun (5). Donc la propriété change de mains; elle se déplace et la transcription est aussi bien nécessaire que dans le cas d'une société civile ou commerciale.

Voilà quelle est la théorie juridique sur ce point de droit, et nous ne pensons pas qu'elle puisse être contestée. Évidente, lorsque c'est la femme qui se dépouille de son droit privatif en ameublissant la chose, elle n'est pas moins claire, quand c'est le mari qui a mis un immeuble dans la communauté par le pacte d'ameublement déterminé. Quels que soient ses droits comme seigneur de la propriété, il ne les exerce plus au même titre qu'avant l'ameublement : il jouissait comme propriétaire exclusif, il ne jouit plus que comme chef d'une communauté; il pouvait aliéner à titre gratuit, il ne peut plus aliéner qu'à titre onéreux. Ceci posé, il semble que la conclusion naturelle de ces idées est que la transcription doit avoir lieu.

(1) Art. 1506, Cod. Nap.

(2) Sur Orléans, *Introduction au tit. 10*, n° 51.

(3) *Mon Comm. du Contrat de mariage*, n° 1996.

(4) *Id.* n° 1998.

(5) *Id.*, nos 306 et suiv.

65. Mais si on y regarde avec attention, on verra que la communauté, en vue de qui elle existe, a au contraire intérêt à ce qu'elle ne soit pas réalisée.

Supposons que Primus a ameubli l'immeuble A jusqu'à concurrence de 20,000 francs. Marié le 14 janvier 1848, il s'était engagé, le 20 mars 1847, à établir sur cet immeuble, au profit de Secundus, une servitude de prise d'eau qui en diminue la valeur. Mais Secundus n'ayant pas encore fait transcrire son contrat (1), Primus s'empresse de faire transcrire son pacte d'ameublement, et prenant ainsi les devants, il ôte à Secundus le moyen de faire valoir sa servitude sur l'immeuble.

Or, on n'oubliera pas que si Primus, comme chef de la communauté, est fondé à repousser Secundus dans son action réelle, il est, d'un autre côté, l'obligé de ce même Secundus par suite de l'obligation personnelle qu'il a contractée envers lui, en vertu de l'acte constitutif de servitude; il lui doit par conséquent des dommages-intérêts, puisqu'il ne tient pas sa promesse. Or, cette dette de dommages-intérêts, ayant une cause antérieure au mariage, tombe de plein droit à la charge de la communauté, sans récompense (2). De sorte que si la communauté échappe à la servitude, elle tombe sous le coup des dommages-intérêts et ne profite pas en réalité de la transcription.

Il y a plus : c'est qu'elle gagne à ne pas transcrire.

Qu'arrive-t-il, en effet, si Secundus vient réclamer sa servitude sur l'immeuble ameubli et lui fait subir de

(1) Voy. l'art. 2 de notre loi, *infra*, nos 106 et suiv.

(2) *Mon Comm. du Contrat de mariage*, n° 712.

ce chef une éviction partielle? C'est que la communauté a une action en garantie contre le mari qui a fait l'ameublement, et qu'elle a droit à être pleinement indemnisée (1).

Donc, dans ce cas, le défaut de transcription la préservera de toute perte; au lieu qu'elle en supportera une, si elle fait transcrire.

66. Ce que nous disons du mari s'applique avec non moins de précision à la femme qui fait un ameublement.

Elle ameublit, par son contrat de mariage, un immeuble qu'elle avait vendu auparavant, mais non livré. Si le mari transcrit, l'acheteur, privé de son droit réel, aura contre la femme une action en dommages-intérêts remontant à une époque antérieure au mariage et retombant sur la communauté. Si, au contraire, la transcription ne se fait pas, il advient sans doute que la communauté est évincée de l'immeuble par l'effet de l'action réelle de l'acquéreur; mais la communauté a du moins une action en garantie contre l'époux qui lui a donné une chose dont elle est évincée.

Tels sont les aperçus pratiques qui, dans ce cas particulier, viennent modifier la théorie de la transcription. Ils ne doivent pas échapper à l'attention des jurisconsultes.

67. S'il en est ainsi de l'ameublement sans limitation de somme, combien, à plus forte raison, dans le cas d'une clause d'ameublement d'un ou de plusieurs immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine

(1) Mon Comm. du *Contrat de mariage*, n° 1959.

somme (1)? La communauté ne devient pas propriétaire exclusif d'un immeuble ou d'une portion précise d'immeuble, en vertu de cette clause; elle n'a pas la libre disposition de la partie de l'immeuble ameublie; elle acquiert seulement le droit d'hypothéquer l'immeuble ou les immeubles, pour se procurer la somme promise. Or, on aperçoit déjà et sans aller plus loin, que la transcription n'est pas applicable à un tel pacte. Elle n'est pas prescrite par le n° 1<sup>er</sup> de l'article 1, puisque ce n'est pas un acte translatif d'une propriété déterminée; elle ne l'est pas non plus par le n° 2, puisque le droit d'hypothéquer n'est pas un droit susceptible d'hypothèque.

68. Quant à la clause (fort inusitée du reste) de communauté à titre universel, qui produit un ameublement parfait de tous les immeubles des époux (2), il est inutile de dire qu'elle se gouverne par les idées exposées aux n°s 65 et 66.

69. La transaction est tantôt déclarative et tantôt translative de propriété (3). Le plus souvent, et par sa nature, elle est déclarative; la loi suppose qu'en transigeant pour prévenir ou terminer un litige, les parties se sont fait justice à elles-mêmes et ont reconnu et déclaré la vérité. Dans cet ordre d'idées, la transaction ne constitue pas un nouveau titre; elle n'a pour but que de certifier un droit existant précédemment, mais douteux, et comme le dit Dumoulin, elle ne fait que

(1) Art. 1507 du Cod. Nap. — Mon Comm. du *Contrat de mariage*, n°s 2000 et suiv.

(2) Art. 1526, Cod. Nap.

(3) Mon Comm. des *Transactions*, n°s 7 et 8.

délivrer ce droit d'une controverse : *Est sola liberatio controversiæ* (1).

C'est pourquoi, celui à qui on abandonne un immeuble par une transaction, acquiert moins cet immeuble que le désistement d'un procès sur cette chose : « *Transactio* (je rappelle les paroles de d'Argentré), » *materiam primariam juris non generat, et subjectum a se non habet, sed aliunde mutuatur* (2). »

Ainsi donc, en règle ordinaire, la transaction portant sur un immeuble disputé, ne doit pas être transcrite ; elle n'est pas un acte translatif, elle est une déclaration *de re dubia* (3).

70. Mais il arrive quelquefois que l'une des parties, voulant obtenir une conclusion favorable, abandonne à l'autre une chose sur laquelle il n'y avait pas de contestation. Alors la transaction prend un caractère translatif ; elle comprend une vente en cette partie (4).

Par exemple : Primus est en débat avec Secundus sur l'immeuble A. Un procès menace de s'entamer, et Primus, redoutant les tracasseries et les frais qui en seront la suite, abandonne à Secundus un demi-hectare de pré situé dans le voisinage, mais non contesté.

Ici la transaction est translative en ce qui concerne

(1) Mon Comm. des Transactions, n° 7.

(2) *Id.*, n° 9.

(3) Il n'y a rien de contraire à cette doctrine dans un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1863 (Deville., 63, 1, 506). C'est au point de vue de la loi fiscale du 28 avril 1816 que, dans l'espèce, le droit proportionnel de transcription a été déclaré valablement perçu par l'enregistrement. Il faut remarquer, d'ailleurs, que la transaction avait été volontairement présentée à la transcription par les parties (*infra*, n° 385).

(4) Mon Comm. des Transactions, n° 8, d'après d'Argentré.

le pré, et Secundus devra s'en faire investir au regard des tiers par la transcription. Mais en ce qui concerne l'immeuble A abandonné à Primus, la transaction conservera son caractère déclaratif, et ce n'est pas sur ce point que la transcription devra porter (1).

71. Dira-t-on que lors même que la transaction n'est que déclarative, elle doit être transcrite, par la raison que, suivant le § 2 de l'article 1<sup>er</sup>, les renonciations à des actes translatifs de propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque sont sujettes à transcription, et que la transaction par laquelle se termine le débat sur l'immeuble est une véritable renonciation translative, de la part de celui qui abandonne la chose à son adversaire ?

Mais cette objection ne saurait porter coup. Il y a une grande différence entre une renonciation et une transaction. Par la renonciation on se démet d'un droit certain ; par la transaction on abandonne une prétention, un droit douteux et incertain ; on est censé reconnaître qu'on a eu tort et que l'adversaire avait raison ; on ne transfère rien à ce dernier, on consolide sur sa tête un droit préexistant qu'on cesse de lui contester. Nous ne disons pas cependant que la renonciation n'est pas mêlée dans une certaine mesure à la transaction ; mais la renonciation qu'on y trouve n'est pas celle dont s'occupe le § 2 de l'article 1<sup>er</sup> ; elle n'a rien de translatif (2).

72. Nous venons de parcourir les actes translatifs de

(1) Mon Comm. des Transactions, n° 10.

(2) *Infra*, n° 96.

propriété faits à titre onéreux. Disons un mot des contrats à titre gratuit.

La donation proprement dite est assurément un acte entre vifs qui opère une mutation de propriété. Par sa nature, elle entre donc dans le cercle tracé par la loi du 23 mars (1). Seulement, pour la donation, la nécessité de la transcription n'est pas nouvelle. A cause du danger que présentent des actes de libéralité tellement graves et dangereux qu'ils ont fait dire aux moralistes et aux jurisconsultes, *donare est perdere*, on les a depuis longtemps entourés d'une publicité protectrice; et le Code Napoléon a ordonné la transcription des donations d'immeubles (2), en adaptant à ce genre de dispositions les règles de la loi de l'an VII (3).

Le législateur de 1855 a voulu confirmer ce qui était déjà organisé; et, dans l'art. 11 de la présente loi, il a exprimé qu'il « ne dérogeait point aux dispositions du » Code Napoléon relatives à la transcription des actes » portant donation ou contenant des dispositions à » charge de rendre; elles continueront à recevoir leur » exécution. »

Nous avons traité cette matière à fond dans notre Commentaire des *Donations et Testaments* (4). Tout en renvoyant à ce travail, nous nous réservons de le compléter et de l'éclaircir au point de vue de la loi nouvelle, dans notre commentaire des articles suivants (5). Il y a plus d'une question délicate qui s'y rattache.

(1) *Suprà*, n° 57.

(2) *Voy. suprà*, et mon *Comm. des Donations*, nos 1147 et suiv.

(3) Mon *Comm. des Donations*, n° 1177.

(4) *Id.*, nos 1176 et suiv.

(5) *Infra*, nos 110 et suiv.

73. En attendant, nous rencontrons une difficulté qui a jusqu'à présent partagé les esprits, et qui surgit de la loi de 1855, nonobstant le paragraphe de l'art. 11 que nous venons de citer.

Nous avons dit dans notre Commentaire des *Donations et Testaments* que les institutions contractuelles ne sont pas sujettes à la transcription, par la raison que, quoique irrévocables, elles tiennent du testament, qu'elles ont en vue la mort du disposant, et qu'elles n'ont pour but que de transférer la propriété après décès (1).

Depuis la loi du 23 mars 1855, on a prétendu que, par l'effet de cette loi, il devait en être autrement à l'avenir (2). L'art. 1<sup>er</sup>, a-t-on dit, assujettit à la transcription tout acte entre vifs translatif de propriété immobilière. Or, l'institution contractuelle peut-elle être retranchée de la classe des actes entre vifs? Ne se fait-elle pas par des actes bilatéraux où l'instituant et l'institué sont parties comme dans les donations entre vifs? D'un autre côté, n'y a-t-il pas translation de la propriété? Qu'importe que la donation ne soit pas irrévocable d'une manière absolue? Il y a du moins abdication parfaite par le constituant du droit de disposer de la chose par des donations, et s'il peut aliéner les immeubles compris dans l'institution, il ne peut les donner entre vifs.

Qu'arriverait-il si, après une institution contractuelle, l'instituant donnait à un tiers l'un des immeubles compris dans la libéralité, et que l'acte de donation fût

(1) T. III, n° 1169, et t. IV, nos 2347 et suiv. et 2372.

(2) M. Duvergier, notes sur la loi du 23 mars 1855, art. 1.

transcrit ? Est-ce que le donataire ne serait pas autorisé à dire qu'à défaut de transcription de l'institution, la donation à lui faite doit produire son effet ?

D'ailleurs, si au moment du décès de l'instituant il n'y a pas eu transcription, qui pourra empêcher ses héritiers d'aliéner les biens compris dans l'institution ? L'institué pourra-t-il les revendiquer contre les tiers qui auront fait transcrire leurs actes de vente, et qui argumenteront du défaut de transcription de l'institution ?

Remontons ensuite aux motifs de la loi. Si on a dispensé de la transcription les légataires et les héritiers testamentaires, c'est parce qu'ils ont pu ignorer l'existence de leurs titres et que les dernières volontés des hommes ne pouvaient être ébranlées par le non-accomplissement de formalités dont le testateur n'est pas responsable, et dont l'accomplissement peut ne pas dépendre de la négligence des intéressés (1).

Or ici rien de pareil ne se rencontre. L'institué connaît son titre; il y a été partie; rien ne l'empêche de le livrer à la publicité, pour prévenir les méprises des tiers et les pièges tendus à la bonne foi.

74. Ces raisons ne nous semblent pas victorieuses; elles se réfutent facilement (2).

Et d'abord, qu'est ce que l'institution contractuelle ? Est-ce un acte entre vifs translatif de propriété ? Nullement. Cujas l'a très-bien dit : l'institution contractuelle est le don d'une succession, *datio successionis*; elle a donc trait à la mort du disposant; elle fait un héritier,

(1) *Suprà*, nos 36 et suiv.

(2) *Junge* M. Pont, *Revue critique de jurispr.*, année 1854, p. 167; MM. Rivière et Huguet, nos 427 et suiv.

et l'instituant ne s'engage à donner que ce qu'il laissera à son décès (1).

L'instituant se dépouille si peu, qu'il continue à garder la chose et à l'administrer pour lui-même, et qu'il peut l'épuiser par des hypothèques, des ventes et des aliénations à titre onéreux. Il donne et il retient. Est-ce là une opération entre vifs translative de la propriété ? N'est-ce pas plutôt la simple expectative d'une chose éventuelle, donnée à l'institué en vue de la mort ? Et quand les anciens jurisconsultes disaient que l'instituant « peut s'aider de son bien (2) », n'ont-ils pas caractérisé ce genre de disposition qui tient de la succession beaucoup plus que la donation ?

Or, le titre successif et la disposition à cause de mort ne sont pas sujets à la transcription. Pourquoi donc devrait-on transcrire l'institution contractuelle, qui n'est qu'un don de succession ?

Mais ce n'est pas tout :

S'il est un point manifeste à tous les yeux, c'est que la transcription est établie pour que la crainte d'actes latents n'enlève pas à la propriété son crédit, et qu'à partir du moment où la publicité a déclaré l'aliénation le droit de disposer ultérieurement de la chose aliénée, de la grever et de l'hypothéquer, soit entièrement arrêté et paralysé entre les mains du vendeur.

Eh bien, à quoi donc servirait, dans cet ordre d'idées, la transcription de l'institution contractuelle ? L'institué aura beau transcrire et publier son titre, l'instituant n'en conservera pas moins le droit de

(1) *Mon Comm. des Donations*, n° 2347.

(2) *Id.*, n° 2349.

vendre, d'échanger et d'hypothéquer les choses comprises dans l'institution, en sorte que la transcription ou rien, c'est à ce point de vue la même chose.

75. On me dit : du moins la transcription servira à marquer le temps d'arrêt des donations ; et si l'institué ne transcrit pas son titre, celui à qui l'instituant aura donné des choses comprises dans l'institution en sera bien et dûment saisi par la transcription qu'il fera du sien.

Mais c'est ce que je nie. Nous avons enseigné dans notre Commentaire des *Donations et Testaments* (1) (et il n'a rien été changé à ce droit par la loi du 23 mars 1855, comme le témoigne l'art. 11), que le défaut de transcription ne saurait être opposé par un donataire à un donataire. En pareil cas, on suit la règle *potior tempore, potior jure* ; entre deux donataires, *qui certant de lucro captando*, on donne la préférence au premier en date. Ici, cette préférence appartient d'autant plus à l'institué, que son titre est un contrat de mariage, c'est-à-dire le plus favorable de tous les titres, en ce qu'il tient de la nature des contrats à titre onéreux par les charges qu'impose aux époux la nouvelle famille qui va se fonder.

Mais il y a plus : qu'est-ce qu'un instituant qui, après avoir fait solennellement une institution contractuelle au profit d'un époux qu'il encourage au mariage, détourne par une donation ultérieure quelques-uns des biens que renferme cette libéralité ? C'est un homme de mauvaise foi qui agit en fraude de l'institution. Or,

(1) Mon Comm. des *Donations et Testaments*, n° 1179.

l'institué contre qui ce quasi-délit est commis n'a pas besoin d'autre chose que de ce dol pour faire croquer cette donation spoliatrice. Il lui suffit d'articuler la fraude pour la prouver ; et, une fois prononcée, elle retombe de tout son poids sur le donataire ; car, d'après les principes de l'action Paulienne, le créancier à qui son débiteur a fait fraude par une donation n'est tenu d'établir que la fraude de celui-ci, et il n'est pas besoin, pour en faire justice, que le donataire soit complice de cette mauvaise action (1).

76. Maintenant, on se reporte à l'époque du décès de l'instituant, et on fait ressortir les inconvénients du défaut de transcription, qui permet aux héritiers *ab intestat* de vendre à des tiers les choses comprises dans l'institution et d'opposer leurs propres actes, s'ils sont transcrits, à l'institué qui s'est endormi dans son contrat.

Il faut répondre que les héritiers *ab intestat* n'ont pas plus de droit pour disposer des choses de l'institution, et en investir des tiers qui se seraient rendus préférables à l'institué par la transcription, que si la succession se fût ouverte *ab intestat*. Le décès de l'instituant donne ouverture à une véritable succession ; c'est une succession testamentaire proprement dite, qui va de plein droit trouver l'institué (2). Comment donc les héritiers du sang pourraient-ils ici jeter des entraves, lorsque, d'après la loi du 23 mars 1855, ils ne le peuvent pas dans la matière des successions et testaments ?

(1) Ulpian, loi 6, § 11, D., *Quæ in fraudem creditorum*. — *Infrà*, n° 156.

(2) Mon Comm. des *Donations et Testaments*, n° 2366.