

tourne au profit du mari? N'est-il pas plus naturel de supposer que c'est en faveur de la femme que le dotant a livré une chose valant plus que la somme déclarée?

3153. Venons à présent à l'estimation des choses mobilières.

Comme la transmission irrévocable de la propriété sur la tête du mari est, en pareil cas, dans l'intérêt de la femme, la loi tient un grand compte de l'estimation de la dot mobilière; elle fait du mari un acheteur de cette dot quand elle est estimée. Ainsi, bien qu'il soit onéreux pour le mari de rendre, à la dissolution du mariage, la valeur primitive d'objets mobiliers qui, pendant l'union des époux, se sont réduits à presque rien, il n'en doit pas moins subir la loi du contrat de mariage. Ces objets mobiliers lui ont été donnés prisés et estimés. C'est de la prisée et de l'estimation qu'il est débiteur, et non des meubles *ut corpora*.

Ici, l'esprit de la loi s'éloigne du principe consacré par l'art. 1805 du Code civil, où nous lisons que l'estimation donnée au cheptel n'en transfère pas la propriété au preneur (1); mais il se rapproche de l'art. 1851 du Code civil, qui laisse aux risques de la société la chose dont on a mis la jouissance en société (2), et de l'art. 1883, qui veut que, lorsqu'une

(1) Mon comm. *du Louage*, t. 3, n° 1076.

(2) Mon comm. *de la Société*, t. 2, n° 595.

chose a été estimée en la prêtant, la perte soit pour l'emprunteur (1). On a considéré que la prisée serait sans utilité réelle, si l'on n'appliquait la règle *Æstimatio facit venditionem*, et qu'il ne fallait pas supposer que les parties ont mis dans le contrat une clause dépourvue de portée. D'ailleurs, l'intérêt de la femme et l'intérêt de conservation sont dominants dans le régime dotal. C'était donc le cas de rester attaché aux précédents du droit romain (2).

3154. Toutefois, les parties peuvent déroger à ce point de droit; il leur est permis de déclarer, dans le contrat de mariage, que l'estimation ne fait pas vente. C'est ce que déclare l'art. 1551.

Mais cette clause ne se suppose pas, et, dans le doute, il faut interpréter l'estimation dans le sens d'une vente. C'est le cas d'appliquer ici l'opinion de Deluca (3), que tout à l'heure nous trouvions déplacée quand il s'agissait des immeubles (4).

3155. C'est pourquoi l'on repoussera des conjec-

(1) Mon comm. *du Prêt*, n° 119 et 120.

(2) L. 41, D., *Solut. matrim.*

V. l'Ordonn. des Substitutions, t. 1, art. 10.

Et Furgole sur ce texte, qui consacrait la règle *Æstimatio facit venditionem*.

(3) Disc. 158, *De dote*.

(4) *Suprà*, n° 3148.

tures hasardées, tirées de circonstances en dehors de la teneur du contrat.

Par exemple, dans l'ancienne jurisprudence, beaucoup d'auteurs pensaient que l'estimation ne produisait pas vente alors que le mari était dans l'insolvabilité au moment du contrat, et que, par conséquent, il était présumé n'avoir pas voulu se charger d'un prix qu'il n'avait pas (1). Cette conjecture n'était pas bonne. Le mari peut n'avoir pas de fortune en se mariant, et avoir l'espérance d'en avoir une plus tard; il peut prospérer par son travail, par ses entreprises; il ne faut pas toujours lier l'avenir au présent. Aujourd'hui de pareilles présomptions seraient donc vainement invoquées, d'autant que la loi veut une déclaration que l'estimation ne fasse pas vente.

Je ne veux pas dire pourtant que cette déclaration doit être sacramentelle (2); mais il faut que l'intention des parties résulte positivement des termes du contrat, et que les clauses alléguées ne laissent ni doute ni équivoque. Ainsi, on regardera comme estimée la dot constituée dans ces termes :

« La future se constitue 600,000 fr., dont 25,000 » en diamants, 200,000 en actions de la Banque, » 200,000 en rentes sur l'État, le reste en argent » comptant (3). »

(1) *Suprà*, n° 5141.

(2) M. Tessier, t. 1, p. 560.

(3) *Suprà*, n° 5150.

Infrà, n° 5165.

C'est ce qui fut décidé dans l'affaire de la princesse de Condé, qui avait apporté pour un million de diamants à son mari, lesdits diamants provenant d'une donation de la reine de Pologne, sa tante; il fut jugé, par arrêt du parlement de Paris du 28 mai 1718, que, les diamants ayant été estimés, la princesse de Condé aurait le million en argent (1).

5156. Si l'estimation était faite postérieurement au mariage, elle serait de nul effet. Elle changerait la situation des époux; elle altérerait la portée du contrat de mariage. Rien de pareil n'est possible dans notre droit (2), d'autant plus que, d'après l'article 1595 du Code civil, la vente ne saurait avoir lieu entre époux. Il en était autrement dans l'ancienne jurisprudence (3), et l'on autorisait les époux à faire une estimation qui transportait la propriété au mari. Si l'estimation était juste, l'opération tenait : le mari devenait acheteur du mobilier, et la femme avait droit à retirer le prix convenu. C'est ce qui se faisait quelquefois pour le trousseau de la

(1) Brillou, v° *Dot*, n° 56.

(2) Art. 1595 C. civ., *suprà*.

(3) L. 12, D., *De jure dotium* (Ulpian).

Catelan, liv. 4, chap. 51,

Et Vedel sur Catelan, *loc. cit.*

MM. Merlin, *Répert.*, v° *Trousseau*, n° 5.

Tessier, p. 561, note 435.

femme lorsqu'il n'avait pas été estimé par le contrat de mariage. Nous approuvons le Code civil d'avoir rendu impossibles de pareils marchés, qui ne sont presque jamais libres ou sincères.

3157. Il y a des meubles à l'égard desquels l'estimation n'est pas requise pour passer dans le domaine du mari; je veux parler des choses fongibles (1).

En effet, il est de principe constant que, lorsque les meubles donnés en dot sont des choses qui se consomment par l'usage, de ces choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, il n'est pas nécessaire qu'elles soient estimées pour passer aux risques et fortune du mari; elles deviennent de plein droit sa propriété, sauf à lui à en rendre autant à la dissolution du mariage: « *Soluto matrimonio, ejusdem generis et qualitatis alias restituat* (2). » Ces choses, en effet, n'ont été données au mari que pour en disposer, pour les consommer, pour les absorber, *ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat* (3), et non pour les conserver et les rendre *in specie*: tels sont l'ar-

(1) MM. Tessier, t. 1, note 452;
et t. 2, p. 204, 205, 206.

Odier, t. 3, n° 1224.

(2) L. 42, D., *De jure dotium*.

L. 2, D., *De reb. creditis*.

(3) Caius, l. 42, D., *De jure dotium*.

gent (1), les denrées, le blé, le vin (2). Le droit français a toujours été d'accord à cet égard avec le droit romain (3). Le mari est ici pleinement maître; il a droit absolu de disposition.

On aperçoit, du reste, qu'à la différence des meubles estimés, ce n'est pas de l'estimation que le mari est débiteur: c'est de choses ayant mêmes quantité, qualité et valeur. Il doit un genre, et non une espèce: *Generis debitor dicitur maritus, non autem speciei* (4). Le mari ne doit l'estimation des choses fongibles qu'autant que ces choses sont estimées (5). Que si le mari ne pouvait se procurer ces choses à la dissolution du mariage, il serait autorisé à en payer le prix suivant la valeur au moment où le paiement se doit effectuer (6).

Quelques auteurs ont enseigné que le mari devait, à la dissolution du mariage, l'estimation des choses fongibles, et que l'estimation devait avoir lieu suivant la valeur lors de la réception (7). Ce serait

(1) Ulp., l. 5, D., *De impensis in rem dot. factis*.

(2) Lebrun, p. 208, n° 56 et 58.

M. Tessier, note 970.

(3) *Junge* Art. 1851 C. civ., et

Mon comm. de la Société, t. 2, n° 586.

(4) Deluca, disc. 158, n° 3.

(5) *Id.*

(6) Pothier, *Prét.*, n° 15, 39 et 40.

Art. 1902 et 1905 C. civ.

(7) Roussilhe, t. 2, n° 57.

Lebrun, *loc. cit.*

M. Duranton, t. 15, n° 410 et 411.

traiter le mari comme un acheteur; ce serait agir comme s'il y eût eu une estimation. Le mari a reçu des choses fongibles : il est quitte en en rendant autant. La loi romaine est trop expresse pour qu'on puisse s'en écarter (1).

3158. Et quand bien même on voudrait appliquer ici l'art. 587 du Code civil, traiter le mari comme un usufruitier, et lui donner le choix ou de rendre les choses fongibles en pareilles quantité, qualité et valeur, ou bien d'en payer l'estimation, que suivrait-il de là? que le mari serait maître du choix, qu'il pourrait rendre les choses, si cela lui convenait, ou l'estimation, si ce parti lui semblait préférable; mais il n'en résulterait pas qu'il est précisément tenu de l'estimation. L'opinion que nous venons de mentionner n'est donc soutenable à aucun point de vue.

3159. Nous venons de parler de l'art. 587; on nous demandera si nous pensons que cet article soit la loi de la matière plutôt que la loi 42, D., *De jure dotium*, qui, elle, ne donne pas d'option au mari. Nous répondons que, d'après le sens que nous attachons à l'art. 587 du Code civil, nous sommes indifférent sur cette question. Que le mari rende le blé, le vin, l'huile en nature, ou bien qu'il rende une

(1) M. Tessier, t. 2, note 970.

somme d'argent représentant le prix auquel les héritiers de la femme peuvent se procurer ces choses au moment où elles devraient être rendues, la différence n'est pas assez grande pour qu'on en dispute. Je me sens donc désintéressé sur la question.

On aperçoit, du reste, que je ne me range pas à l'opinion de MM. Proudhon (1) et Toullier (2), qui pensent que l'estimation doit être celle du moment où commence l'usufruit : je crois que ce n'est pas le temps de la réception qui est à considérer ici, mais le temps de la reddition; la loi eût été inconséquente en voulant qu'à la place de la chose on pût mettre un prix autre que le prix actuel au moment où elle serait rendue. D'ailleurs, le texte de l'art. 587 est formel : c'est l'estimation à la fin de l'usufruit qu'il exige. Pour arriver à leur solution, MM. Proudhon et Toullier sont obligés d'altérer le texte de cet article par une virgule arbitrairement posée (3).

3160. Le fonds de boutique est déclaré meuble par la loi 93, au D., *De verbor. significatione*.

Mais est-ce un meuble fongible? la Cour de Rouen a décidé l'affirmative par arrêt du 5 juillet 1824 (4).

(1) *Usufruit*, t. 2, n° 1006.

(2) T. 3, n° 598.

(3) M. Delvincourt professe une opinion conforme à la mienne (t. 1, p. 507).

(4) Devill., 7, 2, 398.

Le fonds de boutique est fongible dans ses parties, puisqu'il consiste en nombre, poids, mesure; il est fongible dans son ensemble, ajoute cette Cour, non-seulement parce que l'espèce peut être remplacée par une autre de même qualité, mais encore parce que la chose est de nature à pouvoir être représentée par de l'argent, qui est le premier de tous les objets fongibles. Cet arrêt n'est pas le seul rendu sur ce sujet : on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 9 messidor an XI (1), dont l'arrêt de Rouen a emprunté les termes et sur lequel nous reviendrons tout à l'heure, et un arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 décembre 1832 (2).

3161. La Cour de Paris a même vu le caractère d'objet fongible dans un fonds de commerce de gravures, et cela, quoique ce fonds se compose non-seulement des gravures destinées à être vendues et remplacées par d'autres gravures, mais des planches en cuivre, qui en elles-mêmes ne sont pas fongibles. Comme elles sont attachées au fonds de commerce, à titre d'ustensiles servant à l'exploitation, qu'elles ne sont qu'un accessoire, qu'elles se confondent dans l'ensemble de la valeur du fonds, il ne faut pas

(1) Il s'agissait d'un fonds d'épicerie (Devill., 1, 1, 825). M. Merlin le rapporte avec plus de détail que les arrê-
tistes (*Répert.*, v° *Usufruit*, § 4, n° 8).

(2) Devill., 33, 2, 209.
Junge M. Proudhon, t. 2, n° 1010.

les séparer pour leur faire un sort à part; elles sont englobées dans le fonds de commerce (1).

3162. Nous devons dire cependant, qu'en rejetant le pourvoi dirigé contre cet arrêt, la Cour de cassation ne paraît pas avoir voulu en adopter les principes. L'arrêt de rejet de la chambre des requêtes, à la date du 13 décembre 1842, est fondé sur ce qu'en fait, celui qui avait reçu le fonds de commerce avait consenti à l'accepter à ses risques et périls (2). L'arrêt pose même en principe que le fonds de commerce est un corps universel (3), et, en cela, il ne faut pas croire que la chambre des requêtes se soit mise en opposition avec l'arrêt de la chambre civile du 9 messidor an XI que nous citons tout à l'heure; car, dans l'espèce de ce dernier arrêt, le fonds de boutique avait été légué en usufruit avec obligation de l'estimer. Or, il est clair que l'estimation devait, dans la pensée du testateur, en transmettre la propriété à l'usufruitier, et la Cour de cassation devait décider, comme elle l'a fait, que l'usufruitier avait pu le vendre comme il aurait pu vendre une chose fongible. Mais nous raisonnons ici dans l'hypothèse où le fonds de commerce n'est pas estimé, et à ce point de vue il y a plus d'une objection insurmontable

(1) Paris, 27 mars 1841 (Devill., 41, 2, 529).

(2) Devill., 43, 1, 22.

(3) Junge arrêt de la chambre des requêtes du 10 avril 1814 (Devill., 4, 1, 555).

à faire à la doctrine qui regarde un fonds de commerce comme une chose fongible. Un fonds de commerce est plutôt un droit incorporel qu'on pourrait comparer à une hérédité ; c'est ce que dit expressément Cujas dans son commentaire de la loi 77, § *Mensæ*, extraite du livre 8 des *Réponses* de Papinien. Le jurisconsulte romain s'occupe du fidéicommiss d'un fonds de commerce (*negotium mensæ*), et son commentateur fait remarquer que « *Mensæ non est corporis, sed juris nomen..... Mensæ nomen est juris sicut hæreditas..... Mensæ igitur nomen non pro ipsâ mensâ accipitur, sed eo nomine significatur jus omne mensæ.* » C'est pourquoi Papinien décide que, dans le fidéicommiss d'un fonds de commerce, se trouvent comprises les créances actives et passives, comme dans une hérédité.

Il est donc certain que le fonds de commerce est un droit incorporel, lequel comprend sans doute des choses destinées à être vendues et remplacées par d'autres, même des choses qui peuvent être fongibles quand le négoce porte sur des vins, des grains, des épiceries, sucres et cafés, etc., etc. Mais, au moyen de ce renouvellement continu, le fonds reste le même. Loin de périr, comme les choses fongibles que l'on consomme, il subsiste dans le roulement incessant des valeurs dont il est composé (1) ; c'est un *universum jus* (2) qui ne se consomme pas

(1) Arrêt précité de la chambre des requêtes (Deville, 4 1, 22).

(2) Casaregis, disc. 226, n° 51 et suiv.

par l'usage, et qu'il est impossible de mettre dans la classe des choses fongibles. Les marchandises nouvelles qui prennent la place des anciennes représentent celles-ci, de telle sorte que le fonds est censé ne pas éprouver de changement (1) ; il persiste à l'instar d'un troupeau dont les bêtes sont remplacées par d'autres bêtes (2). *Taberna*, dit Deluca, *dicitur jus universale et de ratione..., distinguendo merces singulares ab hujusmodi corporibus universalibus* (3). On ne considère pas les objets en eux-mêmes, on ne les considère pas isolément ; on les envisage comme constituant par leur ensemble et leur destination une universalité distincte, un corps moral frugifère (4), un corps moral composé d'objets distants, *unum corpus ex distantibus capitibus*, comme un troupeau, une société, une légion (5). C'est ce qu'enseigne Bartole, qui appelle le fonds de commerce *universitas mercaturæ.... : nomen universitatis sicut grex pecudum, et idcirco, licet merces mutantur, tamen eadem videtur esse taberna, et ista universitas videtur*

(1) L. 34, D., *De pignoribus*.

Arg. de la loi 7, D., *Quod cujusque universitatis*, et de la loi 76, D., *De judiciis*.

(2) Casaregis, *loc. cit.*, n° 61, 62, 63.

(3) *De credito*, disc. 35, n° 17.

(4) Deluca, *De usuris*, disc. 15, n° 2 et 3.

(5) V. Ulpien, loi 50, D., *De usucap.*, et

Justinien dans ses *Instit.*, *De legatis*, § 18.

Jurare eodem (1). La même doctrine se retrouve dans Bruneman (2) : *Taberna ut horreum quoddam corpus universale est, quod nunquam interit.*

La Cour de Rouen, dans l'arrêt que je citais tout à l'heure, se prévaut de la loi 77, § *Mensæ*, pour soutenir son système ; elle croit y voir la preuve que le fidéicommiss d'un fonds de commerce fait passer la propriété sur la tête de l'héritier fidéicommissaire, et que ce dernier en devient acheteur ; elle s'appuie sur ces mots de Papinien : *Emptioni simile videtur.* Mais la Cour de Rouen n'a pas compris ce passage. Papinien compare en effet le fidéicommiss d'un fonds de boutique à la vente d'une hérédité et d'un droit universel ; mais ce n'est pas pour dire que l'héritier fidéicommissaire devient propriétaire absolu du fonds de commerce et qu'il n'est débiteur que d'un prix : c'est pour le soumettre à donner caution, comme cela se pratiquait à Rome dans la vente d'une hérédité. Écoutons Cujas : « *Is cui mensa argentaria per fideicommissum relicta est, cavere debet hæredi de indemnitate, ut ait hoc loco, interpositis stipulationibus, ad exemplum stipulationum emptæ et venditæ hæreditatis* (3). »

3163. Quelle est la conséquence de ces idées ? c'est que le mari n'est pas propriétaire du fonds de

(1) Sur la loi 54, D., *De pignorib.*

(2) Sur cette loi.

(3) *Loc. cit.*

commerce apporté en dot par la femme sans estimation, comme il est propriétaire d'une chose fongible dont il ne peut user qu'en la consommant. Il n'a que le domaine civil de ce fonds de commerce non estimé ; il le reçoit pour le faire valoir, pour l'exploiter, pour en retirer des produits : il n'y a pas plus de droits que sur toutes les autres choses dont la femme conserve le domaine naturel. Pour que le mari en devînt propriétaire, il faudrait une estimation opérant vente ; faute d'estimation, la situation du mari est celle qu'il a à l'égard des immeubles et autres valeurs non fongibles inestimées.

Partant de là, on voit tout de suite ce qu'il doit rendre à la femme ou aux héritiers de la femme, lors de la dissolution du mariage : il doit rendre le fonds de commerce dans l'état où il l'a pris, d'après l'inventaire. Que ce fonds de commerce consiste en blés et froments, en vins, en épiceries et autres choses fongibles, ou qu'il consiste en draps, toiles, velours, soies, il n'y a pas de différence ; le fonds de commerce est toujours une individualité inconsommable, qui vit sans cesse par le mouvement, l'échange et le remplacement des choses sur lesquelles s'exerce le négoce. Il serait, par conséquent, absurde de vouloir trouver là une chose consommable par l'usage et fongible. Jamais les universalités n'ont été mises dans la classe des choses fongibles : *Fungibiles res dicimus* (dit le *Lexicon juris*) *quæ in numero, pondere vel mensurâ constant; cæterùm corpora in universum omnia sunt res non fungibiles.*

Nous repoussons donc la doctrine des auteurs qui

voient dans un fonds de commerce une chose fongible (1); nous repoussons l'application qu'on pourrait faire à ce cas de l'article 587 du Code civil. Le mari rendra, à la fin du mariage, le fonds lui-même, tel qu'il l'a administré en bon père de famille : on tiendra compte des pertes de force majeure, et l'on en déchargera le mari; on aura égard à ses fautes pour l'en rendre responsable (2).

En un mot, le mari ne sera tenu de l'estimation qu'autant que le fonds aura été estimé par le contrat de mariage.

Et, si ce fonds n'a pas été estimé, il ne sera pas maître de le garder en en payant la valeur à la femme ou aux héritiers de cette dernière. Il ne pourrait le faire qu'autant que le fonds de commerce serait chose fongible (art. 587), et il nous semble qu'il est désormais clair pour tout le monde qu'il est loin d'avoir cette qualité.

3164. Quand la dot comprend des créances actives, des rentes sur l'État, des actions industrielles, on ne saurait dire non plus que ces choses soient fongibles; ce sont des droits incorporels dont la propriété naturelle appartient à la femme, et dont le mari n'a que la propriété civile (3). C'est ce que

(1) MM. Proudhon, *Usufruit*, t. 2, n° 1010.
Tessier, t. 2, p. 211, 212, 215.

(2) M. Odier, t. 5, n° 1226.

(3) *Id.*

M. Tessier, note 541.

prouve l'art. 1567 du Code civil, qui, ainsi que nous le verrons plus tard, déclare que les créances périssent pour la femme et non pour le mari (1); c'est aussi ce que décidait la loi 49 au D., *Soluto matrimonio*. Puisque ces valeurs périssent pour la femme, c'est donc que la femme en a la propriété supérieure; le mari n'en a qu'une propriété civile, instituée par le droit dans l'intérêt temporaire du mariage. C'est en ce sens qu'il faut entendre ce que dit Doneau, qu'en ce qui concerne les créances, la dot est un moyen de transmettre la propriété : *Justa causa ex qua dominium transferri solet* (2).

3165. On pourrait objecter cependant que les créances portent avec elles leur estimation; que dès lors elles sont censées être de la classe des objets estimés; que, par suite, elles passent dans la propriété du mari, de même que les sommes d'argent (3). Mais il y a là une erreur évidente. Une créance n'est pas une somme d'argent, c'est seulement le droit d'obtenir cette somme d'argent à certaines conditions; elle subsiste par la dette et non à titre d'argent réalisé : *Nomen est debitum* (4). D'un autre côté, de ce qu'une

(1) *Infrà*, n° 3647 et 3648.

(2) Sur la loi 2, C., *De oblig. et act.*, n° 7.

(3) Jugement du trib. de la Seine (Daloz, 33, 1, 246).
Nouveau Denizart, t. 7, p. 122, n° 4.

(4) Doneau, *loc. cit.*

D'après les lois *Qui chirograph. et Nomen*, D., *De legat.*, 3°.