4589

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1929-1930

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
DROIT PRIVÉ

31 bis

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

D'

Histoire du Droit Privé

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation
de

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

M. MEYNIAL

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

-3 DEC 1930
DÉPOT LÉGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
A 11902

"LES COURS DE DROIT"
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

0600293426

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

V. cliente 572 mutuelle

HISTOIRE DU DROIT PRIVÉ

Le programme indique que nous étudierons cette année deux matières particuliérement importantes le régime des biens entre époux et les transmissions à cause de mort .

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

LE REGIME DES BIENS ENTRE EPOUX

Les problèmes résultant de la vie commune dans le mariage.

Si on considère ce qui se passe ordinairement dans les pays ou le mariage existe, celui-ci est une source de relations pécuniaires spéciales qui proviennent de la pratique de la vie commune, de la nécessité de nourrir, de doter, d'élever et d'établir les enfants communs; du soin d'organiser en cas de veuvage une vie convenable pour le survivant; de lui permettre ou de lui interdire de se remarier; de régler la situation des enfants de chacun des lits différents en cas de second mariage. Tous problèmes dont la loi ne peut se désintéresser et qui sont réglés en législation suivant des directives variant au gré des penchants propres à chaque peuple.

Différentes solutions qu'ils peuvent recevoir dans la pratique.

Ainsi chez bien des peuplades à moeurs un peu rudes, la considération qui s'attache d'ordinaire à la force physique ou un vif sentiment de discipline et de hiérarchie ont pour conséquence de subordonner légalement la femme au mari en imposant en contre-partie à celui-ci l'obligation d'assurer la vie de sa femme et de toute la famille qu'ils vont fonder. C'est sur une base de ce genre qu'à Rome étaient organisés les rapports entre époux au temps de la manus, la femme passant sous la puissance de son mari et étant juridiquement assimilée à sa fille.

Il n'en est pas ainsi chez tous les peuples. D'autres, d'humeur plus douce, règlent ces rapports entre époux en s'inspirant plutôt de ce sentiment d'affection et de respect mutuels qui les anime généralement, ou de la pratique de la vie commune quotidienne, qui les incline tout naturellement à confondre dans une même masse leurs ressources, qu'elles viennent du mari ou de la femme, comme ils confondent leur vie matérielle et à mettre

Source : BIU Cujas

cette masse commune au service des deux conjoints.

C'est là une tendance opposée à la précédente Il arrive que cette tendance est plus ou moins accentuée varie suivant d'intensité suivant le milieu ambiant, notamment selon la durée habituelle du mariage. La fusion des deux patrimoines en un seul est beaucoup moins habituelle dans les pays où le mariage est éphémère tandis qu'on s'empresse de l'accepter quand le mariage devient perpétuel. Ainsi dans le monde romain vers la fin de la République, les divorces sont devenus fréquents et le mariage a subi une crise intense dans laquelle il a failli sombrer. Cette crise a contribué dans le monde romain, à établir une séparation d'intérêts entre les époux, chacun s'attachant à conserver le plus qu'il le peut son patrimoine propre pour parer aux accidents ordinaires du ménage: au lieu de se constituer en dot une grosse partie de leur fortune,les femmes avaient pris l'habitude de diminuer la consistance de la dot qu'elles constituaient à leur mari et se réservaient sans contrôle la jouissance et la disposition de la plus grande partie de leur patrimoine Ce sont les paraphernaux. Au contraire quand un peu plus tard la pratique chrétienne remet en honneur l'indissolubilité du mariage, les choses se renversent : les dots redeviennent considérables, englobent toute la fortune de la femme qui aimante et confiante pour la vie abandonne même l'administration de ses paraphernaux à son mari et admet que les revenus de ces paraphernaux pourront servir à l'entretien de la famille.

De même cette idée communautaire qui dérive de l'essence même du mariage triomphe bien plus aisément dans une société peu fortunée, assez pauvre de capital accumulé ou les époux ne demandent les ressources de leur existence qu'à leur propre labeur. Les époux vivant essentiellement de leurs salaires quotidiens et les gagnant ensemble les confondent pour les dépenser en commun. Au contraire cette idée communautaire s'atténue quand les époux, au lieu de vivre de ce qu'ils gagnent, sont soutenus par la famille de l'un d'eux, vivent sur la tenure de cette famille, comme cela se présenta si longtemps au Moyen Age. Cette plus grande famille à laquelle ils viennent s'agréger a plutôt tendance à dissoudre les groupes nouveaux ,à englober les époux l'un et l'autre et à s'opposer à ce que leurs ressources sortent jamais de la famille qui les leur a fournies. Ainsi,dans la société romaine au temps de la manus. Dans le Haut-Moyen Age aussi, on retrouve des traces d'une condition semblable. Il y a donc toute une histoire assez variée de ces rapports entre époux et qui est en relation directe avec l'ensemble de la vie sociale d'une époque donnée. Il y a

Source : BIU Cujas

ainsi bien des façons variées de résoudre ce problème des rapports pécuniaires entre époux.

Nous allons étudier successivement les différents systèmes qui ont été usités chez nous des Invasions à la Révolution, en tachant de nous rendre compte du lien qui unit chacun d'eux à l'état social auquel il correspond et des changements corrélatifs que l'institution matrimoniale et le milieu social ont subis.

Etude historique du régime des biens entre époux.

Pour cette étude nous distinguerons plusieurs périodes.

I En Gaule.

I- En Gaule : régimes pratiqués aussitôt après les Invasions. A cette époque par suite de l'application du principe de la personnalité des lois, les différents habitants de la Gaule romaine suivaient chacun les usages de la race à laquelle il appartenait : pour les Gallo-Romains le droit romain continue à subsister, tandis que pour les Barbares l'ancien régime germanique ou la loi de chaque race particulière s'applique. Donc:

I° le régime des Gallo-Romains , 2° le régime germanique des lois barbares et les modifications qui leur ont été apportées par les Capitulaires ou par les usages que nous révèlent les documents de la pratique.

II Au moyen Age. Importance du Douaire.

II-Dans la 2e période, nous verrons ces diverses lois applicables disparaître dans leur individualité et se fondre les unes avec les autres sous l'autorité presque unanimenent acceptée de la direction chrétienne. A ce moment ou le monde se reconstitue sous la forme féodale , nous verrons que l'institution matrimoniale qui domine toutes les autres, c'est l'institution du douaire , droit de jouissance attribué à la femme survivante sur la moitié des propres du mari. Si le douaire a ce rôle considérable, c'est que parmi tous les problèmes signalés tout à l'heure, celui qui apparaît le plus urgent à régler à cette époque , c'est la condition de la femme que la mort de son mari prive de tout soutien. Jusque là la communauté de famille suffisait à assurer la vie de la femme et des enfants.

Les deux époux pendant le mariage vivaient dans cette communauté rurale ou urbaine à laquelle appartient le mari. C'est dans cette communauté que les enfants s'étaient élevés; chaque époux avait peu de chose en propre, avant que ne lui advienne sa part indivise dans le foyer commun la femme surtout n'avait aucune demeure personnelle puisqu'elle ne succédait pas à la terre. Si bien qu'une réglementation du commerce juridique des époux ne devait pas tant se soucier des menus objets propres à chacun des époux que de l'habitation et de la vie matérielle quotidienne de la femme et de ses enfants. La grande préoccupation devait être de ne pas laisser la femme sans soutien

Source : BIU Cujas

au point de vue de cette habitation et de cette vie matérielle vis-à-vis de la famille du mari avec qui il veut mieux qu'elle continue à vivre. De là l'institution du douaire.

Cette institution s'épanouit au XII° et XII° siècles. Elle sauvegarde la dignité de la femme et rachète cette infériorité des droits héréditaires qui se manifeste à son égard. Puis le douaire se dégrade, se réduit parce que cette sorte d'hypothèque générale de la femme sur les biens du mari est une grande gêne pratique non seulement pour le mari,mais encore pour le suzerain du mari,au cas où le mari disparaît,le suzerain étant contraint à respecter le douaire de la femme sur la tenure. Elle est une gêne aussi pour la famille du mari que cette emprise dépossède en fait pendant un temps plus ou moins long de son patrimoine immobilier. Pourtant cette institution a poussé chez nous des racines si profondes que quoique diminuée,elle a subsisté jusqu'à la Révolution.

Voilà l'institution la plus anciennement née chez nous dont nous avons à faire l'histoire,en en suivant l'ascension et la décadence. Elle a disparu aujourd'hui,mais en fait,des lois récentes reviennent à quelque chose de similaire

III - A partir du XIV° siècle la communauté des meubles,des conquêts et des dettes.

III - Dans une troisième période ,le centre de l'institution conjugale se déplace. Déjà au XIII° siècle commence à se superposer au douaire dans les réglements entre époux la communauté des meubles possédés au jour du mariage ou acquis pendant le mariage. Au XIV° siècle s'ajoute à cette communauté de meubles celle des conquêts c'est-à-dire des immeubles acquis pendant le mariage, autrement que par succession ou donation. Ces communautés des meubles ou des conquêts constituent comme le fonds de roulement de la société conjugale qui s'éveille à une vie patrimoniale plus active et s'éloigne de plus en plus de la stabilité craintive du douaire. Les époux acquièrent ensemble, font du commerce, vendent et achètent contractent des dettes,ont un passif dont va répondre l'actif commun.Les époux sont des associés et partagent entre eux bénéfices et pertes. Cette communauté qui apparaît ainsi vers le XIII° siècle,grandit au XIV° puis subit l'influence des circonstances ambiantes. Il en est qui ne sont pas favorables à cette idée de société entre époux. Loin d'associer les époux,il les inclinait plutôt à un régime de séparation d'intérêts entre les deux époux. Or,à partir du XIV° siècle voilà que s'exerce très profondément chez nous et de façon très tenace l'influence de la législation remaine dont on a repris l'étude depuis les XII° et XIII° siècles. Notre communauté ne peut pas n'être pas influencée dans sa marche par cette doctrine romaine : Elle dévie sous

Source : BIU Cujas

cette pression,de la route qu'elle suivait d'abord, el. accorde au mari des pouvoirs supérieurs à ceux d'un simple associé et en contre-partie des responsabilités plus étendues que celles le sa femme.On a tendu à faire de plus en plus des biens communs les biens du mari à amoindrir dans la femme sa qualité,proclamée au XIII° siècle,d'associée égale au mari; à réduire sa capacité personnelle pour la rapprocher de celle d'une personne en puissance. Cette évolution est déjà accomplie au XVI° siècle,lors de la rédaction des Coutumes. Dans c coutumes rédigées où la communauté retrouve l'ancien douaire,douaire et communauté continuent à vivre côte à côte et se combinent,en assurant de plus en plus dans toute cette réglementation la prééminence de la commurauté qui subsistera dans le régime antérieur à Révolution et en gonflant de plus en plus le pouvoir direction du mari sur les biens conjugaux,jusqu'à lui donner la couleur d'une autorité familiale qui reposerait non pas sur la qualité d'associé,mais sur les nécessités de l'intérêt public.

Voilà en raccourci toute l'histoire des modifications qui se sont opérées dans le régime des biens entre époux.

IV- Le droit des gens mariés au Midi.

Je n'ai considéré jusqu'ici que les pays de droit coutumier.Le Midi, au contraire, en est rapidement revenu aux usages romains. Le régime romain de la dot s'y est développé et nous aurons à l'étudier distinctement,en recherchant dans quelle mesure cette do romaine, dans le Midi,a cependant été influencée,par des tendances coutumières. L'étude du régime des bien entre époux au Midi, depuis le XIII° siècle,constitue donc notre IV° partie.

V -Les donations entre Epoux.

Dans une V° partie enfin,nous étudierons la pratique et le régime des donations entre époux qui ont été de tout temps un moyen pour nuancer par la convention les usages légaux et les adapter aux nécessités individuelles.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

LE REGIME DES BIENS ENTRE EPOUX APRES LES INVASIONS

Le régime des biens entre époux, en Gaule, après l'Invasion, étaient assez variés. D'un côté les Galló-Romains étaient soumis aux anciens usages romains et de l'autre les Barbares n'avaient pas abandonné leurs coutumes. Il faut donc nous placer successivement en Droit Romain et dans le monde germanique où nous nous séjournerons un peu plus longtemps.

I LE REGIME ROMAIN

La manus.

Les Romains ont tout d'abord traduit les rapports entre époux sous le signe de la manus. Par la manus, le femme entre dans la famille de son mari, où elle est placée loco filiae, subordonnée, incapable, alieni juris et où par conséquent elle a dû rompre tout lien légal avec son ancienne famille naturelle. C'est le seul moyen que les Romains avaient trouvé pour faire de la femme la parente de ses enfants qui, issus du mari, faisaient partie de la famille de celui-ci. C'est là le trait brutal de la législation romaine . Cependant dès les temps très anciens on avait apporté à ce système un correctif qui est l'institution de la dot. La

FACULTE DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHEQUE

a dot son ouble but.

femme, au moment du mariage apportait à son mari une dot constituée en général par ses parents naturels , mais qui pouvait l'être aussi par un tiers. Cette dot apportée au mari et qui devient de ce chef le bien de celui-ci, a, dans l'esprit romain, un double but : tout d'abord on veut par la dot honorer la fille de famille qui entre chez son époux : on ne veut pas qu'elle y rentre à la manière d'une pauvresse que le mari prendrait à son service. Cette fierté naturelle à la femme dotée tempérait l'infériorité de sa condition légale. Contrairement à ce que l'on aurait pu croire , la femme épousée , la materfamilias était à Rome entourée d'une profonde considération. C'est pour cela que pour les jurisconsultes le mariage se ramenait à la dot. Quand une fille est dotée, on présume qu'elle est entrée chez son mari à titre de femme. Celles qui ne sont pas dotées ne sont que des concubines.

En outre la dot étant généralement fournie par le père de la femme est en rapport par son montant avec la situation de fortune de celui-ci. C'est un

Source : BIU Cujas

moyen pour lui de faire légalement passer aux petits-enfants nés de sa fille la part de son patrimoine qu'il lui convient de leur transmettre. Sans la dot ces petits-enfants ne recevraient rien à la mort de leur grand-père maternel, puisque légalement ils ne sont pas ses parents. Ceux-ci ne peuvent le recueillir de succession que par l'intermédiaire de leur père dans le patrimoine de qui va tomber la dot.

Pendant bien des siècles ce régime parut satisfaisant. La femme avait sa destinée assurée par son mari et ses enfants appartenant à la famille de son mari se trouvaient comme elle dans le même milieu familial.

Le divorce et ses conséquences quant au régime des biens tendant a une complète séparation d' intérêts entre époux.

Les choses durèrent ainsi jusqu'au jour où s'introduisit à Rome le divorce. Il y jouit très vite d'une grande faveur. La réglementation antérieure apparut alors insuffisante. La femme par le divorce sortait de la famille de son mari et elle en sortait dénuée de toute ressource, comme un enfant qu'on émancipe. En outre comme elle avait été par son mariage exclue de son ancienne famille elle devenait par le divorce sans aucune famille. Isolée au point de vue familial elle l'était aussi au point de vue patrimonial. On ne pouvait laisser longtemps les choses en cet état. Delà sortit l'usage que la loi sanctionne vite de la restitution de la dot : au cas de divorce le mari devait rendre à la femme la dot qu'il en avait reçu . Cette dot devient par dessus tout le patrimoine de la femme ; c'est la dot qui lui permettra de se remarier, ce qui est important à une époque où il y a peu d'enfants.(interest reipublicae dotes mulierum salvas fore). Ce ne fut pas tout, parce que la femme avait beaucoup plus de facilité pour divorcer si elle n'avait pas commencé par se soumettre à la puissance de son mari.La femme se prit à redouter la manus. Le mariage sine manu ,sans puissance au profit du mari devint de plus en plus la règle. Mieux même: cette femme qui s'était soustraite à la puissance du mari,aspira de plus en plus à garder par devers elle toutes les ressources auxquelles elle avait droit et ne se constitua plus en dot qu'une parcelle de sa fortune. Le reste comme elle était désormais capable,sui juris,elle le conserva pour elle. De sorte que les revenus de ces paraphernaux , c'est elle qui en disposait,cette fortune paraphernale, elle en pouvait faire ce qu'elle voulait. Ainsi surgit un patrimoine propre à la femme et à sa discrétion. La dot subsistait,mais s'était en fait vidée de sa substance.

Tout cela se passa à Rome au moment où fut le plus aiguë la crise du mariage. Les divorces se multiplièrent. Les femmes en vinrent à compter leurs années par

Source : BIU Cujas

le nombre de leurs maris. Les patrimoines de chacun des deux époux sont de plus en plus distincts et séparés. Il ne reste que bien peu de chose de l'esprit communautaire que traduisait le manus. A partir du II° siècle une réaction se produisit ,c'est au moment où commencent à se développer les doctrines chrétiennes qu'on s'aperçoit que la vie de famille va sombrer tout entière dans ce désordre. On revient franchement en arrière. Les femmes recommencent à donner à leur mari en dot toute leur fortune,parce qu'elles recommencent à avoir confiance en eux et à ne plus vouloir aussi souvent divorcer. Quand elles ne constituent pas en dot toute leur fortune ,elles consentent,au moins au cours du mariage,à confier l'administration et la jouissance de leur paraphernaux à leur mari, c'est-à-dire en fait,à laisser leur propre fortune servir à la satisfaction des besoins du ménage,et se confondre dans les ressources de la famille.Le Digeste contient des traces de cette situation dès la fin du II° siècle. En somme l'atteinte portée au mariage a été réparée.

La réaction à partir du II° siècle.

Légalement les patrimoines des deux époux restent séparés,la femme ayant ses paraphernaux,le mari la dot de sa femme qu'il conserve pour lui-même et confond durant le mariage dans son propre patrimoine.

La donatio proter nuptias.

En même temps, apparaît dans les usages romains une nouvelle institution,qu'on appelle la donatio propter nuptias . La dot était fournie par la femme au mari La donatio propter nuptias a été une libéralité fournie par le mari à sa femme. Cette donation est issue des présents offerts généralement par le fiancé à sa fiancée au jour des fiançailes,usage ancien et presque immémorial. A Rome,vers la fin du II° Siècle,ces présents qui consistaient originairement en parures et bijoux en viennent à s'amplifier. Le fiancé prend l'habitude de donner à cette occasion à sa fiancée les objets les plus divers . La donation du fiancé au temps de Dioclétien peut comprendre des esclaves et des terres. La destination en devait aussi être différente. Cette donation s'accroît tant et si bien en importance que depuis Constantin elle devient comme la contre-partie de la dot. De même que la femme donne au mari une certaine dot pour subvenir aux besoins du mariage, de même le mari constitue à sa femme une valeur correspondante qui devait avoir la même utilisation. Dot et donatio propter nuptias devinrent ainsi parallèles l'une à l'autre. On a tendance à appliquer à la donatio propter nuptias les mêmes règles qu'à la dot. Sous les Empereurs, on considère le père du fiancé comme tenu de fournir à son fils la donation qu'il fera à sa fiancée,comme le père de la fille est tenu de constituer une dot à celle-ci. Même,sous Justinien,on en arrive à

Source : BIU Cujas

déclarer que le montant de la donatio doit être strictement égal à celui de la dot. En même temps tout le régime de la restitution de la dot, des garanties qui assurent cette restitution, est étendue à la donatio propter nuptias.

En fait nous savons que les choses se passent à peu près comme suit: le fiancé donne à sa fiancée la donatio propter nuptias à peu près égale à la dot que la fiancée lui fournit. Puis la fiancée, après avoir reçu cette donatio l'ajoute a ce qu'elle entendait se constituer elle-même en dot et transférer à son mari. De sorte que la dot constituée par la femme est d'une valeur double, empruntée pour moitié au patrimoine de la femme et pour l'autre moitié a celui du mari. Le tout forme un patrimoine unique qui passe aux mains du mari chef du ménage, chargé de le gérer durant la vie commune et qui assurera la vie du survivant après la dissolution du mariage.

Retour à un certain régime de communauté d'intérêts.

Ainsi réapparaît sous une autre forme cette communauté d'intérêts que la manus assurait autrefois et qui avait disparu dans la période intermédiaire. Ainsi se constitue une masse que la législation du Bas-Empire rendra même indisponible, quant à la propriété des biens au profit des enfants. Donatio propter nuptias et dot restent sans doute aux mains du mari, mais sont destinées toutes deux à la fois à garantir le survivant contre les difficultés de la vie et à constituer éventuellement pour les enfants un patrimoine que ni mari ni femme ne pourront dissiper ou aliéner (C. Théod. III. 8. C. 2. C. Just. V. 9. C. 5.)

Quand on considère le résultat de l'effort fait au Bas-Empire pour sortir de la mauvaise situation antérieure, où le mariage et la famille risquaient de s'effondrer, on voit que le Bas-Empire a tenté autant qu'il l'a pu d'atténuer la séparation d'intérêts entre époux, d'abord par la dot qu'il conseille plus considérable ensuite par la donatio propter nuptias.

Ce n'est pas à dire pourtant que le régime romain ancien ait complètement disparu. Sans doute des institutions nouvelles ont modifié la direction des institutions anciennes, mais il en reste pourtant que chaque époux garde en principe le droit de fixer à son gré la part de ses biens propres qu'il veut affecter à la vie commune et garde le reste pour sa jouissance personnelle, libre de toute affectation. Les paraphernaux n'ont pas disparu et le mari n'a abandonné aucun droit sur ses biens personnels. Ces deux catégories de biens continuent à rester en dehors du mariage et particuliers à chaque époux.

De même, il subsiste du régime antérieur que l'administration de la dot et de la donatio propter

Source : BIU Cujas

nuptias qui lui est ajoutée appartient en toute indépendance au mari seul, sans que la femme y participe comme aurait droit de le faire un associé.

Enfin, les économies qui peuvent être faites par le mari, même sur les biens affectés au mariage dot, donatio propter nuptias, n'appartiennent qu'à lui seul. De même enfin, les dettes contractées par chaque époux lui restent personnelles et ne grèvent que son patrimoine propre, la dot et la donatio propter nuptias étant soustraites à tout engagement par le jeu de l'hypothèque légale de la femme et du droit de propriété du mari.

Il est donc vrai de dire qu'au Bas-Empire il y a eu un réel effort pour atténuer le régime de séparation d'intérêts organisée par la législation romaine, mais il faut bien se garder de penser que ce régime a disparu. Il reste la règle dans le droit romain et forme contraste par sa base même au régime que nous trouverons un peu plus tard dans notre propre droit français.

Tel est l'état de chose au moment ou se produit l'Invasion.

Incertitude sur ce qu'est devenu le régime après les Invasions.

Celle-ci a-t-elle modifié chez les Gallo-Romains le régime antérieur ? Elle a bien dû exercer son influence sur lui, mais il ne nous est pas facile de dire quelle a été cette influence et quelles modifications précises elle a amenées.

On le voit en parcourant les textes d'origine romaine que nous possédons.

Dans la loi romaine des Wisigoths (Bréviaire d'Alaric), la terminologie reste la même qu'à Rome, les mots y ont le même sens. Mais les rares dispositions qui ont trait à la dot ou à la donatio propter nuptias ne s'occupent que de points tout à fait secondaires (retentiones, peines pécuniaires de la répudiation non motivée, droits des enfants du premier lit, droit accordé à l'alieni juris sur sa dot ou sur la donatio propter nuptias. C.Th. II.2I. III.I3. I4. I5. I6. VIII.IO. Ce Bréviaire d'Alaric ne contient pas seulement des constitutions impériales, mais aussi, puisqu'il a la prétention de contenir toute la législation de contenir toute la législation applicable aux Gallo-Romains le Jus c'est-à-dire les principes extraits des jurisconsultes anciens (Liber Gaii). Or, le Liber Gaii dans le Bréviaire passe sous silence ces matières. Quant aux Sentences de Paul le tit.22 du Livre II de dotibus se contente de mentionner la constitution de dot et la Loi Julia sur léaliénation du fonds dotal

La Loi Romaine des Burgondes qui suit en raccourci l'exemple du Bréviaire d'Alaric, s'inquiète encore moins de notre matière T.I.T.XVI.T.2I.T.22.T.27

Source : BIU Cujas

Tout cela est insuffisant pour nous documenter et on en peut peut-être conclure que toute cette réglementation ancienne complexe et délicate du Droit romain a beaucoup perdu de sa puissance pour ne laisser subsister à l'état d'usages moins fermes, que les grandes directions de l'organisation romaine, sans qu'on puisse prétendre que les détails en aient été toujours maintenus.

II LE REGIME BARBARE

Le régime des biens entre époux chez les Germains d'après Tacite.

Le guide le plus ancien et le plus complet que nous ayons pour se rendre compte des grands traits de l'état social en Germanie, c'est la Germanie de Tacite, écrite vers 98 après J.C. récit d'un voyageur perspicace, pénétrant, concis et précis, toujours enclin à rapprocher ce qu'il voit en Germanie des moeurs romaines dans un esprit ordinaire de dénigrement des moeurs romaines de son temps. Le Ch. I8 est consacré au mariage et au réglement des intérêts pécuniaires dans ce mariage. Il commence par nous indiquer que les mariages sont austères "Severa autem matrimonia " opposition complète avec le mariage romain. Il constate la monogamie des Germains et en vient aux intérêts pécuniaires " dotem non uxor marito sed uxori maritus offert" : La dot ce n'est pas la femme qui l'apporte du mari , mais le mari à la femme. On voit bien là le souci du parallèle avec la législation romaine où la dot est fournie par l'épouse. Il continue : " Intersunt parentes et propinqui ac munera probant..... " Assistent à cette cérémonie les parents et les proches et ils sont témoins de l'échange des présents. Tacite ajoute que la composition de la dot est loin d'être semblable à ce qu'elle est à Rome : munera non ad delicias milie bres quaesita, nec quibus nova nupta comatur ; sed boves et frenatum equum et secutum cum framea gladioque." Ce ne sont pas des objets destinés à la séduction féminine, ou à la parure: ce sont des boeufs, un cheval tout équipé, un bouclier, une framée et un glaive. C'est dit-il en échange de ces présents que la fiancée est reçue comme épouse : in ace munera uxor accipitur. Elle reconnaît ces donations en faisant elle-même un cadeau à son fiancé : " atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert "... Elle-même fait en retour au mari un cadeau consistant ordinairement en armes. A la fin du paragraphe Tacite ajoute que cette femme reçoit ces présents qui sont sa sauvegarde et son honneur pour les conserver, les transmettre à ses enfants qui les donneront à leur tour à leurs femmes et les laisseront enfin à leurs petits-enfants : " accipere se quae liberis inviolata ac digna reddat , quae nurus

Les présents echangés et leur explication sentimentale chez Tacite

Source : BIU Cujas

accipiant rursusque ad nepotes referant."

Tacite n'est pas pourtant sans sentir le caractère singulier des présents que le mari fait à sa femme pour contracter mariage. Même en Germanie, ce ne sont tout de même pas les femmes qui font la guerre. Elles y assistent parfois, mais elles n'ont tout de même pas besoin de framée ou de cheval tout équipé. Dans la partie intermédiaire du texte, il s'attache alors à expliquer la nature de ces présents par une hypothèse "Hoc maximum vinculum haec arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur." C'est cet appareil guerrier qui constitue le lien le plus fort entre les époux. Ce sont là les sacra mystérieux, le dieux même du mariage. Et il ajoute :" Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspiciis admonetur venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in praelio passuram ausuramque: Ces présents sont tels pour que la femme ne s'écarte des pensées de courage et qu'elle ne s'imagine pas que par son mariage elle est à l'abri des hasards des guerres, mais qu'au contraire elle se rende compte par ces symboles de mariage qui commence, qu'elle est devenue l'associée de son mari dans tous ses labeurs et dans tous ces périls, qu'elle devra souffrir et oser avec lui, dans la paix mais aussi dans la guerre." C'est le sens des armes fournies par la femme au mari.

Explication historiques des formes rapportées par Tacite.

Tacite écrit vers 98 après J.C.. Or, l'Invasion ne s'est produite qu'au cours du V° siècle, il est donc indispensable que nous puissions confirmer les dires de Tacite parce que dans la période intermédiaire l'état des choses a pu se modifier singulièrement. La Germanie a été au cours de ces quatre siècles plus secouée et plus dévastée qu'à une autre époque de son histoire. Elle a subi sur toute sa périphérie des pressions si violentes, des dévastations si terribles que toute sa vie intérieure en a été altérée et qu'on y peut constater en même temps qu'un vaste remous de peuplades déracinées et obligées de quitter leurs demeures, une sorte de régression et de retour à la vie nomade, pratiquée lors des grandes migrations des peuples . Pour exercer ce contrôle on peut se reporter à quelques textes des lois barbares sur le mariage, qui confirme dans l'ensemble les dires de Tacite et permettent de compléter nos connaissances sur la dot et de donner de ces présents offerts par le fiancé à sa fiancée une explication différente de celle de Tacite et plus vraisemblable.

L'apport du mari: la dot. Le mariage par achat

Il est probable que chez ces nations barbares le mariage se faisait originairement par achat : le mari achetait sa femme. A Rome, on se le rappelle, un des procédés pour constituer la manus était aussi l'achat

Source : BIU Cujas

transformation du prix d'abord réel puis symbolique.

(coemptio). L'achat est d'ailleurs devenu peu à peu symbolique. Mais bien des lois barbares en ont conservé le rite et le souvenir, par exemple dans la Loi des Saxons. (Walter, C.J. Germanici. VI.S.I :"Celui qui veut épouser une fille doit fournir aux parents une somme de 300 sous." Uxorem ducturus cec solidos det parentibus ejus." C'est le prix de la femme libre achetée à sa famille. Au Ch. XVIII § I on lit encore:" Lito regis liceat uxorem emere ubicunque voluerit ": le lite (homme de condition inférieure) peut acheter une épouse partout ou il voudra (dans n'importe quelle région). "uxorem emere " c'est le même usage. De même dans la loi des Burgondes, Ch XXV § 3, on suppose une femme mariée morte sans enfants. Il y a lieu de refuser au mari le droit de réclamer la restitution du prix qu'il a payé pour elle, du " pretium quod pro illa datum fuerit." Ce refus de la Loi des Burgondes suppose qu'un homme en épousant une femme en espérait des enfants, c'est pour cela qu'il l'a payée un certain prix. Cette femme ne lui a pas donné d'enfants. Le mari prétend alors que la femme qu'il a achetée n'avait pas les qualités qu'on demande à toute femme et qu'il a dès lors droit à la restitution du prix comme quand l'objet acheté manque des qualités essentielles. La Loi Burgonde refuse ce droit au mari, mais l'état d'esprit de cet homme caractérise bien la conception qu'on a du mariage à cette époque. Il y a des traces de la même conception dans la Loi salique. La Loi salique contient un Tit.44 "de reipus;" il s'agit d'une veuve qui veut se remarier. Elle va sortir par ce nouveau mariage de la famille de son premier mari. C'est donc une richesse qui va émigrer de la famille du premier à la famille du second mari. La femme doit donc rendre à la famille du premier mari une partie du prix d'achat que celui-ci avait payé. Cette part c'est l'achasius. Le second fiancé de son côté devra donner à la famille du premier mari une composition parce qu'il fait en quelque sorte injure à cette famille en épousant en secondes noces celle-ci qui aurait du rester fidèle au souvenir du premier mari.

Vestige du mariage par achat dans les lois barbares.

Dans le monde germanique et dans les différentes tribus qui le composent, le mariage s'accomplit par achat de la femme par le fiancé aux parents de celle-ci.

L'achat du mundium substitué à l'achat de la femme.

Avec l'adoucissement des moeurs, au lieu d'acheter la femme comme un bétail, on a acheté le mundium sur le droit de puissance sur cette femme. (Loi Lombarde de Rotharis N° 83 et SS). Il peut même arriver que dans un stade plus avancé le prix d'achat devient symbolique, c'est le cas chez les Francs. On rappelle les fiançailles de Clovis et de Clotilde, par "le sou et le denier", qui sont le symbole de ce prix d'achat originairement réel

Source : BIU Cujas

Le prix est payé à la famille de la femme, puis une partie en est attribuée à celle-ci

Quelque soit son montant, ce prix d'achat est originairement payé à la famille de la femme. Il en est ainsi dans la Loi des Burgondes et des Saxons. C'est précisément parce que ce prix est donné aux parents de la femme et seulement aux parents mâles de la femme, qu'il consiste dans les objets décrits par Tacite : boeufs, cheval équipé, armes, toutes choses nécessaires aux guerriers. Peu à peu la personnalité de la femme va en se dégageant, son autonomie se confirme et on vient à considérer que si le prix d'achat doit être donné à la famille, du moins une partie doit en être réservée à la femme elle-même. La loi Burgonde est intéressante à ce point de vue. Quand elle parle de l'achat de la femme elle dit que quand la femme n'a ni père ni frère, son oncle et sa soeur touchent le prix d'achat, mais non pas en entier, ils en touchent l'oncle un tiers, les soeurs un tiers et le troisième tiers va à la femme. (Tit. 84 § 3). Ce dernier tiers se compose de parures, bijoux ornements et c'est ce tiers que la veuve va être obligée de restituer à la famille de son premier mari. Si elle veut convoler en secondes noces après veuvage.

Chez les Lombards sous le Roi Rotharis, la meta le prix d'achat est encore payé tout entier au père ou au frère (N° I78 à I82. I90. I93). Mais un peu plus tard sous le Roi Liutprand , N° 3I. 88. I29 - la femme prend part au prix payé par son fiancé et c'est ce qui reste aux parents, déduction faite de la part de la femme, qui porte le nom de launegild dans le droit lombard.

Puis le prix tout entier est remis à la femme. (dos ex marito)

Enfin dernier progrès, le prix tout entier est attribué à la femme et ce prix correspond à ce que Tacite nous présente sous le nom de dot. La dot c'est donc le prix d'achat ou la part du prix d'achat remise à la femme.

Voilà pour la dot. Les lois barbares confirment ainsi et explique les usages déjà rapportés par Tacite.

Le régime de la dot.

Mais celui-ci ne nous renseigne pas sur le régime de cette dot quand elle a été remise à la fiancée. Il est à croire qu'elle est attribuée en pleine propriété à la femme. Si elle devient veuve elle la conserve et si elle se remarie une partie doit en revenir à la famille du mari. Quant au mode de constitution de cette dot et à son montant les choses varient suivant les différentes peuplades. Chez les Lombards , la dot est donnée au jour des fiançailles (Edit de Rotharis I78. I79) et le montant est fixé par la convention intervenue entre les familles. Pourtant la loi intervient sur un point, c'est pour en fixer le maximum, dans la crainte que le fiancé ne dépasse les limites raison-

Source : BIU Cujas

nables (Luitprand ch. 88 : 300 sous).

En dehors du monde Lombard, chez les Francs le montant de la dot varie suivant la condition de la femme. Si elle est libre il est de 63 sous, si elle est lite il est de 25 sous. La convention peut-elle modifier le montant de cette dot ? Les lois franques n'en disent rien, avec certitude . Un passage montre qu'on est parfois admis à prouver quel a été le montant de la dot , preuve inutile, s'il avait été toujours le même. Cette preuve se fait par conjuratores (Capitul. 2.Ch. IV ajouté à la Loi Salique).

En tout cas, ce qu'il y a de frappant, c'est que si aucune convention n'est intervenue, la dot existe pourtant.

La dot légale chez les Ripuaires.

Il y a une dot légale dont on trouve la mention dans la Loi Ripuaire ch. 37 § I et § 2 "si autem per seriem scripturaum, ei nihil contulerit, si virum supervixerit solidos in dotem recipiat ." Si le mari n'a rien accordé à sa femme par un écrit, s'il n'y a pas eu de dot conventionnelle, au cas ou la femme survivrait à son mari, elle recevra 50 sous en dot ". Cette dot apparaît comme une chose nécessaire, imposée par la loi. Si le juge refusait d'accorder une dot, ce serait la preuve qu'il n'y a pas eu mariage, mais seulement concubinage. Il faut noter ce caractère obligatoire de la dot et s'y attacher, parce qu'on peut constater que la législation barbare, sur ce point, rejoint la législation romaine. Celle-ci faisait une obligation au père, au moins depuis l'Empire, de doter sa fille. La dot était jugée nécessaire au mariage; ici aussi c'était elle qui permettait de distinguer le mariage du concubinage. Pourtant il reste une grande différence entre ces deux sociétés, puisque la dot ne provient pas de la même personne : de la femme à Rome, du mari dans le monde germanique.

Origine de ce caractère obligatoire de la dot. Est-elle d'origine romaine ?

Quoiqu'il en soit dans les deux sociétés, on retrouve la nécessité de la dot . On a beaucoup discuté sur l'origine de ce caractère obligatoire de la dot dans le monde franc. Certains auteurs dont Brumer ont prétendu que cette obligation à la dot chez les Barbares n'est pas d'origine germanique, elle serait une des traces de l'influence romaine sur ces lois barbares, rédigées après que les Germains se furent établis à demeure sur le sol romain.

Pour soutenir que l'obligation de la dot dans ces lois est une marque d'influence romaine, on fait observer qu'à Rome l'obligation de doter est ancienne puisqu'elle est mentionnée déjà au Dig. 23.2.de R.N. loi I9. On a confirmé encore cette nécessité au

Source : BIU Cujas

Bas-Empire dans une Novelle de Majorien de 453 Tit. 6 § 9 (Ed. du C. Th. et des Nov. post-Théod. Ed .Haenel T. II p. 3I2).L'obligation de doter d'après cette novelle est sanctionnée par la peine de l'infamie infligée au père qui ne dot pas et à la fille qui n'était pas dotée. Or, à Rome le mariage avec un infâme est nul, il n'est qu'un concubinage. C'est pour cela que le mariage sans dot est impossible.

Cependant on objecte pour refuser de rattacher le ch. 37 de la loi Ripuaire à la Novelle en question que cette novelle a été abrogée dix ans après avoir été portée,en 463, par une novelle de Sévère et Léon. Les partisans de l'origine romaine répliquent que la dernière novelle celle de Sévère et de Léon qui abrogeait la première n'a pas été promulguée en Gaule. On ajoute même que cette première Novelle,celle de Majorien a manifestement influencé le Loi Burgonde (Ch. 37 § 2)ou l'obligation de la dot est imposée à des personnes " pares honestate " c'est-à-dire non infâmes. (Brunner/akad. Berlin. Sitzungb B. I894 p. S.70 et suiv.)

Sans entrer dans cette controverse,c'est un fait indéniable que la nécessité de la dot apparaît aussi bien dans le monde romain que dans le monde germanique. Elle se retrouve aussi dans les documents pratiques,notamment dans les formules de l'époque franque Formulae Senonenses Appendice F.I. (Mon. Germaniae Ed; in 4° Zeumer p. 208) : Il y est question d'un mari qui déclare n'avoir pas pu fournir de dot à sa femme à cause de la dureté des temps. Il en tire lui-même cette conclusion,que comme il n'a pas pu fournir de dot,il n'y a pas eu mariage légitime et que ses enfants sont des bâtards. Pour réparer les conséquences de cette qualité de bâtards qui les écarte de la succession ab intestat de leur père,celui-ci fait en leur faveur un rappel à succession pour qu'ils succèdent par voie testamentaire comme s'ils étaient légitimes.

Rôle de l'Eglise dans le développement du caractère obligatoire de la dot.

L'Eglise dont l'influence n'est pas niable, et qui veut assurer à la femme une condition honorable, s'est à son tour emparé de ce caractère de nécessité de la dot, l'a proclamé en décrétant qu'il n'y a de mariage que quand il y a dot. C'est ce qui résulte de la lettre de Saint Léon à Rusticus insérée par Gratien dans son Décret. Causa 3I .Q 2. c; I2. Le Pape y discute la question de savoir si un homme qui a déjà une concubine peut épouser en légitime mariage une autre femme. Il déclare que concubinage et mariage sont deux choses différentes. Il aura parfaitement le droit de le faire,pourvu qu'il renvoie d'abord sa concubine. Or, ce texte proclame que l'épouse est une femme "libera et dotata."C'est probablement à l'influence de textes

Source : BIU Cujas

romains, mais plutôt à un texte de Justinien (C. VII,6.9.) que ce rattache cette lettre.

Le morgengabe.

La dot est le premier élément du patrimoine conjugal. Mais il n'est pas le seul. On rencontre parfois dans le monde barbare un autre élément pécuniaire, le morgengabe, le don du matin fait par le mari à sa femme, au matin de la nuit de noces. Loi Ripuaire 37 § 2 in fine. Au nombre des biens qui résultent du mariage, l'auteur ajoute :"Quidquid ei in morgangaba traditum fuerit, similiter faciat " qu'il en soit de même de tout ce qui aura été livré à titre de morgengabe. Cette même expression se retrouve dans la Loi des Alamaur, ch. 54 ou 56 § 2, où on voit que la preuve du morgengabe est considérée comme acquise par le serment de la femme," per pectus suum ". C'est un mode de preuve particulier à cette sorte de contrat. On retrouve surtout des traces de ce morgengabe dans la législation lombarde (Rotharis I82.I99.200?2I6. Liutprand VII.I03. II7.- La veuve reprend sa dot et en outre son morgengabe Il n'en est pas question dans la Loi Salique ni dans celle des Wisigoths. Ce n'est pas à dire qu'il n'ont pas connu cette institution, car les historiens nous en parlent. (Grégoire de Tours L. IX Ch. 20)On se rappelle que Galswinthe avait épousé Chilpéric. Elle était soeur de Brunehaut et toutes deux filles d'un roi des Wisigoths, l'une a épousé Chilpéric roi de Neustrie et l'autre Sigebert roi d'Austrasie. Galswinthe fut un jour trouvée étranglée dans son lit, le roi Chilpéric s'en était débarrassé pour épouser Frédegonde. Il fallut liquider la situation pécuniaire. Brunehaut réclame les biens donnés à sa soeur, sa dot et aussi son morgengabe, parce que Chilpéric, bien que Franc Salien a donné un morgengabe et il l'a donné a une fille d'origine wisigothe, ce qui prouve bien la pratique du morgengabe dans les deux peuplades. Grégoire de Tours nous dit qu'elle réclame tout ce qu'elle a reçu, qui avait été donné à Galwintha " tam in dote quam in morgenagiba hoc est matutinale donum ". Et même dans Grégoire de Tours nous avons l'indication du contenu de ce morgangabe princier. Il comprenait non pas seulement de l'or, de l'argent, des bijoux, mais des territoires ,des cités importantes comme Bordeaux, Limoges, Cahors, c'est-à-dire en fait toute une portion de la région méridionale du royaume.

Ce morgengabe s'est donc rencontré un peu partout dans les peuplades germaniques, Sur les formes de sa constitution, Cf. Loi Ripuaire loc. cit, qui déclare qu'il doit avoir fait l'objet d'une traditio Ch. 37 §2 in fine.

Différence entre le

Ce second don, le morgengabe, différe de la dot parce que, contrairement à ce que j'ai dit de celle-ci

Source : BIU Cujas

le morgengabe n'est pas nécessaire au mariage,et même on peut dire que c'est une donation qui se rencontre habituellement dans le mariage sans qu'elle lui soit réservée ,comme la dot. Il y a donc des cas ou le morgengabe a été donné à une concubine. (Loi de Rotharis 222.223, Morgengabe à une ancilla serve qu'on ne peut épouser). En second lieu,il est facultatif et enfin il se constitue par tradition, alors que pour la dot la simple convention suffisait.

Quant au sort recpectif de chacune de ces deux donations,il a varié suivant les peuplades. Chez les Lombards,c'est le morgengabe qui l'emporte et qui a tendance à absorber la dot. A l'inverse,chez les Francs le morgengabe à généralement disparu dans la dot. Si on consulte les formules,on voit aisément,quelles contiennent de nombreux libelli dotis, alors qu'on n'en peut citer qu'une de morgengabe et encore est-elle parmi les plus anciennes et appartient-elle au groupe des formules wisigothiques (S. 20. v. I3 Zeumer. 584). - Cela ne prouve pas l'inexistence du morgengabe chez nous,mais cela prouve qu'il a vite cessé d'être pratiqué à la différence de la dot. Cela prouve peut-être aussi que même quand il était pratiqué,il n'était généralement pas rédigé par écrit, parce qu'il n'avait pas l'ampleur de la dot. Voilà ce que le mari apporte à la femme : dot et morgengabe.

L'apport de la femme . Le .aderfium.

La femme de son côté apporte -t-elle quelque chose ?

Tacite fait allusion a un cadeau fait par elle à son fiancé en retour de la dot "invicem armorum" mais c'était problablement de peu d'importance.

De sa propre famille la fiancée ne reçoit-elle rien au moment du mariage ou plus tard ?

La fille n'est pas exclue dans le monde germanique de la succession de ses parents; parfois,c'est à elle que sont attribuées les parures de la mère , (Lois des Angles et des Thuringiens Ch.VI.§ 6. Burgondes Ch. 5I - § §3.4.) D'autres lois les excluent de la propriété de la terre (Loi salique de Alodis T.59 § 5; Loi Rip. Ch. 56 § 4). Mais si ces lois barbares écartent la femme de la succession aux immeubles,à la terre, "terra salica vel aviatica ", elles ne l'écartent pas du reste et admettent implicitement qu'elle y peut succéder ; comme la femme en se mariant ne perd pas tout lien avec sa propre famille, elle continue une fois mariée à participer à leur succession,parfois ses parents par anticipation, lui délivreront sa part au moment de son mariage. Cette part de la fille dans la succession des parents constituera pour elle un apport (Loi Sal. Cap. ad. I.7. Ed.Behrend dans M^a. G^ise IN-I8 ad us.scol) A propos de ce que la veuve a droit de réclamer au

Source : BIU Cujas

moment de son veuvage, il est question dans la Loi Salique de ce qu'elle a reçu de ses parents "son lit, les fauteuils et chaises qu'elle a reçu de la maison de son père, soit que celui-ci les lui ait donnés lors du mariage, ou qu'elle les ait trouvés dans la succession de celui-ci". De fait le père, ou même le frère, quand il marie sa fille la dote au sens romain du mot. Certaines lois barbares désignent même ces biens qui viennent à la femme de sa famille d'un terme particulier : faderifium (Lom. Rotharis I8I. I82.) Chez les Francs on trouve la trace de cet usage dans quelques formules de Merculf L. II. F. IO. f. I2. où il est justement question d'une de ces donations faites par la famille maternelle à la fille au moment où celle-ci se marie. On ne dit pas du reste que cette donation ait toujours pour conséquence d'exclure la fille de la succession de ses parents.

Voilà l'ensemble du patrimoine des époux : la dot donnée par le mari et le morgengabe et, venant de la famille de la femme le faderficum.

Il convient de se demander quel est exactement le sort de ces biens entre les mains des époux durant le mariage et après sa dissolution, et aussi quel est le sort des biens acquis par les deux époux au cours du mariage.

Nous avons énuméré les différents biens qui appartiennent à chaque époux au jour du mariage : I° à la femme deux donations qui lui sont faites par le mari: la dot et le morgengabe; 2° souvent au moment du mariage, adviennent encore à la femme certains biens donnés par son père, ordinairement mobiliers, venus ex casa patris selon les termes de la Loi Salique (cap. I § 27 - Form. marculfe II .IO et I2), ou faderfium, d'après la loi Lombarde. (Rotharis N° I8I, I82) 3° Hors de là le mari conserve sa fortune propre, qui n'est pas ordinairement mentionnée dans les textes; la fiancée lui fait elle-même quelques menus cadeaux qui sont la contre-partie très effacée de la dot.

Pour se rendre compte de la condition des époux, il faut se demander :

I° Que va devenir cet ensemble de biens pendant le mariage ?

2° Quel est le sort des biens que les époux pourront acquérir pendant le mariage ?

3° Quelle va être au cas de dissolution du mariage, la condition de chaque époux au point de vue patrimonial ?

4° Que devient pendant le mariage cet ensemble de biens constitués avant le mariage ?

La question ne se pose pas quant aux biens du mari. La forme habituelle du mariage, (achat de la femme par le mari) laisse supposer que les pouvoirs du mari

Source : BIU Cujas

sur son patrimoine restent ce qu'ils étaient avant le mariage. Il conserve la même indépendance. Il ne pourrait y avoir, à proprement parler, qu'une seule question à se poser, mais dont l'examen ne peut se placer ici, c'est de savoir dans quelle mesure, après le mariage, ce patrimoine du mari va se distinguer en fait du patrimoine commun à tous les membres de la famille à laquelle il appartient.

La question se résout sans doute par une distinction suivant la nature des objets et leur mode de jouissance.

Situation des biens de la femme pendant le mariage; le mundium du mari.

Il en est autrement quand on se demande ce qu'il advient des apports de la femme au moment du mariage. Puisque le mari achète sa femme, il est naturel qu'il ait pouvoir sur elle et qu'il ait par conséquent pouvoir aussi sur son patrimoine. Il exerce problablement sur elle et sur ses biens ce qu'en droit germanique on appelle le mundium. Le mundium du mari est analogue au pouvoir du père sur ses enfants et correspond à l'ancienne manus romaine. Certaines lois Barbares tirent même de la conception que nous retrouvons en Gaule après l'invasion une conclusion expresse quant aux biens de la femme. D'après la Loi des Burgondes (Titre C.Ed. M^a. G^ae. in 4° Rudolf de Salis p.II3) "Toutes les fois qu'une femme sera allée de sa propre volonté à un mari, nous ordonnons que le mari lui-même possède les ressources de la femme; de même qu'il a sur elle la puissance, de même il doit avoir la puissance sur tout ce qui lui appartient. "De mulieribus quae se voluntate sua ad maritum tradunt. Quaecunque mulier Burgonda vel Romana voluntate sua ad maritum ambulaverit, jubemus ut maritus ipse facultatem ipsius mulieris sicut in ea habet potestatem, ita et de omnes res suas habeat ". Voilà bien la conséquence logique de l'idée de mundium De même (Ibid. T. XIV § 4 de successionibus p. 53): " Que tout ce que la femme en venant à son mari aura reçu de lui, à supposer que son mari vienne à mourir sans enfant, le femme ou les parents de la femme ne pourraient le réclamer. " §4 Similiter quod mulier ad maritum veniens, erogaverit, defuncto sine filiis marito, mulier aut parentes mulieris non requirant. " C'est donc que le mari en gardait la possession.

Ce mundium applique-t-il que les biens de la femme se fondent dans ceux du mari, comme dans le régime cum manu ?

A première vue ces deux textes semblent indiscutablement donner raison à ceux qui pensent que toute cette matière est dominée par la conception de mundium.

Cependant il y a à la certitude de cette conclusion deux objections.

Tout d'abord dans le dernier texte, le mot " erogaverit " n'est pas très clair : s'agit-il de biens que la femme a reçu de son mari, "erogare: recevoir à la suite d'une rogatio ") c'est-à-dire dot ou morgengabe;

Source : BIU Cujas

ou bien sont-ce les biens qu'elle a tiré de sa propre famille et apportés à son mari en venant à lui, c'est-à-dire ses biens propres et personnels que le mariage ferait tomber sous le mundium de son mari ? Il est bien difficile de choisir. Si l'on préfèrait la prèmière interprétation, la conservation de ces biens par le mari ou sa famille pourrait s'expliquer par l'origine des biens. Quant au premier texte, il s'agit d'un Burgonde ou d'une Romaine qui est allée "voluntate sua ad maritum qui a sans doute quitté sa famille et a été volontairement dans la maison du mari. Il n'y a sans doute eu ici ni rapt, ni achat; il semble même que la femme n'a pas obtenu le consentement préalable de la famille, elle s'est donnée à lui sans l'intervention de la famille et on peut se demander si le mari n'obtient pas ici la puissance sur sa femme à titre de peine contre la femme. En serait-il nécessairement de même sur une femme qu'il aurait reçue de sa famille ?

De même il y a aussi beaucoup d'incertitude dans la conclusion qu'on voudrait tirer en faveur de cette même doctrine. Capit. I. ad. L.S. § 7 "de muliere vidua quae se ad alium maritum donare voluerit," la veuve qui se remarie laisse dans la famille de son premier mari les meubles qui lui venaient de sa famille à elle. Elle déclare qu'elle les laisse, ce qui peut s'expliquer par le fait qu'ils seraient tombés sous le mundium du mari. Mais pourtant elle paraît bien penser qu'elle en avait personnellement la propriété même durant son mariage. On croirait qu'elle en fait abandon afin de libérer sa personne du bien engendré par le mariage, à titre de transaction. (Cf. Ch. I24. Loi Lomb. Rotharis cf. Rotharis N° I84.)

Cela suffit-il pour adopter la conclusion de certains germanistes que les biens de la femme, par l'effet du mundium, passent dans le patrimoine du mari comme ceux de la femme romaine par l'effet de la manus ?

A vrai dire il semble peu exact d'assimiler ainsi le mundium à la manus. Les apports personnels de la femme ne se confondent pas dans le patrimoine du mari. Ils restent distincts durant le mariage. La loi Burgonde T. L XXIV p. 98 nous permet d'arriver à une notion plus nuancée de l'état des choses. Le roi intervient pour modifier, tempérer les règles antérieures de la législation burgonde. Il s'agit d'un droit de survie accordé à la veuve sur le tiers du patrimoine de son mari, pendant la durée de son veuvage. Ce droit était octroyé originairement sans conditions. Le roi trouve l'octroi excessif et prescrit que désormais la "tertia" soit refusée à la femme qui aurait reçu de sa propre famille une quantité suffisante de biens. La chose est raisonnable : pourquoi enrichir la femme des biens de

Vraisemblance en faveur de l'idée que les apports de la femme restent distincts du patrimoine du mari.

Source : BIU Cujas

son mari,alors que ses propres ressources suffisent à assurer son existence ? Mais cette décision du roi ne suppose-t-elle pas,pour être fondée,que la femme à la jouissance et la disposition de ses biens de famille ? Si par l'effet du mundium ces biens étaient tombés dans le patrimoine du mari,il n'y aurait plus aucune raison pour refuser à la femme la tertia. La conclusion s'impose : les biens de la femme ne tombent pas,par l'effet du mundium,dans le patrimoine du mari.

Dans la Loi des Bavarois,(T.XIV.Ch. IX,) nous trouvons de même la distinction faite entre ce que la femme "in proprium habet" et les biens qui lui viennent de son mari. Dans ces biens personnels de la femme nous faisons même entrer non seulement ce qui lui vient de ses parents,mais encore ce qui lui a été donné par son fiancé,dot et morgengabe.

Tout ceci acquis et un droit de propriété reconnu à la femme sur ses biens,ne se pourrait-il pas du moins que pendant le mariage, ce droit de propriété soit comme paralysé dans son exercice par le droit reconnu au mari sur la femme ?

Le mari a-t-il la jouissance et l'administration des biens de sa femme ? (Loi des Wisigoths.)

Q'advient-il de l'administration de ces biens et de leur jouissance ?

Nous sommes sur ce point réduits à des hypothèses. Peut-être convient-il d'en venir à des distinctions selon la nature des biens. Il y a vraisemblablement dans le patrimoine de la femme certains biens mobiliers (meubles meublants, parures,bijoux), qui restent à la disposition constante de la femme. Pour les autres, nous ne sommes pas éclairés,nous ne savons si le mari en a l'administration et la jouissance ou si ce n'est pas au contraire la femme qui les administre, comme cela avait lieu à Rome pour les paraphernaux de la femme. Dans certaines traditions barbares on semble reconnaître à la femme la faculté d'en conserver l'administration. Je ne connais dans les Lois Barbares qu'un texte qui touche à cette question : Lois des Wisigoths de Receswind. (L.IV.T.II § I5, dans la petite collection des M^d G^de ad.us. scol. Zeumer p. I28). Il s'agit ici d'un esclave qui appartenait à la femme. Pendant le mariage, le mari a emmené l'esclave à la guerre et l'esclave à fait un gros butin. A qui revient celui-ci ? A la femme propriétaire de l'esclave ou au mari auquel on reconnaîtrait ainsi un droit de jouissance ? La Loi des Wisigoths déclare que c'est au mari et cela pour deux raisons. D'abord parce que le mari à la potestas sur l'esclave, c'est-à-dire au moins l'administration et la jouissance,peut-être le mundium, et parce que à la guerre si l'esclave avait commis des meurtres c'est le mari qui en aurait été responsable vis-à-vis

Source : BIU Cujas

des tiers. Il est juste qu'il bénéficie des avantages qu'il court les risques correspondants.

Cette solution ne semble pas nécessairement inspirée par la tradition romaine; le texte appartient à la plus vieille législation wisigothique. Il est extrait de l'Antiqua et provient par conséquent du Code d'Euric (Cf Frag. d'Euric Palimpseste de Blume N°323). Ce document est bien insuffisant pour permettre d'en déduire d'abondantes conclusions.

Tendance dans les formules à élargir les pouvoirs de la femme sur ses biens.

Si nous passons aux formules qui nous révèlent la pratique à partir du VII° Siècle, nous pouvons constater sur ce point, une tendance croissante à élargir les pouvoirs de la femme au moins sur sa dot et probablement aussi sur son patrimoine propre. La dot est considérée par les formules comme la vraie sauvegarde de la femme et on en conclut pour qu'elle remplisse sa fonction il faut qu'on lui en réserve tout de suite l'administration et la jouissance ou du moins lui permettre de la reprendre quand elle le voudra, à supposer qu'elle ait consenti au moment du mariage à la laisser aux mains de son mari. Une formule de Lindenbrog (F.VII Ed. Zeumer M^{d}. G^{ae}. in 4°p. 27I) parlant de la dot suppose qu'il en a été fait tradition à la femme au moment du mariage. On lui en a donc transféré la propriété et aussi la jouissance. Une autre formule de Marculf, qui est comme la précédente une formule franque (L.II F.I6); suppose que le mariage a été précédé d'un rapt, puis le rapt a conduit à un mariage. Le mari concède à sa femme une dot. Il a grand désir de la mettre à la pleine disposition de sa femme. Il a encouru pour son rapt la peine de mort; il a payé la composition et il est prêt à tout donner : haec omnia a die praesente in tua tradi potestate : ces objets (et ils comprennent des esclaves, du bétail, des terres, de l'or et de l'argent) que je te donne en dot à partie d'aujourd'hui, j'en ai fait tradition pour les mettre sous ta potestas et sous ta dominatio ", ta dotation, ta possession termes caractéristiques d'une jouissance immédiate. Il continue : je t'attribue libre pouvoir de les détenir, de les conserver et d'en faire à ton plein gré tout ce qui te plaira. Aucune limitation quant à l'administration ni quant à la jouissance des biens ainsi donnés, on pourrait difficilement trouver un abandon plus complet. Au même livre II F. I5, ce n'est pas le fiancé, mais le père qui donne une dot à sa future belle-fille : terres, boeufs, chevaux, or, argent. Ce futur beau-père déclare qu'il en transfert la propriété à sa bru avant le mariage comme dot. Il met peut-être la dot aux mains du mari comme telle, mais ajoute-t-il sous réserve pour la femme d'en reprendre la possession quand elle voudra pour en faire

Source : BIU Cujas

ce qu'elle voudra :" in sua dominatione revocare,vel quidquid exinde facere elegerit,liberam habeat potestatem". D'autres fois encore la dote est administrée en commun par les deux époux, ce qui écarte l'idée de mundium. On lit dans les F. Andegavenses (F.54 Zeumer P.23) " Pendant notre vie,nous posséderons la dot ensemble et après ma mort tu en disposeras seule."Quamdiu advximus ambo pariter hoc tenere et possidere debeamus; post transitum vero meum superius nominata hoc tenere et possidere debeas." Ces formules suffisent pour nous faire admettre que la femme conserve à sa disposition,même durant le mariage,ses biens et sa dot malgré le mundium qui ne domine pas à cette époque le patrimoine de la femme.

A mesure qu'augmente la brutalité masculine,il semble donc qu'on veuille assurer à la femme un refuge pécuniaire dont le point central est sa dot pour lui assurer l'indépendance. Déjà dans la Loi des Wisigoths apparaissait cette idée (L.III T I § 6 disposition de l'antique) Ici encore le fiancé constitue la dot et pour être bien sûr que la femme en aura la disposition,il charge le père ou les frères de la femme de la conserver toujours à sa disposition.

On aurait donc tort,du moins en Gaule, d'attribuer au mundium du mari cet effet de priver la femme de toute autorité et de toute capacité pendant le mariage sur les biens qui lui viennent de son mari et de sa famille. Elle peut en jouir et les soustraire à la disposition du mari.Elle peut en disposer à son gré parfois quand elle n'a pas d'enfant et parfois même quand elle en a.

Du sort des acquisitions faites pendant le mariage.

2é question : Etant réglée la condition des biens des époux au jour du mariage,il se peut que pendant le mariage la fortune des deux époux vienne à s'accroître. A qui vont aller les acquisitions nouvelles ?

Dans certaines lois où domine la notion du mundium du mari, le bénéfice de ces acquisitions est attribué au mari tout seul. Ainsi chez les Lombards:Loi de Rotharis § 184. La plupart des autres lois Barbares sont muettes. En réalité il ne reste sur la question que deux textes dont le deuxième est de beaucoup le plus important.

Pas d'attribution commune dans la Loi des Wisigoths.

Le premier est un texte wisigothique. Loi de Recceswind L.IV Ch. II § I6. Ici le législateur est préoccupé d'assurer avec le plus d'égalité possible,la répartition de ces acquisitions entre chacun des époux d'une manière qui corresponde à la cause même de l'acquisition Lorsque l'acquisition viendra d'un bien qui appartenait à l'un des deux époux,c'est à celui-là que les acquêts les accroissements devront appartenir. C'est l'application de ce principe qui est le point de départ de tout

Source : BIU Cujas

ce chapitre. Il n'y a donc aucune tentative d'attribution commune, de partage, dans une proportion quelconque des acquêts. Nous sommes encore dans la ligne de l'individualisme romain qui maintient et prolonge la séparation des deux patrimoines, en faisant en sorte qu'aucun des deux ne puisse être frustré.

Le Ch. 37 de la Loi Ripuaire.

Il importe d'insister davantage sur le second texte barbare de la Loi Ripuaire (Ed. Ma. Gae. in-I2 ad. us. Scol. Ch. 37) qui a fait couler beaucoup d'encre. Ed. Sohm p. 68) On peut distinguer dans ce chapitre quatre principes: 1° liberté pour les époux de fixer à leur grè le montant de la dot -2° si les époux n'ont pas fixé eux-mêmes la dot, la dot sera légale (50 sous). Les 3° et 4° principes se rattachent à notre question des acquêts. Il y a donc dans l'ensemble de ce chapitre comme un réglement complet des intérêts pécuniaires des époux. Le 3° principe déclare que la femme aura droit au tiers de tout ce que les deux époux auraient acquis postérieurement au mariage:" Et tertiam partem de omni re quod simul conlaboraverit; sibi studiat evindicare; et quidquid ei in morgengaba traditum fuerit, similiter faciat ".Elle pourra donc réclamer le tiers de tous les acquêts faits en commun; le reste ira au mari. Enfin le 4° principe à trait à la consommation (§ 3) : Si quelque chose de ce qui a été livré ou noté par écrit a été consommé en commun, chacun perdra à son sujet tout droit de revendication." Quod si ex his qui conscripta vel tradita sunt, simul consumpserit, nihil requirat." Cette consommation en commun, ce peut-être la consommation matérielle, la perte de l'objet; l'aliénation en commun ou l'emploi en commun d'un bien de l'un ou de l'autre à payer, par exemple un wergeld.

Attribution à le femme du tiers des acquisitions faites pendant le mariage.

J'ajoute pour en revenir à la collaboratio, que cette collaboratio exclut les biens reçus par chaque époux à titre de donation, parce qu'ils proviennent de la famille ; mais en dehors de là ils comprennent tout ce qui peut leur arriver, meubles ou immeubles: Par exemple ce sont des précaires que les époux ont pu se faire concéder ensemble, ou des bénéfices qui depuis le 7° siècle ont pu leur être attribués soit à tous deux ensemble, soit au mari tout seul. Cette attribution du tiers dans les acquisitions est a cette époque assez répandue. La règle n'est pas purement abstraite. Elle se rencontre appliquée chez les historiens. (Grégoire de Tours Hist. VIII 39). Un certain Bategiséle, évêque du Mans meurt. C'était un homme rapace et qui avait durant son mariage acquis sans scrupule de très nombreux biens. La veuve réclame devant le juge le tiers des biens acquis par son mari. Elle perd son procès non pas qu'on conteste le bien fondé de sa prétention, mais parce que dans ces biens elle a fait entrer tous

Source : BIU Cujas

ceux qui avaient été donnés à l'Eglise et non pas personnellement à lui. Il n'en reste pas moins qu'elle a la prétention non contestée de se faire attribuer le tiers des biens de son mari. De même dans les formules on rencontre une mention semblable (F. Andegavenses 59 Zeumer p. 25 I.20): Ce que durant le mariage le mari a pu gagner par son travail que sa femme en ait le tiers "..... et peculiare quod stante conjugio laborare potuerit, ipsa femina tercia parte exinde habeat".... L'auteur qui a mis le mieux en valeur l'imporatance de la réglementation Ripuaire est Ch. Lefebvre (Histoire des biens matrimoniaux II° P. p. I37 - I38).

Cette attribution à la femme du tiers des acquêts durait encore au IX° siècle, on la rencontre dans un célèbre capitulaire du 82I envoyé par Louis le Débonnaire à ses missi dominici (M.G. in 4° Boretius I. p. 30I Ch. IX). A propos des banafices il décide que après la mort du mari la femme recevra le tiers dans la collaboratio qu'ils ont accomplie ensemble. " Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum terciam partem conlaborationis quam simul in beneficio conlaboraverunt, accipiant."

Origine barbare et chrétienne de cette disposition.

Ce texte qui attribue à la femme un tiers des acquêts est nettement en opposition avec les tendances individualistes romaines. Il s'agit ici de quelque chose gagné en commun et où on ne distingue plus la part que chacun y a apporté. On met le tout ensemble et c'est le tout qu'on va partager entre les deux époux. Le texte est d'origine franque et plus généralement même d'origine barbare; nous retrouverons ce chiffre du tiers dans les Lois Burgondes.

Mais il est peut-être bien aussi d'inspiration chrétienne (en ce sens Lefebvre) L'inspiration chrétienne et la tendance originaire des législations germaniques ne sont pas opposées comme on pourrait le croire. Leur parenté se soupçonne déjà dans ce que dit Tacite des formes du mariage destinées à rappeler à la femme qu'elle doit être l'associée de son mari dans ses périls et ses labeurs.

Extension à d'autres lois barbares de la solution ripuaire

Quoiqu'il en soit de l'origine première de ces dispositions, il n'est pas douteux que l'idée de la "collaboratio" a eu une grande portée d'application et ne s'est pas limitée au monde ripuaire. Chez les Francs Saliens on la retrouve dans les historiens comme Frédégaire (XI N° 85) Nauthilde, veuve de Dagobert, réclama le tiers des acquêts du roi et obtint gain de cause. Dans les formules on retrouve aussi cette mention du tiers (F. d'Anjou 59 Zeumer p.25 Marculf II.I7 Ex. Zeumer p.87) et même dans quelques lois barbares, notamment dans la loi Saxonne postérieure en date aux

Source : BIU Cujas

autres rédigée de 785 à 790) au titre 9 on accorde à la femme non pas le tiers, mais la moitié même des acquêts et c'est bien là un changement récent à la loi originaire, puisque chez les Saxons toute une partie de la population n'a pas adopté cette solution. Les Westphaliens seuls accordent à la femme la moitié des acquêts tandis que les Saxons de l'Est ne lui attribuent jamais que sa dot. (tit. IX) On pourrait même montrer comment dans le Cartulaiire de l'Abbaye de Fulda en Wesphalie, on rencontre en conformité avec la loi saxonne une action simultanée des époux dans l'acquisition des biens N° I et la distinction fréquente entre la colloboratio et les propria. Cf. Tradit. Fuldenses Mª Germ^ae textes depuis 750 N° I.98.I00.I22). Un peu plus tard(822) il est question d'actes faits "manibus communibus ". C'est l'origine de la main commune germanique (N° 876)

Il n'est donc pas douteux qu'a cette époque les Lois barbares admettent volontiers une certaine participation de la femme au bénéfice des biens acquis pendant le mariage. Inaugurée par la Loi Ripuaire, cette participation s'est étendue à d'autres législations parentes.

3° Condition pécuniaire des époux après la dissolution du mariage.

3° question : que devient la condition pécuniaire des deux époux après le dissolution du mariage ?

Il faut distinguer ici selon que le mariage a été dissous par le prédécès du mari ou par celui de la femme.

L'hypothèse la plus intéressante pour nous et celle du prédécès du mari prévue par la Loi Burgonde d'une façon assez complète.

Loi Burgonde de dissolution par le prédécès du mari : la femme garde sa dot.

Le régime qu'elle consacre devait dans ses grandes lignes être commun à toutes les populations germaniques, tant il est adapté à la vie communautaire des populations rurales.

A la mort du mari, la femme reprend d'abord ou garde sa dot pendant toute sa vie, même si elle convole en secondes noces. C'est ce que laisse supposer la Loi Burgonde, T.24 § I : Si quelque femme burgonde, après la mort du mari va à de secondes ou à de troisièmes noces comme cela arrive, et qu'elle ait des enfants de tous ses mariages, elle gardera sa donation nuptiale , pendant sa vie et en aura l'usufruit. Après sa mort qu'à chaque fils revienne ce que le père aura donné, de telle manière que la mère n'ait pas pouvoir de donner, de vendre ni d'aliéner les objets qu'elle a reçus en donatio nuptialis. Si par hasard cette femme n'a pas eu de fils tout ce qui lui était advenu de la donatio nuptialis reviendra, après sa mort, pour une moitié aux parents de la femme et pour l'autre moitié aux parents du mari donateur. Le réglement de la dot est donc très simple.

Source : BIU Cujas

Il y a mieux, et c'est surtout à raison de ce que nous allons dire que la Loi Burgonde doit retenir l'attention.

Indivision des biens du père entre la mère et les enfants Réglement différent dans cette indivision suivant que la femme se remarie ou non.

Le femme veuve continue d'ordinaire après la mort de son mari comme avant, à vivre en indivision sur les biens du père avec ses enfants. Il n'y a donc pas habituellement de réglement particulier du fait de la mort du mari. Toutefois devenus adultes les enfants peuvent ne plus désirer vivre près de leur mère et demander leur part dans le patrimoine du père. Alors intervient entre tous un réglement dont il faut indiquer les bases. Il faut distinguer suivant que la mère se remarie ou reste veuve.

Si elle se remarie, elle perd tout droit à une part dans le patrimoine propre du mari, c'est le nouveau mari qui doit assumer la charge de sa subsistance. Loi Burgonde T.62.-"La femme recevra en jouissance le tiers des biens de son mari, pourvu qu'elle ne se soit pas remariée, car si elle se remarie elle perdra tout." La solution relative aux biens du mari est donc très différente de celle que je viens d'indiquer pour la dot. Le paragraphe suivant du tit.62 le rappelle.

Droit de la femme qui ne se remarie pas, au tiers des beins du mari.

Reste la deuxième hypotèse : celle où la femme ne se remarie pas. En ce cas (Tit. 62) elle a droit au tiers de la fortune maritale en usufruit, quand elle a un fils (titre 62) ou même quand elle n'en a pas (tit. 42 p. 73) : "bien que déjà nous nous soyons expliqués bien souvent sur ce point, cependant, voici le réglement plus détaillé que nous croyons devoir adopter: la femme lorsque son époux est mort sans qu'ils aient eu de fils né d'eux et quand elle ne va pas à de secondes noces gardera et possédera en toute sécurité jusqu'au jour de sa mort le tiers de la fortune de son mari, mais de telle manière pourtant qu'à sa mort les biens reviennent aux héritiers légitimes du mari. Enfin s'il y avait des enfants vivants au décès du père, et qu'ils aient pris les deux tiers de la fortune de celui-ci, si ces enfants par la suite meurent avant leur mère, celle-ci acquèrra l'usufruit de tout ce qui était revenu antérieurement à ses enfants. T.24 § 3 , c'est-à-dire que par l'intermédiaire de ses enfants elle aura l'usufruit de tout le patrimoine de son mari. Mais à sa mort le tout reviendra aux héritiers légitimes de ses enfants.

Tendance postérieure à réduire la part accordée à la femme.

Ce droit au tiers, qui n'est qu'un usufruit, porte sur la fortune du mari et fait prévoir déjà le douaire; a pourtant, dans la législation burgonde, subi quelques péripéties dont la loi nous a gardé la trace soit quant à la quotité attribuée à la femme, soit quant aux conditions exigées pour que la femme y puisse prétendre. Ces changements résultent de Novelles insérées dans la loi à une date incertaine. D'après la dernière

Source : BIU Cujas

de ces novelles, la femme qui n'a pas d'enfant de son premier mariage aura l'usufruit du tiers des biens du mari seulement au cas ou elle n'aurait pas de ressources provenant de sa famille personnelle (T.74 § I,2° al) et ou son mari ne lui en aurait pas assuré d'autres. Dans le I° al. la loi répète que, dans les temps passés; il y a eu beaucoup de dispositions légales sur ce point . Désormais toute cette institution sera réglementée par la Novelle. Il y a ici un mouvement manifeste pour réduire les cas d'application de la tertia.

D'autre part,quant à la quotité de la part revenant à la femme,au Titre 74 on décide que si celle-ci n'a eu qu'un enfant ou pas du tout,elle aura droit au tiers; si elle en a eu plusieurs,elle n'aura plus qu'un quart. Le nombre croissant des enfants pousse à réduire la part de la femme. A la mort de la mère,les biens dont elle avait la jouissance reviendront à la famille du père

Voilà donc de grands avantages accordés à la femme après la mort du mari. Par contre si elle n'a pas d'enfants,elle ni sa famille ne pourra réclamer ce qu'elle a apporté au mari T.I4 § 4 : S'il y a des enfants on comprand que la famille de la femme puisse encore moins réclamer,mais le texte ne dit rien de la femme elle-même La question ne se pose pas tant qu'elle continue à vivre avec ses enfants. Mais elle reste indécise dans sa solutionsi elle se sépare d'eux.

Prédécès de la femme.

La seconde hypothèse à examiner est celle du prédécès de la femme. A défaut d'enfant,le mari ne peut réclamer à la famille de la femme la dot qu'il lui a donnée ou le prix d'achat qu'il a payé pour elle.Cela reste acquis à la famille de la femme. T.XIV. § 3 : Si mulier maritum habens, sine filiis de hac luce transicrit,maritus defunctae uxoris pretium,quod pro illa datum fuerit,non requirat." La Loi n'examine pas le cas inverse ,celui où la femme en mourant laisse des enfants nés d'elle. Il est probable alors que la dot donnée à la femme par le mari reste naturellement aux enfants. Ceux-ci continuent à vivre sur les biens du père,il n'y a rien de changé dans leur condition et la dot de la mère reste dans la famille du mari qui continue de vivre avec eux.

Voilà donc dans sa complexité,son incertitude l'essentiel du régime barbare des biens entre époux.

Les deux tendances contraires s'affrontant dans la réglementation de la situation pécuniaire de la femme.

Si l'on examine d'un peu près,on vient à conclure que le trait marquant de cette réglementation est peut-être bien un caractère épars et incohérent. Elle porte la marque de conceptions peu ordonnées. Des temps anciens subsistent encore quelques usages primitifs et et brutaux ,comme l'achat de la femme,sa soumission de fait au mundium absolu de son mari, la main mise de fait sur ses biens par le mari. Cela concorde avec ce que les

Source : BIU Cujas

historiens nous apprennent sur la rudesse habituelle du traitement imposé à la femme dans les sociétés barbares Les invasions n'étaient pas de nature à adoucir cet état des choses.

De l'autre côté ,on peut constater une tendance inverse et croissante à tirer des pratiques barbares quelques éléments de sauvegarde qui puissent améliorer la condition de la femme : la dot issue du prix de vente, mais pourtant attribuée à la femme et qui est si bien pour elle un instrument de relèvement,que c'est sur elle que l'Eglise fait fond quand elle en exige la constitution aux portes du sanctuaire,et qu'on la lui laisse même si elle se remarie ; c'est en même temps l'entrée de la femme dans la communauté familiale du mari, son droit après la mort de celui-ci d'y rester,de continuer à y vivre,et,au cas où les enfants se refuseraient à la vie commune,le droit de jouissance accordé à la femme sur une partie du patrimoine de son mari.

Les péripéties de ce droit de jouissance en Burgondie sont comme le symbole de cette lutte entre les deux tendances adverses : l'une brutale qui fait de la femme la simple servante de son mari,à la merci de sa force physique,l'autre plus douce,plus récente sans doute,fortifiée certainement par l'influence chrétienne,à supposer même qu'elle n'ait pas été créée par elle et qui s'efforce de rendre meilleure et plus humaine la condition de la femme.

L'usage des donations entre époux dans les actes de la pratique.

Cette tendance à l'humanité,on sera frappé de la voir s'exprimer dans les documents pratiques des siècles qui suivent immédiatement les invasions à l'époque franque. Nous possédons beaucoup de libelli dotis. Ils révèlent une sorte de tendresse conjugale assez peu habituelle au monde barbare ou même romain et en outre pour la traduire on y relève la pratique d'usages qu'il n'est pas sans intérêt de signaler.

Dans les temps francs qui ont succédé à l'Invasion, s'est de plus en plus répandue l'habitude de donations de chaque époux à l'autre pendant le mariage, donations inspirées par un esprit de confiance et d'affection mutuelle. Chacun des deux époux s'efforce de donner à l'autre la contre-partie de ce qu'il reçoit. Ces donations mutuelles,qui ne rentrent pas dans la réglementation des rapports entre époux et qui étaient fréquentes,le droit romain les interdisait. Originairement à Rome toute donation entre époux était même impossible à cause du régime de la manus. On ne comprendrait pas que le mari qui a la manus sur sa femme pu faire une donation à sa femme. La manus disparue lorsque mari et femme se trouvèrent chacun soucieux de ses intérêts pécuniaires propres peu confiants l'un dans l'autre,parfois même dressés l'un en face de l'autre,la coutume à

Source : BIU Cujas

Rome se reprit à interdire la donation entre époux redoutant l'exploitation de l'un par l'autre l'influence malsaine du plus habile qui aurait pu se traduire par l'octroi d'avantages pécuniaires sans cause avouable. Plus tard encore,à partir du IIe siècle de l'Empire on sait que l'institution matrimoniale commença à se relever .On en vint alors à tolérer les donations entre époux,mais en les rendant révocables ad nutum par le donateur. Elles ne deviennent définitives que par la mort du donateur (Ulp. D. 24.I.32 pr.I.2.) Un senatus-consulte de S. Sevère et Caracalla paraît avoir admis cette révocabilité qui constitue le dernier stade de la législation romaine. Le Bréviaire d'Alaric s'y tient encore et rapporte un texte de Paul,(Sent. II.24.6 et 7) qui relate cet état adouci des moeurs. Dans le monde franc au contraire et dans les formules, il n'est question ni de nullité,ni de révocabilité des donations entre époux. Ces donations sont pratiquées par les époux conjointement,très largement; le plus grand nombre porte sur les trois quarts du patrimoine de chacun, trois quarts parce qu'on craint qu'en donnant le tout,il n'y ait réclamation des héritiers naturels qui dans la loi romaine ont droit à la quarte légitime. (F. Turonenses F I8 Zeumer p.I46)- D'autres fois on ne soucie même pas de cette quarte et dans les pays francs on va jusqu'à donner le tout. (Form. lindenbrog F.I3.Zeumer p.275 Merkel F.I6 Zeumer p.247.

Ces donations si considérables sont souvent en usufruit et prolongent en quelque sorte le régime que nous venons de rencontrer dans la Loi Burgonde,mais elles sont parfois aussi en pleine propriété, notamment en cas d'absence d'enfant (Donation d'usufruit: F.de Tours I8. F.du Merkel.F I6 F.de Marculf praeceptum regale -I.I2.

Vous trouverez là un nouvel indice du progrès de cette tendance à joindre,à assurer en commun la vie des deux époux,à l'enfermer dans des dispositions légales ou conventionnelles communes.

La compénétration des législations romaines et barbares

Telles sont les deux législations en Gaule après l'Invasion. Elles ont coexisté pendant plusieurs siècles. Peu à peu par l'effet du voisinage,elles se sont rapprochées,concilliées en une même direction doctrinale. En réalité,le véritable ferment de cette conciliation, ce sont les aspirations morales chrétiennes que chacun à cette époque essaie de réaliser dans sa vie de famille et dans sa vie intérieure. La caractéristique de cette époque est que dans toutes les institutions,il ne survit et ne se développe que ce qui, dans ces institutions est favorable au rapprochement affectueux et désintéressé des époux et à l'égalité de leur

Source : BIU Cujas

condition.

Le développement de la dot à l'époque franque.

Dans le monde gallo-romain comme dans le monde germanique, la dot reste le centre du régime des biens entre époux. Les textes nous ont conservé de nombreux libelli dotis, mais la conception de la dot qui l'emporte ce n'est pas celle de la législation romaine, c'est celle de la législation barbare. La dot ce n'est pas la dot romaine fournie par la femme, c'est la dot germanique fournie par le mari à la femme. Depuis le IX° siècle, le mot est toujours pris dans le sens germanique : dot fournie par le mari. La confusion entre les notions inverses romaine et germanique de la dot a été d'autant plus aisée que la dot germanique avait cependant même dans l'organisation romaine son parallèle, son pendant, c'est la donatio propter nuptias fournie aussi par le mari à la femme et dont nous avons suivi les progrès au Bas-Empire, Elle s'accroissait déjà sans arrêt pour arriver à égaler la dot fournie par la femme; elle obtenait d'être soumise à la même réglementation que la dot. Donatio propter nuptias et dot, à la fin de la législation romaine, aspiraient à se confondre l'une dans l'autre Comment s'étonner que la dot germanique doublée de la donatio propter nuptias ait apparu comme la soeur de l'institution dotale romaine ainsi renouvelée. C'est cette dot germanique dont l'Eglise exige la constitution " ante valvas Ecclesiae " c'est d'elle qu'il s'agit quand l'Eglise déclare qu'elle ne donnera sa bénédiction qu'à la condition que le mari ait constitué à sa femme une dot.

Voilà un premier terrain de conciliation entre les deux législations.

La composition et le but de la dot. L'acheminement au douaire.

D'autre part, quant à son contenu, c'est au contraire l'usage romain qui l'emporte: cette dot ne comprend plus comme à l'origine des objets individuels, parures, meubles ou armes, mais de plus en plus de solides avantages pécuniaires qui assurent à la femme une vie honorée durant son veuvage. La dot de plus en plus se compose de biens, or, argent, bestiaux, immeubles, le tout fait, choisi pour que la femme en tire de quoi mener une vie honorée du jour où elle devient veuve. Il n'est pas surprenant que cette dot ainsi composée se soit rapprochée par sa destination des avantages dont le type se trouve dans la Loi Burgonde; que la dot fasse parmi les biens conjugaux, figure assez voisine de cette part en jouissance des biens du mari que la loi Burgonde réserve à la femme en cas de survie.

Du IX° au XIII° siècle s'opère ainsi comme une double fusion entre la dot germanique et la donatio propter nuptias romaine; d'un côté et de l'autre entre toutes les deux réunies et la dot romaine. Si vous ajoutez à cela les avantages légaux faits à la veuve sur

Source : BIU Cujas

les propres du mari, vous constaterez que nous ne sommes pas loin de l'institution nouvelle qui va nous apparaître toute constituée au XIII° siècle, le douaire.

Extension de ce douaire aux acquêts.

Un pas de plus a même parfois été fait dans cette voie : cette faveur du douaire considérée comme droit de jouissance de la veuve sur tous les biens au milieu desquels s'écoule sa vie conjugale pendant la durée du mariage, s'imprime parfois même sur la part d'acquêts que la Loi Ripuaire attribue à la femme. On sait que la femme a droit au tiers des acquêts dus à sa collaboration avec le mari. cette part s'est étendue au dehors du domaine ripuaire et a été acceptée dans l'ensemble de la population franque. Une étude de M. Lemaire, Professeur à l'Université Libre de Paris (R.H.D. 1928) relève pour l'ancienne région burgonde et plus généralement pour toute la France, du IX° au XIII° siècles la constitution d'un douaire sur les acquêts accolé à celui sur les propres et qui vient remplacer chez nous la tertia de la Loi Ripuaire par une convention individuelle ayant généralement même quotité. Dot, gain de survie sur les propres du mari, tertia de la loi Ripuaire, se modèlent tous dans le même sens pour arriver au même régime qui va les enfermer tous et qui va apparaître comme constitué au XIII° siècle. C'est ce régime que nous allons étudier dans la 2° partie de nos recherches.

Abandonnant ainsi la période franque, nous allons maintenant, dans cette 2° partie, nous transporter à quelques siècles plus tard, au XIII° siècle, en négligeant la période intermédiaire du IX° au XIII° siècle, dans laquelle se forment obscurément les institutions nouvelles, qu'il vaut mieux présenter dans leur intégralité.

Source : BIU Cujas

Le douaire au XIII° Siècle.

Ce qui domine alors le régime des biens entre époux, c'est le douaire, donalitum, mot qui n'est qu'une transposition de l'ancien mot de dot, parce que le douaire est issu de la pratique de la dot.

Au XIII° siècle, l'ouvrage capital qui nous renseigne très exactement, sur lui, c'est celui de Beaumanoir, Coutumes de Beauvaisis que nous allons prendre pour guide. Il contient un chapitre XIII, consacré au douaire. Il nous dit ce qu'il est et comment il est organisé. Nous pourrons après l'avoir vu, en rechercher les origines et les doctrines ultérieures.

Qu'est-ce que le douaire ?

Comment est-il organisé au XIII° siècle ?

Idée générale du douaire.

Le douaire est une jouissance viagère conférée de plein droit à la femme et qui porte sur les immeubles du mari. Le droit de la femme grève les immeubles du mari du jour du mariage; mais la jouissance de la femme ne s'exerce en fait qu'en cas de veuvage. Tel est l'essentiel de cette notion. Elle suffit à se rendre compte de ce qu'elle emprunte aux législations antérieures, notamment aux usages que nous révèle le Tertia burgonde.

Le douaire porte sur la moitié des immeubles appartenant au mari lors du mariage et a lui échu par succession de ses ascendants pendant le mariage.

L'assiette du douaire, sur quoi porte-t-il ?

Beaumanoir N° 430 (Ed. Salmon, chez Picard I899, collection de textes destinés pour servir à l'étude et à l'enseignement de l'histoire), nous dit :" Par général coustume, la fame en porte en douaire la moitié de tout l'éritage que ses barons avoit de son droit au jour qu'il l'espousa..... " Donc le douaire porte sur la moitié des biens qui appartenaient au mari au jour du mariage.

Ce douaire ainsi compris n'existe pas seulement en cas de premier mariage. Il y a un douaire du premier mariage, et si le mari, après la mort de sa femme se remarie, il y aura un douaire pour la nouvelle épouse et, au besoin un autre pour une troidième épouse et ainsi de suite, mais chacun de ces douaires successifs sera réduit dans sa portée par l'existence d'un douaire antérieur, ainsi que l'explique Beaumanoir dans la suite :" ... s'il n'est ainsi que ses barons ait eu autre fame de laquele il ait des enfans, car adonques n'en porte ele pour son douaire que le quart de l'eritage son baron....."

Au cas de secondes noces, la seconde femme n'a droit qu'a la moitié des biens qui restent au mari, c'est-à-dire à la moitié de son patrimoine diminué du douaire de la première femme. Ce premier douaire étant de moitié, le mari ne conserve plus à lui que la

Source : BIU Cujas

moitié de son patrimoine. La douaire de sa seconde femme;qui porte sur la moitié de ce qu'il possède ne s'étendra donc qu'au quart des biens qui appartenaient originairement au mari. Le douaire d'une troisième femme sera de la moitié du quart,c'est-à-dire du huitième." "..... car li enfant de la premiere fame en portent la moitié dont leur mere fu douee et, se li hons a eu .II. fames et enfans de chascune fame,la tierce fame n'en porte que l'uitisme ; et ainsi poués entendre de la quarte fame le seizisme . Mes combien que li barons ait eu de fames,s'il n'en a enfans,li douaires de cele qui après vient n'en est point apeticiés,car l'eritages du baron demeure en autel estat comme il estoit quand il espousa cele de qui il n'a nul enfant." Le douaire n'existe donc vraiment que si la femme survit au mari. Si elle prédécède sans enfant, il n'est plus question de douaire,pourquoi existerait-il, ni femme ni enfant ne subsiste . Le mariage est comme s'il n'avait pas eu lieu,le mari garde toute sa fortune et s'il se remarie la seconde femme pourra avoir un douaire qui portera sur la moitié de tous les biens de son époux et non pas sur le quart.

Pourtant la règle du N° 430 demande a être un peu complétée par une autre que Beaumanoir exprime au N° 447 : le douaire porte non pas seulement sur les immeubles que le mari a au jour du mariage, mais sur tous ceux qui lui viendront de ses ascendants pendant le cours du mariage,puisque ces biens sont dès le jour du mariage, comme la propriété du mari :" se aucune descendue d'eritage vient à l'homme en tans qu'il a fame, comme des son pere ou de sa mere;de son aiol ou de s'aiole,ou de plus loing en descendant, et l'hons muert puis cele descendue ains que la fame,la fame emporte la moitié par I reson de douaire ; mes se la descendue ne vient devant que l'hons est mors,tout soit ce qu'ele en ait enfans,ele n'i puet demander douaire, car li barons n'en fu onques tenans ; ains vient as oirs,et si li oir ne sont sagié,la garde des oirs et des eritages apartient a la mere..... "

On peut de même constater au N° 446 qu'il n'en est pas ainsi des biens, des immeubles échus au mari pendant le mariage de côté,c'est-à-dire en ligne collatérale.

Voilà les biens sur lesquels porte le douaire.

Nous en sommes arrivés à l'étude du douaire droit de jouissance viagère accordé à la femme et parfois aux enfants sur les biens immobiliers du mari.

Le douaire porte sur les immeubles du mari au jour du mariage et ils sont tous affectés à ce douaire. Il grève en outre les immeubles acquis par le mari pendant le mariage,par succession ou donation en ligne

Source : BIU Cujas

directe, mais non en ligne collatérale.

Enfin,à un certain moment, du X° au XII° siècle, il y a eu dans certaines régions un douaire sur les acquêts dont nous ne parlons pas pour le moment parce que ce douaire se rattache plutôt à l'histoire de la communauté.

J'avais indiqué déja la moitié de ce douaire.

Douaire légal de moitié (Philippe Auguste) à défaut de douaire conventionel.

Originairement le douaire était fixé par le mari au jour du mariage. La législation canonique prescrivait même de constituer à la femme une dot,c'est-à-dire un douaire,avant la bénédiction nuptiale,si bien que la pratique s'en était répandue un peu partout en France. Cette pratique avait élevé habituellement ce douaire à la moitié des biens immeubles du mari.Un jour est venu où on a estimé qu'il y avait lieu de faire bénéficier la femme de ce douaire, même quand le mariage avait eu lieu sans être précédé d'une bénédiction,c'est-à-dire même quand aucun douaire conventionnel n'avait été constitué. Beaumanoir rapporte à Phillippe Auguste, (I2I4,) (N° 445) une ordonnance qui avait fixé le taux du douaire à la moitié des propres du mari à défaut de convention. Il y a donc maintenant non seulement le douaire conventionnel ou préfixé, mais aussi un douaire légal. Cette ordonnance n'a jamais été retrouvée,mais il est à croire qu'elle a existé : Beaumanoir la signale expréssément .P. de Fontaines,Conseil à un ami Ch. 2I § 45 p. 266 parle d'un acte de Philippe Auguste qui donnait saisine aux femmes de la succession de leur mari " au cas où n'ont mie douaire par leur mari." Ce douaire légal porte sur toutes les terres nobles ou roturières et Beaumanoir, N° 445,indique que seul échappent à ce douaire la Couronne de France et"plusieurs Baronies tenues du royaume". Même il semble bien que le douaire conventionnel peut être établi,même sur ces deux dernières catégories de biens. En Beauvaisies les deux douaires ont subsisté côte à côte. Le douaire conventionnel ne supporte aucune limite dans sa quotité. On peut le constituer de plus de moitié, comme d'une quotité moindre. Le douaire légal n'est applicable qu'à défaut de convention.

Persistance du douaire du tiers dans les régions de l'Ouest.

Cette ordonnance de Philippe Auguste n'a du reste pas été en vigueur dans tout le Royaume. Dans l'Ouest Anjou,Touraine,Poitou, Bretagne,Normandie,le taux du douaire est du tiers. (Cf. Etablissement de St Louis Tome I Ch. 2I Ed. Viollet T.II.p.3I.) Ce douaire du tiers a été si tenace qu'il a duré pendant tout notre ancien droit.

On a cherché les raisons pour lesquelles le douaire de ces provinces est du tiers et on est arrivé à penser que peut-être bien l'ordonnance de I2I4 était antérieure au retour de toute cette région à la couronne

Source : BIU Cujas

Ces régions ont pu ainsi n'être pas touchées par elle et ont conservé leurs usages antérieurs qui étaient moins favorables au douaire que dans le Centre de la France. Toute cette région occidentale a resisté davantage au douaire parce que le régime féodal y était plus puissant; l'application du douaire était tout de même une atteinte aux droits du suzerain puisqu'il rendait indisponibles ,même à son égard,les biens du mari afin d'en assurer la jouissance à la femme.Le douaire du tiers est une coutume qui s'appliquait aussi en Angleterre, soit qu'elle y soit venue de la Normandie,soit que par un choc en retour elle ait émigré d'Angleterre en Normandie

Le douaire en Angleterre : dos nominata et dos rationabilis.

Glanviles (Tractatus de Legibus et Consuetudinibus regni Angliae, II87-II89. L. VI. Ch. I) distingue déjà le douaire conventionnel, la dos nominata ,et le douaire légal : dos rationabilis , qui est déjà du tiers. La dos nominata ou douaire conventionnel peut ramener le taux du douaire au-dessous de celui de la dos rationabilis,sans que la coutume établisse aucun minimum. Par contre elle ne peut pas le fixer au-dessus du tiers.

Dans Jostice et Plet, 2I7-2I9, on trouve une formule analogue :" L'en ne puet plus doner au doere que la costume done, mès l'en puet bien plus apeticier que la costume ne done ."

Le livre de Jostice et Plet rapporte la législation appliquée en Orléanais.

Dans d'autres régions,dans l'ouest,si le douaire est du tiers,c'est seulement pour les terres nobles; et pour les rotures on accepte qu'il soit de moitié.

Dans la très ancienne Coutume de Normandie, T.79 § 2 p.8I, le douaire conventionnel exclut le légal.

Assignation du douaire sur certains biens.

Ajoutons que le douaire conventionnel a souvent servi a asseoir expressement le douaire sur certains biens déterminés. On assignait certains biens à l'exercice du douaire de la femme,afin d'en affranchir les autres terres du mari. Faute d'assignation le douaire rendait indisponibles tous les immeubles du mari dont chacun était grevé pour une moitié indivise.

Au bénéfice de qui existe le douaire ?

Une grande distinction : le douaire existe d'abord au bénéfice de la femme mariée. Il peut exister aussi au bénéfice des enfants issus du mariage .

I Douaire de la femme

La femme n'a droit au douaire que s'il y a eu mariage (consommé).

I° Elle en bénéficie à condition qu'il y ait mariage. Il ne viendrait évidemment à l'esprit de personne d'admettre que les fiançailles aient pu suffire à créer le douaire. Mais le mariage se contractant par consentement,suffit-il que les deux époux aient conclu leur accord de mariage pour que le douaire soit acquis à la femme ? Pendant longtemps on a pensé que le douaire ne naissait qu'après la consommation du mariage .

Source : BIU Cujas

Beaumanoir N° 460 : " Douaires est aquis a la fame si tost comme loiaus mariages et compagnie charnele est fete entre li et son mari ,et autrement non ." Le principe ancien est donc la nécessité de la consommation. Il n'y a pas lieu d'en être surpris puisque déjà le morgengabe n'existait lui aussi qu'après la consommation du mariage. Ajoutez que cette idée de lier la perfection du mariage non pas au consentement, mais à la consommation,remonte assez haut dans la doctrine canonique. Jusqu'après le milieu du XII° siècle on a incliné à cette doctrine . Il n'est donc pas étonnant que le douaire ,soit parce qu'il a une de ses origines dans le morgengabe,soit à cause de la doctrine courante en matire de mariage ait suivi les mêmes errements . Plus tard on a reconnu la nature purement consensuelle du mariage et il est arrivé en conséquence que la nécessité de la consommation du mariage pour le douaire a elle-même disparu. Aussi Loysel,Maximes, M.V.Ch. du douaire : " on disoit jadis : au coucher gagne la femme son douaire; maintenant, dès lors de la bénédiction nuptiale."

Voilà un premier point,Il faut qu'il y ait eu mariage.

Droit de jouissance accordé a la femme, mais seulement après la mort du mari bien que dès le jour du mariage les immeubles du mari soient grevés.

2° Le douaire est un droit de jouissance laissé à la femme sa vie durant, mais ce droit de douaire, la femme ne l'exerce pas pendant la durée du mariage. Pendant le mariage, les biens grevés du douaire restent aux mains du mari.Le douaire n'étant destiné qu'a permettre à la veuve de continuer à vivre de la même manière qu'avant la mort de son mari, il est donc nécessaire qu'on ne la saisisse qu'au décès du mari.

Si c'est la femme qui meurt la première,il n'y aura jamais eu de douaire de la femme. Si au contraire c'est le mari qui meurt le premier,le douaire de la femme s'ouvrira au jour du décès du mari. Mais les immeubles du mari sont grevés dès le jour du mariage en vue de l'ouverture éventuelle du douaire par l'effet du prédécès du mari.

Si la femme prédécède sans enfants nés du mariage,il n'y a de douaire d'aucune sorte : ni douaire de la femme,ni douaire des enfants et les immeubles du mari sont rétroactivement libérés de la charge du douaire. Beaumanoir N° 433 : " S'il avient qu'uns hons vende son eritage au tans de sa fame et la fame ne veut renoncier a son douaire, li hons puet garantir li marohié au vivant de li maugré sa fame. Et, se la fame muert avant de l'homme, il le garantist a tous jours ....." ,c'est-à-dire que l'aliénation du mari sera considéré comme confirmée pour toujours"..... et si li hons muert avant,la fame en porte son douaire mes si tost comme elle va morte,l'eritage reva a celi qui l'acheta,tout soit ce qu'ele ait enfans de celi

Source : BIU Cujas

qui le vendi."

Sort de l'aliénation d'un immeuble du mari en cas d'ouverture du douaire

A supposer l'aliénation par le mari pendant le mariage,et que postérieurement le douaire s'ouvre par le prédécès du mari,l'aliénation du mari ne nuit pas au douaire de la femme,mais le jour où le douaire cesse par la mort de celle-ci l'acquéreur du mari pourra réclamer le bénéfice de son acquisition.

Possibilité pour la femme de renoncer à sondouaire.

Toutefois à supposer que le mari ait ainsi fait une aliénation,il a un moyen pour la rendre opposable à sa femme,c'est d'obtenir d'elle qu'elle renonce à son douaire car elle a le droit d'y renoncer:"S'il aviens qu'uns hons vende son eritage au tans de sa fame et la fame ne veut renoncier à son douaire, li hons puet garantir le marchié au vivant de li maugré sa fame." Mais cette garantie n'aura pas efficacité, tandis que si la femme a renoncé à son douaire l'aliénation prendra immédiatement toute sa valeur.

De même si le mari,sans aliéner l'immeuble grevé dé douaire,avait contracté des dettes,le créancier ne pourrait pas, si le douaire s'ouvre par le prédécès du mari,réclamer d'être payé sur ces immeubles le douaire de la femme doit ,sur la jouissance,passer avant le créancier. Si le douaire de la femme suppose pour s'ouvrir le prédécès du mari,c'est parce que ce prédécès dissout le mariage.

Le douaire ne s'ouvre qu'à la mort du mari , non au cas de séparation ou de bannissement du mari.

Le douaire ne s'ouvre donc pas alors qu'il y a simplement mésentente des deux époux ou séparation amiable. Le douaire ne s'ouvre pas non plus si le mari a subi une condamnation qui l'éloignera de sa femme, s'il est banni car le mariage ne disparaît pas. Mais la condamnation à mort et l'exécution du mari donneront ouverture au douaire. On pourrait le contester en prétendant que la condamnation pénale a déjà dessaisi le mari avant son exécution et fait disparaître le douaire par confiscation des biens sur lesquels il est assis. Mais le douaire de la femme est préféré au seigneur et la confiscation des biens du mari doit respecter le douaire. Le seigneur est traité comme un créancier ordinaire (Cf. Ol. Martin Etudes sur la Coutume de Paris II, p.275).

Si le douaire a été ouvert,que va-t-il arriver La mari est mort. Le principe est que la femme reste saisie des biens sur lesquels porte son douaire. Elle a la saisine de tous les immeubles que le mari possédait au jour du mariage ou qui lui sont parvenus en ligne directe descendante. Beaumanoir,N° 454 :" Ne pourquant si tost comme li sires du chastel est mors,la dame doit demourer en la saisine du manoir du chastel dusques a tant que li oirs li ait fet manoir soufisant

Source : BIU Cujas

selonc le douaire de la terre et ou lieu la ou li douaire siet, tout soit ce que la dame ait autres manoirs de son éritage....." En principe,elle restera dans le manoir où elle habitait jusqu'au réglement du douaire

Nature du droit de jouissance appartenant à la douairière Analogie avec l'usufruit.

Lorsqu'elle est ainsi en possession par l'effet de la saisine,la femme a en vertu de son douaire,un droit sur les biens du mari très voisin du droit d'usufruit. Elle jouira pendant toute sa vie des fruits naturels qui peuvent être perçus sur le douaire N° 444 :" Ou point que la fame muert qui tient en douaires,li douaires viens as oirs au point qu'il est ou tans du trespassement a la fame, tout soit ce qu'il i ait bois aagié a couper,ou vignes prestes a vendengier,ou bles ou mars pres a soier, ou près a fauchier. Mes s'il i a rentes ou deniers deus dont li termes soit passés ains qu'ele muire,teles detes sont as oirs de la fame ou a son testament acemplir,se ele le devise."

Elle en jouira suivant les règles de l'usufruit Elle acquiert les fruits par la perception et cesse d'y avoir droit le jour ou son douaire viendra à prendre fin. De même ce douaire,cet usufruit pourra bien être poursuivi pour les dettes échues au jour du mariage,mais ne pourra pas être recherché pour les dettes postérieures. Cf. Beaumanoir N° 448,où il est question du cas où la femme a donné à bail l'usufruit et où on distingue selon que le bail est à moitié fruits ou à ferme de grains et deniers Cf. aussi N° 458.

Charges du douaire.

Si elle a les bénéfices d'un usufruitier,elle en a aussi les charges. Elle doit soigner,entretenir les biens qui lui sont échus. Elle ne peut en altérer la substance,par exemple en faisant couper les bois; alors qu'il n'en est pas encore temps. N° 436-438. Elle peut exercer les actions possessoires. Si elle perd le fond de son douaire,elle n'a pas besoin de s'adresser au nu propriétaire pour le recouvrer. Elle peut elle-même intenter l'action de nouvelle dessaisine N° 971.

Mais elle ne doit faire aucun acte qui porterait atteinte à la propriété.Ainsi l'un des actes les plus graves du propriétaire à l'époque féodale est le désaveu qui consiste à méconnaître la mouvance du seigneur dont on est vassal,ce qui permet au seigneur de prononcer contre vous la commise et de confisquer le fief. La femme douairière n' a pas le droit de faire un désaveu N° 1460.

Extension des drois de la douairière au-delà de ceux d'un usufruitier. Le droit de viage.

Bien que traitée en principe en usufruitière, la femme a en général des droits un peu plus étendus que ceux de l'usufruitier. Ainsi on reconnaît à la douairière tous les droits honorifiques qui résultent du fief droit de porter le titre de la seigneurie, de nommer aux bénéfices qui peuvent appartenir au seigneur,droits de chasse, de pâturage. Toute cette extension un peu plus

Source : BIU Cujas

grande du droit de la femme au-delà de l'usufruit s'explique par plusieurs raisons. D'abord une raison de sentiment: On veut que la femme devenue veuve puisse continuer à mener le même train de vie qu'avant la mort du mari et pas conséquent soit honorée de la même manière. Autre raison plus technique : dans la législation germanique,on n'a pas des rapports entre l'usufruit et la propriété la même conception que dans la législation romaine. Dans la législation romaine la dignité du droit de propriété est éminemment supérieure à celle de l'usufruit et des démembrements de la propriété . Pour les Romains ce sont des droits qui ne sont pas de même nature. L'essence du droit de propriété, c'est le jus abutendi, tandis que les autres droits pour les Romains ne sont que des applications diverses du jus retendi. Dans la conception féodale la propriété elle-même n'est qu'une manière d'user de la chose et se rapproche ainsi de l'usufruit. Tout titulaire de droit réel est investi d'un domaine dont on en étend assez facilement la dignité portée. Le droit de douaire est quelque chose de plus à ce point de vue que l'usufruit,on l'appelle plutôt droit de viage.

La femme doit en principe prendre son douaire quitte et délivré. Complication introduite dans le régime du douaire par l'existance de la communauté de meubles et acquêts.

Tel est le contenu du douaire. En principe,il ne peut être ni aliéné ni grevé de dettes par le mari. Ce droit frappe les immeubles du mari au jour du mariage et les rend par rapport à la femme indisponibles. On exprime souvent cette règle en disant que la femme reprend son douaire " quitte et délivré ;"(Beaumanoir N° 440), c'est-à-dire qu'elle a le droit de l'emporter net sans qu'il puisse être grevé des dettes.

Mais il importe d'ajouter que la situation de la douairière peut se compliquer,au XIII° siècle,du fait de l'existence entre elle et son mari de la communauté des meubles et acquêts.

Cette communauté qui existe de droit commun entre les époux a pour effet de faire participer la femme mariée,pour moitié à la propriété des meubles et conquêts faits pendant la durée du mariage,mais à condition aussi qu'elle prenne a sa charge la moitié des dettes. Si elle trouvait que les dettes sont une trop lourde charge,elle pourrait user de la faculté qui lui est réservée de renoncer à la communauté,c'est-à-dire d'abandonner sa moitié dans l'actif du ménage,moyennant quoi elle sera libérée de sa moitié dans le passif. Lorsqu'elle n'a pas renoncé et accepte la communauté, il pourra arriver que l'actif de la communauté auquel elle a droit soit insuffisant pour payer la moitié des dettes à laquelle elle est tenue. Dans ce cas,on admet que le paiement des dettes qui incombent à la femme, pourra être poursuivi non seulement pour les meubles qu'elle retirera de la communauté,mais aussi sur son

Source : BIU Cujas

douaire, c'est-à-dire qu'on pourra prendre dans le douaire les revenus dont la femme aurait droit de jouir De sorte,que tout en étant affranchie en principe des dettes contractées,la femme verra son douaire affecté, au paiement de ces dettes si elle accepte la communauté. Pour qu'elle ait son douaire quitte et délivré et que les créanciers ne puissent saisir les revenus du douaire il faudra que la femme renonce à la communauté. On établit dès cette époque un lien entre ces deux institutions pour aboutir au résultat indiqué par le N° 440 de Beaumanoir :" Il est au chois de la fame, quand ses barons est mors de lessier tous les meubles et toutes les detes as oirs et d'en porter son douaire quite et delivre. Et s'il li plait,ele puet partir as muebles; et, s'ele i part,ele est tenue a sa part de detes ; et puis qu'ele a pris l'un des chois,ele ne puet pas recouvrer a l'autre; ains convient qu'ele en suefre son preu ou son damage."

Voilà les principaux traits de ce douaire de la femme: J'en ajoute un dernier : Pour tout ce qui touche aux difficultés relatives au douaire,la femme peut s'adresser aux Cours de chrétienté, parce que les veuves sont protégées par l'Eglise et peuvent pas conséquent s'adresser toujours à elle.

Reglement et partage pour déterminer l'assiette du douaire à la mort du mari.

Au moment de l'ouverture du douaire,comme il porte sur la moitié des immeubles propres du mari, il y a lieu a un réglement pour asseoir cette moitié sur certains immeubles divisément. On procède à un partage entre la femme douairière et les héritiers du mari. Les règles pour cette répartition sont celles du partage avec ce principe que c'est la douairière qui est chargée de faire les parts: les héritiers choisissent celle qu'ils préfèrent. Beaumanoir N° 459.

II Il y deux sortes de douaire; le douaire qui appartient à la femme et le douaire qui existe au profit des enfants nés du mariage.

Le douaire des enfants en cas de décès de la mère.

Le douaire des enfants est un droit de propriété et non plus de jouissance,réservé sur les biens attribués en douaire à la femme, aux enfants nés d'elle et de son mari. Pour en bien apercevoir le jeu,il faut supposer que la femme douée est morte. Son douaire s'éteint avec elle. Les biens qui lui étaient affectés reviennent,libres de toute charge de jouissance,aux héritiers du mari, que ces héritiers soient les enfants nés de la femme douée et du mari ou d'autres successibles jusqu'a présent. Tout cela est l'application des règles élémentaires de la dévolution héréditaire. Pourtant quand ce sont les enfants de la femme douée et du mari qui succèdent au père,on dit qu'ils viennent aux biens que le père avait constitués en douaire à leur mère à titre de douairiers. Le douaire

Source : BIU Cujas

qui appartenait à titre viager à leur mère fait place au Douaire à titre perpétuel des enfants. La raison qui a fait différencier d'un simple droit de succession le titre auquel les enfants sont appelés aux biens qui constituaient le douaire de leur mère est le désir de les protéger.On a voulu non pas seulement donner au douaire la mission d'assurer à la femme une vie honorée après son veuvage,mais encore considérer cette portion du patrimoine du mari, assignée par lui a sa femme,comme séparée définitivement du reste de sa fortune et comme constituant une masse réservée exclusivelent aux enfants nés de cette femme. S'il n'y a pas d'enfants du mariage l'affectation disparaît rétroactivement.

Le premier cas ou le douaire des enfants apparaît est celui ou le mariage a été dissous par le prédécès du père. A sa mort le douaire de la mère s'est ouvert. Tant qu'a duré ce douaire,la douairière n'étant qu'usufruitière, n'a pu,par aucun de ses actes, porter atteinte à la nue propriété des ayants-cause de son mari. Et à sa mort les héritiers,dans l'espèce les enfants,ont retrouvé,par l'extinction du droit de jouissance de la mère, la pleine propriété du douaire. Les règles du droit commun en matière héréditaire suffisaient à protéger les enfants contre les actes de disposition de leur mère,sans faire appel à une notion nouvelle comme celle du douaire des enfants. Pourquoi donc a-t-elle été jugée utile ? L' attribution d'un douaire aux enfants,survivance et prolongement du douaire de la mère,eut l'avantage de mener à restreindre sur ces biens donnés en douaire le droit de disposition du père au préjudice de ses enfants. Les actes de disposition du père,en principe non opposables à la femme douée,en sont venus à ne l'être pas davantage aux enfants, au moins en ce qui touche aux actes à titre gratuit. De sorte que le douaire des enfants a fait,à leur profit, fonction de réserve.

C'est surtout dans un second cas que le concept s'en est révélé efficace. Et je crois volontiers que ce second cas a contribué plus que le premier à la diffusion du douaire des enfants . En principe, le douaire de la mère ne s'ouvre qu'au cas de prédécès du mari?Si c'est la femme qui prédécède,que deviennent les biens assignés au douaire lors du mariage ? Logiquement,ils devraient rester au mari,désormais libres de toute affectation puisque le douaire ne s'ouvre pas.Mais si l'on adopte cette solution,les enfants vont rester dépourvus de toute protection contre la dissipation possible par leur père des biens donnés en douaire. Peut-être leur père,convolant a une nouvelle union va-t-il les attribuer à son second ménage,à sa nouvelle épouse ou aux enfants du second lit en oubliant

Source : BIU Cujas

ceux du premier. Ce n'était pas ce que voulait la première femme quand elle s'est donnée à son mari. Et c'est peut-être pour parer à ce danger qu'à l'époque franque le dotalicium était souvent constitué à la femme en pleine propriété : en ce cas, la mère morte, les enfants nés d'elle étaient les seuls à recueillir ces biens dans sa succession. Quand on réduisit le douaire de la femme à un simple droit de jouissance, on s'attacha du moins à sauvegarder pour les enfants leur légitime espérance sur les biens que leur père avait affectés à l'union dont ils sont issus. Le douaire des enfants est le moyen employé pour concilier le maintien du droit de propriété du père et la légitime espérance des enfants de n'être pas frustrés des biens que leur mère tenait à leur assurer. La réglementation assez subtile de ce douaire encore assez inconsistant dans Beaumanoir, s'est raffermie par la suite.

Tout d'abord bien que le douaire des enfants soit la suite, le prolongement de celui de la mère, il a fallu admettre que le droit des enfants sur ces biens affectés s'ouvrirait toujours au décès de la mère, non seulement au cas ou le mariage se trouverait dissous par le prédécès du mari et où la mère se trouverait investie de son droit de jouissance, ce qui est notre première hypothèse; mais encore au cas ou la mariage serait dissous par le prédécès de la mère et où par conséquent la mère n'aurait joui d'aucun douaire. En ce second cas les biens constitués en douaire resteront aux mains du père jusqu'à sa mort, mais ils seront entre ses mains indisponibles au profit des enfants issus du premier mariage, pour être repris par eux à sa mort à titre de douaire. Le père ne pourra faire libéralité que des biens qu'il possédera ou acquérera en dehors de ceux qu'il avait constitués en douaire à sa première femme. Le mécanisme un peu complexe de cette dévolution dont l'application peut se poursuivre au cours d'unions successives est très bien exposé par Beaumanoir au N° 430 :"Par general coustume, la fame emporte en douaire la moitié de tout l'eritage que ses barons avait de son droit au jour qu'il l'espousa, s'il n'est ainsi que ses barons ait eu autre fame de laquele il ait enfans, car adonques n'en porte ele pour son douaire que le quart de l'eritage son baron; car li enfant de la premiere fame emportent la moitie dont leur mere fut douee....."

Si on suppose qu'un premier mariage a donné naissance à des enfants "les enfants de la première femme emportent lamoitié dont la mère fut douée."Le mariage n'a pas été dissous par le prédécès du mari, puisqu'on suppose que celui-ci se remarie, c'est-à-dire que les enfants emportent le douaire qui ne s'est jamais ouvert au profit de leur mère."....et, si li hons

Source : BIU Cujas

a eu .II. fames et enfans de chascune fame,la tierce fame n'en porte que l'uitisme ; et ainsi poués entendre de la quarte fame le seizisme. Mes combien que li barons ait eu de fames,s'il n'en a enfans,li douaires de cele qui apres vient n'en est point apeticiés car l'eritages du baron demeure en autel estat comme il estoit quand il espousa cele de qui il n'a nul enfant."

Limitation du douaire de la seconde femme à la moitié de de ce que laisse disponible le douaire de la première.

Le douaire de la seconde femme ne porte que sur la moitié des biens du mari qui restent libres, l'autre moitié,c'est-à-dire le douaire de la première femme étant affectée aux enfants de la première. Ce quart en douaire de la deuxième femme constituera le douaire des enfants du second lit. La troisième femme ne pourra dès lors avoir en douaire que le huitième et ainsi de suite. Et Beaumanoir ajoute enfin que le douaire ne s'ouvre pas au contraire quand il n'y a pas d'enfants nés du mariage. Un mariage sans enfants ne laisse pas de trace. Un mariage avec enfant donne ouverture au douaire de la mère si le père prédécède. Si c'est la femme qui prédécède il donne lieu au douaire des enfants. Celui-ci dérive sans doute du douaire de la mère,mais procède d'une conception un peu plus complexe.

Cas d'ouverture du douaire des enfants.

Le douaire des enfants peut donc s'ouvrir dans deux cas: au cas où la femme est devenue veuve et douairière et est venue à mourir, auquel cas le droit des enfants porte sur la pleine propriété des biens; d'autre part, quand le mariage a été originairement dissous par la mort de la mère,auquel cas il n'y a pas eu d de douaire de la mère,ce qui n'empêche pas que les enfants issus du mariage ont droit aux immeubles du père sur lesquels le douaire de la mère avait été constitué, mais ils n'en peuvent prendre possession qu'après la mort du père. Ce douaire des enfants,en apparence assez singulier,est cependant sorti du douaire de la mère dont il est en quelque sorte le prolongement et la conception qui lui a servi de base consiste à considérer les biens du mari comme soustraits au droit de disposition de celui-ci et comme affectés définitivement aux oeuvres du mariage : c'est-à-dire à l'usufruit de la mère et d'autre part à la nue propriété des enfants. On se rappelle que certaines institutions franques, dont est sorti le douaire,notamment la dos germanique,et le morgengabe étaient constituées en donations faites à la femme en toute propriété. Peu à peu le droit de propriété de la mère ayant paru excessif, on a fait passer sur la tête des enfants la propriété qui appartenait originairement à la mère et celle-ci n'en a gardé que la jouissance. Cette réglementation prémunissait la femme contre les difficultés de l'existence après la mort du mari et protégeait les enfants contre le

Le douaire des enfants considéré comme prolongement de celui de la mère.Les différents douaires constituent pour les enfants des patrimoines séparés dévolus distinctement de la succession paternelle.

Source : BIU Cujas

danger du second mariage de leur père. C'était un moyen de défendre les enfants du premier lit contre les risques pécuniaires d'une seconde union. Cela amenait alors à diviser le patrimoine du mari en autant de tranches qu'il y avait eu d'unions successives, pour rendre chaque tranche indépendante par rapport aux autres et chacune d'elles indisponible .

Cette conception a persisté dans la région parisienne que Beaumanoir indique au N° 602, où il fait allusion à une distinction entre le Beauvaisis et le pays de France :" Ce que nous avons dit que li enfant ne sont pas érité par nostre coustume par la reson des douaires leur meres, si comme il sont en France (Ile-de-France) et en autres païs, nous l'entendons en eritages qui sont tenu de fief, car en eritages qui sont tenu en vilenage s'acorde notre coustume a l'usage de France. "

Le douaire des enfants en Beauvaisis pour les vilenages.

En Beauvaisis ce principe même du douaire des enfants ne s'applique complétement qu'en vilenage :N°45 " Ce que nous avons dit par pluseurs resons que douaire n'hérite pas par la coustume de Beauvoisins, nous l'entendons des éritages qui sont tenus en fief ; car li eritége qui sont tenu en vilenage se partissent selonc les douaires,..... "

En Beauvaisis pour les vilenages, on applique donc la règle du douaire des enfants qui constitue pour ceux-ci un patrimoine séparé, dévolu aux enfants distinctement du reste de la succession paternelle. Il ne reste alors dans la succession du père comme biens libres ce qui n'est pas absorbé par les douaires successifs : la moitié s'il y a eu un mariage, un quart s'il y en a eu deux, I/8 s'il y en a eu trois. Le père n'a la faculté que de disposer de ce résidu. Cette indisponibilité aussi étendue du patrimoine paternel n'était pas sans inconvénient.

Inconvénient de l'indisponibilité dont le douaire frappe le patrimoine paternel. Tendance à faire rester le douaire des enfants dans les successions paternelle.

Au temps ou le commerce juridique était réduit, où l'aliénation des immeubles n'avait lieu que rarement qu'en cas de nécessité jurée, de pauvreté jurée la restriction était encore tolérable. Lorsqu'avec le retour de la prospérité la fréquence des échanges s'accrut, on montra plus d'impatience vis à vis de cette réglementation et une tendance sensible se manifesta à restreindre la portée du douaire et la protection accordée aux enfants, à restituer au père sur ses propres un plein droit de disposition à confondre dans une même unité patrimoniale tous ces douaires successifs qu'on avait jusque là considérés comme des institutions distinctes. Cette tendance en opposition avec le développement du douaire apparait dès le XIII° siècle C'en est une marque que la restriction que Beaumanoir indique pour l'hypothèse du fief. Beaumanoir, en effet, quand la fortune du père est composée de fiefs estime

Source : BIU Cujas

Explication différente du douaire des enfants en ce qui concerne le fief.

Le douaire n'a-hérite pas.

qu'il y a lieu de traiter tout différemment la question du douaire des enfants. Il indique sur ce point deux règles qu'il y a lieu de retenir et d'expliquer. La première règle c'est que le "douaire n'ahérite pas" - le douaire n'est pas considéré comme une succession ordinaire, comme formant quelque chose de distinct et d'indépendant dans le patrimoine du père . N° 450 : Enco e vi je fere un jugement par lequel il apert que li oir ne sont pa érité par la reson des douaires leur meres....."

Hypothèse : Beaumanoir suppose deux mariages du premier est né un fils et du second un fils et une fille. Dans l'espèce les deux mères sont mortes et le père est mort aussi . La succession du père à sa mort s'est partagée " selon la coutume du pays " mais ce n'est pas cela dont il nous parle. Il s'en tient à cette formule sans dire quelle est exactement sur ce point la coutume du pays.

Mais dans la seconde union d'où il y a eu un fils et une fille, après le réglement de la succession paternelle, le fils de la seconde femme est mort. A qui la succession de ce fils de la seconde union va-t-elle être dévolue ? Il y a d'abord sa soeur germaine issue du second mariage qui la réclame entière, parce que la succession de son frère a été constituée par la part qu'il a recueillie dans le douaire de leur mère commune. Il a pris dans la succession du père la moitié du douaire attribué à la mère. Cette moitié de douaire constitue la succession du fils du second mariage; à cette succession dit-elle, il n'y a pas d'autre héritier possible que la soeur, puisque seule elle avait avec son frère droit au douaire. Si son frère n'eût pas existé, le douaire tout entier de la seconde femme lui eût été attribué, par la mort de son frère il doit lui revenir. Telle est la prétention de la soeur.

Mais le frère du premier lit, le frère consanguin du prédécédé, élève une prétention contraire : le douaire recueilli par son demi-frère était bien à lui la chose n'est pas douteuse ; mais, dit-il, le douaire n'a hérite pas, c'est-à-dire ne constitue pas un héritage distinct et autonome. C'est tout simplement un bien venu au frère consanguin de son père, sans qu'il y ait lieu de le considérer autrement que comme un propre paternel. Or, le frère consanguin, parent paternel, est tout aussi directement appelé à venir à la succession que sa soeur germaine; la question du douaire ne se pose plus ici, c'est une simple question de répartition du patrimoine du père. Pour régler cette

Source : BIU Cujas

répartition, il y a un principe presque unanimenent accepté : dans une succession collatérale,à égalité de degré,les mâles l'emportent sur les femmes ; le frère consanguin est à égalité de degré avec la soeur germaine donc il doit la primer et c'est à lui,bien que demi-frèr que doit aller toute la succession provenant de l'enfant issu du second mariage. On voit donc s'opposer nettement la conception qui veut que le douaire apparaisse comme un patrimoine distinct,transmis plutôt par la mère que par le père et l' autre conception qui confond les biens affectés au douaire dans la succession paternelle . Beaumanoir ajoute qu'il fut jugé que l'hoir mâle,c'est-à-dire l'enfant du premier lit emporterait la dite succession et que la soeur n'en aurait rien " et par ce apert il que douaires n'ahérite pas selonc la coustume de la conteé." Mais il s'agit ici de fiefs.

Voilà un premier exemple de la règle que le " douaire n'ahérite pas " et un premier exemple de la confusion du douaire dans la succession paternelle.

Beaumanoir donne un autre exemple analogue au N° 434 où il fait jouer exactement le même principe.

Il s'agit ici de trois mariages successifs. Les deux premiers lits n'ont donné naissance qu'a des filles . Du troisième lit sont issus une fille et un garçon. Le père est venu à mourir. Il s'agit de répartir sa succession. Les filles réclament qu'on leur applique le principe du douaire,c'est-àdire réclament chacune le douaire attribué à leur mère au moment du mariage. Les enfants du troisième lit au contraire, prétendent que les divers douaires,après la mort du père,ne constituent pas des héritages distincts, mais sont tous confondus dans une seule masse, la succession du père,et qu'ils doivent se partager selon la règle de la dévolution héréditaire. Or, celle-ci comporte une régle qui n'est plus,comme tout à l'heure, le privilège de masculinité, mais le droit d'aînesse,qui en ligne descendante fonctionne à peu près partout.

La prétention du garçon du troisième lit,seul fils issu des trois mariages est qu'il peut exercer sur tous les biens du père un droit d'aînesse parce qu'il est l'aîné et même le seul mâle de tous les enfants. C'est à lui que devront aller les 2/3 des biens ,le chef manoir,l'hommage de tous les vassaux. N° 434 . L'affaire fut plaidée et " Il fut jugié que l'oirs masles de la fame derraine en porteroit l'ainsneece, ,c'est assavoir les II. pars des fiés et le chief manoir et l'homage de ses sereurs de la tierce partie ." C'est le même raisonnement et ce sont les mêmes principes et mêmes conceptions que l'on a appliqués ici.

Cette solution est plus dissolvante du douaire que la précédente. Elle laisse supposer qu'on ne permet

Source : BIU Cujas

au douaire de jouer son rôle protecteur des enfants des lits successifs qu'à l'encontre des actes volontaires de disposition du père et non pas vis-à-vis des règles légales de dévolution. Plus tard on concilia les deux points de vue opposés en accordant aux enfants des premiers lits la faculté de s'en tenir à leur douaire sous la condition de renoncer à la succession de leur père commun.

Voilà ce qu'entend Beaumanoir quand il dit que le douaire n'hérite pas. Cette règle aboutit à enlever au douaire sa portée à l'égard des enfants des lits successifs en matière de fiefs.

Beaumanoir ajoute une seconde règle applicable en cas de fief.

Maintien du droit de disposition du père en face du douaire de ses enfants

Le père vis-à-vis des douaires des enfants conserve la faculté d'aliéner ses biens. C'est dans ce cas d'aliénation que le douaire apparaissait comme un peu lourd à cette époque et c'est sur ce point que Beaumanoir fait fléchir la règle ancienne N° 432 :"Si le douaire de la femme empêche bien le mari d'aliéner pendant la vie de celle-ci et vis-à-vis d'elle les biens affectés à son douaire, à l'inverse l'aliénation faite par le père est opposable aux enfants quand la mère est morte ..... " Se uns hons, par nostre coustume, a une fame de laquele il ait enfans et la mere muert, li hons ne lera pas pour ses enfans, s'il li plest a vendre son eritage, tout soi ce que la mere as enfans fust douée de la moitié..... "

L'homme ne frustrera pas ses enfants, s'il lui plait de vendre son héritage, bien que la mère fut douée de la moitié "..... car douaire par nostre coustume, n'aherite mie enfans en manière que li perres ne puist fere sa volenté de son eritage puis la mort de sa fame. "

Voilà la seconde règle et le N° qui suit, N° 433, ajoute que cette aliénation faite durant la vie de la mère et qui est impossible à celle-ci durant sa vie, devient valable sitôt qu'elle est morte. " S'il aviens qu'uns hons vende son eritage au tans de sa fame et la fame ne veut renoncier a son douaire, li hons puet garantir le marchié au vivant de li maugré sa fame. Et se la fame muert avant l'homme, il le garantist tous jours et si li hons muert avant, la fame en porte son douaire, mes si tost comme ele va morte, l'eritages reva a celi qui l'acheta, tout soit ce qu'de ait enfans de celi qui le vendi. Et par ce apert il bien que li enfant ne sont pas érité par le reson du douaire leur meres selonc nostre coustume ." A supposer même qu' elle ait des enfants du père qui l'a vendu, c'est-à-dire à supposer même que le douaire des enfants a existé.

Beaumanoir ne paraît même pas ici n'appliquer

Source : BIU Cujas

cette règle qu'au cas de fief seulement :sa formule est générale. Mais comme au N° 452 il indique que la règle que le douaire n'hérite pas est spéciale au fief,il est plus conforme a une saine interprétation de s'en tenir à cela.

Ces exemples montrent combien Beaumanoir,enclin d'ordinaire a une doctrine franche et tranchée,hésite à donner au douaire sa pleine portée d'indisponibilité Sa fins sensibilité juridique n'est pas sans y résister.

Les résistances contre le douaire.

D'autres résistances ont encore apparu contre notre institution qu'il nous faut examiner pour mieux pénétrer l'histpire du douaire.

Le but et l'inspiration du douaire au XII° et XIII° siécles

Le douaire,quand on le regarde dans son histoire,est une institution tout à fait caractéristique de notre ancien droit et une de celles ou apparaît avec le plus de force le sentiment de pitié pour la faiblesse de la femme et d'humanité qui a toujours gouverné notre droit français. C'est par lui,le douaire et la dot se confondant ensemble,que l'Eglise s'est efforcée de relever chez nous la condition de la femme. Nos anciens auteurs ont bien compris le rôle qui lui était réservé et ils en ont parfois donné des expressions véritablement touchantes. Beaumanoir quand il commence à parler du douaire indique pourquoi il en vient à son étude "... il est mestiers que leur fames qui demeurent esbahies et desconfortees,soient gardees que force ne leur soit fete en ce qu'les ont aquis par la reson du mariage après le décès de leurs maris..."

Nous sommes en effet,à une époque ou la force brutale est encore grande et où il convient de porter secours à la faiblesse . Cela a été une des grandes directives de tout le mouvement religieux à cette époque. On a compris la dureté de la tâche que la nature même impose à la femme. Ainsi le Livre de Jostice et de Plet Ed . Rapetti p.2I9(Documents inédits de l'Histoire de France),emploie pour le dire les expressions les plus significatives : " Il appartient au juige que les femes aient lor douaire sauf par maintes resons :" par ce qu'ele est povre porvéance de sa vie." C'est le premier motif,en voici un second :"por ce qu'ele est serve au seignor."

Le Très Ancien Coutumier de Bretagne qui,lui aussi, est plein de pitié,dit que la femme dans cette société doit servir jusqu'à la mort."

Enfin troisième cause dans le Livre de Jostice et Plet " et por ce qu'ele a dolor d'enfantement plus que sire n'a."

C'est tout cela qui aux yeux de nos anciens auteurs,justifie l'institution du douaire et ceci suffit à expliquer l'esprit de pitié dont est imprégnée l'institution.

Source : BIU Cujas

Le besoin de secourir la femme est d'autant plus naturel que par ailleurs elle supporte certaines infirmités juridiques. Elle ne succède pas aux immeubles elle ne reçoit pas une demeure et est bien forcée de rester dans celle de son mari ou de ses proches. On lui conteste parfois la capacite de s'obliger.

Telle devait être la situation vers le XII° et XIII° siècles. Elle était encore plus troublante aux siècles antérieurs.

Résistance contre le douaire

Et pourtant le douaire n'a pas été sans rencontrer de bonne heure quelque résistance.

La rudesse de certaines provinces. Le douaire en Normandie Impossibilité pour la femme de refuser son autorisation à son aliénation.

Tout d'abord, il y eut bien quelques provinces où se manifesta une réelle répugnance innée à accepter le relèvement de la femme de sa subordination. Ainsi en Normandie et dans la région occidentale de France. La Normandie à jusqu'à la fin maintenu à la femme une situation beaucoup plus subordonnée. Dans tout notre ancien droit, on a cherché à fonder la condition de la femme et en très grande partie les devoirs d'assistance du mari sur la parole sacrée : Erunt duo in carne una." Dans l'ensemble de la France cette maxime a poussé à une fusion non seulement de la vie matérielle des deux époux, mais de leurs intérêts pécuniaires, à la mise en commun de leurs ressources pour ne faire qu'un seul patrimoine, comme ils ne faisaient qu'une seule chair; à l'usage égal de ces ressources par chacun d'eux. En Normandie, en Angleterre, on a interprété cette même maxime comme consacrant l'absortion complète de la femme par le mari: il n'y a plus qu'une seule chair, mais c'est celle du mari ; la femme est vis-à-vis de lui dans un état de subordination sans réserve ; elle a confondu sa personnalité dans celle de son mari. Dans les provinces comme la Normandie, où règne cet état d'esprit, il n'est pas étonnant qu'on ait résisté au douaire. On n'a pas osé le rejeter, mais au lieu de donner à la femme un douaire de moitié, on l'a réduit au tiers. On a même permis d'en diminuer sans limite le montant. Le douaire conventionnel ne pouvait pas élever la part de la femme au-dessus de cette quotité du tiers, le mari ne pouvait que la diminuer.

Les coutumes de cette région sont même encore allées plus loin. Ce douaire du tiers, le mari est bien obligé de le supporter et on reconnaît bien qu'il empêche le mari d'aliéner sans la volonté de sa femme les biens qui font partie du douaire; mais avec le consentement de la femme, il peut le faire. Et s'il désire ce consentement la femme doit le lui donner, car la femme doit obéir au mari. T.A.C. de Normandie Ch. 4 N° 2. En Angleterre, Glanville dans VI. N° 3 supposant que le mari a aliéné un des propres sur lequel porte le douaire de sa femme sans l'autorisation et même contre

Source : BIU Cujas

la volonté de celle-ci, refuse même à la femme la possibilité de faire révoquer cette aliénation, pourvu seulement qu'elle ait été consultée, parce que la femme ne doit pas contredire son mari.

Influence des formules de concession de fiefs.

Ce n'est pas seulement du fait du tempérament de la race que sont venues ces résistances à l'épanouissement du douaire. Il semble bien, que au début au moins le régime féodal lui ait été hostile. Le fief ne peut en principe tomber qu'aux mains de celui qui tire sa vocation héréditaire de la concession. Or, le fief était concédé par le suzerain au chevalier qui en devait faire le service personnel, parfois aussi à ses hoirs issus de sa femme épousée. Mais il n'était pas originairement concédé à sa femme et ce n'était qu'une convention étrangère au suzerain qui lui attribuait un douaire . Rien obligeait celui-ci à en tenir compte, d'autant plus qu'a priori la femme était plus apte au service du fief? C'est ce raisonnement que déduisent les Etablissements de Saint-Louis: L.I. Ch. II7 " De don de roi à lui et à son hoir né de loial mariage ..... Et se sa mere demandast douaire et il respondist :" dame, vos n'an devez point avoir, car se mes peres fust morz sanz oir, vos n'en aüssiez point ainçois demorast au roi quite ; car li rois ne le dona fors à lui et à son oir qui istroit de li et de sa fame espousée. Et por ce, se je fusse morz, vos n'aüssiez point de douaire o le roi. Et einsi puet l'en entendre que fame n'a point de douaire en tiex dons, qui que les face ou rois, ou cuens ou autres hom. I. ch. II7. tome II. p. 2II.

La première attitude des barbares féodaux a donc consisté à refuser l'application du douaire. Pourtant le douaire l'emporta assez vite et tout simplement en élargissant le formule de concession. On fit la concession au mari et en même temps à sa femme : Sire je vous doing ceste damoisele et tant de ma terre, à vos deus et à vos oirs qui de vos deus istront ".

(Etablissements de St Louis Titre II9)

Affaiblissement de la résistance féodale. Reconnaissance du Douaire sur les fiefs; saisine de la femme.

Ainsi malgré cette résistance, le douaire fut accepté même en matière de fief et on alla même, tant le douaire paru favorable, jusqu'à accorder à la douairière la saisine de son douaire, c'est-à-dire qu'il n'était pas nécessaire pour que la femme prit possession de son douaire qu'elle le réclamât à l'héritier. Elle avait le droit de le prendre elle-même, parce qu'elle était saisie et on décide même que quand la femme prend son douaire elle n'est pas plus astreinte aux profits du fief que les héritiers en ligne directe. En ligne collatérale, la mutation de fief donne lieu au profit de rachat ou de relif en faveur du suzerain. On ne le payait pas au contraire en ligne directe .

Source : BIU Cujas

Le douaire de la femme a profité des mêmes avantages, parce que la femme avait la saisine.

Bouteiller au XIV° siècle dans sa Somme Rural signale cette conséquence (L. I.T.97), et il réserve même le nom de douaire à l'avantage que la femme tire quand ce douaire porte sur un fief. Quand les propres du mari sont des rotures, on parle de droit de viage. L.I.T. 98 .

Par conséquent la résistance provenant du droit féodal ne dura pas longtemps. Elle fut vite amortie.

Résistance de la famille du mari.

La résistance provient aussi parfois, en dehors de ce que nous venons de montrer de la famille qui supportait assez mal cette indisponibilité ainsi que le fait de voir passer un de ses propres entre les mains d'une femme qui n'était pas du lignage.

L'assignamentum et la constitu-tion du douaire en rentes et en argent.

Cette résistance de la famille du mari se traduisit par différents usages, par exemple par l'assignamentum dont j'ai déjà parlé. Bouteiller Ch. 97 in fine et enst par le recours à d'autres procédés.

Le douaire était originairement constitué en terres. On en vint à le constituer en rentes foncières et même on admit qu'il pouvait exister en rentes constituées. On alla même plus loin et on accepta le douaire en argent. Cela se produisit à une époque où pour les mêmes raisons en mariant sa fille on lui donnait une dot en argent, plutôt qu'un droit sur les immeubles de sa famille.

L'opération se poursuivait de la manière suivante : d'un côté la femme recevait une dot en argent. Le mari constituait de son côté à sa femme un douaire en deniers. Le tout était confondu et assigné sur des immeubles propres ou acquêts du mari. C'était une sorte d'hypothèque qui grevait ainsi certains biens du mari, au profit d'un véritable patrimoine conjugal. Parfois on laissait aux juges la mission d'asseoir le tout. (Douaire assis par autorité de justice. Parlement de Paris. Boutaric, arrêt de I260 I.p.38 - Arrêt de I268 I. p. II2. id. I283 I. p.236.

Cette assignation de la dot a pris dans certaines provinces un grand développement. (Cf. au XVI° siècle Chassaneus sur la Coutume de Bourgogne " Des drois appartenans aux gens mariés . Rub. III § 22 et suiv. Guy Coquille, XVI° siècle, qui habitait le ressort de la Coutume de Nevers. Questions sur les Coutumes , Q. II2. et Q. II3.)

De même c'est à partir du XIII° siècle que se sont développées par résistance au douaire, les renonciations de la femme au douaire.

Quant au mari le douaire pouvait géner sa liberté d'engagement, d'aliénation, le douaire grevant ces biens d'une sorte d'hypothèque. Les résistances

Source : BIU Cujas

du monde féodal se sont amorties très vite. Dès qu'on en vint à admettre la patrimonialité du fief on accepta qu'il pût être grevé du douaire. Quant à la gêne imposée au mari ou à sa famille, elle fut atténuée par la pratique de l'assignamentum. En même temps on écarta dans chaque conjoncture particulière les effets jugés fâcheux du douaire par la pratique de la renonciation de la femme à son douaire. Elle est signalée dès le XIII° siècle par Beaumanoir N° 433. Cf. Etab. de St Louis I. ch. I73. Cette renonciation de la femme au douaire qui écarte l'application du droit commun, se présente sous une double forme. D'abord, il peut y avoir renonciation générale à tout droit de douaire. On la rencontre d'abord insérée dans le contrat de mariage et dans ce cas il n'y a aucune difficulté pour la valider, puisque le douaire pouvait au gré du mari être modifié dans sa consistance ou son assiette, réduit ou augmenté par la convention, sans qu'aucune limite fût assignée à ces changements. Réduire indéfiniment le douaire, cela mène à le supprimer tout à fait et il semble qu'il n'y ait eu aucun obstacle à cette suppression. La règle a duré jusqu'à la fin de l'Ancien Droit et est indiquée par Pothier (du Douaire P.I.N°2) qui valide la renonciation au douaire dans le contrat de mariage, à condition que la formule employée soit expresse, et sans ambiguité, sinon on appliquerait le douaire coutumier. (En ce sens arrêt de la Grand'Chambre 2 mars I648. Laurière. Cout. de Paris sur l'art. 247 C.P.) Pourtant, si on accepta le principe, on discuta longtemps sur l'effet précis de cette renonciation. Celle-ci ne peut être faite que par la femme et on se demandait si elle avait capacité, pour renoncer non seulement au douaire qui lui devait être attribué, mais encore à celui qui devait revenir à ses enfants. Longtemps on semble avoir incliné à maintenir le douaire des enfants malgré la renonciation de la femme. Toutefois, au début du XVII° siècle, un arrêt du Parlement de Paris de Janvier I606 décida que la renonciation de la femme à son douaire dans le contrat de mariage ferait aussi disparaître le douaire des enfants (Laurière sous 247 Paris).

La pratique de la renonciation de la femme à son douaire. Sa double forme.

Renonciation dans le contrat de mariage Sa répercussion sur le douaire des enfants.

Une autre renonciation est celle qui se place pendant la durée du mariage. En supposant que le Contrat de mariage ait constitué à la femme un douaire, on pouvait se demander si elle ne pouvait pas y renoncer et d'une façon générale et pour toute la durée du mariage. Ces renonciations générales postérieures au contrat de mariage ne paraissent pas avoir été très pratiquées, (Cf. Pothier, du Douaire P.I. Ch. II. a 5. Max. 7.) Aussi bien la validité des renonciations générales fut parfois contestée. Mais ce qui était de beaucoup plus fréquent, c'est la renonciation de la femme à son douaire

Renonciation au cours du mariage tuut au moins pour un héritage déterminé.

Source : BIU Cujas

intervenant à l'occasion de l'aliénation que le mari voulait faire d'un de ses immeubles. L'acquéreur exigeait du mari que la femme renonçât à son douaire sur ce bien. C'est une hypothèse de ce genre que mentionne le N° 433 de Beaumanoir. Le jurisconsulte se borne du reste à signaler le cas. Au contraire on rencontre dans les Etablissements de St Louis des indications plus complètes L.I.Ch. I73 Ed. Viollet II. p. I39. "Se aucuns hom vandoit sa terre,fust gentis hom ou costumiers, sa fame,emprès sa mort,auroit son douaire es choses qu'il auroit vandues."

Si le mari vend son bien sans que sa femme y intervienne, le droit de douaire survit malgré la vente et après la dissolution du mariage la femme pourra faire revenir le bien entre ses mains.Après quoi a la mort de la femme l'acquéreur pourra reprendre le bien: Et après la mort à la fame si tornerait à celui qui l'avroit achetée. Et se il qui l'avroit achetée disoit: "je ne l'achéterai pas de vos,se vos ne faites jurer à vostre fame sor sainz que jamais riens n'i demandera,ne por douaire,ne por autre chose; et viau que vos li en faciez en I autre leu eschange por son douaire; et,par dessus ce,je vueil avoir letres de l'official l'evesque ou de l'arcepreste; et s'ele l'avoit einsinques juré de se bone volenté sanz force,et en aüst aü eschange; et cil aüst aü letres dou don qui l'avoit achetée,ele n'i povrait puis riens demander."

Les Etablissements de St Louis reconnaissent donc la validité de la renonciation de la femme a son douaire sur un bien déterminé du mari. Mais on exigera de la femme, I° un serment sur les saints, puis 2° que le mari donne à la femme un autre bien en échange. Il y a une sorte de subrogation réelle opérée par le mari. Enfin,il faut une lettre de l'Official de l'Evêque ou de l'archiprêtre.

Cette idée de faire renoncer la femme au cours du mariage à son douaire,sur un bien déterminé se répandit, on la retrouve appliquée au cours du XIV° siècle. Ainsi Bouteiller exige lui aussi un serment et une récompense,(c'est-à-dire l'indication d'un autre bien sur lequel le douaire puisse se fixer. Somme Rural I.T. 98 :Comment dame ou damoiselle peut faire qu'elle n'a nul droit de douaire.)Dans l'esprit de Bouteiller la renonciation doit être possible aussi bien pour le droit qui appartient à la femme roturière qu'a la femme noble

Liaison de la renonciation

Le passage en question est situé sous une rubrique où il est question du droit "de vivelotte" douaire qui appartient à la femme roturière.

Si j'insiste sur ces renonciations au douaire

Source : BIU Cujas

au douaire à la renonciation au Velléien.

c'est qu'elles se rattachent à beaucoup d'autres qui ont constitué depuis le XIII°Siècle un effort considérable de la pratique pour soustraire la femme aux nombreuses mesures de protection que la législation romaine avait édictées à son profit. La renaissance des études du droit romain a réveillé la législation de Justinien et suscité chez les femmes coutumières, habituées à plus d'indépendance juridique, une réaction assez rapide. Il y avait alors la protection résultant du S.C. Velléien qui déclarait la femme incapable de s'obliger pour son mari. Il y eut des renonciations au S.C. Velléien.

Il y eut de même des renonciations à la Loi Julia qui interdisait l'aliénation de la dot par le mari sans le consentement de la femme. Il y eut aussi des renonciations à toutes les mesures de protection de la dot, au jus hypothecarum qui garantissait à la femme par une hypothèque générale sur les biens du mari la restitution de sa dot. Dans les formulaires la renonciation au douaire accompagne d'ordinaire les précédentes. (Bouteiller Loc. Cit. I.98)ne considère même comme irrévocablement efficace la renonciation de la femme au douaire, que si elle a été accompagnée d'une renonciation au S.C. Velléien. S'il n'y avait pas eu en même temps renonciation au S.C.Velléien, il suffisait pour que la renonciation au douaire fût déclarée nulle que la femme alléguât avoir renoncé "par peur de son mari." Cette exigence d'une renonciation au S.C. Velléien accompagnant la renonciation au douaire se justifie assez aisément. La renonciation au douaire procure un grand avantage au mari en libérant son immeuble de la charge qui le grevait. Lui procurant un grand avantage sans contre-partie fournie par lui, elle risquait d'être considérée comme une intercessis prohibée de la femme en faveur du mari et de tember sous le coup du S. C. Velléien. C'est pour cette raison probablement, que Bouteiller exige pour sa validité qu'on ait renoncé en même temps au bénéfice de la prohibition velléienne.

La renonciation au douaire fut bien loin en pratique d'avoir la même importance que la renonciation au Velléien à la Loi Julia ou au Jus Hypothecarum. Il ne faut pas s'en étonner, parce que le douaire auquel il s'agissait d'obtenir la renonciation par la femme était une institution essentiellement coutumière et dont on ne redoutait pas à priori l'application, tandis que toutes les protections inventées par la législation romaine n'étaient en rien d'accord avec la mentalité coutumière habituelle. Cette population qui n'avait pas l'habitude de protéger ainsi la femme, fait tous ses efforts pour écarter les institutions romaines, tandis que personne ne considérait le douaire comme une charge CONTRAIRE AUX TENDANCES NATIONALES. Il était plutôt conforme à la conscience populaire. Cette renonciation au douaire avait souvent un effet limité: elle libérait l'immeuble du

Source : BIU Cujas

douaire de la femme et non pas du douaire des enfants, toujours par application de cette idée qu'il ne peut dépendre de la femme d'aliéner un droit qui ne lui appartenait pas, de renoncer à ce qui devait revenir à ses enfants (Pothier, du Douaire 87).

Survivance du douaire à la vague romaniste des XIV° et XV° siècles.

En réalité tous ces procédés n'ont pas été de nature à ébranler sérieusement la pratique du douaire chez nous. Le douaire y a résisté. Il survécut à la vague romaniste du XIV° et du XV° siècle, comme aussi à la réaction qu'elle engendra d'autant plus aisément qu'on trouvait pour lui dans la législation romaine un véritable point d'appui; comme un précurseur dans la donatio propter nuptias. Quant à la gêne économique que le douaire a bien pu provoquer en rendant les biens du mari inaliénables, elle n'a pas non plus beaucoup nui au douaire pour une double raison. La misère des XIV° et XV° siècles a souvent provoqué par crainte de la ruine des mesures destinées à maintenir les biens fonds dans la famille à rendre leur aliénation plus difficile qu'au XIII° siècle. Cet état d'esprit défavorable à l'aliénation se trouve tout naturellement en harmonie avec la protection qui résulte de l'indisponibilité du douaire. On était plutôt désireux, dans l'intérêt de la stabilité de la famille de rendre cette aliénation plus difficile encore.

A l'inverse, dans le cas où on se trouvait en présence de gens des villes, lorsque les habitudes urbaines notamment vers le XV° siècle ont incliné les populations des villes à réclamer plus d'aisance dans la circulation de la richesse plus d'indépendance pour le mari au sujet de la disposition de ses propres, on est arrivé facilement à écarter les inconvénients qui résultaient du douaire primitif en constituant le douaire autrement qu'en immeubles, par exemple en deniers ou en rentes, accompagnées parfois de la renonciation au douaire portant sur les immeubles. (Sent. Civil. du Châtelet de Paris. Ol. Martin N° I26 (I402) N° I72 (I396) N° I73 (I395) N° I54, N° I55, N° I76 (I399, I400, I407.)

Toujours est-il que le douaire continua à se développer même pendant ces siècles du XIV° et XV°, où beaucoup d'institutions anciennes ont été particulièrement altérées.

Quand on arrive à la rédaction des coutumes, le douaire apparaît comme n'ayant pas été sensiblement modifié, comme on peut s'en rendre compte dans la Coutume de Paris.

Le douaire postérieurement à la rédaction des Coutumes

Le douaire dans la Coutume de Paris.

La coutume réformée de Paris (I580) contient un titre consacré au douaire, le Titre XI. La coutume de

Source : BIU Cujas

I5IO en contenait déjà un,mais mal placé: au milieu des successions, tandis qu'en I580 on lui a restitué sa place logique. Ce titre contient I8 articles,247-264, dans lesquels le texte parle du douaire de la femme et de celui des enfants. Sur le douaire de la femme il y a IO articles et 7 sur celui des enfants (247 à 262).

Large application du douaire

Le douaire de la femme.

Le douaire de la femme existe au profit de toute femme mariée,quelque soit sa condition, qu'elle soit noble ou roturière. On accorde dans la région parisienne le douaire même aux femmes étrangères pourvu qu'elles se soient mariées a Paris. On s'appuie pour le décider sur la règle de Droit International privé: Locus regit actum,Pour arriver à appliquer dans ce cas la règle régis actum,il faut déjà envisager le douaire sous un aspect juridique particulier. Cette règle en effet, ne gouverne pas en principe le droit des personnes,mais celui des conventions: si on l'applique au douaire,c'est donc que le douaire est considéré avant tout comme une convention. C'est un octroi contractuel fait à la femme de certains avantages qui résultent de la volonté du mari. Soit de sa volonté expresse dans le douaire conventionnel,soit de sa volonté tacite,de l'interprétation de sa volonté,quand,à défaut de douaire conventionnel,la loi établit un douaire coutumier. Celui-ci est considéré comme dérivant toujours de la volonté du mari et comme ayant son point d'attache dans cette volonté. (Pothier Douaire I.Partie Ch. I. a 3. Remusson traité sur le douaire) donnait déjà cette solution.

La nature conventionnelle expresse ou tacite du douaire

Ainsi donc à Paris toute femme à un douaire. Peu importe qu'elle ait ou non apporté à son mari une dot. Ce trait pourtant ne se rencontre pas dans toutes les coutumes. Certaines feront dépendre le douaire de la dot et ce rapprochent par là de la conception romaine de la donatio propter nuptias qui doit être en principe équivalente de la dot.

Variété dans la coutume quant à la concession du douaire.

Cette généralité de l'application du douaire n'est pas unanimement acceptée en France. Dans certaines provinces, le douaire ne s'applique qu'aux femmes nobles,par ex. la Saintonge. Dans d'autres coutumes comme l'Anjou,le Maine,on accorde le douaire à toutes les roturières, mais on ne l'accorde aux femmes nobles que quand elles n'ont rien reçu de leur lignage,car le douaire est destiné à assurer la vie de la femme. Il y a des coutumes encore qui établissent des règles différentes suivant qu'il s'agit de femmes nobles ou de femmes roturières. Enfin,il subsiste encore des coutumes qui se sont maintenues à l'état primitif de notre droit et ne reconnaissent aucun douaire coutumier. Elles n'acceptent que le douaire conventionnel constitué au contrat de mariage.(Manche,La Rochelle,Cambrai,Issoudun etc

Source : BIU Cujas

Consistance du douaire

A Paris le douaire est de moitié des héritages que le mari tient ou possède au jour des fiançailles." "Douaire coustumier est de la moitié des héritages que le mary tient et possède au jour des espousailles,et benediction nuptiale.Et de la moitié des héritages qui depuis la consommation du dit mariage,et pendant iceluy eschéent et adviennent en ligne directe au dit mary." (Art. 248.)

Cette règle est considérée comme de droit commun coutumier,c'est-à-dire est applicable dans les coutumes muettes. En réalité,c'est la même quotité et la même assiette qu'auparavant dans Baumanoir,seulement l'organisation technique de l'institution a progressé. Ainsi deux points ont soulevé d'assez grandes difficultés dans notre doctrine. Le texte parle de "biens échus au mari en ligne directe." Que faut-il entendre par là?

Discussion sur la détermination des biens sur lesquels porte le douaire. Gérent-ils les bienvenus d'un descendant ?

On y comprend nécessairement les biens venant de la succession des parents,qui proviennent de la ligne directe ascendante (père,mère,grands-parents). Mais les biens peuvent venir en ligne directe non seulement aux enfants de leurs parents,peuvent provenir aussi aux parents de leurs enfants. Les biens peuvent,en effet,remonter. Ainsi un grand-père donne un bien à son petit-fils? Le petit-fils meurt sans enfants et laisse comme héritier son père; le père va succéder aux biens de son enfant c'est-à-dire qui proviennent de la ligne directe descendante. Le douaire de la femme doit-il porter sur ces biens ? Doit-on considérer la formule de la loi assez générale pour cela ? Les termes de l'art. 248 sont ambigus. On a décidé que le douaire de la femme ne grèverait que les biens provenus des ascendants. C'est la solution expresse de l'art. 2I8 de la N.C. d'Orléans, qu'on a considéré comme de droit commun coutumier.(Arrêts du 24 Janvier I578 et du 3I Juillet I575). Pour refuser à la mère l'exercice du douaire on fait valoir que ni le père ni la mère n'ont songé,quand ils ont constitué le douaire,aux biens qui pourraient leur revenir de leurs enfants, car c'est là quelque chose de tout à fait inaccoutumé. Voilà un premier cas qui a été discuté abondamment.

et ceux grevés de substitution

Un autre point a donné lieu à controverse. On s'est demandé si le douaire doit grever tous les biens échus au mari de la ligne directe ascendante même quand ces biens ne lui adviennent que,à charge de substitution, c'est-à-dire qu'à condition que le mari les transmette lui-même à ses descendants ? La substitution crée une indisponibilité des biens et empêche celui qui en est le soutien actuel de les considérer comme pouvant faire l'objet d'une disposition de sa part. Si le mari ne peut disposer du bien, peut-il constituer sur ce bien un droit de douaire qui équivaut à une sorte de disposition

Source : BIU Cujas

de la jouissance ? On l'a discuté et on a fini par s'accorder sur cette solution que le douaire porterait même sur les biens ainsi reçus par le mari et grevés de substitution. On a été amené à cette solution par étapes. On a donné d'abord cette solution quand l'auteur de la disposition était le père ou l'ascendant du mari. On a dit que la substitution est destinée à maintenir le patrimoine dans la famille, à assurer la transmission des biens aux descendants afin de faciliter la continuation de la famille de génération en génération. Or, la condition essentielle pour que la persistance de cette famille soit assurée et que la transmission des biens puisse s'opérer, c'est qu'il y ait d'abord des enfants. Toutes les mesures poussant à la procréation d'enfants légitimes rentrent donc dans le but de la substitution puisqu'elles assurent la survivance de la famille. Tel est le cas du douaire destiné à rendre plus facile le mariage et à rendre ainsi plus certaine la procréation des enfants. Loin d'être en opposition avec la substitution, le douaire s'accorde donc avec elle. Il ne faut pas que la substitution puisse empêcher le douaire, puisqu'elle risquerait en même temps d'empêcher le mariage et d'aller à l'encontre du but qu'elle même poursuit.

La controverse eut un grand retentissement et prit fin quand on eut admis à titre de transaction que le douaire ne porterait sur les biens substitués que subsidiairement, faute d'autres biens suffisants à le soutenir. (Renusson Douaire Ch. III.22-48.)

On a commencé par n'accorder le douaire que dans le cas de substitution faite par un ascendant au profit de ses descendants, puis on l'étendit au cas où la substitution faite par un autre que par un ascendant était de telle nature que les appelés seraient les enfants de ceux qui prétendaient à l'exercice du douaire.

Quand on eut discuté pendant tout le XVII° et une partie du XVIII° siècle, l'Ordennance de I747 sur la substitution Iére partie art. 53. finit par sanctionner la solution que je viens d'indiquer.

Voilà dans quelle mesure les biens venant au mari sont grevés du douaire. L'art. 248 de la Coutume de Paris employait pour désigner les immeubles du mari grevés de douaire le terme "d'héritages". Or, ce mot ne comprend dans son sens normal que les immeubles réels, les immeubles par nature. L'art. 248 avait copié sur l'ancien art. I36 qui employait le même terme. L'interprétation a pourtant élargi ce sens originairement restreint en se servant de la remarque suivante. L'art. 253 a été ajouté en I580 et dans son contexte on y a substitué à "l'héritage " le mot plus large "d'immeuble." On a interprété l'article 248 comme ayant eu lui-même la même intention d'élargissement. On regarde donc comme

Large interprétation des héritages grevés du douaire.

Source : BIU Cujas

affectés au douaire non seulement tous les immeubles par nature,mais encore tous les immeubles quels qu'ils soient,rentes foncières,ou constituées,proclamées immeubles dès l'art. 57 de la Coutume de I5I0, art 94, cout. I580).En dehors de ces rentes il y a, à partir du XVI° siècle toute une catégorie de biens dont il faut s'occuper,les offices très nombreux à partir de cette époque et qui constituent un élément de plus en plus important des fortunes bourgeoises. Il était urgent de savoir s'ils étaient grevés du douaire. On a eu tendance à les assimiler aux autres immeubles,mais on ne l'a fait que par étapes. On a d'abord accepté dès le XVI° siècle le douaire sur les offices domaniaux, droits sur les greffes et autre analogues assimilés aux rentes sur le domaine du roi et sur l'hôtel de ville. On a accepté ensuite la même règle pour les offices de judicature de police et de finance,mais seulement au XVII° siècle et encore ici le douaire,n'est-il que subsidiaire parce que dit Renusson "souvent le principal de bien des familles est en office"(Cf.arrêts 30 Janvier I607 sur art. I75 de Senlis,sur le sens du mot "héritage"; 24 Juillet I6I8 sur I7I du Grand Perche.) Ailleurs l'assimilation a été plus rapide,comme en Normandie,où bien vite tous les offices sont réputés grevés du douaire. De droit commun coutumier ne sont restés en dehors du douaire que les offices de la maison du roi.

Le douaire subsidiaire en cas d'insuffisance de propre.

Telle est au XVIII° siècle l'assiette du douaire: elle ne diffère guère de celle qui lui était assignée au XIII° siècle que par suite de la naissance de nouvelles richesses qu'il était naturel d'atteindre. Certaines coutumes ont ajouté à ce domaine habituel du douaire un douaire subsidiaire,destiné a suppléer au douaire sur les immeubles quand ceux-ci se trouvent insuffisants à le soutenir. Il ne peut porter que sur les conquêts de communauté ou sur les meubles et certaines coutumes en admettent l'application (Orléans art. 22I)

" En traicté de mariage, auquel n'y a convention de douaire,et le mary n'a aucuns propres heritages,la fame aura pour son douaire le quart des conquests de la portion des heritiers du décédé en usufruit,en payant les charges,et entretenant les dits héritages et bastimens,aux cautions que dessus. Et s'il n'y a conquests, aura la quarte partie des meubles de la portion des heritiers du trespassé a perpetuité,les debites déduicts

On ne trouve dans la Coutume de Paris rien de pareil au douaire subsidiaire. Tout au plus pourrait-on en rapprocher le douaire conventionnel en deniers dont nous parlerons plus loin.

Quotité du douaire(I/3 ou I/2 selon les régions.)

La quotité du douaire est la même que dans Beaumanoir,c'est-à-dire la moitié des immeubles du mari au jour du mariage,en ajoutant ceux qui lui adviennent

Source : BIU Cujas

en ligne directe. (Cf. dans le même sens Berry,Orléans). Dans l'Ouest la quotité est seulement du tiers,(Normandie Bretagne,Anjou,Maine,Poitou,Grand Perche),c' est-à-dire dans tous les pays restés longtemps soumis à la domination anglaise. Parfois les deux quotités sont combinées. A Calais et Boulogne,les deux quotités sont usitées, la moitié quand il s'agit des fiefs et le tiers quand il s'agit de biens roturiers. A Tours c'est l'inverse. De même dans le Duché de Bourgogne,en règle le douaire est de la moitié,tout à côté dans le Comté de Bourgogne qui fit longtemps partie de l'Empire,la quotité est du tiers en usufruit de ce que la femme a apporté en dot. Le douaire est donc en rapport avec le montant de la dot.Cela tient à ce que nous sommes en pays d'Empire et que dans le Droit Romain,qui s'applique dans les pays d'Empire, la donatio propter nuptias était en général en rapport avec la dot. Parfois le douaire se monte à une somme fixe par exemple à 100 sous si la femme est sans enfant,à 50 si elle a des enfants (Coutume de Mennetou,locale du Baillage de Blois.)

Il y a comme on le voit une grande variété dont on trouverait l'explication dans des circonstances locales.

Le douaire conventionnel.

L'art.148 de Paris réglemente ainsi le douaire coutumier accordé à la femme seulement,si aucune règle du contrat de mariage ne l'a modifié. Le douaire coutumier n'existe qu'à défaut de douaire conventionnel; dans presque toute la France,le contrat de mariage règle en principe,en toute liberté la question de douaire. Il en est ainsi particulièrement dans la coutume de Paris,où le contrat peut fixer un douaire supérieur au douaire légal de moitié,ou inférieur à lui; mais quelqu'en soit le montant,le douaire conventionnel en principe est toujours considéré comme un réglement entre époux et jamais comme une donation, il n'est donc pas sujet à insinuation. Il souffre lui aussi,bien des variétés d'application. Notamment dans l'Ouest,le douaire conventionnel s'il peut bien être inférieur au douaire légal du tiers ne peut pas lui être supérieur. Parfois à supposer qu'il y ait un douaire conventionnel la femme garde le droit de choisir celui des deux qu'elle préfère du conventionnel ou du légal.(Maine,Troyes,Grand Perche) Quand on accorde ce choix,on est obligé de donner à la femme un délai d'option pour dire lequel des deux douaires elle préfère et ce délai fixé par la Coutume varie de un à trois mois. Le douaire conventionnel a,dans la région parisienne, une pleine liberté d'assiette en ce sens que les parties peuvent le faire porter sur la totalité ou sur une partie des propres du mari, sur les conquêts advenus au mari pendant le mariage,sur les meubles comme sur les immeubles,sur des rentes. On peut même asseoir

Assiette du douaire conventionnel

Source : BIU Cujas

un douaire conventionnel sur des deniers, constituer un douaire en argent. Dans la pratique des trois derniers siècles, il faut reconnaître que ce douaire en argent s'est beaucoup développé. A cette période la fortune mobilière a pris une grande extension. Ce douaire en argent a été assez usité dès le XVI° siècle pour que dans la Coutume de Paris de 1580 trois articles (art. 257-259-260 lui soient consacrés.) Même il a dès cette époque pris une telle vogue que, à la lecture des articles que je viens de signaler, il semble que le douaire conventionnel soit toujours constitué en argent. Ce serait une erreur de le croire, mais c'était à beaucoup près l'usage le plu répandu. On verra que c'est sous cet aspect que le Président de Lamoignon la présente.

Le douaire en argent.

Ce douaire en argent est pratique sous une double forme. I°-Art. 260: " Douaire préfix soit en rentes ou deniers, se prend sur la part du mary sans aucune confusion de la communauté, et hors part. "La douaire a été constitué en rentes ou en deniers. Il contient l'indication d'une somme ou d'une rente qui sera payée annuellement à la femme à titre de douaire et qui correspondra au revenu que pouvait lui procurer son usufruit. Peut-être la rente même est-elle assignée sur une terre ou un immeuble. Peut-être est-ce une rente constituée seulement sur la personne du mari. L'art. 260 qui la signale se préoccupe seulement du point de savoir sur quoi la rente ou le douaire en deniers va être payé. La rente porte sans doute sur les propres du mari. Mais comme c'est une dette mobilière, parce que promise en deniers elle grèvera d'abord les meubles communs. L'art. 260 signale que la rente de la douairière, les deniers à elle promis, devront être payés exclusivement sur la moitié qui constitue la part du mari dans ces meubles et non pas sur la communauté tout entière. La femme est en effet propriétaire de l'autre moitié de cette communauté. Pour qu'elle trouve avantage à son douaire, il ne faut pas que ce douaire soit prélévé sur la part des meubles communs qui lui appartient. Ce prélévement doit se faire exclusivement sur la part du mari La solution de l'art. 260 s'explique ainsi tout naturellement. Par ailleurs, conformément aux règles habituelles, quand le douaire en deniers sera assigné sur un objet déterminé, si celui-ci disparaît par cas fortuit, le douaire disparaîtra en même temps et l'héritier du mari sera libéré de son obligation.

Double aspect du douaire en argent : Douaire en rente portant sur la part du mari dans la communauté.

Il y a une autre espèce de douaire. C'est le douaire constitué en une somme de deniers une fois payés. Art. 259: "Douaire d'une somme de deniers pour une fois payer venu aux enfans, est réputé mobiliaire et perd la nature de douaire, et y succèdent les plus proches heritiers mobiliers."

Douaire en une somme une fois payée

Source : BIU Cujas

L'hypothèse est un peu différente de la précédente. Le texte suppose qu'au moment même ou s'ouvre le douaire on constitue entre les mains de la douairière une somme d'argent dont la jouissance la remplira de son douaire et dont le capital sera attribué aux enfants. Ce capital ne sera dans leur fortune considéré ni comme propre ni comme conservant sa nature de douaire. Ici encore nos articles de la Coutume de Paris ont cru devoir faire jouer à l'occasion de cette sorte de douaire, une complication qui est assez habituelle. Souvent il arrivait que ce douaire en deniers était accompagné d'une convention de don mutuel entre les époux. Le don mutuel consiste en ce que chacun des deux époux, par un même acte fait donation au survivant de sa part dans la communauté. Lorsque le douaire a été ainsi accompagné d'un don mutuel, il n'est pas possible que ce douaire soit perçu de la même manière que s'il n'y avait pas eu de don mutuel parce que alors il rendrait le don mutuel inutile. Le don mutuel, en effet, rend la femme survivante propriétaire de toute la communauté au décès du mari. Si le douaire était perçu sur la portion de la communauté, provenant du mari, don mutuel et douaire se confondraient, il ne servirait à rien à la femme d'avoir obtenu ce complément du don mutuel. Pour que ces deux institutions puissent fonctionner utilement et simultanément l'une et l'autre, il faut le don mutuel ayant abouti à donner à la femme la part de communauté du mari, son douaire s'exerce seulement sur les biens du mari qui ne rentrent pas dans la communauté. Cf. Paris art. 257 :" La femme douée du douaire prefix d'une somme de deniers pour une fois, ou d'une rente, si durant le mariage est fait don mutuel, jouist après le trespas de son mary par usufruit de la part des meubles et des conquêts de son dit mary: Et sur le surplus des biens du dit mary prend son dit douaire, sans aucune diminution ni confusion." Voilà l'explication toute simple de cet article qui, à première vue, semble difficile à comprendre.

Combinaison du douaire en deniers avec le don mutuel.

Quelques divergences entre les coutumes se produisent parfois à propos de la combinaison du douaire des enfants et du don mutuel.

Certaines coutumes interdisent le cumul des deux. Quand les deux ont été accordés au lieu de les répartir, comme le fait l'article 257, certaines coutumes mettent la femme en demeure de choisir entre les deux.

Voilà les principales règles de constitution et d'assiette du douaire de la femme. Il nous faut maintenant examiner les conditions d'existence de ce douaire ses règles d'exercice et d'extinction. Ici encore, la doctrine des trois derniers siècles de notre ancienne législation n'est pas sensiblement différente de ce que nous avons rencontré dans Beaumanoir, mais elle est plus

Source : BIU Cujas

complétement élaborée.

Ouverture du douaire par le prédécès du mari.

I- Le douaire de la femme ne s'ouvre en principe, que par le prédécès du mari. Loisel,Max.6 Ch.du douaire :" Jamais mari ne paya douaire." Pour que la femme puisse réclamer son douaire,il faut que le mariage soit dissous par le prédécès du mari. Donc pas d'ouverture de douaire si le mari est absent,même depuis très longtemps. Renusson reporte un arrêt du 4 Déc. I6I5,déboutant en ce cas la femme de la demande de son douaire; mais comme par suite de la longue absence de son mari , la femme est dans le besoin,le même arrêt lui accorde, par provision une pension de la moitié du douaire. De même ,dans certaines coutumes on autorise cette demande en provision non seulement quand le mari est absent,mais quand il est tombé en pauvreté évidente, ou s 'il a été banni,ou si les biens du mari sont en voie de péril.On en vient à des mesures analogues à celles prises pour sauvegarder la dot de la femme pendant la durée du mariage.(Maine,33I). Dans tous ces cas ,ces mesures ont un caractère essentiellement provisoire et ne portent nul atteinte à la règle que le douaire nè s'ouvre que par le prédécès du mari.

Saisine de la femme.

A supposer que le douaire ouvert,la femme est considérée comme saisie de son douaire. Elle en a la possion sans être obligée de la demander en justice en s'adressant aux héritiers : Paris,art. 256: " Douaire soit coustumier ou prefix,saisit sans qu'il soit besoing de le demander en jugement. Et courent les fruits et arrérages du jour du décès du mary."

"Douaire soit coutumier ou préfix." En effet pendant quelque temps on a hésité à accorder à la femme la saisine du douaire conventionnel,à tel point que dans la première coutume de I5I0 il n'était question que du douaire coutumier, le douaire préfix n'entraînant pas la saisine. On traitait le douaire préfix comme une libéralité testamentaire.

Ici encore,grande variété entre les coutumes. Certaines coutumes n'attachaient la saisine qu'au douaire coutumier. La Coutume de Normandie se rencontre avec celle de Paris de I580 pour accorder la saisine même au douaire oonventionnel. Il est vrai qu'elle ne risque pas grand chose à cela puisque le douaire conventionnel en Normandie peut tout au plus être égal au douaire légal et lui est,généralement inférieur. Cette saisine donne à la femme le droit aux fruits à partir du jour du décès et cette règle s'applique aussi bien au douaire en rente. Mais il n'en est pas de même pour le douaire en une somme une fois payée : pour le douaire capital,la Coutume de Paris n'admet le cours des intérêts qu'à partir du jour de la demande.

Quand la femme est ainsi saisie elle obtient

Source : BIU Cujas

Actions appartenant à la femme pour obtenir son douaire

son lotissement par une action en partage, car elle est copropriétaire avec les cohéritiers. La douairière lotit et les héritiers choisissent. Elle est en même temps investie des actions possessoires, et aussi de l'action pétitoire, mais seulement de l'action confessoire accordée à l'usufruitier. Toutefois l'exercice de cette dernière action est parfois modifié quand la femme veut agir contre un tiers détenteur d'un immeuble aliéné par son mari. Si elle exerce l'action pétitoire contre un cohéritier elle triomphe immédiatement. Si elle l'exerce contre un tiers détenteur, elle ne triomphe que s'il n'y a pas dans la fortune du mari d'autres immeubles en valeur suffisante pour la désintéresser. On ne veut pas que l'acquéreur du mari soit dépossédé par la femme en vertu du douaire si la femme trouve ailleurs de quoi garantir son recours.

L'art. 256 n'indique pas cette nuance. Pourtant dans notre ancien droit on ne faisait pas difficulté sur ce point et on avait organisé toute une procédure en ce sens. La femme ne pouvait agir contre le tiers détenteur qu'après avoir agi sur tous les biens qui faisaient partie du patrimoine du mari. Si les biens restant dans la succession du mari ne suffisaient pas à la récompenser de son douaire, elle avait l'exercice de son action dans l'ordre des aliénations, en commençant par la plus récente, car c'était celle-ci qui avait vraiment porté atteinte à son douaire. Si cette action ne suffisait pas, elle remontait à l'aliénation immédiatement antérieur. Ce fut là toute une organisation destinée à rendre moins pénible pour la circulation des biens l'indisponibilité qui résultait du douaire.

Ajoutons que dans le même ordre d'idées, le tiers acquéreur ne sachant pas dans quelle mesure l'aliénation qui lui avait été consentie portait atteinte au douaire, on ne l'obligeait pas à garder les fruits de son bien depuis le décès pour les remettre éventuellement à la douairière. Il n'était tenu de les restituer qu'à dater du jour de la demande. Par suite de ce réglement la douairière pouvait être frustrée des fruits perçus par le tiers détenteur entre le jour du décès, c'est-à-dire de la saisine et le jour plus ou moins éloigné de sa demande. La différence, en ce cas, incombait aux héritiers qui devaient récompenser la femme de cette perte de fruits. (Pothier. Douaire I89. I90. I9I.)

Droit de jouissance de la douairière. Différence avec l'usufruit.

II - A supposer que la douairière fût en possession des biens sur lesquels son douaire portait, les règles de sa jouissance sont les mêmes que celles de l'usufruit. Toutefois, il faut signaler une différence qui paraît s'être introduite insensiblement depuis le XIII° siècle. Le droit de la douairière dépassait, en effet, à cette époque celui d'un usufruitier. Elle jouissait non

Source : BIU Cujas

seulement de tous les profits utiles,mais encore de tous les profits honorifiques,se rattachant aux biens grevés de son douaire.

Dans les trois derniers siècles,il est facile de saisir une tendance à réduire la portée du douaire et à enlever à la douairière aussi bien les avantages honorifiques de son douaire que les charges honorifiques de leur jouissance.

Si le douaire de la femme porte sur une seigneurie,(c'est-à-dire un fief augmenté du droit de justice) la douairière gagne tous les profits attachés à ce droit de justice (amendes,épaves,confiscation,droit de déshérence) Mais elle ne peut rendre la justice ni instituer les officiers de justice. Ce sont les nus propriétaires qui garderont ce droit.

Pour le fief,la douairière en prendra le profit mais ne recevra pas la foi et l'hommage qui seront porté au nu propriétaire. Elle ne pourra pas exercer pour ces profits le droit de saisie féodale, sorte d'exécution privée que le seigneur peut exercer du fait de sa suzeraineté,pour obtenir son paiement ; Elle devra pour se faire payer les profits recourir aux procédés usités en matière civile. Elle ne jouira pas du droit de chasse, mais elle jouira du droit de garenne et de colombier , parce qu'ils ne sont pas honorifiques et ne sont que des profits pécuniaires.

A l'inverse il y a des charges qui seront classées différemment selon leur nature. Si la douairière est investie d'un fief, elle ne sera pas tenue de porter la foi et l'hommage,parce que la foi et l'hommage sont d'ordre honorifique. A l'encontre elle devra payer certaines redevances d'ordre purement pécuniaire (droit de franc fief, de fortification) et même l'arrière-ban qui, de convocation à venir à l'armée du roi s'est transformée en une simple redevance pécuniaire, due par les possesseurs de fief. L'arrière-ban est considéré comme un droit utile et non plus comme un service noble. Ces exemples montrent qu'il est souvent délicat de classer tel droit ou telle obligation dans l'une ou l'autre de ces deux catégories et que le rang assigné à chacune a varié suivant l'époque à laquelle on se place.

Il y a sur ce point un assez grand nombre de divergences entre coutumes.

Pour toutes ces charges,en principe, il y a lieu de s'assurer qu'elles seront bien remplies par la douairière et qu'elle saura bien entretenir tous les biens dont elle a la jouissance pour les rendre à l'expiration de l'usufruit en bon état de conservation. Ce sont là les obligations normales de l'usufruitier. La douairière y est soumise. Mais on a plus de confiance dans la douairière que dans l'usufruitier et on exige

Source : BIU Cujas

Obligation de la douairière.

du simple usufruitier des garanties plus considérables que de la douairière. On exige de la douairière simplement une caution juratoire,(c'est-à-dire qu'elle devra prêter serment qu'elle promet de se comporter et de jouir comme un bon père de famille)tandis que l'usufruitier doit fournir en outre une caution pouvant répondre de la réparation des dégats. Art. 264.C.Paris- Et au cas que la dite femme ne se remarie,aura délivrance de son dit douaire à sa caution juratoire; mais si elle convole en autre mariage sera tenue bailler bonne et suffisante caution."

De même, quand il y a eu des abus de jouissance par l'usufruitier,la sanction consiste en déchéance de l'usufruit. Rares sont les coutumes qui appliquent à la douairière les principes de l'usufruit. Voyez Anjou 8II. Bourbonnais 264. Au contraire la grande majorité des coutumes n'oblige la douairière qu'a réparer le dommage causé,sans lui infliger aucune peine.

Déchéance de la femme en cas de mauvaise conduite.

A l'inverse,comme le douaire est une libéralité de la part du mari,on prononce la déchéance de la douairière,comme la révocation de la donation,pour mauvaise conduite ou ingratitude vis-à-vis du donateur Le douaire de la femme est perdu pour elle quand elle a été adultère et que l'adultère a été constaté par décision judiciaire. (Tours,336,Anjou 3I4.) La Coutume de Paris ne contient rien sur ce point,mais on regarde la règle sur l'adultère comme de droit commun coutumier. De même pour le cas où il y aurait abandon du mari par la femme,(Normandie 36I,Bretagne 45I.) La coutume de Paris est encore muette. Mais ici encore on applique comme droit commun coutumier la règle indiquée.

On a discuté sur le point de savoir si l'on ne pouvait pas prononcer la déchéance du douaire quand la femme menait une vie de débauche au moins pendant la durée du deuil. (Arrêt I5 Avril I57I en ce sens.) Cependant la jurisprudence a été toujours hésitante et la règle ne s'est pas introduite chez nous.

aintien du douai
e en cas de secon
es noces.

Au contraire,à moins de dispositions opposée dans la coutume,le douaire ne se perd pas par de secondes noces. Tout au plus trouve-t-on dans la Coutume de Bretagne un art. 454,qui permettrait de prononcer la déchéance du douaire en cas de secondes noces,mais par mésalliance.

Restent enfin quelques doutes pour les crimes ou délits comme la supposition de part fait de la femme de n'avoir pas poursuivi le meurtre de son mari Surtout ces points on ne constate que des décisions occasionnelles qui n'ont pas constitué jurisprudence.

Ce douaire coutumier ou préfix s'éteint enfin en principe par la mort naturelle de la douairière.

Source : BIU Cujas

Estimation du douaire par la mort naturelle de la femme.

Quand le douaire s'éteint sans qu'il survive d'enfant né du mariage, le douaire retourne aux héritiers du mari S'il y a des enfants,ceux-ci en sont investis. La règle s'applique à toute espèce de douaire. Malgré la formule de l'art. 263, on aurait tort de croire qu'elle ne s'applique qu'au douaire "en rente,en espèces ou en deniers" La règle est générale,mais à cette époque le douaire préfix est habituellement constitué sous cette forme. " Le douaire soit en espèce,rente ou deniers promis à une femme,n'est qu'à la vie de la femme,tant seulement s'il n'y a enfans nez et procréez du mariage.Et doit tel douaire après le trépas de la femme,revenir aux héritiers du mary,s'il n'y a contract au contraire."

Il n'y a pas de doute que cet article s'applique à toute espèce de douaire.

Voilà l'ensemble des règles du douaire de la veuve aux trois derniers siècles.

Douaire des enfants

La coutume s'occupe assez abondamment du douaire des enfants auquel nous arrivons maintenant.

Moindre généralité du douaire des enfants que de celui de la femme.

Le douaire des enfants n'est pas aussi répandu en France que celui de la femme. Bien des Coutumes ne l'acceptent pas. On le rencontre surtout au Centre (Paris 249-255), Beauvaisis. Senlis I77.Valois II5.Etampes.Chartres. Dunois,Clermont,Nivernais,Ch. 24 art. 8 Normandie 399.) Ç et là même dans le Centre,il est rejeté dans certaines coutumes: (Orléans 220.Maine 3I3.Bourbonnais 255.) Parmi celles qui acceptent le douaire des enfants il y a une très grande variété d'organisation.(Robert Caillemer.Origine du douaire des enfants. I904.Mélanges Scialoja.)

Dégageons les traits essentiels.

Le douaire des enfants prolongement de celui de la mère

Le douaire des enfants n'est considéré que comme un prolongement du douaire de la mère. En conséquence

I°- On doit lui attribuer la même nature. Il n'est pas traité comme une donation et n'est pas sujet à insinuation.

2°- Il n'est pas sujet à retranchement au profit de la légitime des enfants d'un lit postérieur.(Arrêt du 27 Mai I679.Receuil de Bardet.)

3°- De même également,le douaire des enfants porte sur les mêmes biens que le douaire de la mère.Il est comme lui coutumier ou préfix,c'est-à-dire conventionnel. L'étendue du douaire des enfants est fixée par celle même qu'on a fixée au douaire de la mère.C'est au jour du mariage que le douaire des enfants est constitué comme celui de la mère.

Il varie du reste suivant qu'il s'agit du

Source : BIU Cujas

douaire pour les enfants issus d'un premier mariage,ou du douaire pour les enfants d'un second mariage,ou pour les enfants du troisième mariage.

Ce douaire s'ouvre à la mort du père et les enfants prédécédès au père ne transmettent pas à leur descendant leur droit au douaire. Ilsne succèdent que comme héritiers et non comme douairiens. Qaand le père est mort; les enfants sont saisis du douaire de leur père à titre de propriétaire.(Art.256 Paris) Enfin, les enfants ont les mêmes actions que la femme,mais qui tendent nons pas à l'usufruit,mais à la nue propriété.

Le douaire des enfants,prolongement de celui de de la mère,est comme lui coutumier ou préfix.Il a la même assiette et la même nature; il n'dst pas traité comme une donation et n'a pas besoin d' être insinué ni au retranchement,ni à la réduction du chef de la légitime ou de la réserve.

Quelles sont les conditions nécéssaires à l'ouverture et à l'exercice de ce douaire ?

L'enfant n'a droit au douaire que si sa mère a été douée et la dévolution de chaque douaire de fait distinctement.

I°- Pour y avoir droit, il faut être né d'une femme douée,on ne peut réclamer que le douaire de la femme dont on est issu; le douaire se calcule distinctement pour chacun des mariages successifs et la dévolution de chacun de ces douaires a lieu isolément. L'art.253 de la coutume de Paris emploie à cet égard une formule qui rapelle ce que disait Beaumanoir :" "Quand le père a été marié plusieurs fois,le douaire "coutumier des enfants du premier lit,est la moitié des "immeubles qu"il avait lors du premier mariage,et qui "luy sont advenus pendant icelluy mariage en ligne di- "recte. Et le douaire coutumier des enfants du second "lit est le quart desdits immeubles,ensemble moitié, "tant de la portion des conquets appartenans au mary, "faits pendant ledit premier mariage que des acquiets "par luy faits depuis la dissolution dudit premier "mariage jusque au jour de la consommation du second; "et la moitié des immeubles qui lui échéent en ligne "directe pendant ledit second mariage. Et ainsi consé- "quemment des autres mariages.

Subordination du domaine à la survie de l'enfant à son père.

2°-Il faut en second lieu,pour pouvoir jouir du douaire des enfants,survivre au père qui a constitué le douaire.L'enfant qui meurt avant son père n'a aucun droit au douaire; cette condition n'est pas formulée par l'art. 249-" Le douaire coutumier de la femme est le propre heritage des enfans venans dudit mariage. En telle manière que les père et mère desdits enfants dès l'instant de leur mariage,ne le peuvent vendre ,engager,ni hypothéquer au préjudice de leurs enfans"; mais on la considère unanimement comme sous entendu. En outre, bien que ce texte ne parle que des

Source : BIU Cujas

enfants venant du mariage,on s'accorde à décider qu'il y faut comprendre aussi bien les petits enfants et les descendants plus éloignes. Relativement au douaire,les petits enfants ou leurs descendants représentent utilement leur père mort qui pourtant durant sa vie n'avait pas l'espoir du douaire. On admet même,à l'image de ce qui se produit en matière de succession,que si le père renonçait au douaire ou à la succession,les petits enfants y poutraient prétendre de leur chef . Cf.Ferrière sur Paris art. 249 in fine.

Impossibilité de cumuler le titre de douairier et d'héritier

3°- 3 è condition qui doit nous arrêter plus longtemps: pour que les enfants aient droit au douaire, il faut qu'ils rénoncent à la succession de leur père. Ils ne peuvent cumuler le titre de douairier et d'héritier. Cf. art. 251 "Nul ne peut être héritier ou douairier ensemble pour le regard du douaire coutumier ou préfix". Cette règle nous ne l'avions pas encore rencontrée dans Beaumanoir: Elle a dû se former au cours des deux siècles suivants, puisque déjà, l'art.138 de la Coutume de 1510 le formulat bien que la formule typique n'appartienne qu'à la seconde rédaction.

La raison de cette règle nous est expliquée par les cotumiers.par sa nature même, le douaire est repris par le douairier franc et quitte,sans être chargé d'aucune dette.Le père n'a pas la faculté d'aliéner ou d'engager,par ses dettes,le douaire de ses enfants.Il y a donc incompatibilité entre les deux qualités de douairier et celle d'héritier.Si l'enfant qui est douairier était héritier,en tant qu'héritier il succèderait aux obligations de son père et sa qualité d'héritier ferait disparaitre le droit qu'il a, comme douairier, de ne pas payer les dettes.De ce qu'il est héritier,il ne pourrait donc prétendre recouvrer son douaire franc et quitte. C'est peut être à cette incompatibilité de nature qu'on doit notre règle.

Atténuation à ce principe au XVIII è siècle

Toutefois, la qualité d'héritier et celle de douairier se sont cependant,dans les derniers siècles rapprochées l'une de l'autre.On s'est efforcé d'atténuer leur incompatibilité et au XVIII è siècle on a restreint de manière plus adéquate l'applicatinn de la règle indiquée. Quant il y a un seul héritier qui se trouve douairier et qui peut choisir entre ces deux qualités, ce douairier peut conserver sa qualité de douairier à l'égard des créanciers sans renoncer à celle d'héritier à condition d'accepter sous bénéfice d'inventaire. Le bénéfice d'inventaire donne aux créanciers toute satisfaction,puisque l'héritier ne pourra rien prendre dans la succession sans avoir d'abord payé les dettes de son auteur. Il n'y a par contre aucun inconvénient pour les

Source : BIU Cujas

créanciers à ce que,une fois qu'ils auront été payés,le douairier conserve la qualité d'héritier et prenne pour lui le solde une fois la succession liquidée s'il y en a On s'est donc contenté de l'acceptation bénéficiaire,au lieu de la renonciation . D'ailleurs notre ancien droit a été assez embarrassé pour qualifier juridiquement la qualité qu'il convient d'attribuer au douairier. Il n'est pas un héritier puisqu'on ne peut pas l'obliger aux dettes et qu'il y a une sorte d'antimonie entre des deux qualités différentes. Mais on lui concède cependant la saisine,art.256"Douaire soit coutumier ou préfix saisit" sans distinguer entre le douaire des enfants et le douaire de la mère.De même et a raison de cette saisine,les immeubles qui adviennent aux enfants du chef du douaire leur sont attribués à titre de propres paternels,comme ils le leur serait par succession.On maintient donc que c'est de la succession du père qu'il s'agit ici.Senlis art.177.Malgré cela nos coutumes admettent que l'enfant demande son douaire plutôt en qualité de créancier du père,le douaire lui tenant lieu d'aliments . Il faut reconnaitre que cette solution n'est logiquement guère satisfaisante,parce que bien que n'étant que créanciers les enfants ont un droit réel sur les biens qui leur viennent de leurs parents et qui sont contenus dans le douaire.

Situation juridique du douairier

Quoiqu'il en soit,le douaire constitue une masse distincte du reste de la succession paternelle et cette massese gouverne par des règles propres, chacun des divers douaires étant considéré comme isolé des autres. Le montant du douaire se fixe au jour du mariage eu égard aux circonstances qui existent à cette époque. L'art.254 en donne un exemple frappant.Supposons qu'une première union ait eu lieu qui s'est dissoute par la mort de la mère.Il reste plusieurs enfants de cette première union.Le douaire qui était accordé à la mère et qui passe aux enfants est de la moitié des immeubles qui appartenaient au père au jour du mariage.Le père, devenu veuf se remarie.Le deuxième douaire ne peut porter que sur la masse des biens du père disponibles,c'est à-dire sur la moitié qui n'est pas absorbée par le premier douaire;le 2 è douaire sera du quart.Supposons que, durant le second mariage les enfants du premier lit prédécèdent,puisque le père meurt à son tour,quand on répartira la succession du père,le douaire des enfants du second lit restera fixé seulement au quart des biens du père.Cette solution surprend à première vue,lors de l'ouverture du second douaire,c'est à dire au moment de la mort du père il n'y a plus en effet personne qui représente cette première union.Dès lors, on pourrait être tenté de considérer cette première union comme effacée puiqu'elle n'a laissé aucune trace et on pourrait croir

Indépendance du douaire par rapport à la succession du père, sa détermination au jour du mariage.

Source : BIU Cujas

que le second douaire devrait être du même taux que s'il n'y avait pas eu de mariage antérieur,c'est à dire s'élever à la moitié des biens du mari. Il n'en est pourtant rien.On s'en tient à cette règle que la quotité du douaire se fixe irrévocablement au jour du mariage,sans pouvoir être modifiée par la suite.

Indisponibilité du douaire.La théorie du douaire subsidiaire

Le montant du douaire ainsi fixé,le douaire devient indisponible,c'est à dire que le père ne peut pas,durant le mariage,aliéner les biens sur lesquels il est établi. Nous l'avons vu pour le douaire de la mère ,il faut dire la même chose pour le douaire des enfants.Si le père contrairement à son droit, à aliéné quelques uns des héritages grevés de douaire,les enfants douairiers ont une revendication contre le tiers acquéreur,comme l'avait déjà leur mère. Il convient de de reporter à Beaumanoir pour voir combien du XIII ° au XVI è siècle la doctrine s'est affermie sur ce point Beaumanoir en matière de fief,disait que l'aliénation serait opposable aux enfants,alors qu'elle ne l'était pas à la mère.De cette résistance à la pleine indisponibilité au profit des enfants,il n'est restée en matière de douaire des enfants qu'une simple réserve.Si le bien a été aliéné par le père et que le douairier veuille le faire rentrer dans le douaire et expulser le tiers détenteur,celui-ci pourra s'y refuser tant que le douairier ne lui aura pas démontré qu'il ne reste pas dans l'ensemble des biens du père assez de ressources pour se rembourser du douaire en se passant de l'immeuble aliéné. On ne pourra attaquer le tiers détenteur que si le reste des immeubles est insuffisant pour satisfaire au douaire. C'est la théorie du douaire subsidiaire qui apparait aussi dans le douaire de la mère, bien qu'il y ait moins d'importance que pour celui des enfants.

Répartition du douaire en cas de pluralité d'enfants.

Reste à savoir ce qui se passe quand il y aura plusieurs enfants.Comment fera-t-on la répartition entre eux? On isolera d'abord chaque douaire du douaire suivant.On règlera séparément le douaire de chacun des deux mariages.Dans chacun de ces douaires isolés,la répartition devra se faire également entre les participants:le douaire va se différencier de la succession. En matière de succession,dans notre ancien droit,il y a des cas ou fonctionne le privilège d'ainesse,notamment dans les successions nobiliaires.Ici la prérogative d'ainesse n'existe pas. Art.250-" Si les enfants "venans dudit mariage,ne se portent héritiers de leur "père,et s'abstiennent de prandre la succession; en "ce cas ledit douaire appartient aux dits enfants,pu-"rement et simplement,sans payer aucune dette,procé-""dant du fait de leur père,créés depuis ledit mariage. "Et se partit le douaire,soit préfix ou coutumier,

Source : BIU Cujas

entre eux,sans droit d'ainesse ou prérogative."

Exclusion du droit d'ainesse,le privilège d'égalité entre enfants

Le principe est donc que les enfants seront tous traités de la même manière.Quand on cherche à justifier cette règle d'égalité,on fait valoir que le douaire n'est qu'une créance d'aliments,et que tous les enfants ont droits au même chef et à leur subsistance.Quelle que soit l'explication,la règle n'est pas douteuse. Bien des Coutumes d'ailleurs ne se sont pas pas expliquées sur ce point,mais on admet que c'est là le droit commun applicable même à des coutumes muettes L'unanimité des coutumes n'admet pas ce régime. Certaines soutumes appliquent le principe de l'afnesse au douaire même. Ce sont celles qui sont plus imprégnées que les autres d'esprit nobiliaire.Normandie art 402 et Valois.

Application au douaire de la théorie du rapport.

L'égalité entre les enfants dans la répartition du douaire est jugée si essentielle que l'on y fait fonctionner comme dans la succession toute la théorie des rapports.Art.252 ;Celùi qui veut avoir le "douaire,doit rendre et restituer ce qu'il a eu et reçu "en mariage,et autres avantages de son père,ou moins "prendre sur le douaire."

Le rapport se fera en nature ou en moins prenant comme cela se présente dans la succession.

Pour justifier l'application de cette théorie du rapport au douaire comme à la succession,on rapproche le douaire,non pas de la succession,mais d'une autre institution très voisine,la réserve ou légitime. Les avantages qui ont été reçus par le douairier sont considérés en principe comme donnés en avancement d'hoirie sur le douaire; il y a donc lieu,suivant les intentions du père,de les imputer sur la part du bénéficiaire.

Pourtant si distinct de la succession du père qu'on veuille maintenir le douaire,il était impossible qu'il n'y eut pas entre le douaire et la succession quelques rapports de voisinage ou d'interdépendance. Il faut sur ces rapports donnér quelques indications. Quand il y a plusieurs douairiers,l'obligation pour eux de prendre parti entre l'acceptation de la succession et celle du douaire est une obligation purement indivisiduelle. A supposer plusieurs douairiers,ils ne sont pas tous obligés de prendre le même parti. L'un peut préférer garder qualité d'héritier et accepter la succession,l'autre préférant,en renonçant à la succession,s'attacher à la qualité de douairier. Comment va-t-on pouvoir dans le partage et le calcul arriver à une répartition satisfaisante ? chacun ne prend dans la masse qu'il a choisie que ce que a quoi il aurait eu droit si tous les copartageants avaient fait comme lui. Les restes qui existeront après cett-

Répartition au cas de plusieurs douairiers prenant des partis différents.Exclusion de l'accroissement

Source : BIU Cujas

pour le douaire

attribution reviendront aux héritiers acceptants parce que c'est la succession qui constitue la masse maitresse,le douaire n'étant que l'exception. Voici un exemple simple:Un seul mariage dont sont nés deux enfants,fille et garçon .La fille veut s'en tenir au douaire,c'est à dire qu'elle aura moitié du douaire de sa mère,laquelle avait droit à moitié des immeubles du père,elle aura donc droit emme même au quart. Le fils préfère accepter la succession.Il aura droit à tout ce qui reste,c'est à dire aux trois quarts des biens.Le tout sera considéré à snn égard,comme formant une seule masse.La théorie de l'accroissement,qui joue pour la succession,jouera au profit de l'héritier, mais ne jouera pas au profit du douairier.Le douairier qui sera seul à prétendre au douaire ne pourra prétendre le prendre tout entier par accroissement. Mais rien ne s'oppose à ce qu'au profit de l'héritier fonctionne cette règle :

Application au domaine des règles de l'exhédération.

Les choses pruvent être plus complexes:s'il y a eu deux mariages successifs et que deux enfants de chaque mariage,et supposons que chaque enfant dans chacun des groupements prenne un parti différent: l'un s'en tenant au douaire,l'autre acceptant la succession Le douairier du premier mariage qui a accepté le douaire,aura le quart des biens de son père;le douairier du deuxième mariage qui,lui aussi,a accepté le douaire aura la moitié du douaire de sa mère,c'est à dire la moitié du quart,soit le huitième des biens du père. Telles sera la part des deux douairiers.Le reste 5/8 va tomber dans la succession du père,et alors les 5/8 qui restent vont être partagés entre les deux enfants qui acceptent la succession,selon les règles des successions.Dans la succession aux fiefs, l'ainé aura les 2/3 de la masse qui reste dans la succession du père c'est à dire les IO/24 et l'autre le tiers des 5/8 c'est à dire 5/24. Ces deux exemples suffisent à montrer les bases du calcul auquel il faut de livrer pour satisfaire les uns et les autres. Ajoutons qu'on admet d'ordinaire que le douaire est soumis aux règles de la succession en matière d'exhérédation.Les exhérédés n'ont pas plus de droit au douaire qu'à la succession; ils ne prendront rien du tout,parce que le douaire fait partie des biens du père. L'exhérédation est une peine qui doit frapper tout aussi bien celui qui prétendrait venir à titre de douairier que celui qui voudrait accepter la succession comme héritier.

Comparaison entre le douai. des enfants et la légitime.

Je n'ajoute rien quand à l'extinction du douaire des enfants,parce que les mêmes règles s'appliquent qu'au douaire de la mère.Voilà le dessin général de ce douaire des enfants.Le douaire des enfants joue à leur profit un rôle tout à fait comparabl

Source : BIU Cujas

à celui de la réserve, ou mieux de la légitime.

Comme celle-ci, le douaire des enfants les protège contre les aliénations faites par le père, mais il les protège d'une façon plus complète que la réserve et même que la légitime. Il permet aux enfants de révoquer d'abord les aliénations à titre gratuit, entre vifs aussi bien qu'à cause de mort, donations ou testaments. Il permet en outre de révoquer les aliénations à titre onéreux tout aussi bien que celles à titre gratuit. Enfin le douaire des enfants met les enfants en garde contre le danger qui pourrait résulter des mariages successifs de leurs parents.

Le douaire des enfants s'est organisé chez nous au moment ou la réserve n'était pas encore fermement constituée. Il fait partie de toute une floraison d'institutions destinées à protéger la succession légitime contre les actes de disposition du de cujus et qui parfois, chevauchent les unes sur les autres.

La doctrine de notre ancien droit s'est donc constituée en matière de douaire du XIII è au XVIII ème siècle en se complétant et en se nuançant peu à peu. Dès son début, cette institution du douaire de la mère et des enfants fut bienfaisante et populaire. Sans doute elle rencontra quelques résistances que j'ai signalées, mais ces résistances ne l'ont pas sérieusement ébranlée. Elle est à travers les siècles restée robuste et a été presqu' universellement acceptée dans les Communes au XVI ème siècle. Ce n'est pas à dire qu'elle n'ait été l'objet d'aucune critique. Nos auteurs des derniers siècles nous le montrent. On en trouve l'examen peut être le plus complet au point de vue critique dans les Arrêtés du Président de Lamoignon Titre 34. On sait qu'ils ont été rédigés à un moment ou Colbert et le Président désiraient arriver à une certaine unification des Coutumes. Des conférences eurent lieu dont sortirent les arrêtés du Président de Lamoignon. Ils signalent, (tome II p.292) deux graves inconvénients du douaire: Le premier c'est son caractère réel" Le coutumier est fort onéreux et "fort incommode en ce qu'il est réel et se prend au fond "sur les héritages du mari, de manière que, du jour du ""mariage, le mari demeure privé de la possession et mê-"me de la propriété des héritages qui lui appartiennent.

La critique du douaire aux XVII è e XVIII è. Les Arrêtés du p de Lamoignon

Nous avons déjà bien des fois relevé cet inconvénient. Lamoignon en ajoute un second qui a dû a cette époque être très vivement ressenti ; "Il est encore aggravé par ceci que les arrêts ont jugés que les enfants douairiers peuvent revendiquer les héritages .... en l'état qu'ils les trouvent .... sans rembourser les améliorations qui y ont été faites.

Les enfants reprenaient le bien en l'état où il était quand il le réclamaient. Il avait pu arriver que

Source : BIU Cujas

des acquéreurs trente ou quarante ans auparavant, avaient fait des améliorations.Ces tiers n'étant réputés pas de bonne foi,car ils devaient savoir que le douaire existait n'avaient pas droit au remboursement de leurs dépenses et les enfants douairiers bénéficiaient injustement de l'accroissement de valeur de leur bien. Cela a fait impression au XVII° siècle où on a beaucoup défriché et beaucoup bâti. Le Président de Lamoignon signale que c'est à cause de ces deux inconvénients que de plus en plus on a eu recours au douaire préfix. Ce qu'il y a de curieux, c'est que par ces mots "Douaire préfix" il entend non pas toutte espèce de douaire conventionnel,mais un douaire qui, en fait,consiste en rente ou en somme d'argent garantie par un hypothéque sur les biens du mari. Cette interprétation trop étroite tient à ce que , en fait et dans l'usage,toutes les fois qu'on convient d'un douaire préfix ou conventionnel on l'établit en rente ou en argent,ce qui permet d'écarter les inconvénients sus-indiqués.

Le Président de Lamoignon déclare qu'il faut supprimer le douaire coutumier pour ne plus maintenir que le douaire préfix,douaire en rente ou en argent.

Le développement du douaire à la même époque.

Les craintes du Président de Lamoignon étaient invraisemblablement fondées.Cependant,le sentiment populaire restait si favorable au douaire que de l'aveu même du Président de Lamoignon,le douaire s'est plutôt developpé pendant toute cette période.La diffusion et l'augmentation du montant du douaire est telle que le Président de Lamoignon voudrait qu'on y mit un terme et qu'on ne permit un douaire conventionnel que du tiers des biens du mari,comme en Normandie. Pour justifier sa demande,il déclare que les douaires sont souvent fixés "à des sommes immenses". On en faisait une question de vanité.On augmente de plus en plus le douaire" d'autant plus que le mari ne paie jamais le douaire".C'est en effet un avantage dont il laisse toute la charge à ses successeurs.

Les doctrines nouvelles économiques et libérales du XVIII ème siècle devaient être encore plus hostiles au douaire que ne l'était le Président de Lamoignon et elles le restèrent malgré la diffusion du douaire en deniers ou de l'assignat et le caractère subsidiaire du douaire. Quoiqu'il en soit, et sans que l'on soit complètement renseigné sur la manière dont au XVIII ème siècle le douaire a été pratique dans les diverses provinces, toujours est-il qu'il disparu à la Révolution sans qu'aucun texte l'ait jamais abrogé. On a prétendu que l'abrogation du douaire résultait implicitement de la loi du I7 Nivôse an II sur les successions,Art.6I qui supprime toutes les coutumes,usage et statuts relatifs à la transmission des biens par succession ou donation"

disparition du douaire à la Révolution

Source : BIU Cujas

Pourtant le douaire ne rentre dans aucune de ces catégories. Le douaire de la femme est un avantage entre époux.Or l'art.I3 de la même loi valide'tous abantages entre époux nonobstant la disposition de l'art.I", auquel il fait exception sur ce point.L'art.I3 confirme donc la conclusion tirée de l'art. 6I à savoir que rien n'abroge l'institution du douaire. Cependant, la C de Cas. par un arrêté du 20 Octobre I807 a admis que l'effet abrogatoire par rapport au douaire résulte de l'art. I3.

Quand au douaire des enfants,on pouvait plus facilement soutenir son abrogation d'après l'art.6I puisque dans une cartaine mesure c'est un mode de trans mission à cause de mort. C'est bien ainsi que la loi du I7 Nivôse an II fut interprétée par deux décrets postérieurs,l'un du 22 Ventôse an II,art.49 et l'autre du 9 Fructidor an II art.24. N"anmoins, à supposer qu'il y ait là abrogation du douaire des enfants,il reste cette chose singulière que le douaire de la femme fut condammé sans qu'aucune disposition qui le mentionne, doit intervenue.

Silence du C.C. sur le douaire.

Au monent de la rédaction du C.C les rédacteurs ne pouvaient manquer de pender au douaire. Or eux aussi l'ont passé sous silence. On n'en trouve trace ni dans le C.C. lui même,ni dans les travaux préparatoires. Il semble qu'à cette époque,sous la pression de droit écrit,on inclinait à octroyer à la femme quelque chose d'analogue à ce que Justinien avait établi au profit du conjoint survivant, c'est à dire un droit d'usufruit par succession. Pourtant ce succession fut écarté sans qu'on ait songé à rétablir le douaire. Celui ci a été omis dans le C.C comme sous la Révolution,sans qu'on ait véritablement discuté à fond cette question.

Loi de I891

De bonne heure au XIX è siècle,on prit souci de l'intérêt de la femme veuve; Dès I849 on travailla à rétablir chez nous quelque chose qui put jouer le rôle du douaire.La proposition ne fut reprise que le 2I mai I872 (Delsol) Depuis cette date elle fut ababdonnée,puis reprise à nouveau et enfin ne parvint à être votée que dans la loi du 9 mars I89I qui à modifié l'art.767 du C.C. et accorde au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du conjoint prédécédé dont le montant varie suivant les héritiers appelés à la succession.En même temps il a accordé au conjoint prédécédé le droit d'accroitre cet usufruit par une disposition testamentaire.Cet art.767 est la dernière trace des préoccupations qui avaient inspiré le douaire.Ces préoccupations sont beaucoup moins grandes aujourd'hui qu'à l'otigine. A l'origine en effet,le droit de succession de la femme dans les biens de sa

Source : BIU Cujas

famille était souvent très réduit,tandis que peu à peu nous en sommes arrivés à une égalité complète entre fils et filles dans la succession.

Le douaire est la forme la plus ancienne des rapports pécuniaires entre époux. Il nous faut arriver à une institution qui a pris chez nous une très grande ampleur:la communauté des biens entre époux.

LA COMMUNAUTE DES BIENS ENTRE EPOUX.

Le premier stade de l'organisation du patrimoine conjugal a été chez nous celui du douaire.La femme vit avec son mari; le grand souci de la coutume est de prévoir son veuvage,de lui permettre de vivre alors avec ses enfants comme du temps de son mari,sans qu'on puisse l'expulser de sa demeure et la laisser sans ressources. Le douaire correspond à cette préoccupation et apparait le premier. Il s'agit ici d'un milieu barbare où l'on ne s'occupe guère de s'enrichir, où l'exploitation du domaine familial par le labeur commun suffit à assurer la vie de chaque jour,sans que les efforts quotidiens aboutissent d'ordinaire à un durable accroissement de richesses.

La communauté tat économique t considéra- ions auxquelles lle correspond.

Peu à peu l'aisance augmente. Le terre rend davantage. La main d'oeuvre de l'artisan se fait plus habile. La valeur des marchandises,le nombre des denrées s'accroissent .Dans cette société qui devient plus nuancée ,à côté du nécéssaire,le labeur persévérant permet d'arriver à quelque superflus,à acquérir un meuble, quelques vêtements,un beau manuscrit ou même un champ voisin qu'on achète ou dont on obtient l'exploitation en récompense de services rendus. Ce sont des accroissements de patrimoine,d'abord rares, dûs à d'heureuses conjonctures,dont on n'espère guère d'abord le renouvellement. Puis les accroissements se répètent,se multiplient, on peut prévoir qu'ils se reproduiront et il convient d'en fixer à l'avenir le sort pour éviter des dissentiments entre époux,des querelles entre leurs familles en cas de prédécès de l'un d'eux.Tous ces biens nouveaux sont en général acquis par le labeur commun des époux et insensiblement on prend l'habitude de leur en accorder la propriété à tous deux. Dans ce nouveau stade de la vie économique,on en vient à l'organisation distincte de tous ces biens qui n'étaient pas le patrimoine milial originaire et qui s'y ajoutent.

es acquisitions ouvelles faites en cours de ariage et le roblème de leur rganisation ridique.

Quand on songea à l'organisation de ces biens, on fut tout d'abord tenté de prendre celle

Source : BIU Cujas

qu' on avait déjà ,c' est-à-dire celle du douaire et on sait que,en effet, au cours des X & XI ème siècles,on rencontre chez nous le douaire appliqué aux acquèts. (Lemaire.Le douaire des acquèts)Cette forme du douaire à semblé insuffisante par la suite,on le comprend facilement.L'attribution à la femme survivante d'un douaire,c'est à dire d'un simple droit de jouissance après la mort de son mari se comprend quand il s'agit de biens de famille du mari,dont la propriété ne pas être accordée à la femme,même pour moitié.On se résignerait difficilement à laisser ces biens changer de famille puisqu'ils ont pour but d'assurer le maintien du groupe familial à travers les différentes générations. Il ne serait pas raisonnable de permettre une émigration des biens d'une famille à l'autre.Quand il s'agit au contraire de ce superflus acquis ensemble et qui est le fruit d'une activité individuelle supplémentaire, à laquelle la famille n'a aucune part,il n'y a plus de raisons d'en refuser la propriété entière à ceux qui l'ont gagnée par leur travail,et on arrive au profit de la femme à lui reconnaitre,non plus seulement un gain de survie comme dans le douaire,mais un droit de pleine propriété qu'elle va partager avec son mari, et transmettre à ses héritiers.Ainsi s'explique l'avènement un peu tardif de la communauté à laquelle nous arrivons.

L'importance croissante de la communauté par rapport au douaire du I3 è siècle à nos jours.

Ce mode de répartition de certains biens entre gens mariés est déjà formée au XIII è siècle,on le rencontre dans Beaumanoir.Mais on sera frappé combien chez Beaumanoir la communauté apparait comme une institution récente. Elle n'a dans l'ensemble dy régime des biens entre époux qu'une petite importance.Elle est situé à un degré bien inférieur à celui du douaire qui est l'institution prépondérante.Par la suite,à mesure que chaque génération apporte une somme plus grande de richesses, cette communauté va gagner en force et en autorité,tant et si bien que la communauté entre époux deviendra à la fin de notre ancien droit, la pièce maitresse de l'organisation du patrimoine conjugal. Elle l'emportera sur le douaire.Elle survivra à la Révolution et constitue encore aujourd'hui le centre de notre régime des biens entre époux.

J'ai la pensée d'étudier tout d'abord,comme pour le douaire la communauté au XIII è siècle,en en cherchant les règles dans Beaumanoir.Dès que nous connaitrons bien ce fonctionnement de la commmnauté au XIII è siècle,nous tâcherons de jeter un coup d'oeil sur la question obscure de des origines. Puis nous partirons de la communauté du XIII è siècle pour étudier ensemble les changements considérables qu'elle à subis depuis le XIII è siècle jusqu'à la Révolution,

Source : BIU Cujas

c'est à dire jursqu'au Code.

La Communauté au XIII ème siècle

La communauté dans Beaumanoir observations sur la place des institutions dans son ouvrage

On trouve dans Beaumanoir un chapitre XXI, qui n'a pas pour titre le régime de communauté et qui s'appelle "De compagnie et d'oster enfant de bail". Ci commence li.XXI. chapitre de cest livre liqueus parole comme compaignie se fet et le peril qui i est, et d'oster enfant de son bail."

L'intitulé de ce chapitre peut provoquer quelque surprise. Il s'agit de la compagnie d'abord, puis du péril qui est en compagnie, et enfin d'oter son enfant de bail. Il semble qu'on soit en présence de matières assez différentes les unes des autres. Beaumanoir a voulu, en réalité, traiter dans ce chapitre du fonctionnement des Sociétés. Il examine un certain nombre de sociétés qui peuvent être formées et qu'il appelle communautés. Elles se forment par la coutume ou par convenance, c'est à dire par convention. Il y a des sociétés qui existent de plein droit et d'autres qui résultent d'une convention.

Les différentes sortes de sociétés.

Sociétés formées par la coutume. leur danger. La communauté résultant de la vie au même pain et potpendant un an et un jour.

Ces sociétés qui sont fondées sur la coutume sont dangereuses et c'est pour cela que Beaumanoir croit devoir nous instruire sur le péril où peut tomber chacun de se trouver en sosiété sans l'avoir voulu. C'est à cause de cela qu'il y a lieu de s'en méfier. Le N° 625 indique cette sorte de compagnie qui se forme si facilement qu'on ne se doute pas de sa naissance: "La quarte maniere par quoi compaignie se fet si est le "plus perilleuse et dont j'ai veu plus de gens deceus: "car compaignie se fet seloncnostre coustume pour seu- "lement manoir ensemble à un pain et un pot. I an et "I jour puis que li mueble de l'un et de l'autre sont "mellé ensemble.... " Il suffit donc alors d'avoir vécu et habité ensemble, mangé au même pain et pot pendant un an et un jour, et d'avoir confondu pendant cette année les meubles qu'on possédait pour être réputés communs et pour que la propriété des moubles dont on jouissait seul jusqu'alors soit devenur commune. C'est si bien un résultat qui n'est pas nécessairement voulu par les parties que Beaumanoir nous avertit d'y prendre garde, "Dont, dit-il nous avons veu pluseurs riches Hommes qui prenoient leurs neveus ou leur nièces ou aucuns de leur pôvres parens pour cause de pitié, et quant il avenoit que il avoient aucuns muebles, il les trecient a aus pour garder et pour garantir à celui qu'il prenoient à compaignie pour cause de bonne foi..." Ils s'en sont repentis, parce que du fait seul de la confusion des biens, ces hommes riches se sont trouvés dépouillés de la moitié de leur avoir au profit de ces pauvres gens

Source : BIU Cujas

dont ils avaient eu pitié et qu'ils avaient pris pour cela avec eux."...ne pourquant il ne mellassent ja si poi des biens a ceus qu'il prenoient avec les leur, puisqu'il i fussent.I. an et I.jour que compaignie ne se fist.Si que nous avons veu aprouver par jugement que cil qui n'apporta pas en la compaignie la value de .XL.s.et n'i fu pas plus de .II. ans ne se melloit de riens,ainçois fu apelés avecque un sien oncle pour cause de pitié pou li nourrir,demanda partie pour la reson de l'accompaignement..... "Il demanda le partage avec son oncle qui l'avait pris en charge par pitié et l'emporta par jugement"... et l'eut par jugement,et en porta qui valut plus de II lb; et par cel jugement puet l'en veoir le peril qui est en recevoir tel compaignie."

On voit le péril de ces sociétés qui résultent de la coutume et de la vie en commun pendant l'an et jour. Cette sorte de communauté a été très répandue, pendant tout notre ancien droit,entre parents,entre frères et soeurs après la mort des parents et même entre gens qui, sans être parents,habitaient ensemble et participaient à une même exploitation.

La communauté continuée entre parents et enfants.

Beaumanoir indique à côté de cela bien d'autres expèces de société,notamment la communauté continuée entre les parents et les enfants. Un des deux époux meut et les enfants continuent à vivre avec le survivant de ces parents. Faute de règlement de compte de partage, après la mort du précédè,les enfants sont considérés comme participant pour la moitié aux meubles de la communauté toute entière. Ils forment une tête et se présentent au lieu du prédécédé auquel ils succèdent. Cette communauté continuée n'existe plus aujourd'hui,puisque le C.C. n'en parle pas, mais en fait elle est pratiquée dans nombre de familles,où , faute d'inventaire,la vie commune continue après le décès d'un des parents.(B.N° 628.)

Compagnie se formant par convenance.

Puis Beaumanoir parle de compagnies qui se forment par consentement,les compagnies de marchandises,ou faites par une entreprise déterminée,pour acheter un immeuble, exploiter un fonds(B.N°624).

La communauté entre époux.Son rapprochement avec les précédants.

Enfin, à coté de tout cela,et même en tête du chapitre,Beaumanoir place sur le même pied les compagnies qui se forment entre époux,la communauté entre époux. Je ne veux tirer de ce que je viens de dire que cette remarque: que la communauté entre époux n'est qu'une catégorie à peine distincte dans l'ensemble des associations et il faudra longtemps pour que la doctrine arrive à l'en dissocier nettement. Cette communauté résulte de deux grands principes que l'on rencontre dans tout notre ancien droit coutumier,c'est d'abord

Principe fondamental auquel elle se rattache concernant la propriété mobi-

que les meubles sont réputés la propriété de tous ceux

Source : BIU Cujas

lière

qui en ont légitimement l'usage .On ne distingue guère alors propriété et possession. Quiconque est amené à prendre légitimement possession d'un meuble,en est traité comme propriétaire. On connait l'exemple célèbre du bail ou de la gardeUn des deux parents, ou tous deux, viennent à mourir,l'enfant est encore mineur. Il faut lui donner un soutien .Celui-ci est choisi diversement selon les biens à sauvegarder.Le gardien à qui l'on va confier l'enfant et qui assurera les services du fief, prendra en mains toute la fortune de l'enfant,meubles et immeubles. Les immeubles,il en sera comptable et devra les restituer à la fin du bail. Au contraire, du jour où il entrera en possession des meubles il en sera consideré comme propriétaire,il n'aura pas à en rendre compte à la fin de la garde,il les conservera pour lui, mais, et c'est le second principe,il sera en échange, responsable des dettes de l'enfant.Les meubles sont considérés comme la contre partie des dettes que le gardien doit payer au nom de l'enfant et sont aussi la rémunération forfaitaire de sa peine pour surveiller le mineur. Cet exemple n'est qu'une application de la règle qui unit juridiquement les dettes aux meubles;le régime de la communauté dont nous parlons en est une autre.

Voilà pourquoi, dans ce chapitre qui, au premier abord,parait construit de façon bizarre,après avoir indiqué comment se fait compagnie,Beaumanoir s'occupe de la façon dont on peut ôter un enfant de bail. Le gardien acquiert les meubles de l'enfant,devient le soutien de celui-ci et est responsable de lui pénalement. Cette confusion de biens accompagnée de responsabilité qui incombe au gardien,peut comme la communauté elle même,devenir dangereuse notamment si l'enfant est indocile et vicieux,si bien que le gardien pourra désirer se soustraire à la responsabilité qui pèse sur lui, en faisant sortir l'enfant de sa garde,en lui rendant ses meubles et en rejetant pour l'avenir toute responsabilité.

Voilà en substance ce chapitre où Beaumanoir expose les règles de la communauté entre époux, au milieu de celles qui gouvernent toutes les associations, en même temps que les moyens de parer aux dangers qu'entraine la prise en charge des meubles.

La communauté dans Jostice et Plet et dans les Etablissements de Saint-Louis.

Cette conception encore un peu confuse n'est pas spéciale à Beaumanoir; On la retrouve dans d'autres auteurs du XIII è siècle,ainsi dans Jostice et Plet Ch.XII .24.§ 5.P.256,il est question de la communauté entre femme et mari,sans qu'elle apparaisse comme quelque chose de bien distinct. " Et se home conquiert,lui "et sa femme,et meure, sa feme sera heir en la moitié "pær la raison de la compoignie;et des mobles ausint".

Source : BIU Cujas

Ce terme "hérité" n'est pas d'une très grande correction technique,mais l'auteur l'a employé parce qu'il ne différencie pas bien la qualité hétitier et celle de copropriétaire ou communiste. Ce sont généralement les cohéritiers qui sont copropriétaires, la femme et le mari ont mis en commun la propriété de leurs meubles le résultat est le même que si la femme héritait de cette moitié puisqu'elle est tenue de la moitié des dettes. Le livre de Jostice et Plet ne dit d'ailleurs que peu de chose sur cette communauté,qui est encore une institution très récente pour être bien élaborée.

Dans les Etablissements de Saint Louis L.I.T. I43" De mariage de povre fame et de riche home",l'auteur nous présente à l'ovcasion de la femme un exemple voisin de celui de Beaumanoir quand il nous parlait de l'oncle riche grugé par ses neveux." Se aucuns hom qui "avroit grand muebles prenoit une fame qui n'aust rien: "et li hom se morust, tout n'aüssent il nul oir si "avroit la fame la moitié des muebles." Et ce une fame " bien riche prenoir un home bien povre et ele se mo- "rust,si avroit il la moitié des muebles. Et einsinc " peut l'en entendre que li mueble sunt communal"....

Les meubles sont l'objet d'une propriété commune au profit de ceux qui en jouissent en commun.Ils appartiennent pour moitié à la femme et pour moitié au mari,chacun d'eux laissant sa moitié aux enfants issus de lui, et non pas à ceux des lits postérieurs, c'est ce qui explique les Etablissements de St Louis dans la fin du chapitre ainsi conçu: " Et se einsinc estoit " que quand li riches hom avroit prinse la povre fame "et elle en ait heir et li home se morust,et elle "freist autre seignor et il aussent oir et il se morust " et la mère,et li enfant dou premier et dou darrein "seignor voussissent partir les muebles ensemble.Cil "don premier seignor i avroient de tos les muebles "qu"il avroient troué en estant,fussent euves ou vai- "siaux,ou coites,ou bestes,ou huches qui soient don "tens au premier seignor,la moitié tuit seul,et l'au- "tre par la raison de la mère,si seroit partie entre "les premiers et les darreins,en itele maniere avront "li enfant don premier père,la moitié des muebles,et "l'autre moitié si sera partie entre les premiers et "les darreins par la raison de la mere,si come nous "avpns dit dessus".

La communauté n'a au XIII è siècle,encore rien de bien particulier au mariage. Elle résulte de la vie en commun,de ce qu'il s'agit de meubles et "que les meubles sont communals.

Il nous faut maintenant étudier le fonctionnement de cette communauté qui s'est constituée par différenciation lente de la communauté taisible et

Source : BIU Cujas

sans qu'on s'en soit bien expressément occupé.

Formation de la communauté entre gens mariés, depuis Beaumanoir.

Comment va se former cette communauté entre gens mariés ?Pour le savoir, lisons le N° 622 de Beaumanoir:" Chascuns set que compaignie se fet par mariage car si tost comme mariages est fes, li bien de l'un et de l'autre sont commun par la vertu du mariage." Il suffit qu'ils soient mariés. Par conséquent, à la différence du douaire, point n'est nécéssaire qu'il y ait eu entre les époux communauté charnelle. Certaines coutûmes exigent pourtant cette consommation du mariage pour la formation de la communauté. Ce sont sans doute les plus anciennes, celles qui se rattachent à une époque où le caractère matériel du mariage avait été plus sauvegardé.

Formation de cette communauté par le fait seul du mariage, sans convention spéciale et de façon impérative.

Il suffit qu'il y ait eu mariage. Nous ne sommes plus dans le cas où la communauté se forme par un an et un jour (Cf. N° 625) Ici le délai d'an et jour est supprimé et remplacé par la formation même du mariage.:pour que cette compagnie se forme, peu importe la consistance des biens de chacun des deux époux; le N° 502 de Beaumanoir l'indique bien. Après avoir parlé des meubles qui appartiennent à l'un et à l'autre, il ajoute " ... et fust encore ainsi qu'il ni eust nul mueble fors que ceux que la fille apportera a mariage du pere ou de la mere, par la reson de l'accompaignement du mariage". Et comme cette communauté existerait à supposer même qu'il n'y eu pas dans la communauté d'autres meubles que ceux apportés par la fille de son père ou de sa mère: les deux époux en partageront par moitié la propriété.

Il n'y a pas besoin non plus qu'il y ait eu convention particulière. Il suffit que les deux époux soient mariés pour que leurs meubles soient soumis à ce régime. Beaumanoir ne nous dit pas non plus qu'on puisse échapper à cette règle coutumière qui est de droit commun .La coutume impose dans tous les cas ce régime que la volonté des époux ne peut écarter. Il est même à croire, car Beaumanoir ne fait aucune reserv. de ce genre, qu'on ne pourrait pas se soustraire à cette communauté en veillant à ce que les meubles de l'un et ceux de l'autre ne soient pas mélés. "La communauté résulte de la seule vertu du mariage".

Composition de la communauté.

II- La communauté ainsi formée, de quoi va-t-elle se composer?

Il faut examiner d'un côté son actif et de l'autre son passif.

Actif: Tous les biens des deux époux sauf soumission à une Administration

La lecture de Beaumanoir amène à penser que cette communauté entre époux va comprendre tous les biens qui appartiennent aux époux, même les meubles et tous les biens propres appartenant à chacun d'eux.

Au N°622 en effet Beaumanoir ne spécéfie pas qu'il

Source : BIU Cujas

spéciale,les propres des deux époux.

s'agit de meubles,tous les biens de l'un et de l'autre semblent faire partie de la même masse conjugale.La meilleure preuve en est que,par application de cette communauté on va organiser un regime particulier d'administration des biens qui va s'appliquer même aux biens propres de chacun des époux et non pas seulement aux biens meubles qui pourtant seuls sont communs.Le N° 622 continue:" Mes voirs est que tant comme ils vivent ensemble,li hons en est mainburniserres et convient que la fame suefre er obeisse de tant comme il appartient a leur muebles et as despueilles de leur eritages;tant soit ce que la fame i voie perte tout apertement ,si convient li qu'ele en suefre la volonté de son seigneur. Mes voirs est que le tresfons de l'éritage qui est de par la fame ne puet li maris vendre, se ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa fame".. Ce tréfonds de l'héritage tombe bien en communauté, mais,au point de vue de son aliénation, il est soumis à des règles particulières,le mari ne pourra en disposer que de l'octroi de sa femme. De même,les propres du mari entrent dans ce patrimoine commun,mais sont soumis pour leur administration à des règles particulières Ils ne peuvent être aliénés sans le consentement des deux époux.Il en est de même des propres de la femme. "Le tréfons de l'éritage qui est de par la fame ne puet "li maris vendre si ce n'est de l'octroi et de la vo-"lonté de la fame,ne le sien maisme,se ele ne renonce " a son douaire,qu'ele n'en port son douaire,se ele le "seurvit." De même l'aliénation des propres du mari ne sera possible que du consentement de la femme parce qu'elle a sur les biens du mari un douaire dont il ne peut pas ne pas tenir compte. Il y a donc dans cette communauté d'abord :I°-les meubles et les dépouilles, c'est à dire les revenus des immeubles propres de chacun des époux et 2° le tréfonds des héritages.

Sort des conquêts immeubles.

On doit remarquer que Beaumanoir ne vise pas directement les conquêts immeubles acquis postérieurement au mariage;nous verrons que relativement à ces conquêts,le régime est resté un peu incertain.

La communauté comprend donc les meubles,les conquêts immeubles,les fruits et revenus des biens des époux et dans une certaine mesure le tréfonds de ces immeubles.

Passif.

Dettes mobilières de chacun des époux.

Beaumanoir ne nous renseigne pas là sur la composition du passif de la communauté.Comme la systématisation du régime de communauté n'est pas encore bien organisée,c'est ailleurs qu'il en parleN° I334: " Se fame veve plege ou fet dete ou tans que sa vevé " et ele se marie,l'en puet bien suir le baron en laie "court et convient qu'il en responde,car ele revient "à la juridiction laie." On voit bien l'hypothèse :

Source : BIU Cujas

Une femme veuve s'est obligée pour autrui, ou elle a fait une dette au temps de son veuvage. Elle avait pleine liberté en ce moment. Cette dette est tombée dans son passif mobilier. Elle s'est remariée. Le N° 1334 nous explique qu'on pourra poursuivre son nouveau mari pour cette dette, parce que cette dette rentrait dans le passif mobilier de la femme qui est tombée dans la communauté dont le mari répond. On peut pour cela s'adresser à la juridiction laïque parce que en cessant d'être veuve la femme cesse de ressortir à la juridiction ecclésiastique.

Les dettes mobilières de la femme tombent donc dans la communauté avec tout l'actif mobilier. Un autre passage du Livre de Jostice et Plet L.XIX T.25 § 3 et § 4 confirme bien cette règle.

§4- Et se la feme que je prendrai doit, et n'a riens, et je aie assez, sui-je tenuz à sa dete, ou ele en cete forme ? Oil, car je la praing atot son fès, et ele moi atot le mien.

§ 3- Or véous se aucuns se muert, et il n'a pas de quoi il puisse paier sa part de la dete, se cil qui remaint est tenuz à la soldre? L'en dit que oil; porce que la dete fut fete commune, chascun i est tenuz por le tot. Et se li uns ne li autres n'a nulle chose, cil qui remaint vis est toz jours tenuz, ne ne puet riens aquerre ne gaagnor que lui et ses choses ne soient tenuz.

Ainsi donc pas de doute: les dettes mobilières tombent dans la communauté et chacun en répond. Le livre de J et P. affirme que chacun en est tenu pour le tout. D'après Beaumanoir cela n'est vrai que sous réserve. Il y a d'autres dettes d'ailleurs dont il ne faudrait pas dire cela. Ce sont celles qui grèvent le tréfonds des héritages de chacun des époux: les dettes immobilières, car elles sont des charges de l'immeuble. Elles restent propres à chaque époux.

Dettes contractées au cours du mariage

Enfin existent les dettes contractées en cours de communauté, celles-là aussi sont à la charge de la communauté et doivent être payées par elle et poursuivies contre elle.

Tel est le passif de la communauté.

III -Etant connue la composition de la communauté comment sont administrés les différentes sortes de biens ?

Pouvoirs absolus du mari quand aux meubles et dépouilles.

Il y a lieu d'établir entre eux certaines différences au point de vue de leur administration. Le principe général qui les domine tous et Beaumanoir n'hésite pas à l'indiquer, c'est que le mari est mainbour de sa femme, c'ést à dire qu'il est relativement

Source : BIU Cujas

à toute la fortune du ménage,celle de la communauté, celle de sa femme et la sienne propre,le chef et l'administrateur de tous les biens. N° 622 " Mes voirs est que,tant comme ils vivent ensemble,li hons en est mainburnisseres et convient que la fame suefre et obeisse de tant comme il appartient a leur muebles et as despueilles de leurs éritages." La femme est obligée de se soumettre à son mari relativement à ses intérêts pécuniaires.." tout soit ce que la fame i voie perte tout apertement, si convient il qu'ele en suefre la volonté de son seigneur." Si même la femme prévoit que la gestion du mari la conduira à une perte totale il convient qu'elle se soumette encore et obéisse.Mais, d'une part cette soumission ne met pas la femme en état d'incapacité. Elle peut par elle-même s'obliger valablement,sauf à voir limiter la portée de ses obligations dans la répercussion contre son mari. Et d'autre part,l'indépendance d'action du mari n'est complète que s'il s'agit des biens communs: meubles et dépouilles.

Nécéssité du consentement de la femme pour vendre les héritages.

Quant aux immeubles au contraire,qui appartiennent à chacun des deux époux,la règle est inverse: les actes des époux n'ont pleine efficacité que s'ils sont accomplis d'accord par tous deux. Ainsi le mari ne peut vendre le tréfonds du bien de sa femme sans la participation de celle-ci qui en est propriétaire. De même pour vendre ses biens,le mari a besoin du consentement de sa femme,parce que sur ces immeubles porte le douaire de la femme qui grève réellement le bien au profit de la femme .

Les dettes sont en principe la charge des meubles. Différence au point de vue des meubles, des dettes délictuelles du mari et de celles de la femme

Quant aux dettes, elles sont diversement exécutoires selon leur nature. La règle générale c'est qu'elles sont la charge des meubles; elles doivent être payées en principe sur les meubles et celui qui en est d'abord responsable est celui qui a pouvoir sur les meubles,c'est à dire le mari. Il est aussi en principe le seul à pouvoir, par son acte, donner aux dettes leur caractère exécutoire sur les meubles,qu'il s'agisse de dette contractuelle ou délictuelle.Pour les premières,cela n'est pas étonnant puisque toute la gestion du patrimoine appartient au mari,qui a droit d'engager la communauté,c'est à dire tous les meubles. Pour les dettes délictuelles,la chose est bien plus curieuse : Beaumanoir s'en occupe dans quelques passages .N° 930 il y est question du crime de forfaiture. Lorsque c'est le mari qui a commis la forfaiture,les conséquences ne sont pas traitées comme lorsque la forfaiture a été commise par la femme.. L'art.930 fait en effet une distinction très nette: si la forfaiture vient de la femme,c'est exclusivement sur ses propres qu'on pourra exiger le paiement de l'amende; le seigneur haut justicier qui a droit de toucher l'amende ne

Source : BIU Cujas

prendre que les héritages de la femme pour s'en payer, parce que c'est la femme coupable qui doit, mais il ne devra pas toucher aux meubles de la femme,parce qu'en principe ces meubles sont au mari," mainburnisseres " de toute la communauté. Faute d'une somme suffisante tirée des immeubles de la femme,le seigneur sera en face d'une insolvable et ne sera pas payé.

Au contraire,si c'est le mari qui a commis la forfaiture,alors tous les meubles de la communauté seront grèvés de l'amende qui provient d'une dette délictuelle du mari,le seigneur peut les prendre tous, car,dit Beaumanoir " tuit li mueble sont à l'homme le "mariage durant "en ce sens que bien qu'à la dissolution de la communauté,on doive partager les meubles communs,pendant le mariage ils ne sont qu'au mari.

Le N° 931 statue de même pour le cas de bannissement entrainant confiscation :si c'est le mari qui a été banni le seigneur prendra tous les meubles, aussi bien la part de la femme que celle du mari, les dépouilles des héritages tant de l'un que de l'autre et celles des conquêts. Le seigneur ne devra laisser à la femme que sa maison "tant seulement en laquele " ele doit avoir le couvert pour son cors garantir ". La solution est très dure,la femme sera complètement dépouillée et ne gardera que ses propres immobiliers. Aussi Beaumanoir concède -t-il que le seigneur,pour cause de pitié,devra laisser à la femme au moins de quoi vivre " Ne pourquant pour cause de pitié,se la " fame qui est sans coupe demeure en tel point,et ele " n'a pas amis qui ne li puissent ou ne li veuillent " aministrer son vivre,trop grans cruautés seroit que " l'en la lessast mourir de faim ou desesperer par " povreté qu'ele n'avroit pas aprise,et pour que ce li " seigneur qui tiennent ce qui sien fust se ses barons " fust mors,li doivent donner soutenance de vivre et " de vestir,s'il ne le veulent fere,il en doivent " estre contraint par le souverrain."

Voilà le dessin général de l'administration de l'actif et du passif des biens conjugaux.

Pouvoirs absolus du mari sur les meubles.Conséquences en ce qui concerne les dettes contractuelles et délictuelles du mari.

Il importe de reprendre,pour mieux fixer les règles de leur administration,chacune des trois catégories de biens que nous avons distinguées.

I°- Biens communs .

En principe, durant la communauté ils sont considérés comme biens du mari !" par ce apert-il que tuit li mueble sont à l'homme le mariage durant" C'est pour cela que le seigneur,haut justicier,peut les saisir tous pour le délit du mari. C'est pour cela aussi que le mari a le droit de les aliéner à son caprice et sans que la femme puisse s'y opposer ni s'en plaindre . Mais d'une part le droit du mari

Source : BIU Cujas

se limite à la dissolution de la communauté de telle manière qu'on ne lui permettra pas de préjuger, durant la mariage du sort qui sera fait à ses biens après la dissolution, et d'autre part, à la dissolution de la communauté, la femme sera investie d'une part de copropriété dont l'attribution éventuelle réagit durant le mariage sur la conception même du droit qui lui est accordé durant la communauté sur les meubles.

Limitation du droit du mari de disposer des meubles à cause de mort seulement pour la part.

Beaumanoir signale la première limite au droit du mari au N° 930 infine :" après la mort de l'un ou de l'autre partissent li oir aussi bien devers la fame comme par devers l'homme." Le bien meuble devant au moment de la dissolution de la communauté, ce partager entre les époux ou leurs héritiers, le pouvoir du mari durant la communauté ne peut aller jusqu'à en disposer pour après la dissolution. Son pouvoir de disposition ne dépasse pas la part qui lui sera attribuée après la dissolution, c'est à dire la moitié du meuble. Cf Beaumanoir N° I928:" Mes s'il ordonne en son testament à rendre par la main de ses exécuteurs, la fame peut retenir la moitié du torfet seur li..." La femme étant survivante, si son mari a disposé de ses biens à cause de mort, elle ne sera pas obligée de tenir compte de cette disposition dans la mesure où elle dépasserait la part du mari er empiéterait sur la sienne.

En conséquence, un clernosynarius, afin de désintéresser ceux à qui le mari a fait du tort ne pourrait employer au profit des créanciers du mari, que la part de celui-ci dans la communauté, c'est à dire la moitié:" car la partie du mort ne doit pas payer tout le torfet, et la fame en porte toute sa partie quitte sans rien paier."

Impossibilité pour la femme de disposer des meubles de la communauté ou de les obliger sans autorisation du mari.

La seconde remarque fait pressentir toute la complexité nuancée de la situation de la femme. Les biens communs étant au mari durant le mariage, la femme ne peut en principe en disposer: N° I974 " Voirsest que nus dons que fame mariee face, soit sur son éritage ou d'aqueste ou de muebles, ou tans de son mariage, n'est à tenir que ses barons ou si oir ne le puissent rappeler s'ele ne le fist de l'autorité et de l'assentement de son baron." La femme n'en peut disposer qu'avec autorisation du mari, sinon ces dons en biens de communauté ne sont pas opposables au mari qui peut les rappeler, c'est à dire les faire tomber . Il est question ici non seulement des meubles communs, mais encore des héritages ou des conquêts de la femme, parce que ces héritages ou conquêts propres quand au tréfonds, sont communs quant aux issues et à toute la jouissance qui tombe en communauté et de ce chef hors de la disposition de la femme seule. De même les dettes que la femme contracte pendant la durée de la communauté ne grèvent pas les

Source : BIU Cujas

meubles communs,pas même la part de la femme dans la communauté,car durant la communauté les biens meubles sont au mari. Ces dettes ne seront pas nulles,mais faute d'autorisation du mari elles ne seront pas exécutoires sur les biens de la communauté,pas plus que sur ceux de la femme,parce que pendant cette durée les propres de la femme appartiennent à la communauté quant à leur jouissance. Mais dès que la communauté sera dissoute, elles deviendront exécutoires contre la femme, C'est ce que dit le N° I335 :" Se feme plege ou tans de son baron sans s'autorité et li barons muert et ele est suie e la plegerie,ele en doit respondre; car si tost comme ses barons est mors,ele revient en sa pleine poosté et convient qu'ele résponde de son fet,tout soit ce qu'ele n'en fust pas tenue a respondre ou tans de son baron."

Nous avons déjà relevé des solutions correspondantes quand il s'agit de dettes délictuelles de la femme,soit au sujet de la forfaiture,soit au sujet du bannissement.

Conséquences du droit éventuel de la femme sur les biens communs

Même durant le mariage,la femme est parfois considérée comme pouvant invoquer par avance cette copropriété éventuelle qui doit lui advenir à la dissolution. La femme ne peut rien prendre des biens communs,puisque pendant le mariage ils sont au mari. le N° 928 suppose une femme qui s'en va avec un autre homme,en emportant une partie des biens communs. Beaumanoir déclare néttement que la femme n'a aucun droit sur ces biens: " car la fame n'a riens en la propriété des choses son mari tant il vive,pour mauvesement user,car s'ele perdait par fere mauvés marchié,si le pourroit ses barons rapeler."

Cependant, on tire de cette propriété éventuelle une sorte d'adoucissement aux conséquences de la soustraction par la femme. Elle ne peut être poursuivie pour vol, dit Beaumanoir ." Nepourquant ele en sa personne,tout soit ce qu'ele en use mauvesement,ne doit pas estre justicie comme larronesse pour la reson de la compaignie et du droit que li mariages donna." Parce qu'elle a sur les biens, un droit éventuel issu du mariage,elle ne sera pas considérée comme voleuse . Sa condition sera très différente de celle de son complice qui " sera justiciés comme lerres". C'était du reste déjà la solution du droit romain,mais pour des raisons un peu différentes.

De même la femme ayant un embryon de droit sur ces biens,il pourra se faire qu'elle obtienne le droit de se servir des meubles pour sa subsistance avec l'autorisation du Juge. Si par exemple son mari l'a maltraitée, a voulu vendre l'héritage de sa femme

Source : BIU Cujas

l'a menacée de la tuer,l' a battue,la femme aura le droit de quitter son mari. Pour ceci elle se fera autoriser par le juge à prendre dans la communauté ce qui lui est nécéssaire pour vivre: " pour tous ces cas B. N° I629 :" En aucuns cas eles n'i ont pas bon demourer ainçois doivent estre escusées de l'esloignement s'eles le font; car quant li mari les menacent a tuer ou a afoler,ou quant il ne leur vuelent donner que boire,ne que mangier ne que vestir sans mesfet pour eles metre a mort etc... pour tous teux cas doit estre la fame escusée s'ele s'esloigne de son mary et puet requerre a justice qu'ele ait des biens communs pour sa soutenance,et la justice le doit fere soufisaument.

Seulement, en lisant un peu plus loin,on voit qu'il n'y a pas là un véritable partage,mais une attribution purement provisoire."Nepourquant il n'i a nule division comme de moitié ne de quart , nes les despueilles de son propre éritage n'en porteroit ele pas selonc nostre coustume; donques convient -il qu'eles soient secourue par l'office as juges et selonc leur loial estimacion." et au N° I630, il reconnait au juge un droit de contrôle sur la conduite de la femme: " Si li juges li baille des biens communs pour sa soutenance, s'il avient qu'ele mene mauvaise vie ou tans qu'ele est hors de son mari.... ele doit perdre ce que li juges li bailloit de son office pour sa soutenance ... "

Cas exceptionnels où la femme prend la direction du ménage et oblige les biens communs.

Une seconde conséquence montre encore qu'il y a lieu de tenir compte de ce droit éventuel de la femme. Quand,par suite de circonstances variées,la direction du ménage échappe au mari,il peut arriver que la femme soit amenée a prendre en main l'autorité dans la maison. Alors on déclare que la femme n'étant plus cachée par l'ombre de son mari, pourra user des biens communs de la même manière qu'en pouvait user le mari : Cf N° I336 : En aucun cas,serait la fame tenue à respondre de sa déterie,uu de sa plegerie ou tans de son baron,si comme se ses barons est fous ou hors du sens; si qu'il est aperte chose qu'il ne se mele de riens et que la fame fet et mainburnist toutes les choses qui a sus appertiennent; ou se la fame est marcheande d'aucune marcheandise dont ses barons ne se set meller,lequele marcheandise li baron li lesse demener pour leur commun pourfit, ou se li barons est en estranges terres, fuitis ou bannis ou emprissonés, sans esperance de revenir.. "

En principe la femme n'est jamais tenue de répondre de sa dette pendant la durée du mariage : il en est autrement quand son mari est fou,ou si la femme est marchande publique et que son mari l'ait su " car autrement seroient mout de bonnes gens honnies qui

Source : BIU Cujas

baillent le leur a tele maniere de fames,et eles meismes en perdroient leur chevissance."

Dans certains cas la femme prend donc la direction. Dans ce cas elle peut être poursuivie comme le mari le serait lui-même pendant la durée du mariage. Beaumanoir ne dit pas sur quels biens ? Sur ses propres d'abord,mais aussi sur tous les biens communs,puisque quand elle ne peut être poursuivie que sur certains biens Beaumanoir ne manque pas de le dire N° 931, et parce qu'il n'y a pas de raison de traiter différemment de ceux du mari,les engagements de la femme pris pour la vie du ménage. Tous sont censés servir à l'existence commune et quotidienne et comme c'est par suite des circonstances,la femme qui doit mener toute la maison,il est naturel qu'elle ait aussi pleine capacité que son mari. Cf N° 931 dans le même sens. Du reste la raison donnée par Beaumanoir en faveur de cette solution,c'est que les tiers ont pu s'y tromper. Voyant la femme subvenir à toutes les dépenses,ils ont pu penser que le mari avait donné mandat à sa femme et autorisait par avance tous les engagements qu'elle pouvait prendre.

Voilà le sort des biens communs. L'administration en appartient au mari,de même la disposition. Dans certains cas elle peut passer à la femme.

II- Biens propres.

Peu importe qu'ils soient propres de succession, c'est-à-dire qu'ils viennent à l'époux de sa famille, ou qu'ils soient acquêts,c'est-à-dire aient été acquis par le mari ou la femme avant leur mariage Tous ces biens là,que les époux possèdent à un titre quelconque au jour du mariage,sont propres de communauté. Il y en a deux catégories: les propres de la femme et ceux du mari.

Le mari ne peut vendre les propres de sa femme sans son autorisation.

Les propres de la femme sont la propriété de celle-ci. Le mari s'il veut les vendre a besoin de l'autorisation de la femme. Cf. Beaumanoir N° 622 : " Mes voirs est que le tréfons de l'éritage qui est de par la fame,ne puet li maris vendre,se ce n'est de l'octroi et de la volonté de sa fame. "

La règle est donc certaine. Il faut l'autorisation de la femme pour vendre son héritage.

Nécéssité d'obtenir la renomination de la femme à son douaire pour aliener valablement les propres du mari

Quant aux biens du mari,N° 433,celui-ci peut bien les vendre,parce que c'est sa propriété. Mais de droit commun,les immeubles du mari sont grèvés du douaire. Pour que l'aliénation ait pleine validité,il faut qua la femme renonce à exercer son douaire sur les immeubles vendus. Si la femme n'a pas renoncé à son douaire,la vente faite par le mari ne lui sera opposable. C'est une question plus délicate de savoir de quelle manière elle sera opposable aux enfants,et

Source : BIU Cujas

on sait que Beaumanoir fait une distinction entre le fief ou " le douaire n'herite pas"et la censive où le " douaire a hérité " L'aliénation et en particulier la vente est du reste très rare à notre époque . On a tendance à ne pas la permettre mais à l'entraver. Elle suppose en général pour être valable qu'elle a été faite sous le coup de nécéssité en cas d'extrême besoin. Cf. Jostice et Plet.L. VIII ch. 3 p. I69 " Comment l'on peut vendre tenure : " Home puet vendre son héritage por son besoing,non por son preu, et se il n'a besoing,ou se l'en siet apertement qu'il le face por son lignage déséritér, non . Il ne peut vendre pour tirer profit de son bien " et se il a feme, si poent-il vendre ensemble ? Et puet le sires vendre sauz la feme."

Subordination de la vente de l'héritage en cas de nécéssité.

Ils vendent ensemble parce que sans cela l'immeuble vendu resterait grèvé du douaire. Et peut-il vendre sans la femme ? Nenil,que la chose dure que sa vie,et enprès sa mort non . Et fame ne puet vendre son héritage enprès la mort de son seignor, s'ele a enfaz del seignor,sanz besoing nécéssère; et s'ele n'a enfaz ele puet vendre."

Ainsi la femme mariée non seulement ne peut vendre son immeuble pendant le mariage,mais on lui interdit de le faire après la dissolution du mariage si elle a des enfants ,à moins de cas de nécéssité. Il n'y a que si elle n'a pas d'enfant qu'elle a pleine liberté. Un peu plus loin: " Home et sa feme pueut vendre ce qu'il ont ensemble,aient enfanz ou non, por besoing. Nus héritages n'est encombrez de fet, se l'en n'est dampnez avant par jugement. "

Ils peuvent vendre même s'ils ont des enfants ,mais seulement en cas de nécéssité.

Voilà donc la règle.C'est que soit qu'il s'agisse d'immeuble du mari ou d'immeuble de la femme, il faut, pour les vendre utilement le consentement des deux époux (au cas de bien de la femme parce qu'elle est propriétaire; au cas des biens du mari parce qu' elle est douairière) et il faut que cette vente soit opérée en cas de nécéssité. Les documents de cette époque montrent que dans les actes de vente on a toujours soin d'indiquer le consentement des époux et la nécéssité qui les contraint à vendre. Telle est la règle. Si elle est violée qu'en advient-til ?

Sanction de l'aliénation par le mari,de l'immeuble de la femme.

Le mari vend les biens de sa femme malgré elle. Dans ce même livre de Joctice et Plet .L.VIII T.3 § 4 ,P. I70: " Home garantira sa vie ce que il veudra de l'éritage sa feme, sanz l'otroi sa feme,et se il muert ou se la feme muert,la vente ne vaus rien."

Le principe est donc que si le mari vendait le bien de sa femme sans son consentement,il serait quant à lui obligé à garantie vis-à-vis de l'acheteur.

Source : BIU Cujas

Il serait obligé, pendant le mariage de maintenir l'acquéreur en possession. Mais, soit à la mort de la femme soit à celle du mari, la garantie disparaitrait et la femme pourrait reprendre son bien. A l'inverse, si un immeuble du mari a été vendu sans que la femme ait renoncé à son douaire, alors, il en est de même au point de vue de l'effet immédiat de la vente: le mari en sera garant, il devra livrer à l'acquéreur et lui laisser le bien, mais une fois le mariage dissout, la vente ne sera pas opposable à la femme qui pourra revendiquer le bien. Plus tard, après le XVI ème siècle, la revendication ne fut plus attribuée qu'à titre subsidiaire (Jostice et Plet L.IX T.I § 4 P. I74) .Les gens savent si bien que le consentement de la femme est nécéssaire pour la vente de son immeuble et celui du mari pour la vente de l'immeuble de sa femme qu'en fait ils n'acceptent pas que le mari vende sans que la femme signe au contrat. Le mari tourmente, torture parfois sa femme pour obtenir son consentement à ce point que Beaumanoir accorde que dans ce cas la femme aura le droit de quitter son mari pour demander au juge qu'on lui attribue certains biens de la communauté pour vivre hors du toit conjugal-N° I829.

Aliénation d'immeuble du mari sans renonciation de la femme à son douaire.

Au reste, il parait être arrivé souvent que le mari qui veut vendre un de ses biens et pour la vente duquel la femme hésite à donner son consentement, l'obtiendra en offrant en échange du bien vendu un autre de ses biens en contre-poids, qui prendra sa place en vertu d'une subrogation réelle(Jostice et Plet XII Ch.I6 .

Etant règlé ce qui touche au droit de disposition, il y a lieu de dire quelques mots de certaines mesures qui ont trait à l'administration proprement dite des biens. Elles seront tout naturellement prises par le mari comme chef de tous les biens conjugaux; et à l'occasion de toutes sortes de biens . Il faut signaler deux questions sur lesquelles l'attention de la jurisprudence a éte parfois appelée et dont la solution a été assez lentement établie.

Pouvoir d'administration du mari sur tous les biens conjugaux.

I°- Le droit d'administrer contient-il en lui celui d'aliéner temporairement la jouissance ? A supposer que cette aliénation ait été faite, si la dissolution du mariage se produit avant l'expiration du terme assigné à cette jouissance, doit-on considérer le temps qui reste à courir au profit de l'acquéreur comme n'étant pas opposable à celui à qui fait retour l'administration des biens ? Par exemple dans le Recueil des Olim du Parlement de Paris (Ed.Beugnot Doc. Inéd H. de F. T.I P. 509 N° IO) un procès de I26I porte sur le point suivant :Le bien de la femme a été engagé par son mari pour quatre ans, on a fait un assignamentum, on a livré

Le pouvoir d'administration implique t-il celui d'aliéner temporairement la jouissance d'un bien.

Source : BIU Cujas

le bien et il est entendu que pendant quatre ans celui qui l'a reçu en jouira. La femme meurt deux ans après. Les héritiers refusent de respecter l'assignamentum et réclament la restitution immédiate du meuble " parce que l'assignamentum était nul de plein droit au moins pour le temps postérieur à la dissolution du mariage ".Le créancier réplique que cependant il y a eu là une aliénation définitive de jouissance, c'est -à-dire d'un meuble; que le mari avait qualité pour y procéder et que cette aliénation a été consentie pour la commune utilité de la femme propriétaire et du mari. Il n'y a donc pas de raison de révoquer l'opération. L'engagement fut validé par le Parlement qui donna raison à l'acquéreur lequel conserva le droit de percevoir les issues pendant deux ans après la dissolution du mariage.

Le droit d'administration du mari lui permet donc l'aliénation de la jouissance sans qu'on ait cru devoir fixer un terme extrême à cette aliénation; encore ne peut-elle être sans doute validée que pour les délais en usage.

De la saisie des biens à raison des dettes du mari.

2°- A supposer que des dettes aient été contractées pendant le mariage, va-t-on considérer comme rentrant dans l'administration du mari,le droit de contracter ces dettes et de les faire exécuter même sur les propres des deux époux ? On sait que les dettes se paient d'abord sur les biens meubles. Il faudra donc avoir commencé par employér toute la communauté à les payer avant,et supposer que la communauté n'y a pas suffi pour que notre question puisse se poser .N° I593 Beaumanoir : Si la communauté a été dévorée toute entière, dans quelle mesure les propres pourront-ils être atteints ? Les meubles à cette époque ne sont plus seuls à répondre des dettes . Mais on n'ose pas saisir tout de suite et directement les immeubles . Le seigneur doit intervenir et donner l'ordre au débiteur de vendre lui même les immeubles dans les quarante jours,et c'est si le débiteur ne s'exécute pas que le seigneur intervient lui même et saisit l'acquéreur des immeubles du débiteur. Il l'en saisit et lui en garantit la possession. Cette procédure,il n'y a pas de doute qu'on l'appliquera quand il s'agira des immeubles du mari. C'est lui qui a contracté les dettes et toute sa fortune doit en répondre . Ce sont ici d'abord les immeubles du mari qu'on vendra. Mais si les biens du mari même sont insuffisants, est-ce que les immeubles de la femme pourront être saisis à leut tour ? Ici encore nous possédons un arrêt des Olim de I259 T.I p.452 N° I3. Le procès à lieu à Paris. Le mari et la femme se sont engagé, comme il est d'usage, pour vivre. La femme refuse de vendre ses propres qu'elle veut garder pour ses enfants. Les créanciers insistent pour le vente de

Source : BIU Cujas

ces propres.La Cour saisie de la difficulté est assez embarrassée et elle dit que la demande du créancier est après tout équitable, il serait juste de contraindre la femme à vendre sa terre pour payer ses dettes: "
" quod de aequitate teneretur domina vendere terram
" suam,sed per consuetudinem terrae non debet compelli
" ipsa domina ad vendundùm nec compelletur vendere "
Mais elle ajoute(et la coutume n'a pas marché ici du même pas que ce que la Cour appelle l'équité) que, par application de la coutume de la terre, la femme ne doit pas être obligée à vendre et n'y peut être contrainte.
Seulement,on accorda au créancier les fruits de la terre . Les immeubles de la femme semblent donc rester à l'abri des poursuites des créanciers du mari et de ceux de la femme. Cependant, il ne faut peut être pas trop généraliser parce que l'espèce contient une complication nouvelle. Cette terre avait été réservée aux enfants d'un premier mariage. Or à cette époque on a grand respect du bien de ces enfants.

Quoiqu'il en soit,certaines coutumes dès le XIV ème siècle acceptent l'engagement des propres de la femme à titre subsidiaire: ils ne peuvent être saisis qu'après que ceux du mari ont été jugés insuffisants. Très Ancienne Coutume de Bretagne(N° 3I2 P.290 ed Planéol)

Copropriété des deux conjoints sur les conquêts

III- Les conquêts immeubles

Cette troisième catégorie de biens,les conquêts immeubles,sont les immeubles acquis pendant le mariage par le mari et par la femme. Aujourd'hui, on considère ces biens comme tombant dans la communauté, quoique immeubles,et comme soumis au même règime vis à vis du mari que les biens communs. A cette époque les conquêts immeubles sont la copropriété des deux époux. Ils ne sont pas communs et probablement pour cette raison,la communauté ne se forme que pour les meubles et résulte de l'impossibilité de distinguer les meubles de l'un et ceux de l'autre pendant le mariage. La communauté ne s'étend qu'au patrimoine mobilier. La situation des conquêts immeubles est bien indiquée (par Jostice et Plet L.IX T.I-§ 4 p.I74) " car si tost comme conquez
" est fez en mariage, il est tornez à héritage,issint
" que la feme ne puet aler encontre le fet son seignor
" tant comme il vive,tot n'otroit,ele pas son fet,mès
"" ele le puet rapeler emprès sa mort,fors en mobles.
" Mès on puet fere au vivant sa feme,de mobles vendre
" et changier à sa volenté,sanz ce qu'ele le puisse
" rapeler".

Si bien que la femme ne peut aller contre l'aliénation consentie par le mari, même si elle n'avait pas donné son consentement. Elle ne peut pas plus empêcher l'aliénation par le mari de ses conquêts immeu-

Source : BIU Cujas

bles que de ses propres,et cette aliénation aura effet durant le mariage,mais, après la dissolution du mariage elle peut révoquer cette aliénation faite par le mari tout seul,des conquêts immeubles,ce qui est la solution contraire à celle donnée en ce qui concerne les meubles.

Cette règle, Beaumanoir en tire une conclusion intéressante au N° I4II.

Si les deux époux ont acquis le bien dont il s'agit pendant la communauté, d'un ascendant d'un des deux époux,le bien sera aussitôt réputé acquis par moitié par chacun d'eux,mais les enfants héritiers de l'époux d'où le bien vient pourront exercer,dans l'année de la mort du père ou de la mère,le retrait à l'encontre de l'acquéreur, c'est-à-dire pourront reprendre l'immeuble tout entier pour le faire rentrer dans leur patrimoine. C'est ce qu'on appelle le retrait de mi-denier. Il suppose que chaque époux est d'abord copropriétaire de la moitié des conquêts (N°487) Il en est ainsi, du reste notamment dans un arrêt des Olim de I268 (T.I-p 7I5 N° 6) Il s'agit de biens qui ont été acquis au mari ex dono regis. Ces terres acquises au mari se partagent par moitié entre lui et sa femme comme conquêts, Cf aux Olim en I265 .I.p 565 N° 24, concession faite par le roi de 20 Livres de rente à son cuisinier. Après sa mort,la femme réclame la propriété de la moitié de la rente ainsi concédée. Même règle dans l'art.246 de la Coutume de Paris, où mêmes les donations qui adviennent pendant le mariage sont considérées comme attribuée immédiatement par moitié à chacun des deux époux,sauf pour les donations en ligne directe qui restent propres.

Dissolution et liquidation de la communauté .

En principe la communauté dure autant que le mariage,et se dissout comme lui par la mort d'un des deux conjoints.

Possibilité pour la femme dès le XIII è siècle de demander une subsistance sur les biens de la communauté quand elle invoque de justes motifs pour vivre séparée

Pourtant dès le XIII ème siècle,certaines circonstances de fait ont poussé quelquefois à relacher le régime normal, en cas notamment de mésentente entre les deux époux. Beaumanoir nous en entretient dans un certain nombre de paragraphes. Au N° I627, il suppose qu' une femme prend l'initiative de demander au juge la séparation de biens entre son mari et elle :" Se feme " requiert que divisions li soit fete des biens son " mari le vivant de son mari, l'en ne doit pas obéir " a sa requeste,car li maris de droit commun est sires " de ses biens et des biens à sa feme ." La demande de la femme doit être repoussée,car le mari est maître des biens conjugaux.:" Nepourquant,la justice doit regarder

Source : BIU Cujas

de son mari.

" la cause pourquoi elle n'est pas avec son mari et se-
" lonc ce qu'il voit la cause, il en doit ouvrer "...

Pourtant le juge doit rechercher la raison pour laquelle la femme demande la dissolution de la com-"munauté:" car s'il voit que li maris par folie ou sans "reson l'ait boutée hors d'entour li,il doit demander au "mari qu'il la reprengne et mainteigne comme preudefame "selonc son éstat; et se li maris ne veut,et la justice "voit que ce n'est pas es coupes de la fame et qu'elle "se veut maintenir comme preudéfame, prendre doit des "biens au mari tant qu'ele soit pourveue soufisaument "selonc son estat. Et encore s'il espouente,s'il menace, "de fere damage ou de prison s'il ne la reprent ,et main-"tient comme preudefame, il fet bien et a droit,car c'est "bien de l'office as justices qu'il punissent et chas-"tient les crueaus de leur cruauté,si que chascuns face "ce que resons donne dessous aus ".

En principe la femme n'a pas droit de demander la dissolution, cependant le juge doit l'écouter si elle allègue quelques justes raisons,par exemple si le mari l'a mise dehors.S'il refuse de la reprendre,on lui attribuera des biens communs qu'on pourra vendre, et même on autorisera la juge à menacer le mari de prison,comme on menace un coupable.

Un deuxième cas inverse est indiqué au N° 1628 C'est celui où c'est la femme qui s'en va. Si ses motifs sont suffisants à justifier son départ, il y aura lieu de refuser à la femme toute subsistance en dehors du domicile conjugal et d'ordonner à celle-ci de le réintégrer.

Ou bien une femme mène une existence que la loi ne peut tolérer. Le mari a alors le droit de la retenir,et si elle s'en va, la femme ne pourra rien réclamer. On arrive en sorte à ce résultat que tout est laissé à la bonne volonté du juge qui déterminera si oui ou non il y a lieu de venir au secours de celui qui veut rompre l'union conjugale.

Caractère provisoire de ce règime

Mais on est ici en présence d'un régime tout provisoire. Il n'y a ni dissolution,ni liquidation de la communauté. On veut parer à la situation de fait.

En outre, à supposer que le juge ait accordé cette subsistance sur les biens communs.Il va exercer une surveillance sur le bénéficiaire,de façon que s'il ne méritait pas la faveur accordée,le juge puisse révoquer son autorisation et le contraindre à revenir au domicile conjugal.

Le divortium dans la législation canonique.

Tout cela n'est qu'une réglementation coutumière qui correspond à une sorte de séparation de fait à une organisation provisoire d'une vie séparée. Signalons cependant qu'à côté de cette organisation toute provisoire et toute de fait, dès cette époque, on a admis

Source : BIU Cujas

devant les tribunaux d'église, à l'instar et sur le plan du divorce romain,une séparation de corps judiciaire, d'où dérive directement notre séparation de corps. Dans la langue canonique,on lui conserve le nom ancien de divortium.

Cette confusion de langage entre le vrai divorce romain et le divortium quoad thorum et mensam , entraine parfois bien des difficultés dans l'interprétation des textes canoniques.

Ce qui différencie le divortium quoad thorum et mensam du divorce romain, c'est qu'il n'engendre aucune rupture du lien conjugal . Les deux époux restent mariés conformément au principe de l'indissolubilité du mariage. Mais, pour éviter aux époux les inconvénients de la vie commune,on leur permet de se séparer.

Rappelons les traits caractéristiques du divortium.

Nécéssité de justes causes et d'une précédure judiciaire.

Dans la doctrine de l' Eglise,il ne suffit pas,pour que le divorce existe,du simple consentement mutuel comme cela se présentait à Rome pour le divorce ordinaire. Dès le début, l'Eglise n'a admis le divortium quoad thorum et mensam que pour certaines causes légitimes dont il faut justifier devant le tribunal d' Eglise,c'est-à-dire l'Official de l' Evêque.Ainsi donc,deux points sont à retenir :I°- l'intervention nécéssaire du juge dont Beaumanoir porte déjà la trace, et qui est organisée de très bonne heure (Concile d'Agde, 506.C 25 qui du reste,s'occupe du divorce proprement dit,lequel est encore pratiqué). On a maintenu la même exigence pour la séparation de corps.

2°- Quant aux causes,elles sont en principe très limitées. Il n'y a eu à l'origine que l'adultère de la femme. On justifie le divortium dans ce cas en lui appliquant l'Evangile de St Matthieu,dont on sait qu'il parait accepter le divorce pour cause d'adultère. Et encore y a-t-il dans ce cas bien des circonstances qui peuvent paralyser l'action.

Un peu plus tard,on assimila à la fornicatio ordinaire,la fornication spirituali(apostasie,hérésie d'un des époux). Enfin, plus tard interviennent les sévices graves exercés par l'un des époux vis-à-vis de l'autre.

Le développement de cette dernière cause est dûe à l'extension de l'interprétation du Canon I. L.4 T.I9Décrétales de Grégoire IX: De divortio, qui prévoit à l'imitation des textes byzantins le cas où la femme a machiné la mort de son mari, c'est parce que cette cause de séparation de corps n'a pas encore été élaborée que Beaumanoir croit nécéssaire de faire appel à la juridiction civile pour parer a un état de fait dangereux.

Source : BIU Cujas

Dissolution de la communauté par le divortium

Le droit canonique n'y suffira qu'au cours du XIV ème siècle.

Si ce divortium quoad thorum et mensam n'entraine pas la dissolution du mariage, il suffit à entrainer la dissolution de la communauté conjugale en même temps que la vie commune. Beaumanoir au N° 1639 nous dit ": Quant mariages est départis entre homme et fame " pour resnable cause tesmoigniee par sainte Eglise, " l'en doit savoir que, s'il firent aquestes ou tans " qu'il furent ensemble, chascuns en doit porter la moi- ' tié .. " Il y a donc lieu à une séparation de biens; on attribue à chacun la moitié des biens acquis pendant le mariage.."et s'il ont muebles; chascuns en doit porter la moitié, et des héritages chascuns en porte le sien C'est donc un règlement plus sommaire que celui que nous allons étudier, mais ce n'en est pas moins une liquidation de la communauté.

Influence du droit romain sur l liquidation des biens après séparation.

L'Eglise, quand elle eut admis la séparation de corps fut bien obligée de règler la condition pécuniaire des époux qui allait en résulter. Le principe qu'elle posa d'abord (canon mulières X.IV. 20 de donat int vir et uxor C.I) c'est que le mari devait restituer la dot à sa femme, à l'instar de ce qui se passait au cas de divorce, dissolvant le mariage. S'il refuse de la restituer, probablement en allèguant que le mariage n'est pas dissous, le canon suivant (c " significavit") reconnaissait à la femme une condictio pour obtenir la restitution. En outre, pour les conquêts meubles ou immeubles, auxquels la femme réclame sa participation, le même canon (significavit")accorde une "districtio ecclésiastica " pourvu qu'il n'y ait aucune raison ou coutume qui s'oppose à la restitution de la dot. La "districtio ecclésiastica" est une contrainte dont les procédés restent assez incertains et d'une efficacité souvent douteuse. De sorte que la sanction apparut vite insuffisante, et il faudra le développement doctrinal des siècles postérieurs pour l'organiser d'une façon satisfaisante.

Dissolution de la communauté par la mort d'un des deux conjoints Sa liquidation.

En dehors du cas de séparation de fait embryonnaire, tel que l'examine Beaumanoir, ou de la séparation de corps du droit canonique, la dissolution de la communauté ne peut résulter que de la mort de l'un des deux époux.

Détermination des propres " extants" absence de récompense en cas d'aliénation d'un pro

A la mort de l'un des deux conjoints, la communauté est dissoute, et il faut en opérer la liquidation. Tout d'abord, dans cette liquidation il y aura une première opération très facile: elle consistera à rechercher quels sont les biens propres des deux époux qui sont "extants", qui ne sont ni disparus par perte, ni aliénés. Chacun des époux reprendra par ux ceux qui lui appartiendraient . Il y a parfois des propres de l'un ou de l'autre des époux qui ont éte aliénés.

Source : BIU Cujas

pre, l'usage des contre-poids.

S'ils l'ont été sans le consentement de l'époux propriétaire, l'aliénation pourra être révoquée et le propre revenir aux mains de l'époux,ce qui lui donnera entière satisfaction. Si au contraire ils l'ont été du consentement des deux, l'aliénation est valable. La conséquence qu'il faut retenir, c'est que si l'acquéreur en a donné un prix,le prix de cette aliénation est tombé en communauté,puisque les deniers sont des biens meubles,et que tous les biens meubles sont communs. nous sommes à une époque où il n'y a encore aucune trace du système des récompenses légales , ce qui fait que la communauté se sera accrue au détriment de l'époux sans lui devoir aucun dédommagement.

Aujourd'hui, quand un époux a vu son patrimoine propre ainsi appauvri au profit de la communauté; on prélèvera d'abord sur le patrimoine commun et hors part de quoi rembourser à l'époux appauvri l'équivalent de ce qui lui a été enlevé,ou tout au moins le profit que la communauté en a tiré: ici au contraire, lorsqu'un immeuble aura été aliéné et le prix payé à la communauté à la dissolution, l'époux n'a droit à rien de ce chef. On justifie cela de la manière suivante: Il est d'usage en pratique à cette époque que lorsqu'un des époux vend un bien qui lui est propre,il peut réclamer,ce que les textes appellent un contre-poids. (Jostice et Plet .L. XII Ch.I6 § I- p.243-244) Ce n'est pas autre chose qu'une récompense conventionnelle. L'époux ne consent en fait à l'aliénation de son propre que moyennant une compensation qu'il exige au moment où il donne son consentement,pour que son patrimoine ne soit pas appauvri . En réalité l'époux consentira à un échange plutôt qu'à une vente. Il faut se rappeler qu'à cette époque, le contrat de vente n'a lieu en effet que rarement,dans le cas de nécéssité absolue.En général, ce n'est pas à la vente qu'on a recours, c'est à l'échange. Ce contre-poids du bien donné en échange prendra dans le patrimoine de l'époux,la place du propre aliéné,par l'effet d'une subrogation réelle. Si l'aliénation du propre a eu lieu à titre gratuit,par une donation,ce sera généralement au profit d'un enfant commun, à titre de dot. Dans ce cas il n'y aura pas récompense. Mais l'époux qui n'aura pas fourni la dot,donnera habituellement à l'autre un contrepoids de la moitié de la valeur de l'immeuble dotal.

Enfin, quand on sera en présence d'une véritable vente,ce sera probablement pour un besoin pressant en cas de nécéssité urgente qu'on s'y sera résigné. On a estimé que se serait une satisfaction bien platonique d'exiger un contre-poids que la condition des deux époux ne permet sans doute pas d'offrir. Cette obligation de récompense serait donc illusoire.

Source : BIU Cujas

Pas de récompense à raison de l'amélioration d'un propre.

Dans Beaumanoir, il n'y a pas trace de récompense. Une autre cause de récompense possible est celle où, en dehors d'une aliénation, il y a eu amélioration d'un propre avec le secours des biens de la communauté.

On ne trouve rien à ce sujet dans Beaumanoir. Pourtant le cas a dû être examiné dès le XIII ème siècle, puisque dans les Etablissements de St Louis (L.I ch.I45.T.2,p.279) l'auteur déclare expressément que, dans ce cas, aucun des deux époux n'a rien à réclamer: c'est tant mieux pour l'époux dont l'immeuble s'est amélioré, tant pis pour l'autre: "gueaigne qui met amandement en autrui héritage."

Celui qui met une amélioration dans son heritage la gagne sans être obligé de fournir de contre valeur.

Ce régime sans récompense ne devait changer qu'au cours du XVI è siècle. Voilà donc comment s'accomplit cette première opération: retour à chacun des époux des propres qui lui appartenaient.

Partage des conquêts.

Deuxième opération: A côté de ces propres, qui appartenaient à chaque époux au jour du mariage, il y a une autre catégorie de biens, acquis, ceux-là pendant le mariage, mais qui ont la qualité d'immeubles: ce sont les conquêts immeubles.

A notre époque, ceux-ci ne tombent pas en communauté. Au moment où ils entrent dans le patrimoine des époux, ils deviennent la propriété indivise de chacun d'eux, et on les traite comme ceux dont ils ont déjà la propriété au jour du mariage (N° I639,p.338) Ils ne répondent pas plus des dettes communes que les propres. Il y a donc lieu de répartir entre les époux ces conquêts acquis pendant le mariage. Ils sont indivis et soumis à la procédure du partage entre les deux époux.

Partage égal des meubles et répartition des dettes.

Enfin, 3 è opération qui est de beaucoup la plus complexe, on pourrait presque dire la seule: il s'agit des biens communs, non pas seulement de l'actif, mais aussi du passif commun.

S'il n'y a pas de dettes communes, la réglementation est encore toute simple. Chacun prendra la moitié des meubles et s'entendra avec son co-partageant pour l'attribution divise à chacun des objets qui l'apportionneront. S'ils ne s'entendent pas, il y aura lieu de recourir à la procédure de partage en usage dans la succession, (Beaumanoir N° 503 in fine). Ce partage aura lieu par moitié quelle qu'ait été la proportion des biens estimés et apportés par chacun au jour du mariage, sans tenir compte des différences qui ont pu intervenir:" .... et fust encore ainsi qu'il n'i eust nul mueble fors que ceus que la fille aporta a mariage

Source : BIU Cujas

du pere ou de la mere pour la reson de l'acompaignement du mariage "...

Obligation de chacun des deux époux au paiement de la moitié des dettes de la communauté

S'il y a des dettes dans la communauté,en principa,on tâche de les payer. Mais le règlement est délicat parce qu'on va procéder même avant que les dettes soient payées,à la répartition de tous les biens se trouvant dans la communauté. Si l'on fait cette répartion tout de suite, c'est qu'on ne connait pas toutes les dettes,et qu'on ne sait jamais quand on les connaitra toutes: on ne peut attendre indéfiniment pour faire cette répartition de l'actif. On commence donc de toute manière par répartir l'actif,mais on ajoute que cette répartition de l'actif entre les deux époux a pour résultat de les obliger chacun pour moitié au paiement de toutes les dettes communes qui pourraient être connues par la suite.

Situation différente du mari et de la femme à l'égard des créanciers.

Cette procédure peut n'être pas sans danger soit pour les créanciers de la communauté,soit pour les héritiers du mari. Il se pourrait que l'époux,nanti de sa part des meubles se laisse aller à les gaspiller avant que les créanciers n'aient été désintéressés,et qu'il ne reste plus de biens sur quoi ils puissent se payer de la part de dettes de l'époux. Beaumanoir ne signale aucune précaution contre ce danger vis-à-vis du mari, peut être ârce que les cranciers qui l'ont choisi comme débiteur et vis-à-vis de qui il est personnellement obligé ont accepté de courir ce risque.

Il en est autrement vis-à-vis de la femme qui n'est pas intervenue à l'engagement et qu'ils ne connaissent pas. Ils ont le droit d'être méfiants à son égard. Beaumanoir oblige cette femme à "faire sureté"de payer sa part de dettes, si elle veut emporter sa part de meubles(N° 441) .Il insiste même sur cette obligation de faire sureté, à la suite d'une contestation soulevée par les juges de Creil (N°442) "Mes il "est bonne chose s'il est dénoncié au juge qu'ele ait "petit héritage pour sa part des detes paier et qu'ele "use folement des muebles,ou qu'ele s'en veut aler lors "du païs-que li siens soit aresté dusques à tant qu'ele "ait fet bonne sureté au seignor."A défaut de sureté fournie,on fera arrêt sur les meubles. Voilà une précaution légitime, mais il reste un point obscur.

Je n'ai pas transcrit complètement le texte de Beaumanoir,afin d'écarter d'abord une difficulté sur laquelle il est temps de revenir. Je viens de résonner comme si c'étaient les créanciers de la communauté qui voulaient prendre leurs précautions contre la femme exiger sureté,ou à défaut faire arrêt sur les meubles. Or ce n'est pas des créanciers mais des héritiers du mari que parle Beaumanoir: N° 442 " se ele en veut por- "ter sa part des muebles,se ele fera seurté as oirs

Source : BIU Cujas

"de paier sa part des detes." Comment comprendre ce droit accordé aux héritiers du mari,si ces héritiers ne sont tenus que de leur moitié des dettes communes. L'insolvabilité de la femme ne peut leur nuire que si les créanciers ont,au cas où la femme ne les paierait pas,le droit de se retourner pour toute la dette contre les héritiers du mari. Faut-il conclure que c'est bien en effet,la doctrine qu'accepte Beaumanoir ? que la liquidation de la communauté,en divisant par moitié les dettes de communauté,laisse pourtant subsister,au moins à titre subsidiaire,le droit de poursuite des créanciers contre les héritiers du mari pour la dette toute entière ? La pensée de Beaumanoir sur ce point n'est pas certaine. En effet,après avoir accordé aux hoirs ce droit à une sureté qui nous pousserait à croire qu'il maintient après le partage leur responsabilité totale vis à vis des créanciers, il ajoute qu'il en fut jugé autrement à Creil N° 442 :" Il fu jugé à Creil,qui est des membres de la contée de Clermont, "qu'ele n'éestoit pas tenue a fere seurté,car li oirs "se puet défendre envers les déteurs(créanciers)qu'il "n'est tenus envers aus que de sa partie." On a donc nié à Creil la responsabilité des héritiers pour la totalité de la dette. Aujourd'hui notre doctrine octroie aux créanciers un droit de poursuite pour le tout A cette époque la question doit être encore indécise, car Beaumanoir d'un côté ne conteste pas le bien fondé ou raisonnement des gens de Creil; il reste muet à ce sujet. Mais d'autre part, il tient pour légitime l'arrêt mis sur les meubles de la femme par le seigneur, au cas où elle ne fournirait pas sureté,ce qui peut sembler superflu,si les héritiers ne sont tenus que de leur part. Il est probable que Beaumanoir n'a pas nettement discerné le droit de poursuite des créanciers de la contribution imposée à chacun des débiteurs.

Voilà dans son ensemble la règlementation habituelle à laquelle on arrive. La condition des époux à ce sujet n'était pas complètement sans dangers puisque pour leur part dans ces dettes communes,ils peuvent être poursuivis sur leurs propres,et parfois même sur leur personne,si les meubles qui constituent leurs propres sont insuffisants à désintéresser leurs créanciers Si on se place au point de vue du mari,la chose est naturelle puisqu'il a lui même engagé les dépenses,et a seul fait figure de débiteur vis à vis du créancier.

La situation n'est pas tout à fait la même pour la femme.Celle-ci n'est obligée que par ricochet, que parce qu'elle est commune. On comprend dès lors qu'on lui ait accordé certains tempéraments.Cette femme ne peut pas intervenir dans la gestion de la communauté. Elle ne peut empêcher le mari de contracter désavanta-

Source : BIU Cujas

geusement. Il est dur de la rendre responsable d'un engagement auquel elle n'a pas été appelée,et contre lequel elle ne pouvait pas s'insurger..

Possibilité pour la femme de renoncer à la communauté.

Aussi,dès le XIII è siècle a-t-on accordé à la femme un moyen de se libérer de la part de dettes qui la grèvent dans la communauté.Pour cela, elle a la faculté de renoncer à l'actif de la communauté, c'est-à-dire à sa part dans les meubles communs,et quand elle y renonce, elle se libère des obligations qui pourraient grèver cette part. A supposer que le montant de ses obligations apparaisse supérieur à la valeur de la part de meubles qu'elle abandonne,on ne veut pas que la femme soit contrainte de payer la différence sur ses propres puisqu'elle n'a pu s'opposer aux engagements de son mari: "N° 440- Il est ou chois de la fame,quant ses barons est mors,de lessier tous les muebles et toutes les detes as oirs et d'en porter son douaire quite et delivre ".... Elle prendra non seulement ses propres indemnes,mais encore son douaire,et sera liberee des dettes.

Elle a donc le droit de choisir entre les deux solutions,et Beaumanoir nous dit un peu plus loin que quand elle a choisi,ce choix est définitif : "... et "puis qu'ele a pris l'un des chois,ele ne puet pas "recouvrer à l'autre; ains convient qu'ele en suefre " son preu ou son damage ". Si elle accepte,il peut y avoir profit,il peut aussi y avoir dommage.

Cette renonciation par la femme a été pretiquée d'assez bonne heure,dès le XIII è siècle (Olim du Parlement de Paris,I284,T.II,p.240 N° I7 qui rapporte une hypotèse célèbre) .La veuve de Bouchard de Montmorency renonce à ses meubles et au bail de son fils,et pretend de ce chef se soustraire aux dettes communes. Elle allègue en faveur de sa prétention une coutume notoire du pays de France qui veut qu'en ce cas :" non teneatur "ratione dotalicii nec ratione heritagii ad solvendum "aliquid de débitis que ipsa et maritus debebant sim-"pose par décessit." Elle ne sera tenue,ni sur son douaire,ni sur ces propres d'héritage, de payer quelque chose des dettes que elle et son mari avaient au temps que son mari est mort. Il y a là une double renonciation:renonciation de la veuve de Bouchard à tous les meubles communs ou plutôt à la part de meubles à laquelle elle a droit,puis aussi renonciation au bail de son fils. Le fils en effet est héritier du mari qui vient de mourir et a droit comme tel à la moitié des meubles.La mère étant tutrice de son enfant a le bail de celui-ci. Or le droit de bail fait acquérir au baillistre la propriété des meubles de l'enfant sur lequel il a le bail. La mère se trouve ainsi avoir droit en principe,comme femme commune,à la moitié des

Source : BIU Cujas

meubles de la communauté et comme baillistre à l'autre moitié échue à son fils,héritier de son mari; elle a donc droit a tous les meubles. Ce qu'il lui faut abandonner,c'est tous les meubles,pour se soustraire à la totalité des dettes communes; sans renonciation elle serait débitrice de la moitié des dettes comme femme commune,et de l'autre moitié des dettes incombant à son fils,puisque le baillistre a la charge des dettes en même temps que le profit des meubles. Aurait-on pu dissocier ces deux qualités et accepter le bail en renonçant à la communauté,ou la communauté en renonçant au bail ? L'arrêt n'en dit rien. En fait d'ailleurs, l'hypothèse est peu pratique puisque l'acceptation offrirait les mêmes dangers pour chacun des deux objets.

Variété de coutumes accordant les unes la renonciation à toutes les femmes,les autres seulement aux nobles.

Cet usage de renonciation de la femme parait avoir été répandu en France dans tout le centre de la France. On le trouve mentionné dans Beaumanoir, dans l'ouest,dans les Etablissements de St Louis (L.I ch.I7 T.II p. 26).De même encore on le trouve en Bourgogne (Ancienne Coutume de Bourgogne rédigée entre I270 et I360; Girault, Essai sur l'Histoire du Droit Français ,T.II p.268 ,N° 3)

Il faut nous arrêter sur cette faculté accordée à la femme de renoncer contrairement au droit commun ,et nous demander tout d'abord I°- à quelles femmes appartient ce droit de renoncer ; 2°- sur quels objets porte cette renonciation; 3°- quelle en est la forme.

A quelles femmes appartient le droit de renoncer.

I°- Cette première question ne se poserait pas si nous n'avions que Beaumanoir qui ne fait sur ce point aucune différence et déclare que toutes les veuves ont le droit de renoncer à la communauté. On trouve d'ailleurs la même généralité dans le passage de la Coutume de Bourgogne; et même pour la Normandie on rencontre dans les Sentences du Chatelet de Paris publiées par M. Olivier Martin,N° I52,l'application générale de ce droit de renonciation. De même en Anjou: voir Claude Liger- Beautemps- Beaupré- Ière partie,tome II,p. 338.

Cependant,dans certaines régions et à certaines époques,ce bénefice n'a été accordé qu'à certaines femmes,notamment aux femmes nobles. Il en a été ainsi de bonne heure,dans la région ouest de la France.Le passage précité des Etablissements de St Louis (L I. ch.I7) ne parle à propos de la renonciation que de" gentilfames ", c'est-à-dire de femmes nobles. Même constatation dans le Nord et dans Bouteiller au XIV è siècle , Somme Rural (L.II ch.2I p.I383 ed. in 8° où il est question de " dames et damoiselles" Dans le même région,la Coutume de

Source : BIU Cujas

Vermandois, N° 299 croit nécessaire de signaler que, peut être contrairement à ce qui se passe dans le voisinage, non seulement la veuve d'un homme noble a droit à la renonciation, mais encore que toute autre femme peut renoncer aux meubles et dettes en la chatellenie de l'Isle. De même en Anjou, (Livre de Claude Liger, dans Boutemps -Beauprè I-T. II, p.338)° Dans toutes ces régions il semble que c'est aux femmes nobles qu'on réserve le droit de renonciation.

Pour la région parisienne la question est assez obscure: on rencontre au XIII è siècle; dans les registres de la région parisienne, et même au XIV è siècle, des renonciations faites par des roturières, qui nous prouvent la persistance de cette date dans l'Ile de France du droit général octroyé à toutes les femmes comme dans Beaumanoir. (Registre de l'Officialité de Paris, P.83, Acte de Renonciation du 21 mars 1385. Sentences du Chatelet de Paris: M.O.M., N° 154-155 de 1399 - et 1400). Mais, pour cette région parisienne, il faut reconnaitre aussi à la fin du XIV ème siècle et dans le cours du XV è, qu'un changement parait s'être établi qui réserve le droit de renonciation seulement aux femmes nobles. C'est ce que nous indique le grand Coutumier de France de Jacques d'Ableiges (Ed. Laboulaye, p.375): "l'en dict communément que la femme "noble a élection de prendre tous les meubles, et payer "toutes les debtes ou de renoncer aux meubles pour es-"tre quitte des debtes".

Restriction du droit de renonciation aux femmes nobles dans la région parisienne au XIV ème siècle.

Il s'agit ici de la femme noble, et un peu plus loin l'auteur donne la raison qui milite en faveur de la restriction à la renonciation au profit des femmes nobes :" Et la reson pourqouy privilège de renon-"ciation leur fust donné, ce fut pour ce que le mestier "des hommes nobles est d'aller ès guerres et voiages "d'oultre mer; et à ce se obligent, et aucunes fois y "meurent, et leurs femmes ne pevent pas de légier estre "acetenées de leurs obligations faictes à cause de leurs "voiages, de leurs rançons, et de leurs plegeries qui "sont pour leurs compaignies, et aultrement. Et pour ce "ont le privilège de renonciation" . Il n'est pas douteux que dans le grand Coutumier le droit de renonciation n'appartient manifestement qu'aux femmes nobles.

De fait, au XV è siècle, le privilège est toujours réservé aux femmes nobles, et dans les registres du Chatelet de Paris (N° 159. 160. 161. 163. 163, 165 158. 169 fr 1401 à 1454 etc..) on déclare expressément que le droit de renoncer est un privilège de la femme noble.

Extension du privilège

Les choses ont si bien continué à se comporter de la sorte, que, encore au commencement du XVI ème siècle, l'Ancienne Coutume de Paris de 1510, art 115,

Source : BIU Cujas

de renonciation à toutes les femmes au XVI ° siècle/

réserve le droit de renoncer aux femmes nobles. Il faut arriver à la Coutume réformée de I580, art. 237, pour voir le privilège étendu à toutes les femmes, même roturières." Il est loisible à toute femme noble " ou non noble) de renoncer si bon lui semble,après le " trépas de son mari, à la communauté des biens entre "elle et son dit mary.. "

La réformation de I580 a inséré les mots " ou "non noble" qui manquaient à l'art .II5 de I5IO.

Donc une renonciation générale accordée à toutes les femmes,puis une renonciation réservée aux seules femmes nobles aux XV ° et XVI ° siècles; puis une renonciation redevenue générale à la fin du XVI°, voilà la courbe de cette institution dans la région parisienne. Il reste à expliquer ce mouvement singulier. On pense qu'au XIV ° & XV ° siècles, ce sont les praticiens qui ont voulu rendre plus rare la renonciation. La renonciation est un moyen inusité offert au débiteur de se libérer, une faveur à lui accordér .Et les praticiens aiment mieux d'ordinaire,satisfaire le créancier,capable de bien rénumérer,que le débiteur

D'autre part,la base de la limitation,celle qui est réservée aux seules femmes nobles, s'est peut être trouvée dans la confusion qui s'est établie entre le droit de garde de la mère sur son enfant, qui n'appartient qu'à la femme noble,et auquel elle peut renoncer,et la renonciation à sa part dans la communauté (Cf.M.O.Martin, Coutume de Paris.)

Nous étudions le droit de renonciation à la communauté accordé à la femme. Beaumanoir avait constaté que dans la plus grande partie du territoire français,ce sont toutes les femmes qui ont droit à cette renonciation, bien qu'il y ait cependant quelques difficultés concernant la femme roturière.

2°- A quoi la femme doit-elle renoncer pour être libérée de ses dettes comme femme commune ?

Limitation de renonciation au XIII è siècle aux seuls meubles.

On a pu constater dans les divers passages cités qu'il n'est question que des meubles. C'est en principe aux meubles seulement qu'elle peut renoncer, et non pas aux acquêts immobiliers. Il en est ainsi dans Beaumanoir?N° 440 ":Il est au chois de la fame, quant ses barons est mors, de lessier tous les meubles et toutes les detes as oirs et d'en porter son douaire quite et délivre "...

Il en est ainsi également dans Bouteiller, au XIV è siècle (L.II. T.2I) . On peut aussi se reporter à une renonciation de la reine de Navarre (Documents Parisiens de Viard, N° 322) Enfin on constate que c'est encore aux meubles que la femme renonce d'après le Grand Coutumier de Charles VI (p. 375)

Pourtant,ce n'est là qu'un état transitoire

Source : BIU Cujas

Extension au XIV° siècle de la renonciation aux conquêts.

A partir du XIV ° siècle, un changement se produit qu'on constate d'une façon pittoresque dans un autre manuscrit du Grand Coutumier -(Manuscrit Français, Bib.Nationale,N° 10816 F° 229 V°.) Au lieu de meubles seulement, il y est question de meubles et conquêts (Cf.M.O.Martin précédemment cité et un article de M. Guilhermoz, Bib Ecole des Chartes, 1883,Pp.489 et ss). Ce changement relatif aux conquêts qui oblige par la suite la femme à abandonner les conquêts en même temps que les meubles,est en relation avec le changement de la conception même des conquêts . Au XIII° siècle, les conquêts entrent à titre de propres pour moitié dans la fortune conjugale de chaque époux Ils ne sont donc pas compris à cette époque dans la communauté et par conséquent la femme n'est pas obligée d'y renoncer.

Au contraire,au cours du XIV° siècle, on a fait tomber les conquêts dans la communauté, et de ce jour il a été bien entendu que la femme doit pour s'affranchir des dettes renoncer aussi bien aux conquêts qu'aux autres meubles. Ainsi dans les Sentences du Chatelet de Paris, publiées par M.O.Martin; il y a des textes très divers à ce point de vue. Les uns qui ne visent que la renonciation aux meubles, et les autres,un peu plus tard, à la fin du XIV° siècle, comportent en même temps renonciation aux conquêts.

Constitution progressive au XIV° & XV ° siècles de certaines formes pour la renonciation.

3° - Forme de la renonciation.

Sur cette question Beaumanoir est muet, ce qu signifie qu'on peut employer n'importe quelle forme. Il en est de même dans les Etablissements de St Louis et dans le livre de Jostice et Plet. Puis à partir du XIV° et XV° siècles, une forme s'introduit tout d'abord à Paris,pour les roturiers. On se contente d'une déclaration devant la juridiction de l'Official En effet,la femme en sa qualité de veuve est considér comme étant soumise à la juridiction d'église (Cf. Registres de l'Officialité de Paris, P.83,année 1385) Il ne s'agit encore que d'une simple déclaration. Dan Bouteiller,on constate que le jurisconsulte fait allusion à une renonciation jurée sur l'évangile . Cette pratique des renonciations jurées a été très répandue à cette époque. Puis un peu plus tard,vers la fin du XIV° siècle, s'introduit pour les femmes nobles,dans la région parisienne,un cérémonial nouveau mentionné dans le Grand Coutumier de Charles VI (p.376). Ce cérémonial consiste en ce que la veuve doit aller sur le bord de la tombe de son mari, et là y jeter sa bourse et ses clefs.Elle ne doit plus rentrer dans l'hotel où elle vivait. C'est une marque symbolique de l'abandon de ce dont elle jouissait jusque là.

Cette formalité parait avoir été nécessaire

Source : BIU Cujas

à cette époque; elle n'est pas seulement d'usage. En effet,nous possédons une célèbre renonciation à la communauté de I343, par la reine de Navarre. Le roi, son époux,est mort en Espagne. On a ramené son coeur à Paris où ont eu lieu les obséques. La veuve du roi de Navarre pour faire sa renonciation a jété sur la tombe ses clefs et sa bourse. N'empêche que le corps du roi n'étant pas là, on aurait pû arguer de nullité cette renonciation, et il a fallu,pour que la renonciation fut jugée inattaquable, qu'intervint un acte du roi qui relevait la reine de ce défaut de forme, d'où on conclut que la forme indiquée était jugée nécéssaire (Cf. Documents de Viard,p.322)

Délai de la renonciation.

Peu à peu d'ailleurs,le cérémonial ainsi exigé au XIV° siècle a éte au moins simplifié. Il suffisait,pour la validité de l'acte,d'une simple déclaration devant la juridiction compétente,même pour la femme noble, déclaration faite d'une manière quelconque mais dans un délai déterminé. On accordait à la femme un délai de 40 jours pour faire réfléchir.

Si on se reporte encore au Recueil des Sentences su Chatelet de Paris,on constate que les renonciations faites sur le bord de la fosse y sont plutôt rares ,(cependant Cf N° I5I)

4° - Effets de la renonciation

Libération de la femme de sa part de dettes dans la communauté

Enfin, la renonciation ainsi accomplie par les femmes qui pouvaient la faire, a pour effet de libérer la femme de sa part dans les dettes. Mais entendons bien que les créanciers ne sont pas pour celà frustrés. Si la femme est libérée de la moitié des dettes, c'est le mari qui sera obligé d'en répondre à l'égard du créancier.; aussi bien prend-il tout l'actif de la communauté; il est naturel qu'il soit chargé de toutes les dettes. Ajoutons même,que pour la moitié des dettes qui lui viennent de la renonciation de sa femme,le mari sera tenu de la même manière que pour les dettes qui étaient nées de sa part, c'est à dire qu'au paiement de ces dettes sera affectée la part de biens que sa femme lui a laissés,et aussi tous ses biens propres, et même si cela est nécéssaire sa propre personne.

La communauté continuée.

Il arrive parfois que cette communauté n'est pas dissoute faute de liquidation. Il se produit souvent ce fait que quand l'un des deux parents meurt , l'autre ne s'inquiète de rien; le survivant continue son existence antérieure exactement comme auparavant, en conservant ses enfants auprès de lui et en vivant du patrimoine commun. S'il s'agit d'un roturier, on considère que dans ce cas,la communauté continue; seulement elle continue entre le survivant et ses enfants,

Source : BIU Cujas

les enfants représentant leur mère et ne constituant qu'une tête dans la communauté. Il n'y a à cette continuation qu'une seule condition, c'est que en fait, les choses soient restées en état et que les biens meubles des enfants se trouvent mêlés avec les biens meubles qui appartiennent au père. En ce cas, pourvu que cette confusion de biens ait duré comme d'ordinaire pendant l'an et le jour, la communauté continue d'exister. On trouve un exemple de cette communauté continuée dans Beaumanoir (N° 644-642) N°- 644 :" Se uns hons de poosté à pluseurs enfans "(ceci est vrai seulement pour le roturier, car le noble n'a jamais de communauté continuée) qui dont "compaignie avec li, par la reson des biens a la mere "morte qui furent mellé avec les siens, et il en "marie l'un ou les deus et leur donne des biens qui "sont commun par la reson de la compaignie, et li au- "tre demeurent avec li en compaignie puis que cil sont "ou durent marié, I an ou II, ou plus, pour ce ne demeu- "re pas quant il vuelent partir au pere, que ce qui "fu donné au mariage des freres ou des sereurs ne " doie êstre rabattu de la partie a ceus qui vuelent "partir." Le passage peut paraitre un peu obscur, il signifie que les enfants étant restés en compagnie avec leur père, si l'un d'entre eux vient à se marier et que, à raison de son mariage, il emporte quelques biens de la compagnie, au moment où celui-ci se dissoudra, il devra faire le rapport des biens qu'il a emportés, de manière à ne pas prendre deux fois sa part dans la compagnie.

Le N° 642 répète pour l'hypothèse inverse la même règle : " Donques se j'ai mes enfans qui n'ont "point de mere et manans aveques moi, et je ne prent "riens de la partie de par la mere , ne ne melle avec "le mien, compaignie ne se fet point, ; et aussi d'au- "tres personnes qui sont aveques moi, s'il n'i apor- "tent muebles ou issues d'éritages, lesques je melle "avec le mien, ne pueent riens demander par reson de "compaignie combien qu'il soient aveques moi manant, "car qui riens ne met en compaignie riens n'i doit "prendre." Si le père a soin de mettre à part ce qui lui appartient à lui, c'est à dire de liquider la communauté antérieure, il n'y a pas compagnie entre le père et ses enfants. Mais s'il mêle les biens de ses enfants aux siens, cette compagnie s'institue d'elle même . Les enfants dans ce cas prennent la part du conjoint prédécédé, et ils la prennent tous ensemble, c'est à dire que dans la nouvelle compagnie les enfants constituent à eux tous une tête en représentant le prédécédé. Dans tout cela il ne s'agit bien entendu que des meubles, parce que la communauté

Source : BIU Cujas

ne porte que sur les meubles.

Quant aux immeubles qui appartenaient en propre au prédécédé, ils appartiennent exclusivement aux héritiers du prédécèdé, c'est à dire aux enfants. Il n'est pas question de communauté à leur sujet, à moins que les immeubles restant en fait entre les mains du père, et les revenus en étant confondus avec les siens, il arrive alors qu'on constitue ainsi une communauté taisible portant sur les issues des propres qui sont des meubles.

Complication de la compagnie en cas de mariages successifs.

Ce n'est pas tout. C'étte compagnie qu'on n'a pas liquidée peut même, nous dit Beaumanoir, se compliquer. Il suffit de supposer que le survivant se remarie et amène dans la maison une seconde femme qui va rentrer dans la communauté antérieure où il y a déjà deux têtes: l'une, le mari, l'autre, les enfants de la première femme. La compagnie va donc avoir désormais trois têtes, puisque la seconde femme comptera pour une tête (Beaumanoir N° 628). Enfin on pourra même supposer que la seconde femme étant venue à mourir, il y aura un troisième mariage, auquel cas la communauté aura quatre têtes, et ainsi de suite. La dissolution de cette communauté n'intervient que lorsque les parties le désirent, par exemple lorsque les enfants seront devenus majeurs et voudront s'en aller au loin et prendre leur part. Mais elle peut même d'après Beaumanoir, finir bien plus tôt, car il arrive parfois que le père de famille supporte malaisèment la responsabilité qui lui incombe du chef de tous ses enfants, tant que ceux-ci sont dans sa compagnie, notamment du chef des délits qu'ils peuvent commettre et dont il sera tenu de réparer le dommage. On a donc voulu reserver au père ou à la mère, au cas où cette responsabilité serait trop lourde, la faculté de s'y soustraire, et Beaumanoir indique comment le père peut mettre les enfants hors de " mainburnie et hors de leur pain et de leur pot " (N° 640), c'est à dire se séparer d'eux et liquider la communauté qui pourrait exister entre eux et le père de famille.

Possibilité pour le parent survivant de dissoudre la compagnie.

Si les enfants partent, en principe ils perdent leurs droits dans la communauté, ce qui est raisnnable puisqu'ils ne vont plus travailler pour le profit commun. Cependant, Beaumanoir nous dit qu'on leur permet de venir plus tard prendre leur part dans la communauté, à condition de remettre dans la masse, ce qu'ils ont pu recevoir isolément.(N° 644). Nous retrouverons cette communauté continuée.

Traits caractéristiques de la communauté au XIII° siècle

Voilà donç dans son ensemble cette communauté telle qu'elle apparait au XIII° siècle. Les traits qui la caractérisent consistent d'abord dans la mise en commun de tous les meubles des deux époux

Source : BIU Cujas

que ces meubles aient existé au jour du mariage ou qu'ils aient été acquis par eux pendant le mariage.

Le second trait est que l'administration de tous les biens des époux, non seulement des biens communs, mais encore des biens propres, appartient en principe au mari, sauf au cas où par suite de circonstances telles que Beaumanoir nous en indique, le mari ne remplirait pas son office. La femme prend alors en main la direction de la communauté; elle a alors pouvoir aussi absolu sur cette administration que le mari dans les cas habituels. Quant aux immeubles, on sait que dans ce régime, on exige le concours des deux époux pour une aliénation efficace: concours du mari lorsqu'il s'agit de l'aliénation de ses immeubles propres, concours de la femme lorsqu'il s'agit de l'aliénation de ses immeubles propres et de ceux de son mari qui sont grèvés du douaire.

Enfin, troisième caractère, à la dissolution de la communauté reprise par chaque époux de ses propres immobiliers, y compris les conquêts immobiliers attribués indivisément à chacun, au fur et à mesure de leur acquisition, puis partage égal des meubles communs, des dettes communes, sauf faculté accordée à la femme de se soustraire à sa part dans les dettes en renonçant. Tel est le régime que nous écrit Beaumanoir au XIII ° siècle.

Avant de poursuivre l'histoire des changements de ce régime après le XIII ° siècle, il convient de faire un retour en arrière pour connaitre son histoire antérieure et ses origines, puis d'indiquer les circonstances et les institutions antérieures qui l'ont provoqué.

Les origines de la Communauté

Difficulté de préciser la date d'apparition de la communauté.

Peut-on fixer d'abord une date d'apparition de ce régime ? La chose est véritablement difficile. Il ne s'agit pas seulement de noter la date où peut avoir apparu une participation mutuelle quelconque des époux à la prospérité pécuniaire du ménage, parce que s'il ne s'agissait que de celà, il faudrait noter tout de suite qu'à l'époque Franque la loi Ripuaire réservait déjà à la femme au cas de prédécès de son mari une part dans la jouissance des acquêts. Ces acquêts apparaissaient donc comme déjà assignés à la subsistance commune des deux époux. De même en remontant plus haut, on pourrait constater dans certains textes romains parfois une association volontaire entre époux, portant sur les biens des deux, et dont la gestion restait confiée au mari, en vertu d'un mandat exprès ou tacite de la femme.

Source : BIU Cujas

Il ne s'agit pas d'une simple tendance communautaire traduite par une association conventionnele comme à Rome ou par un gain de survie portant sur les acquêts. Nous sommes en présence au XIII ° siècle d'une masse commune régulièrement constituée , administrée,et partagée, que la coutume a organisée, qui a un actif un passif, et même une administration distincte. Il s'agit de savoir si l'on peut fixer à quel moment l'existence de cette masse commune apparait dans notre histoire ? C'est là un point difficile à établir, les textes antérieurs au XIII° siècle étant fort rares. D'autre part, avanr cette date du XIII° siècle,les coutumes sont chez nous encore bien peu consistantes. Elles ont un caractère particulier de fluidité. On les voit plutôt précédées par des tractations individuelles dont nous n'avons pu conserver que de rares traces,ce ne sont pas des règles entrées dans la pratique coutumière de tous ceux qui habitent la même région.

La communauté ne peut remonter à l'époque franque.

En plaçant le problème sur ce terrain plus étroit,ce qu'on peut affirmer c'est que cette communauté ne remonte pas bien haut dans le passé. En effet dans la période franque,nous avons constaté un régime de vie conjugale assez différent où c'est le douaire qui constitue la pièce essentielle, c'est à dire où c'est le patrimoine immobilier du mari qui constitue l'assiette de la vie de la famille et où il n'est pas possible de retrouver une véritable communauté.

Impression des auteurs du XIII ° siècle.

D'autre part,même dans les auteurs du XIII ° siècle,il est visible que la communauté n'y est ni fermement,ni uniformément organisée. D'une part, certains auteurs du XIII° siècle semblent l'ignorer, ou du moins n'en parlent pas (Pierre des Fontaines). D'autres textes plus proches de la communauté,comme les Etablissements de St Louis,ne semblent pas bien fixés sur les points essentiels de ce régime. Il n'y a pas,dans les Etablissements de St Louis beaucoup de textes (L.I,Ch.40. Ed. Viollet .T.II,P.289) Au chapitre 40 on examine le sort non pas de certains biens communs, mais des acquêts faits successivement au cours de premières, secondes ou même troisième noces. Il y est règlé sur le modèle du douaire assigné à chacune de ces unions, en appelant à la seule part attribuée au survivant les enfants nés d'unions postérieures.

Enfin, dans le Livre de Jostice et Plet qui nous renseigne davantage sur cette communauté on constate souvent qu'il n'y a pas concordance complète avec ce que dit Beaumanoir.

Le caractère plus récent de l'institution apparait surtout quand on compare le douaire et la

Source : BIU Cujas

communauté. On retrouve en effet le point d'attache du douaire aisément dans la période franque. C'est donc seulement la période immédiatement antérieure au XIII° siècle qu'il faudrait faire porter ces recherches. Pour cette période, on trouve parfois quelques traces embryonnaires de biens communs, au cours du XII° siècle, dans certaines chartes municipales. En II90, dans la charte d'Amiens, art 35, où il est question d'acquêts attribués à la mort d'un conjoint, moitié au survivant, et moitié aux enfants. C'est un règlement analogue que nous rencontrons dans certaines régions plus à l'Est, à Fribourg en Brisgau, (Coutume de II20, art I5, Girault T.I, p.I23) Les deux époux, chose curieuse sont déjà qualifiés du terme de genoz (associés): "Omnis mulier est genoz viri sui in hac civitate et vir mulieris similiter." Il s'agit donc bien d'une notion de société et qui est contenue dans la coutume. Mais aussitôt après le texte continue :" Omnis quoque mulier erit heres viri sui, et vir similiter erit heres illius."

Quelques traces de biens communs avant le XIII° siècle dans les chartes municipales.

Toute femme est considérée comme l'héritière de son mari, et son mari lui aussi est héritier de celle-ci. C'est en somme une espèce de communauté universelle à laquelle on arrive par deux procédés, d'un coté par le procédé de l'héritage, et de l'autre par le procédé de la société. La doctrine juridique sur laquelle repose cette communauté n'est pas encore élaborée.

Dans le Midi on retrouve une société d'acquêts, le principe de la communauté apparait plus limité que dans Beaumanoir. A Bordeaux il y a un privilège célèbre qui est comme le point de départ des Coutumes de Bordeaux accordé en I206 par Jean sans Terre. Il dispense les bourgeois de la pratique de la société d'acquêts qui se trouvait usitée jusque là. A une époque antérieure au XIII° siècle, les Bordelais avaient donc déjà quelque chose qui rappelle la communauté. Ancienne Coutume art.202, Coutumes de Bayonne, de Navarre) Dans bien des Coutumes du Midi, on trouve parfois une quotité différente du quint ou du dixième pour la part de la femme qui révèle une survivance de la loi Wisigothique.

La société d'acquêts dans le midi.

Enfin, tout récemment dans la revue Historique de Droit (I928) on paru deux articles publiés par M. Lemaire, Professeur à l'Institut Catholique, qui a fait un dépouillement abondant de textes du XII° et XIII ° siècles, c'est à dire de la période qui nous intéresse. Parmi ces textes, il y en a beaucoup qui proviennent du cartulaire de l'Abbaye de Cluny, et proviennent surtout de la région Bourguignonne. A la suite de cet examen, M. Lemaire établit que l'attribution à la femme d'une part dans les acquêts s'est faite d'abord sous la forme d'un douaire sur ces acquêts, le douaire étant la

Le douaire des acquêts en Bourgogne.

Source : BIU Cujas

forme générale qui a précédé celle de la communauté. Ce douaire sur les acquêts s'est ajouté alors au douaire antérieurement constitué à la femme sur les immeubles de son mari. Ce douaire sur les acquêts est généralement du I/3, et il fait probablement suite très directement à la loi Ripuaire qui attribuait à la femme une tiertia, I/3 des acquêts en jouissance, si elle survivait à son mari. La loi Ripuaire est tombée en désuétude, mais il lui a survécu un régime conforme aux anciennes pratiques.

Le Lyonnais, le Viennois, le Dauphiné, toute la région de l'ouest, et notamment l'Anjou, ont pratiqué cet usage du douaire du I/3 . Il en était de même dans le Midi; à Narbonne, à Nimes et à Montpellier. Il y a persisté à l'époque où la communauté s'était déjà subsistuée à lui dans bon nombre de régions, comme au nord et au nord-ouest.

Cette tertia, comme le douaire de moitié lui-même est en général un simple droit de jouissance, mais il est parfois en pleine propriété. Le dotalitium franc était en effet souvent à l'origine constitué aussi en pleine propriété .

En même temps, on retrouve parfois dans les textes, l'attribution à la femme d'un droit de co-propriété indivis sur les acquêts. Ce n'est plus un douaire, mais cela nous ramène à une pratique assez répandue d'après laquelle les immeubles étaient acquis conjointement par les deux époux. Les conquêts immeubles encore au XIII° siècle ne tombent pas, on s'en souvient, en communauté, mais sont attribués indivisément à chacun.

Voilà les seuls renseignements précis que nous possédions sur cette période intermédiaire. Tout cela montre les progrès de la part attribuée à la femme dans les biens conjugaux et de la considération dont elle a été entourée. Cela montre aussi l'enchevêtrement croissant des intérêts des deux époux sur les biens de chacun d'eux. Mais ce n'est pas encore la véritable communauté, reposant sur un fond commun appartenant aux deux époux, administrée parfois en commun, ou par le mari, et qui se partage également entre eux.

Le problème des origines de la communauté. Les communautés taisibles.

D'où donc a pu venir cette idée de communauté ? On a recouru pour expliquer son avénement définitif à de très vieilles pratiques familliales. La vie en commun sous le même toit et au même pain et pot, avait engendré de bonne heure cette idée que tous ceux qui vivaient ensemble et usaient des mêmes meubles en étaient aussi bien copropriétaires que co-usagers. Beaumanoir parle de ces communautés entre parents , et il en parle dans le chapitre même où il est question de la communauté entre époux. (N° 625) Il n'est pas favorable à ces communautés, mais enfin il en constate

Source : BIU Cujas

l'existence: " La quarte maniere par quoi compaignie " se fet si est la plus perilleuse et dont j'ai veu " plus de gens deceux: car compaignia se fet selonc " notre coutume pour seulement manoir ensemble a un " pain et a un pot I an et I jour puis que li mueble " de l'un et de l'autre sont malle ensemble." Ici encore nous avonsune communauté qui porte sur les meubles, on l'appelle en général communauté taisible, tacite parce qu'elle s'établit sans que les parties aient eu à en convenir,par le seul fait que leurs biens ont été mêlés. Elle intervient nécéssairement entre pauvres gens et se retrouve dans toute la France. Beaumanoir n'y est pas favorable; cependant ces communautés sont fort répandues,même après Beaumanoir. Au XIV° siècle,on les retrouve au Grand Coutumier (p. 37I). Au XVI°; elles ont été très étudiées dans la coutume de Nivernais, où elles étaient abondamment pratiquées, par Guy Coquille (T.VIII,9,I5) On sait que cette communauté a un chef de Chanteau qui la dirige et peut l'obliger sur ses meubles. Le chef de Chanteau est seul inscrit sur les rôles et responsable du paiement de la taille au roi et des corvées au seigneur. Cette institution a été très avantageuse aux serfs pour échapper à la mainmorte, c'est-à-dire à la main-mise su seigneur sur le patrimoine de chacun d'entre eux à sa mort. Le patrimoine appartenant à toute la communauté, il n'y a pas de mutation, et le seigneur n'a pas de droit de reprise. Ces communautés taisibles sont très anciennes et rapellent ces communautés rurales barbares dont on ne peut retrouver l'origine, et dont la loi Burgonde (74,78,5I,53) garde la trace . Cette communauté taisible voisine de très près avec la communauté entre époux. Toutes deux ont pour objet la mise en commun des meubles; toutes les deux résultent de la vie commune,dont le mariage est le commencement; toutes deux sont administrées par le chef et comportent un partage égal. Beaumanoir les classe toutes deux dans le même chapitre. Il est donc bien possible que ces communautés soient comme le prototype suivant lequel s'est formée la communauté conjugale,et en ce sens elles en sont peut être l'origine. Pourtant,communauté taisible et communauté conjugale ne se confondent pas. Beaumanoir prend grand soin de les distinguer, et il ne serait pas surprenant qu'elles aient éte historiquement,comme complémentaires l'une de l'autre,et que l'existence d'une communauté taisible de famille ait été longtemps un obstacle au développement de la communauté conjugale qui n'aurait pu être qu'un morcellement de la communauté taisible, une sorte de petit clan inséré dans la grande communauté familiale. Qui sait si l'une n'aurait pas succédé à l'autre,

Source : BIU Cujas

si la faveur de l'une ne se serait pas accrue,à mesure que l'autre aurait perdu cette même faveur. Ceci expliquerait l'hostilité de Beaumanoir contre la communauté taisible et la prééminence qu'il s'efforce de réserver à la communauté entre époux.

La communauté taisible entre gens vivant au même pain et au même pot. Est élu l'origine de la communauté entre époux.

Tant que la communauté taisible serait restée vigoureuse, on aurait plutôt pratiqué entre époux le régime du douaire . Il aurait paru plus satisfaisant parce-qu'au lieu d'isoler les deux époux comme noyau distinct dans la communauté familiale, il aurait au contraire rattaché plus étroitement et plus irrévocablement la femme et les enfants à la communauté paternelle.

Plus tard, quand la communauté familiale se serait dissoute le penchant communautaire aurait sans danger trouvé sa satisfaction dans la communauté entre époux; la substitution se serait faite insensiblement, communauté par communauté au fur et à mesure que les parionniers auraient deserte la tenure de famille.

La démonstration de l'exactitude de cette simple vue de l'esprit serait faite si on pouvait établir que dans les diverses régions de la France l'avènement de la communauté conjugale a sensiblement coincidé avec l'affaiblissement ou la disparition de la communauté taisible entre parents,mais cette étude n'a pas encore été faite.

Voilà ce que je crois le plus vraisemblable Pourtant,nous n'avons pas encore fini avec cette question Elle a donné lieu a une très abondante littérature que nous ne pouvons négliger,et il nous reste à envisager l'ensemble des systèmes imagines sur ce point.

Harmonie naturelle entre le régime de communauté et l'union entre époux- L'esprit communautaire.

Nous devons constater à ce point de vue , dans la création de l'institution de la communauté entre époux, la marque d'une tendance d'esprit, d'un penchant à l'union des biens des époux,à la fusion de leur patrimoine, tendance qui s'accorde avec l'union morale et matérielle que comporte la vie conjugale, tendance qui a été très bien dégagée, et que certains auteurs appellent l'esprit communautaire. Cet esprit communautaire n'est pas sans doute indispensable au mariage . Aujourd'hui même on peut adopter entre époux un régime différent de celui de la communauté .On peut même convenir du régime de la séparation de biens qui est précisément aux antipodes de celui de la communauté. De même les romains avaient adopté les règles du régime dotal, c'est-à- dire en somme la séparation des patrimoines, chacun des époux conservant non seulement la disposition, mais l'administration de ces biens,la femme gardant la pleine et indépendante administration de ses paraphernaux; l'existence de la communauté n'est donc pas une nécéssité.

Source : BIU Cujas

Mais il est vraisemblable de penser que cet esprit communautaire, quand on le rencontre quelque part, peut apparaitre comme le germe le plus fécond d'où doit sortir la communauté quand les circonstances ambiantes favorisent son éclosion. C'est ce qui explique que quand on a recherché l'origine de la communauté, on a été souvent tenté de se borner à rechercher où et par quelles coutumes s'est traduit dans notre pays cet esprit communautaire, avant l'avènement du regime de communauté proprement dite, et quand on a eu découvert ces coutumes on s'est efforcé de les relier historiquement à notre communauté du XIII° siècle, sans parvenir pourtant à établir entre elles et notre communauté un lien direct et immédiat de filiation. Ce sont précisément ces manifestations de l'esprit communautaire que je voudrais relever et qui ont servi de base chacune à une théorie différente de l'origine de la communauté.

Différentes origines assignées de la communauté.

On a prétendu ainsi assigner à la communauté comme origines successivement: tout d'abord le régime gaulois, en second lieu le régime romain, en troisième lieu le régime germanique, enfin, en quatrième lieu, ce qui nous retiendra le plus longtemps, une origine chrétienne.

I°Origine gauloise. Le témoignage de César, constitution entre époux d'un fond commun grossi des revenus et partagé entre époux.

I°- L'origine gauloise .

Cela semble bien singulier qu'on puisse faire intervenir les Gaulois en cette matière. Cependant, il n'est pas douteux qu'un texte des Commentaires de César nous rapporte à ce point de vue de curieux usages déjà pratiqués chez les Gaulois (Cf De bello Gallico, L.VI ch.I9) Voici ce que nous signale César? Il y avait paru-il en Gaule un usage répandu qui consistait dans la mise en commun par chacun des époux d'une somme égale; d'un cotê la dot de la femme, et de l'autre une somme fournie par le mari, et qui est comme une contre dot: " Viri, quantas pécunias ab uxoribus dotis nomine accepe- " runt, tantas ex suis bonis, aestimatione facta, cum "dotibus comm unicant."

Il ne s'agit pas de quelque chose de comparable à une donatio propter nuptias, puisque nous sommes au siècle antérieur à l'ère chrétienne . César continue que durant le mariage on tient de ces biens ainsi mis en commun une comptabilité commune, et qu'on ajoute à la masse les fruits mis en réserve: " Hujus omnis pecu- "niae conjonctim ratio habetur fructusque servantur."

A la dissolution, le survivant garde le tout, accru des fruits qui ont été épargnés: " uter, eorum vit " superavit, ad eum pars utruisque eum fructibus superio " rum temporum pervenit. "

Il y a donc une sorte de masse commune qui peu faire songer à la masse commune rencontrée au XIII ème siècle.

Source : BIU Cujas

Pourtant il ne semble y avoir aucun lien historique entre l'observation présentée par César et la pratique du XIII ° siècle. En effet, l'usage dont il s'agit date du I° siècle avant J.C. Il a été vraisemblablement recouvert d'abord par la conquête romaine durant laquelle il ne semble pas que ce régime ait laissé de trace. Nous n'en avons aucune mention dans les historiens. Puis sont venus les siècles des invasions et la nuit de la décadence carolingienne qui ont bouleversé bien des traditions. Si l'on examine ce régime d'un peu près, on constate d'ailleurs que ce n'est pas la communauté du XIII° siècle. Ce que nous présente César, c'est surtout une sorte de bien réservé, mis en épargne au profit du survivant, beaucoup plus tôt que comme notre communauté, le produit du travail commun résultat d'efforts quotidiens et de la gestion commune de tous les intérêts pécuniaires des époux, pendant toute la durée du mariage; c'est comme une sorte d'assurance mise à fonds perdus, et donnée au survivant. Il y a dans l'esprit de l'institution une différence d'inspiration entre ce régime gaulois et notre régime de communauté du XIII° siècle.

Cette théories des origines gauloises a eu quelques succès pendant plus d'un demi siècle, mais est tombé depuis longtemps en oubli.

l'origine romaine

2°- On a également pensé à une origine romaine Cette idée fut développée par le Président Bouhier, au XVIII ° siècle, qui nous a laissé un commentaire sur la Coutume de Bourgogne (Ch I.N° 37)

mparaison du égime de la nus avec la mmunauté s de filia- ons histori- es entre les ux insti- tions.

Le régime de la manus à Rome, était au fond, un régime de communauté universelle, puisque la femme apportait au mari sa dot qui se confondait dans le patrimoine familial du mari. En échange de cette dot, la femme prenait à la mort du père de famille ou de son mari, une part d'enfant dans tous les biens de la famille. Mais on sait que la femme n'était pas traitée, comme dans la communauté, sur un pied d'égalité vis-à-vis de son mari : elle y était loco filiae, donc incapable et subordonnée et non pas associée . La manus a d'ailleurs disparu à Rome depuis le II° ou III° siècle de notre ère , et comme nous sommes au XIII° siècle, il serait périlleux de prétendre établir une filiation historique de l'une à l'autre.

Il est plus frappant de signaler qu'au Bas Empire s'est développé un régime constituant en effet une certaine masse commune de biens composée de la donatio propter nuptias qu'on joint à la dot. Chacun des deux éléments devant même être égal en valeur à l'autre. Le tout est confié au mari, et dans la pratique du Bas Empire, conservé au survivant et aux enfants.

N'empêche que ce régime qui constitue un peu, comme celui des Gaulois, un fond commun aux deux époux

Source : BIU Cujas

n'a pas aboli le vieux système romain de séparation des patrimoines. La donatio propter nuptias et la dot n'empêchent pas la survivance des paraphernaux, et le fond commun ainsi constitué est isolé de chacun des deux époux par les procédés de sauvegarde résultant de l'inaliénabilité. Il n'y a donc pas lieu de tenir plus grand compte de cette origine romaine que de l'origine gauloise.

3°- L'origine germanique. Le régime du mundium; impossibilité de concilier la subordination absolue de la femme avec l'idée de copropriété.

3°- Pour établir l'origine germanique, on a invoqué l'institution du mundium germanique, qui est analogue à la manus , et d'après laquelle au moment où la femme entre dans la famille de son mari, il se constitue ainsi une sorte de communauté universelle, la femme après la mort de son mari devant continuer à y vivre et à y prendre sa part.

C'est encore là un régime bien différent de la communauté, puisqu'il suppose une subordination économique de la femme à peu près complète, inconciliable avec une vraie copropriété et avec la qualité d'associée que la communauté du XIII° siècle reconnait à la femme.

Laissons donc de côté toutes ces diverses opinions, pour en arriver à la dernière soutenue avec un très grand talent et une éloquence entrainante par M. Lefebvre.

4°- La doctrine chrétienne source de l'institution de la communauté la thèse de M. Lefebvre.

D'après cette opinion l'avènement de la communauté serait le résultat de la soumission du monde occidental à la direction chrétienne dont l'influence, déjà sensible dans le monde byzantin, aurait peu à peu triomphé après l'invasion, dans tout le monde barbare, aurait grandi dans la période du X° et XI° siècle; pour s'épanouir pleinement au XIII° siècle.

A cet esprit chrétien serait dû tout d'abord le régime du douaire, puis celui du don mutuel qui pousse les époux à confondre leurs richesses le plus qu'ils le peuvent, puis l'organisation de la puissance maritale qui n'a aucun similaire dans les institutions anciennes, et enfin la communauté de meubles entre les époux et la participation de la femme aux conquêts.

L'organisation toute entière dans tous ces détails, serait en quelque sorte issue de cette poussée générale et intense vers l'égalité et la fusion des époux l'un dans l'autre, que l'avènement du christianisme aurait déterminée dans le monde .

Il n'est pas douteux que la doctrine chrétienne n'ait exercé une influence sociale prépondérante, et que cette influence n'ait été particulièrement manifeste dans l'institution matrimoniale, puisque celle-ci a même passé toute entière, pour sa réglementation et son contentieux, aux mains de l'église, depuis le IX ° et le X° siècle jusqu'au concile de Trente.

D'après M. Lefebvre, l'Eglise ne se serait pas

Source : BIU Cujas

borné,par son influence morale, à la formation d'un état d'âme favorable à l'essor de la communauté conjugale, elle aurait modelé par le détail chacune des pièces de ce régime, et c'est précisément dans l'examen du détail de chacune de ces pièces que M. Lefebvre a apporté une lumière nouvelle.

Les trois sources de la doctrine chrétienne sur le mariage.

La doctrine chrétienne dans son application au mariage et au régime des biens entre époux, résulte de trois sortes de textes: I°- les textes sacrés, 2°- les textes des évangiles qui restaurent et perfectionnent le mariage, l'érigent en sacrement et par là soutiennent son indissolubilité; 3°- enfin postérieurement aux textes des évangiles, il existe encore quelques passages apostoliques ayant pour but de déterminer les devoirs mutuels entre époux.

Dans chacun de ces textes,il y a quelques formules frappantes qui ont traversé les siècles, qu'on retrouve souvent dans les textes privés de l'époque franque, qui se sont en réalité enchâssées dans nos vieilles formules et montrent combien ils ont eu d'action sur la pensée populaire,

I°- les textes sacrés.

I°- **Les textes sacrés.** Aussitôt après la création, Dieu dit: " Il n'est pas bon que l'homme soit seul il créa à ce moment,en la tirant d'une côte d'Adam, la femme Eve; il veut créer à côté de l'homme un adjutorium simile sibi, une aide pour l'homme et qui en même temps est semblable à lui. Voilà une première phrase à noter, dont on tirera par la suite, des conséquences lointaines.

En second lieu, la génèse ajoute: " L'homme quittera son père et sa mère pour s'attacher à sa femme, Il abandonnera sa famille primitive pour en constituer une nouvelle."

Enfin, troisième trait caractéristique, l'homme et la femme, une fois unis par le mariage ne devront plus former qu'une seule chair: " erunt duo in carne una."

Ces trois formules tout à fait saisissantes, traduisent aux yeux de M. Lefebvre,les trois notions caractéristiques qui gouvernent les rapports entre époux.

I°- La femme aide de l'homme adjutorium simile sibi vir caput mulieris

I°- La femme est l'aide de l'homme, et puisqu' elle n'est que son aide, c'est qu'elle doit lui être subordonnée,non pas par sa nature inférieure,mais simplement par la fonction que le créateur lui a réservée. Au point de vue de sa nature,la femme est l'égale de l'homme puisqu'elle est pour l'homme simile sibi. Elle a, vis à vis de ses biens,sa pleine indépendance, mais elle a,à côté de son mari un rôle de second plan. Le mari sera dans la nouvelle union le chef de la communauté, mais il aura à côté de lui sa femme égale à lui

Source : BIU Cujas

en dignité.

On retrouve cette même conception, dans les commentaires postérieurs des apôtres, notamment dans les épitres de St Paul, auxquels M. Lefebvre a emprunté cette formule: " vir caput mulieris, l'homme est le chef, la tête de la femme qui doit lui être subordonnée, mais comme elle est simile sibi, en échange de cette subordination, le mari doit à sa femme, non seulement sa protection, mais encore tout son dévouement. Il est attaché à sa vie et à son bien être qu'il doit lui assurer.

2°-Indépendance de chaque nouveau ménage: la famille individuelle

Par la seconde formule: le mari doit quitter sa famille pour s'attacher à sa femme; le nouveau groupement des deux époux va constituer désormais une unité distincte. Mari et femme sont l'un et l'autre séparés désormais de la famille dont ils sont issus. Au lieu de cette grande famille patriarcale existant dans le monde romain, survivant aux invasions, ce qui apparait dans cette nouvelle notion, c'est la famille individuelle; le mari, la femme, et les enfants affranchis de l'autorité de la famille patriarcale. Ils lui devront bien le respect, mais c'est à eux seuls séparés, indépendents, qu'appartient le souci de leur existence. On voit là la caractéristique de la famille moderne, déjà signalée bien des fois.

3°-Erunt duo in carne una, union complète des époux.

Enfin, il doit y avoir, en troisième lieu, entre les époux union totale, fusion complète, non seulement au point de vue physique, mais au point de vue moral et aussi au point de vue économique qui en est la suite : fusion des patrimoines comme des coeurs et des corps, fusion éternelle puisque le principe du mariage chrétien, c'est l'indissolubilité.

Voilà les idées directrices dégagées par M. Lefebvre avec une très grande force, et il serait sur ce point bien difficile de contester sa thèse.

Traduction de l'influence de ces formules dans le régime des biens.

Allons un peu plus loin. Comment ces idées directrices se sont-elles traduites dans le regime de communauté qui forme toujours l'objet de notre examen.?

Ces idées directrices ont engendré d'une part la communauté des époux, d'autre part, le partage des acquêts entre les époux à la dissolution du mariage, et enfin, en 3 è lieu, l'administration des biens par le mari, la puissance maritale et l'incapacité de la femme.

La communauté fusion des biens Comment s'explique qu'elle ne se soit pas étendue à tous les biens.

La communauté entre époux: d'abord la mise en commun du patrimoine mobilier résulte naturellement de ce que tout doit être confondu entre époux: erunt duo in carne una. Ce désir de confusion des biens, on le trouve déjà dans les formules franques qui manifestent la même inspiration (Marculf L.II, F.7 Zeumer p.79 Lindenbrog F.13; Zeumer p. 275. Ces formules conservent

Source : BIU Cujas

comme une sorte de parfun des idées religieuses que nous venons d'indiquer. Cette communauté peut même aller parfois jusqu'à s'étendre au patrimoine tout entier. Souvent les deux époux se font une donation mutuelle, non seulement de leurs meubles, mais encore de tous leurs immeubles. A ce point de vue, l'idée chrétienne a même subi plutôt du monde franc au XIII° siècle, une sorte de regression, puisque la communauté du XIII° siècle n'est plus la communauté de tous les biens; elle n'englobe pas les immeubles qui restent propres à chaque époux, mais elle se réduit au contraire aux meubles. Cette réduction de la communauté aux biens meubles, on a le soin de l'expliquer par la résistance du groupement familial qui a la propriété foncière de tout le sol sur lequel vit la famille, et qui ne consent pas à se laisser dépouiller au profit de l'époux ou de l'épouse. C'est par suite de cette sourde résistance que cette communauté réduite s'est établie dans les siècles qui séparent les formules du XIII° siècle, pendant cette période obscure du IX° au XIII° siècle.

Il n'est pas douteux que cette confusion des biens s'accorde, au point de vue du sentiment qui l'a inspirée, avec les données chrétiennes que nous avons dégagées.

2°. La mise en commun et le partage des acquêts L'idée de collaboratio.

Le partage des acquêts. Il ne s'agit plus ici de biens qui appartenaient à chacun des deux époux et qu'ils ont mis en commun; il s'agit de leur travail accompli souvent ensemble pendant la durée du mariage et au cours de la confusion quotidienne de cette existence Les textes que l'on appellent la "collaboratio", cette idée de travail en commun, de jouissance commune de son produit et de partage de ce qui en subsiste, on la trouve antérieurement au XIII° siècle, dès l'époque franque. Dès cette époque s'est répandu l'usage des époux d'acquérir ensemble, par un même acte rédigé conjointe par les deux époux, un même bien. De nombreuses formules en fournissent des exemples. (Formules d'Anjou, 46, Zeumer p.20; formule d'Auvergne, I;a, p.28) Cette pratique de l'achat ou de la vente en commun s'est perpétué au cours du Moyen Age. En outre, certaines lois barbares traduisent aussi le progrès de cette idée de "collaboratio". Nous n'y insistons pas maintenant puisqu'il en a déjà été parlé ici. On peut se reporter à la loi Wisogothique encore dans la ligne du régime romain de séparation des biens entre époux, et qui suppose l'acquisition faite par chacun des époux, non pas en confondant tous les biens acquis dans une même masse indistincte, mais en attribuant à chacun des deux époux une part proportionnelle à leur apport antérieur, et qui maintient par conséquent le régime romain de séparation (loi Wisigothique L.IV, T.II, ch, 7). Mais il faut surtout lire la loi Ripuaire

Source : BIU Cujas

(ch.37) confirmée sur le point qui nous occupe,par le capitulaire de 821, qui consacre le droit de la femme au tiers des acquêts faits en commun . C'est là qu'on emploie ce terme de " collaboratio". Il en est ainsi alors que avant l'invasion dans le monde romain,quand le ménage faisait des acquisitions,celles-ci étaient toutes pour le mari, comme aujourd'hui encore dans notre régime dotal,la femme n'y ayant en principe aucune part;

Si on examine ce chapitre 37, on constate d'ailleurs que nous sommes bien dans la route qui mène à la communauté,mais que nous n'y sommes pas encore arrivés, pour deux raisons:la première c'est que la femme n'a que le tiers dans les acquêts,et non pas la moitié comme dans la communauté. La seconde c'est que si elle bénéficie des acquêts,elle n'est dans la loi Ripuaire qu'investie d'un droit de survie; il faut qu'elle survive à son mari. Si elle meurt la première,il n'est pas question pour ses héritiers d'une participation quelconque aux acquêts. Elle n'est donc pas, comme en communauté, copropriétaire de ses acquêts.

Ce règlement communautaire n'est donc qu'une étape dans la vie du progrès de l'idée chrétienne.

3° La puissance maritale. La femme soumise à l'autorité du mari en tant que chef de l'association conjugale : adjutorium sibi.

Reste le troisième point, c'est à dire la puissance maritale que nous rencontrons dans la communauté du XIII° siècle,et qui oblige la femme à demander à son mari l'autorisation pour les actes pécuniaires essentiels de sa vie privée,et qui la soumet de ce chef à son mari.

Cette puissance maritale n'a surement pas une origine romaine. Dans la législation romaine,le régime est bien plus tranché: ou les biens de la femme appartiennent au mari,comme la dot, et en ce cas la femme est exclue de leur gestion, ou ils appartiennent à la femme et le mari n'a aucun droit de regard sur leur gestion. La femme romaine relativement à ses paraphernaux a une complète indépendance; d'autorité maritale,il n'est donc jamais question.

Ce régime intermédiaire qui soumet la femme au contrôle de son mari quoique les biens lui appartiennent c'est une transaction nouvelle que les Romains n'ont jamais connue . On a prétendu que cette autorité maritale était issue du mundium, mais si celui-ci apparait comme développé dans la législation lombarde, on n'en a pas de trace bien profonde dans le monde franc. Le mundium d'autre part constitue une autorité brutale analogue à la puissance paternelle qui est insuffisante pour expliquer ces nuances de la puissance maritale.

C'est en effet le caractère nuancé qui est la marque du régime dont nous nous occupons. La femme est soumise au mari qui est le chef de l'association conjugale. C'est lui qui dispose des biens,qui les administre

Source : BIU Cujas

mais en même temps la femme est l'egale de son mari. Elle est simile sibi . Au point de vue juridique,elle est capable comme lui; elle peut valablement s'engager, supléer de plein droit son mari absent ou en cas de défaillance quelconque de sa part. Elle prend sa place dans la famille à sa mort; elle le supplée vis à vis des enfants avec la même autorité. M. Lefebvre l'a bien dégagé, c'est là toute la notion chrétienne. Il était impossible;dans le monde romain où la toute puissance paternelle étouffait toute autre autorité de la faire accepter. Et la puissance paternelle n'est adoucie à sa base par aucune notion de dévouement conjugal .La femme subordonnée au mari paterfamilias est traitée en incapable (Senatus-consulte Véllein) . Elle est en outre subordonnée " propter fragilitalem sexus".

Il eut été bien impossible d'établir notre régime nuancé à Rome où le mariage,au lieu de fondre les deux époux dans une même union des corps,des coeurs et des patrimoines,maintient les deux époux comme deux individualités distinctes,à la tête de deux patrimoines séparés d'un de l'autre,et chacun placé sur un plan hiérarchique différent.

Toutes ces nuances,M. Lefebvre montre qu'elles peuvent dériver de la notion chrétienne,et voilà pourquoi celle-ci n'a pu pénétrer dans le monde romain; il a fallu la ruine du monde romain pour rendre possible l'avènement des conceptions nouvelles.

Appréciation de la thèse de M. Lefebvre. Malgré l'influence inconstable de l'Eglise sur le droit matrimonial ce n'est pas à . Elle qu'on peut tattacher le égime de la communaute.

Reste à dire ce qu'on peut penser de la thèse de M. Lefebvre et surtout à tempérer ses affirmations qui sont un peu absolues.

L'influence profonde et persistante de la pensée chrétienne est incontestable. Il est tout naturel qu'elle se soit exercée dans l'institution matrimoniale sur laquelle l'Eglise avait législation et juridiction, cependant, il serait exagéré de voir dans la pensée chrétienne le facteur prépondérant dans la formation du régime des biens. Il ne faut pas oublier que nous sommes là dans une matière presque exclusivement temporelle, que l'église n'a jamais directement règlementée, ni même voulu attirer dans sa compétence, même lorsque celle-ci a été plus étendue.

Elle a plutôt favorisé le douaire,et la communauté ne s'est pas etablie partout.

Au début, jusqu'au XIII° siècle, l'Eglise a été surtout favorable au douaire qu'elle a, en vue de la protection matérielle de la femme, imposé aux époux.

La communauté n'était pas encore constituée et elle n'a durant cette periode primitive rien fait qui permette de penser qu'elle en souhaitât l'organisation. Chose plus significative encore, lorsque la

Source : BIU Cujas

communauté a été organisée, c'est encore le douaire que l'Eglise a maintenu comme obligatoire. Loin de pousser au développement de la communauté, elle a dans bien des régions maintenu l'ancien régime romain de la dot: ainsi, dans le Midi, en Italie, en Espagne, en Normandie. Elle l'a accepté encore en Angleterre et même en Allemagne. Pourquoi alors cette politique, si la communauté était par excellence le régime le plus conforme aux aspirations du monde chrétien ?

Bien plus, si elle a été de tout temps favorable au relèvement de la condition de la femme, et si le douaire est sorti de cette tendance, n'empêche que quand s'est produit la renaissance romaniste et qu'on est venu à l'instar du droit romain à un régime où la femme est plutôt traitée comme un incapable, quand on tenta, dans toute la France de réssusciter le senatus-consulte Vellein, qui ne fait guère de la femme l'égale de son mari, l'Eglise a laissé ses théologiens marcher dans cette voie. Rappeler le rôle dangereux de la femme dans la chute et douter de l'égalité même morale de l'homme et de la femme. Elle a accepté parfois des formules de Livres Saints déjà cités, des interprétations assez différentes de celles que nous leur avons données chez nous; ainsi, à propos de la formule, erunt duo in carne una: ils seront deux dans une seule chair, l'Eglise a toléré que dans les régions, comme en Normandie ou en Angleterre, on fit découler de cette parole non pas la communauté, la fusion des patrimoines ou l'égalité des contractants, mais l'absorption totale de la femme par son mari, plus encore en Angleterre, où c'est l'anéantissement de la personnalité juridique de la femme.

Enfin, si la formation de la communauté individuelle, si l'institution si nuancée de la puissance maritale sont en harmonie avec les données extraites des textes sacrés, d'une part, ces textes ne les ont pas partout ou toujours engendrés, puisque dans bien des régions, notamment dans le Midi, la survivance de la puissance paternelle patriarcale s'est opposée à l'épanouissement de la famille individuelle et au développement de l'autorité maritale. D'autre part, il y a d'autres éléments que l'esprit religieux, qui sont intervenus et ont conduit tout naturellement à cette même communauté.

Autres circonstances qui ont favorisé l'établissement de la communauté.

De sorte qu'il est impossible de prouver que la communauté soit essentiellement le résultat de l'esprit chrétien plutôt que de telle tendance qui se montre puissante à cette époque. Nous faisons allusion ici, non pas seulement aux communautés taisibles dont nous avons parlé plus haut et dont la grande diffusion montre bien toute la force de l'esprit communautaire à

Source : BIU Cujas

cette époque, mais encore aux usages de la vie urbaine. En essayant de préciser la date d'apparition de la communauté chez nous, nous avons en effet remarqué que les textes les plus anciens qui relatent la communauté se trouvent dans les Chartes de communes. C'est donc, à ne prendre que les textes qui subsistent, dans ces villes de communes qu'on serait tenté d'en trouver le premier exemple. C'est en effet dans ces villes que s'est souvent et d'abord constitué le noyau distinct de la famille individuelle qui sait séparée de la grande famille rurale. Le mari a quitté la communauté taisible pour s'établir au dehors par ambition, par esprit d'aventure, par penchant au négoce, et désir d'une vie plus ouverte et moins étroite. Là, il n'y a pas besoin de recourir à d'autres raisons pour comprendre la naissance de cette famille individuelle. La famille individuelle s'est faite toute seule, puisqu'elle s'était déracinée et séparée d'elle même de son tronc primitif. De même, dans ce centre urbain où le jeune ménage s'est établi, la participation de la femme aux acquêts, l'octroi à la femme d'une capacité égale à celle de l'homme, bien que subordonnée et comme supplétoire à celle du mari, n'intervenant qu'au cas de défaillance de celui-ci, c'est l'état de choses qui s'impose, en dehors de toute influence religieuse, et qui se comprend à merveille dans un milieu d'artisans ou de commerçants des villes où il est vrai de dire que la femme est l'adjutorium de son mari, simile sibi.

A défaut des textes sacrés, le mode de vie en usage chez ces commerçants des villes mène tout droit à la communauté. Le mari et la femme sont ensemble dans leur boutique; tandis que le mari travaille, la femme sert les clients, tient la comptabilité; elle joue le rôle d'aide, de suppléante de son mari. Ce sont là des conditions de fait qui se sont réalisés très souvent d'une façon générale et qui ont dû muner tout droit aux conceptions communautaires moyennes de notre régime entre époux. Que tout ce régime ait pris une couleur chrétienne, celle de toute l'ambiance de cette époque, convient-il de s'en étonner ? Mais cela suffit-il pour voir nécéssairement, dans tout le détail du mécanisme, l'application systématique des notions chrétiennes.

Même si l'on rejetait l'imitation des communautés taisibles rurales et l'établissement quasi spontané des communautés urbaines, ne pourrait-on pas soutenir encore que notre communauté entre époux s'est trouvée le régime naturel des pauvres gens, artisans ou ruraux, qui n'apportent au ménage que des objets mobiliers d'un usage commun, les plus nécéssaires à la vie ? - Parmi les gens de cette condition, sans qu'on ait aspiré à la communauté, celle-ci a pu s'établir d'elle-même

Source : BIU Cujas

puisqu'elle était le régime pratique, pour des gens que leur dénument antérieur ne poussait à aucune règlementation. Elle s'est bornee aux meubles parce qu'en fait ils n'ont pas d'autres biens.

Tout cela n'est pas pour écarter entièrement les suggestions saisissantes de M. Lefebvre . Il faut leur faire leur part. Elles ont eu dans le monde chrétien du Moyen Age une grande influence. Elles ont contribué à l'avènement du régime de communauté,mais il faut en tempérer la portée. Le rôle de l'esprit chrétien, de la dogmatique chrétienne, dans l'avènement de la communauté est probable comme celui de tout autre élément. Mais c'est une question qu'on ne résoudra jamais que de savoir, d'une part, s'il aurait suffi à son triomphe sans l'intervention des autres données que nous venons d'indiquer, données sociales économiques,ou purement historiques ; et de l'autre si, à défaut de la notion chrétienne,la communauté n'aurait pas surgi quand même des autres aspirations qui caractérisent ce milieu social?

Il y a là en somme un problème qui est insoluble si on veut assigner à ce régime une seule cause. Il n'y en a pas une ,mais un très grand nombre. L'argumentation de M. Lefebvre sur la portée exclusive et prépondérante de la notion chrétienne a été en cette mésure exagérée.

Nous avons vu l'histoire de la communauté jusqu'au XIII° siècle .Il nous reste à la suivre,ainsi que les transformations qu'elle a subies depuis le XIII° siècle jusqu'à nos jours. C'est l'objet d'une nouvelle partie de notre étude.

LA COMMUNAUTE APRES LE XIII° SIECLE

L'influence de la Renaissance du Droit Romain et de ses constructions.

A la fin du XIII° siècle , aux XIV ° & XV° siècles, on constate que la cause principale des changements qu'on peut rencontrer dans le régime de communauté entre époux, est à vrai dire la renaissance des études de droit romain . Commencée au XII° siècle en Italie elle n'a produit son effet qu'au cours des XIV ° et XV° siècles.

Si nous prenons cette communauté dans sa grande généralité,nous pouvons que la force effective du droit romain pour opérer ces changements a résidé moins dans la valeur intrinsèque des principes qui gouvernent le régime des biens entre époux,que dans la résistance de la construction qu'avaient édifiée les jurisconsultes romains à travers toute l'histoire romaine, notamment à travers la période classique. Elle se trouve plutot

Source : BIU Cujas

dans l'agencement logique des différentes parties du système et dans leur cohésion qui ont eu parfois beau jeu vis à vis des règles plus fluides et beaucoup plus incertaines de notre communauté, telle qu'elle est parvenue péniblement à s'édifier au XIII° siècle dans Beaumanoir. La tendance naturelle chez des gens, comme nos coutumiers peu rompus à discerner les principes divergents d'une systématisation, a été de substituer dans le détail,les règles fermes de la dot romaine aux préceptes encore peu organisés de la coutume. L'application des principes romains formulés d'une façon précise dans les textes, était beaucoup plus aisée, plus satisfaisante pour l'esprit, et se fit souvent sans que nos juristes, qui n'étaient pas encore très exercés,se soient toujours aperçus de l'esprit différent qui animait ces deux législations . C'est donc presque sans qu'on s'en soit douté que cette influence s'est exercée, par l'introduction une par une des règles romaines, ou bien plutôt par l'inclinaison inconsciente des règles coutumières vers les principes romains.

Les traits caractéristiques du régime dotal romain par opposition à ceux de la communauté au XIII ° siècle.

On se rappelle que le régime dotal romain comporte l'attribution au mari de la dot de sa femme en toute propriété. Comme la femme se constitue en dot tous ses biens au Moyen-Agé,en fait le trait dominant du régime romain des biens entre époux, c'est omnipotence sans réserve du mari vis à vis des biens des époux. D'autre part, à l'inverse,et comme compensation de ce pouvoir absolu du mari, le droit romain a établi au profit de la femme tout un système de garanties contre la mauvaise gestion du mari, garanties destinées à empêcher celui-ci de dilapider le patrimoine de sa femme, à en assurer la restitution,et à protéger la femme même contre sa propre faiblesse, en la rendant incapable de céder aux instances de son mari,lorsque celui-ci voudrait tourner les garanties que la loi lui a accordées. Tel est le caractère essentiel de ce régime.

Le régime de communauté suppose au contraire le maintien à la femme d'une capacité personnelle entière. Il lui conserve la propriété de ses biens et lui assure un recours efficace contre le tiers acquéreur à la dissolution du mariage, si le mari a abusé de son pouvoir d'administration et est allé jusqu'à aliéner les biens propres de sa femme,sans le consentement de celle-ci. Mais ce régime en même temps confère au mari un pouvoir, non seulement sur les biens communs,mais aussi sur les propres de la femme; sur les biens communs,c'est un droit de disposition entière,et sur les biens de sa femme,c'est un large droit d'administration qui dans la confusion technique des notions d'usage

Source : BIU Cujas

et de propriété à cette époque, se traduit par le droit d'aliénation pour la durée de la communauté. Nous avons en effet cette formule dans Beaumanoir.

En même temps, ce régime qui fait aussi bien confiance au mari, quand il lui donne la direction du ménage qu'à la femme, quand il voit dans celle-ci une collaboratrice capable de se défendre elle-même, est dénué de garanties au profit de la femme contre la dilapidation ou la mauvaise foi du mari, de sorte que ces deux législations sont à ce double point de vue en opposition à peu près complète.

Superposition de la systématisation romaine aux données coutumières.

Lorsque est venue la renaissance du droit romain on a tout simplement tenté de superposer la réglementation romaine aux données coutumières. Ce procédé a incliné à des assimilations dangereuses entre certaines pièces de l'organisation coutumière et d'autres pièces voisines de l'organisation romaine.

I°- Par exemple, observez les pouvoirs du mari: Beaumanoir nous les indique exactement et par le menu, mais il ne dit pas fermement sur quelle base dogmatique ils sont fondés. Il ne construit pas sa doctrine. Les pouvoirs du mari commun, on va tâcher, ou bien de les assimiler à ceux du mari dotal propriétaire, ou bien de les calquer sur ceux d'un administrateur des biens d'autrui, comme par exemple le tuteur.

Construction des pouvoirs du mari commun sur ceux du mari dotal ou du tuteur.

Quand on parlera d'autorisation de la femme par son mari, on assimilera celle-ci à l'autorisation du mineur par le tuteur. En même temps, pour compenser le danger manifeste de cette assimilation, on tâchera de faire bénéficier la femme des protections que la législation romaine avaient créées pour la femme dotale. C'est dans ces deux directions surtout que vont apparaitre les modifications apportées au régime de la communauté, c'est sur ces deux points qu'il faudra s'arrêter pour en examiner le détail, nous examinerons :

I°- L'accroissement des pouvoirs du mari et l'amoindrissement de la condition de la femme.

Les garanties accordées à la femme.

II°- Le développement des garanties accordées à la femme en échange de cet accroissement des pouvoirs du mari

De l'accroissement des pouvoirs du mari et de l'amoindrissement de la condition de la femme à partir des XIV ° & XV° siècles

A. Pouvoirs du mari

On peut les examiner soit au point de vue des biens communs, soit au point de vue des biens prppres de la femme.

Source : BIU Cujas

I°-Pouvoirs du mari sur les biens communs.

Pouvoirs absolus du mari sur les meubles Analogie contre la formule de Beaumanoir et celle de la Coutume de Paris.

Ici les changements ne sont pas bien considérables parce que ces pouvoirs étaient déjà très grands au XIII° siècle . Beaumanoir(N° 930) nous disait: "tous "les meubles sont à l'homme le mariage durant ", et il en tirait quelques conclusions de détail que nous avons recueillies; la formule est restée la même. La différence entre la doctrine de Beaumanoir et celle qui sur ce point va s'introduire dans les siècles suivants, c'est qu'on va tirer de plus en plus de cette formule générale toutes les conséquences pratiques qu'elle pouvait comporter. Ce sera là une oeuvre de jurisprudence qui s'accomplira du XIV° siècle jusqu'au cours du XVI°, XVII° et même XVIII° siècle. En réalité, ce travail d'application, on le trouve condensé dans un article de la Coutume de Paris de I580, l'art.225. On y voit tout de suite une formule qui est celle de Beaumanoir : " le mari est seigneur des meubles"; Beaumanoir disait:"les meubles sont à l'homme. Art.225: " Le mari est seigneur des meu-"bles et conquêts immeubles, par luy faits durant et "constant le mariage de luy et la femme. En telle manière "qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer et en faire " et disposer par donation ou autre disposition faite en-"tre vifs à son plaisir et volonté,sans le consentement "de la dite femme, à personne capable et sans fraudé."

Les conséquences que l'art.225 déduit de ce principe sont très étendues puisqu'elles permettent au mari d'aliéner à son gré les biens communs, sans le consentement de sa femme, soit qu'il s'agisse d'aliénation à titre onéreux, soit qu'il s'agisse d'aliénation à titre gratuit. Il peut en fait,les gaspiller comme il veut. Il ne rend aucun compte à sa femme. Pourtant, si grands que soient les pouvoirs du mari ,ils supportent pourtant une triple restriction. Tout d'abord, pour les aliénations entre vifs à titre gratuit,nous constaterons que le mari doit les faire,selon le texte de l'art.225 :" à personne capable et sans fraude". Il y a là une limitation qui remonte assez haut, puisqu'elle se trouvait déjà sous cette forme,dans la Coutume de I5I0. La Coutume de I580 n'a changé en rien le texte antérieur (Cf art.I07 de la Coutume de I5I0).

striction en qui concerne s donations à ersonne capae et sans frau).

I°- sans frande, qu'entend-on par là ? On a voulu permettre par là l'annulation des donations qui seraient faites par exemple aux enfants d'un précédent mariage. C'est une grande préoccupation de notre droit coutumier d'empêcher que les enfants d'un mariage antérieur ne soient dépouillés par leurs frères et soeurs d'un autre lit,et les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation très étendu. La fraude peut d'ailleurs être invoquée par quelque héritier que ce soit et sous quelque forme qu'elle se soit produite.

Source : BIU Cujas

2°- A personne capable. On a voulu par là empêcher les donations par personne interposée. Il arrive en effet, qu'on désire faire parfois une donation destinée à une personne incapable,seulement pour que cette donation soit réalisée,on la fait sur la tête d'une personne interposée,qui, elle, est capable et aura mission de transmettre le bien donné à la personne incapable à qui on a voulu qu'elle profite, comme un incestueux,un adultère,un concubinaire,etc. Il est nécéssaire que non seulement celui qui est le bénéficiaire immédiat de la donation soit une personne capable,celà va de soi,mais il faut encore que la personne à qui le bénéfice dernier de la donation doit être acquis,soit elle-même capable de la recevoir. On veut éviter notamment, comme l'ont jugé plusieurs arrêts,que les biens communs ne soient donnés à un tiers qui aurait mission de les rendre ou au mari ou à ses héritiers après la dissolution.

La restriction est de celles que la jurisprudence aurait introduites si le texte meme ne s'y était déjà arrêté.

De la donation avec réserve d'usufruit.

Enfin, on a même discuté dans la jurisprudenc sur le point de savoir si on devrait considérer comme valable une donation de biens communs qui aurait été faite avec rétention d'usufruit ? La question discutée par Dumoulin est résolue par lui dans le sens de l'affirmative. Par la suite on a eu plus d'hésitations . En voici les raisons. Quand le donateur retient l'usufruit du bie donné,il ne perd rien de la donation, il ne se dépouille en réalité qu'après sa mort, et on craint naturellement que cette donation ne soit faite souvent légèrement. C'est dans la même pensée, qu'on a établi ce grand princ pe coutumier, que donner et retenir ne vaut, c'est à dir que la donation n'est valable qu'autant que l'appauvriss ment que s'impose le donateur à lui même soit la garanti de sa bonne foi,de la sincérité de son intention libéral

Restriction en ce qui concerne les actes de disposition à cause de mort.

3°- Une autre restriction est sous-entendue dans l'art.225,mais qu'on trouve expressément formulée dans l'art.295 qui est ainsi le complément de l'art.225. Elle consiste en ce que le mari ne peut disposer des biens de la communauté que par actes entre vifs. Beaumanoir nous en donnait déjà la raison. Suivant sa formule, tous les meubles sont à l'homme " le mariage durant", mais celui-ci une fois dissous,la communauté se partage par moitié entre chacun des deux époux,et l'homme n'a plus comme propriétaire, droit qu'à la moitié. Il ne serait donc pas acceptable qu'on autorisat le mari à disposer,pour cette époque,non seulement de sa part dan les biens communs,mais encore de celle qui devra reveni à sa femme,à la dissolution de la communauté. La règle toutefois, ne s'applique que pour la cas où la femme accepte la communauté. Si elle y renonce,dans ce cas,

Source : BIU Cujas

comme le mari devient rétroactivement propriétaire de toute la communauté,il a le droit d'en dispoer en totalité.

Tempérament aux conséquences des dettes délictuelles du mari en cas de confiscation.

Enfin, en matière pénale,on rencontre une différence entre la règlementation, telle qu'elle existe dans Beaumanoir,et la règlementation des siècles postérieurs : En principe, les dettes d'ordre délictuel du mari sont bien garanties par la communauté; on peut donc en poursuivre l'éxécution sur les biens communs. Toutefois, cette règle cesse de s'appliquer maintenant lorsqu'il s'agit d'un crime entrainant la confiscation. Beaumanoir rapporte que le seigneur pouvait au XIII° siècle s'emparer de la communauté toute entière en cas de crime du mari,mais si la femme n'avait rien,le seigneur haut justicier, avait l'obligation morale de lui laisser,par pitié,le vivre et le couvert. Ce qu'on demandait autrefois à la pitié du seigneur,désormais la jurisprudence l'accorde comme un droit, la confiscation ne permet pas de prendre la part de la femme dans la communauté. Ce changement ne s'est produit qu'assez tard. Ainsi ,par exemple, Dumoulin admet encore au XVI° siècle que le mari forfait toute la communauté, et que le seigneur pourra prendre par conséquent tous les biens communs au moment de la confiscation. En I5I0 il n'y a encore rien de nouveau (Cf la jurisprudence postérieure: Bacquet; droit de justice, ch.I5 N°6I et 84 - Arrêts de Louet,C.Confiscation ch.52). Celà ne veut pas dire que l'obligation delictuelle du mari ne continue à gréver comme par le passé sur tous les biens communs, mais on fait une exception pour le cas de crime entrainant la peine de la confiscation. Il y a eu d'ailleurs des discussions pour d'autres cas voisins,pour celui de félonie,mais en général on s'accorde pour s'en tenir là. En résumé, on s'est donc à peu près borné à fixer, durant les siècles qui suivent le XIII°, la portée exacte et complète d'application du principe que formulait déjà Beaumanoir.

Transformation dans le régime juridique des conquêts, de biens indivis aux 2 conjoints Ils demeurent biens communs.

Arrivons maintenant à un autre point déjà soupçonné par la lecture de l'art.225. Au XIII° siècle, on s'en souvient,les conquêts immeubles sont considérés comme propres à chacun des deux époux à partir du moment même où ils entrent dans leur patrimoine.Ce ne sont donc jamais des biens communs; ils ne tombent pas en communauté. La règle indiquée parait durer encore au début du XIV° siècle (Arrêt du Parlement de Paris du 20 février, Boutaric N° 6686) On y déclare que le mari ne peut pas céder à un tiers la moitié des conquêts appartenant à sa femme,ce qui montre qu'on ne traite pas les conquêts comme les biens communs.

C'est à la fin du XIV° siècle que les choses

Source : BIU Cujas

semblent avoir changé, notamment pour la région parisienne comme on peut le constater aux Coutumes notoires du Chatelet de Paris (Brodeau, Coutume de Paris, in fine, N° I75) "Si deux conjoints par mariage font aucuns conquêts ensem- "ble, le mary est réputé pour vray seigneur d'iceux et en "peut disposer et ordonner à sa volonté, et ester sur "iceux en jugement convenir et être convenu pour raison "d'iceux et pour ce qu'il est vray seigneur et adminis- "trateur sans que sa femme soit ouye et veue en aucune "manière." Ce texte assimile donc les conquêts immeubles et les biens de communauté, et donne au mari plein pouvoir à leur égard. On a cherché à déterminer d'où était venu ce changement. Il est vraisemblable qu'on a été poussé là par le changement qui s'est produit pour les immeubles au XIV° siècle. Encore au XIII° on a peine à autoriser à les saisir pour dettes. Au XIV° siècle; on considère qu'ils en répondent subsidiairement. A partir de ce moment, les créanciers ont attaché un intérêt particulier à faire rentrer les conquêts immeubles dans la communauté, pour les employer au paiement des dettes du mari. Il semble que la question fut posée d'abord à propos de malversations de comptables du Tréosr. La royauté qui voulait se rembourser sur ces comptables contribua à orienter la jurisprudence en ce sens (Viard, Documents Parisiens N° 22 de I328). C'est donc au cours du XIV ° siècle que dans la région parisienne se produisit ce changement, et un peu plus tard dans le reste du pays. Pour le Nord, Bouteiller permet encore à la femme de garder ses conquêts immeubles en renoncant à la communauté, preuve qu'ils ne rentrent pas encore dans le patrimoine commun (Somme Rural II, T.2I §I). Même constatation pour la Très Ancienne Coutume de Bretagne (N° 40, Ed. Planiol, p.96 in fine) Toute cette évolution a son point d'arrivée dans l'art.225 de la Coutume de Paris, qui formait déjà l'art.I07 de la Coutume de I5I0 où tous les conquêts immeubles sont considérés comme faisant partie de la communauté: " Le mari est seigneur des meubles et conquests immeubles, par luy faits durant et constant le mariage de luy et la femme ".

Voilà ce qu'on peut dire au sujet des biens communs et des pouvoirs du mari.

En somme, il y a peu de très grands changements depuis le XIII° siècle.

Il n'en est pas de même relativement aux pouvoirs du mari sur les biens de la femme.

2°- Pouvoirs du mari sur les propres de la femme

Maintien à la femme de la propriété de ses propres, sur lesquels le mari a perdu la propriété du mari, que le droit romain appliquait aux biens dotaux.

Après le XIII°, comme durant le XIII° siècle, le principe est le même en ce sens que la femme continue d'être, durant le mariage, propriétaire de ses propres. Les Romanistes n'ont donc pas pu faire accepter le principe de la propriété du mari, que le droit romain appliquait aux biens dotaux. Ce droit du mari sur les biens dotaux

Source : BIU Cujas

des pouvoirs d'administration mais non de disposition.

a même disparu dans les pays de droit écrit. Chez nous, la Coutume de Paris (art.226) règle cette question. Elle ne déclare pas que la femme est propriétaire de ses biens tant la chose lui semble certaine,mais elle indique les pouvoirs qui seront néanmoins accordés au mari, ainsi : " Le mary ne peut vendre, eschanger, faire partage ou " licitation, charger, obliger,ne hypothèquer le propre " héritage de sa femme, sans le consentement de sadite " femme, et icelle de par luy authorisée à cette fin ". Ce qui est interdit au mari, ce sont tous les actes de disposition. Pourtant, il subsiste comme nous l'avons vu dans Beaumanoir,que si le mari a contrevenu à ces prohibitions et a aliéné un des biens de la famme sans le consentement de celle-ci,l'acte n'est pas considéré comme nul,mais seulement comme non opposable à la femme, et a pour effet de lier le mari durant le mariage,celui-ci étant tenu à garantie vis à vis de l'acquéreur. Il en résulte qu'il ne pourra revendiquer contre l'acquéreur possesseur; et même cet acquéreur,étant légitimement saisi, puisque le mari est garant de sa possession,sera considéré comme gagnant les fruits. C'est quelque chose de plus qu'un simple droit d'administration, puisque l'aliénation est validée,sauf au regard de la femme. Lorsqu'on veut essayer de qualifier le droit du mari à cette période, on éprouve quelque embarras. En réalité, ici encore, on ne change rien à la qualification originaire. Au XIII° siècle, Beaumanoir qualifiait déjà le mari " : mainbour"ou baillistre de sa femme, par conséquent, il lui reconnaissait sur les biens de sa femme les pouvoirs qui sont accordés à un tuteur sur les biens d'un mineur, On continue a employer la même qualification pendant tout notre ancien droit, si bien que Pothier, à la fin du XVIII° siècle, dans son Traité sur la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme,le qualifie de la même manière,N° 86 : " la puissance maritale ne donne pas à la vérité, au mari, jes dominii sur les immeubles propres de la femme,mais elle lui donne,par rapports aux dits biens une espèce de droit de bail et de gouvernement qui consiste principalement en trois choses" Pourtant encore au XVI° siècle, in hésite à l'accepter complète. Selon Dumoulin (p.360) le mari a " plus juris quam generalis procurator sed minus quam legetimus tutor" Voici maintenant les trois choses que Pothier nous indique.

Non opposabilité à la femme de l'aliénation d'un de ses biens par le mari.

Le mari mainbour ou baillistre de sa femme.

Exercice par le mari des droits honorifiques attachés aux biens de sa femme.

I°- Tout d'abord le mari pourra exercer vis-à-vis des biens de la femme les droits honorifiques qui font partie du droit du mari priété. Ainsi, il prendra le titre de seigneuries,il devra la foi et l'hommage. Il pourra sommer le vassal de venir à foi et hommage, et si ce vassal ne s'exécute pas ,il pourra user en son encontre de la saisie féodale. à l'inverse,comme contre par-

Source : BIU Cujas

tie, il sera lui même chargé des droits féodaux. Ceci confirma l'assimiliation ancienne entre les pouvoirs du mari et les pouvoirs du tuteur sur les biens du mineur.

2°-En second lieu, le mari perçoit les fruits et revenus pendant la durée du mariage. On y comprend les arrérages des rentes propres à un époux, aussi bien à la femme qu'au mari. Sur ce dernier chef, on a même été plus loin et on a fini par admettre, après quelques arrêts contraires, que le mari a capacité pour recevoir seul et sans la femme le rachat des rentes qui appartiennent à la femme. C'est un pouvoir grave, puisque à supposer qu'on rembourse les rentes, il pourra se faire que le capital de ces rentes soit par la suite gaspillé. Pothier (N° 96) fait observer qu'il est impossible de s'opposer au rachat des rentes et que dès lors le consentement de la femme à cette opération serait bien superflu.

Le mari peut exercer le retrait lignager.

Dans un ordre d'idées voisin, il s'est élevé une controverse pour l'exercice du retrait lignager. Dumoulin, au XVI° siècle, exige que l'exercice du droit de retrait soit fait par la femme, peu à peu le droit du mari s'est accru, si bien qu'au XVII° et XVIII° siècles, un grand nombre d'auteurs préfère accorder le droit d'exercer le retrait au mari .(Cf Ferriere, sur l'art 233 de la Coutume de Paris ,et Pothier).

Le droit du mari reste donc encore en cette matière, dans quelque état d'incertitude quant à ses limites Il y a quelques difficultés pour savoir si on accordera à la femme ou au mari le droit dont il s'agit.

Droit d'administration au mari. Baux des immeubles de la femme.

3°- En troisième lieu, le mari a le droit d'administrer les biens de la femme, art 228 de la Coutume de Paris: " Peut toutefois le mary faire baux à loyer ou "moison à six ans pour héritage assis à Paris, et à neuf "ans pour héritage assis aux champs et au dessous sans "fraude". A supposer qu'il ait fait un bail de 6 ou 9 ans, et que le mariage vienne à se dissoudre pendant la durée du bail, l'art.227 mène à conclure que les héritiers de la femme en reprenant possession du patrimoine de celle-ci, devront néanmoins respecter le bail en cours, le mari ayant eu le droit d'engager ces biens même pour une époque postérieure à sa propre jouissance, pourvu que ce bail ne dépasse pas cette période de 6 ou 9 ans. Cependant dans l'art.227 il faut que le mari se soit engagé sans fraude, et n'ait pas eu le dessein de porter atteinte aux droits de la femme. Le juge en décidera.

Exercice des actions mobilières et possessoires.

L'article 233 fixe enfin un dernier point relatif au droit du mari qui d'ailleurs rentre dans l'explication précédente :" Le mary est seigneur des actions mobiliaires et possessoires ,posé qu'elles procèdent du costé de la femme: et peut le mary agir seul et déduire lesdits droits et actions en jugement sans ladite femme ".

Source : BIU Cujas

On considère en effet que l'exercice des actions mobilières et possessoires rentre dans le droit d'administration et que le mari suffit seul à les exercer. Voilà dans leurs grandes lignes les pouvoirs du mari tels qu'ils sont indiqués par notre ancien droit.

B- Amoindrissement de la condition juridique de la femme à partir des XIV° et XV° siècles

La situation de la femme commune au XIII° siècle, quant aux actes qu'elle peut faire quant à l'effet de ses obligations et quant à la sanction du défaut d'autorisation maritale

C'est là un fait corrélatif à l'accroissement des pouvoirs du mari. Au XIII° siècle, la femme pouvait accomplir tout acte juridique seule si elle le voulait, sauf cette condition que l'acte était toujours opposable à elle même, mais ne l'était pas au mari. Il pouvait même parfois être opposable à la communauté, lorsqu'on rentrait dans un de ces cas où la femme intervenait pour suppléer à la défaillance du mari relativement à cette communauté.

Nous avons à ce point de vue au XIII° siècle distingué avec Beaumanoir les obligarions délictuelles et les obligations contractuelles, les obligations délictuelles de la femme n' étant pas opposables à la communauté et ne pouvant être exécutoires durant le mariage, même sur les propres de la femme, à cause du droit de jouissance de la communauté (N° 1330 de Beaumanoir) . Mais ces dettes délictuelles deviennent exécutoires sur les biens de la femme, dès la dissolution du mariage. Ce point n'a pas changé.

Il en est autrement des obligations contractuelles de la femme. C'est en effet à leur sujet que c'est organisée pendant les siècles suivants toute la théorie de l'autorisation maritale. Au XIII° siècle, cette théorie de l'autorisation maritale est encore embryonnaire. Elle s'est construite et a subi bien des changements quant à sa condition et à son fondement pendant les siècles postérieurs.

Dès le XIII° siècle, il y a lieu, pour fixer la portée de l'obligation de la femme, de distinguer suivant que la femme a agi autorisée par son mari, ou suivant qu'elle a agi sans autorisation. L'absence d'autorisation de la femme par son mari n'entraine pas à cette époque nullité de l'obligation; celle-ci est seulement inopposable au mari et à la communauté dont il est le chef. C'est seulement dans cette limite que certaines actions peuvent être exercées contre l'acte de la femme. Ainsi, le mari peut "rappeler" l'acte dit Beaumanoir, c'est à - dire déclarer judiciairement qu'il n'entend pas en subir les conséquences. C'est un droit qui n'appartiendra qu'au mari, la femme, elle, n'a au contraire pas loisir d'invoquer à son profit cette inopposabilité. De même, après la dissolution du mariage, l'obligation de la femme non autorisée sera exécutoire sur ses biens de la même manière et au même titre que l'obligation de la femme autorisée.

Source : BIU Cujas

Enfin, c'est le dernier point de toute cette doctrine, si le mari se refuse à autoriser sa femme, il n'y a à cette époque, aucun moyen de suppléer à cette autorisation . La femme a donc tout de même la faculté de s'obliger seule,sauf à limiter le caractère exécutoire de ses obligations. Enfin, si le mari est absent ou fou, ou si la femme est marchande publique, on se passe de l'autorisation maritale; la femme est censée pour cette obligation, prendre la place du mari; son obligation est exécutoire même sur les biens communs, lesquels sont destinés à l'usage des deux époux: du mari d'abord puisqu'il est le chef,et, s'il ne veut pas user de ses prérogatives de chef, s'il ne veut pas s'y mêler comme dit Beaumanoir,de la femme aussi et à sa place au même titre.

Apparition au XIV° siècle de l'autorisation supplitive de Justice d'abord pour les actes judiciaires.

I- Au XIV° siècle la théorie s'est modifiée sur tous ces points. D'abord le dernier,à savoir que, au XIV° siècle, apparait à côté de l'autorisation maritale, et pour y suppléer, l'autorisation judiciaire qui n'existait pas auparavant. Cette autorisation apparut d'abord en matière de procédure; c'était un des cas dans lesquels on avait le plus de peine à laisser la femme s'engager seule. La femme non mariée est bien capable d'ester en justice car elle a même capacité que l'homme, mais si elle est mariée, on parait avoir exigé de bonne heure la présence du mari au procés, soit que la femme soit demanderesse pour ses propres, soit qu'elle soit défenderesse; et dans ce cas, on exige du demandeur qu'il assigne en justice,non pas seulement la femme qui en réalité est seule en cause,mais encore son mari (Cf. Olim ,I,p.557 N° I6, année I265). On voit dans cet arrêt que la coutume veut qu'on ne se contente pas de l'autorisation maritale,mais qu'il faut encore que le mari apparaisse présent à l'action en justice.

Au début du XIV° siècle,les choses sont un peu différentes, en ce sens qu'on est moins exigeant pour la présence du mari. On se contente à défaut de cette présence,de son autorisation. Mais si le mari ne peut donner son autorisation, parce qu'il est absent, alors on n'admet pas que la femme puisse agir seule. Cependant, si ses intérêts sont en danger, la femme peut recourrir, pour suppléer à l'autorisation maritale, à l'intervention royale (Bouteiller,L.ICh. 9 § 4 p.69).Bouteiller exige, pour que la femme puisse agir, des lettres de justice accordées par le prince et qui ont même été entérinées par la justice. Il y a donc deux formalités, d'un côté délivrance de lettres royaux et de l'autre, examen de ces lettres royaux par la juridiction devant laquelle la femme va plaider. Le Grand Coutumier de Charles VI (p.323) parle seulement de l'entérinement du juge : "Item " nota que femme mariée ne peult estre en jugement sans " auctorité de son mary; mais se le mary est absent par

Source : BIU Cujas

"longtemps, le juge, en la faveur de la femme, la peult " bien auctoriser, supplendo". La doctrine, sans être tout à fait la même est donc bien voisine de celle de Bouteiller. Cet usage de lettres royaux, et leur entérinement par la justice compétente, parait s'être étendu rapidement et au début du XV° siècle il y a de nombreux exemples de femmes autorisées à plaider.

Voici le cas le plus ancien pour lequel on rencontre cette autorisation judiciaire. Il est à croire qu'il restera pendant assez longtemps le seul, puisqu'au début du XVI° siècle il y a des coutumes rédigées qui ne mentionnent que ce cas .(Coutume de Troyes 1509;art.80). Dans cette coutume on dit: "La femme mariée est en la "puissance de son mary, supposé qu'elle ait père ou "ayeul paternel, en telle manière qu'elle ne peut faire " contract entre vifs, n'ester en jugement, sans l'auctorité de sondit mary, ou de Justice quant aux actes ju- "diciaires."

Développement de l'autorisation de justice à partir du XVI° siècle.

Bien mieux, il y a beaucoup de coutumes rédigées où il n'est pas encore question du tout d'autorisation judiciaire. C'est une pratique qui ne semble pas avoir été vite sanctionnée par la législation . La Coutume de Paris de 1510 ne contient rien au sujet de l'autorisation de justice. C'est surtout à partir du XVI° siècle que cette autorisation de justice s'est développée . Elle est raisonnable en cas d'absence du mari, quand on ne veut pas se résigner à permettre à la femme d'ester seule devant le tribunal . Puis son application s'étendit peu à peu d'abord des actes judiciaires à tous les autres actes que la femme en l'absence de son mari voulait accomplir, puis du cas où le mari était absent au cas,où par suite de circonstances particulières, le mari ne pouvait pas donner d'autorisation ; par exemple, le mari est condamné, ou, et le cas a été discuté, il est mineur. Dumoulin, sur l'art.114 de l'Ancienne Coutume de Paris, dans son commentaire N° 6,déclare le mari mineur incapable d'aliéner, ce qui était naturel, et par conséquent aussi incapable d'autoriser sa femme à aliéner son patrimoine immobilier. Il pouvait se faire que la femme eut besoin de faire cette aliénation, on suppléait à cette autorisation du mari incapable de la donner utilement par l'autorisation judiciaire. Dans tous ces cas l'autorisation judiciaire est vraiment, purement supplétoire, puisque en fait ou en droit, où le mari ne pouvait la donner.

Transformation de cette autorisation en un contrôle sur l'autorisation du mari.

Au cours des XVII° et XVIII° siècles,cette intervention de la justice finit par se transformer en un droit de contrôle sur l'autorisation du mari: le mari peut refuser son autorisation,et que ce refus ne soit pas justifié. Pourquoi, alors ne pas s'adresser à la justice pour rectifier cette décision fâcheuse du mari ?

Source : BIU Cujas

Ainsi, Pothier dans son traité de la puissance du mari; au N° 12 nous dit :Comme un mari pourrait refuser d'au- "toriser sa femme pour des actes qu'elle a intérêt de " faire ou pourrait être trop éloigné pour donner cette " autorisation aussi promptement que le cas l'exige,nos " Coutumes ont pourvu à cela,en permettant, en ce cas, " à la femme de se faire autoriser par le juge, sur le " refus ou pour l'absence de son mari." Pothier dit " " nos Coutumes ", il vaudrait mieux dire, l'interprétation de nos coutumes, car celles-ci en général n'en parlent pas. Tel est le progrès assez lent de cette autorisation judiciaire.

Effet limité de l'autorisation de justice

Quel est maintenant l'effet de cette autorisation ? L'effet va être de n'obliger dans ce cas que la femme toute seule et non pas le mari, ni la communauté, le sorte qu'à l'époque où nous sommes arrivés, l'obligation de la femme avec l'autorisation de justice a le même effet qu'avait au XIII° siècle l'obligation de la femme quand elle agissait toute seule sans autorisation du mari. La femme non autorisée désormais est incapable d'agir, même pour elle-même; la femme autorisée par justice peut agir et s'engager,elle toute seule;et c'est la femme autorisée par son mari seule qui pourra obliger elle-même et la communauté. (Art 223 Coutume de Paris).

II- Laissons de côté cette autorisation de justice dont nous avons vu le fondement et les résultats, et examinons la théorie de l'autorisation maritale, elle même.Supposons que cette autorisation intervienne, dans quels cas est-elle nécéssaire et quels en sont les effets ?

Théorie de l'autorisation maritale.

Actes acquérant l'aurorisation d'après la Coutume de Paris.

La Coutume de Paris de 1580, décide que la femme en principe a besoin de l'autorisation maritale pour accomplir un certain nombre d'actes qu'elle énumère. Ainsi, tout d'abord, art.224 ": Femme ne peut ester en " jugement sans le consentement de son mary, si elle " n'est authorisée ou séparée par justice,et ladite " séparation exécutée" . Le principe c'est que la femme ne peut agir en justice sans autorisation. A l'art.223 la doctrine se développe dans d'autres hypothèses: " " La femme mariée ne peut vendre, aliéner ne hypothéque " ses héritages sans l'authorité et consentement exprès " du mary. Et si elle fait aucun contract sans l'autho- " rité et consentement de sondit mary, tel contract est " nul tant pour le regard d'elle que de sondit mary, " et n'en peut estre poursuivie ,ny ses héritiers " après le décès de sondit mary ".(Cf. encore les articles 234,235 & 236). L'art.234 :" Une femme mariée ne se peut obliger sans le consentement de son mary, si " elle n'est séparée par effet,ou marchande publique: " auquel cas estant marchande publique,elle s'oblige

Source : BIU Cujas

et son mary touchant le fait et dépendances de ladite marchandise publique," et les art. 235 & 236 organisent le cas particulier de la marchande publique.

De cette série d'articles de la Coutume de Paris, on peut dégager plusieurs points:

I°- Incapacité de la femme d'ester en justice sans autorisation.

2°- Incapacité de la femme de faire aucun acte d'aliénation, d'obligation, ou d'hypothèque, sans autorisation de son mari (art. 233 & 234).

3°- Si la femme a fait un acte sans autorisation, le contrat est nul.

4°- Il y a deux exceptions au principe concernant la séparation de biens et le cas de la femme marchande publique.

5°- l'Autorisation doit etre expresse.

Tout acte en principe, requiert l'autorisation. Discussion quant aux testament Sólution divergentes des coutumes.

Reprenons ces différents points :

Sur les deux premiers points, nous dirons très peu de chose, nous en avons déjà indiqué la substance . La nécessité de l'autorisation du mari s'est vite appliquée à tous les actes de la femme. Il n'y a eu de discussion qu'au sujet d'un acte unique qui est le testament. On sait en effet que le testament ne devant avoir d'effet qu'après la mort de la femme, c'est-à-dire après la dissolution de la communauté, on a un penchant à considérer que le mariage et la communauté étant dissous à cette époque, la femme a pleine capacité pour en décider. D'autre part, il est légitime qu'elle conserve la pleine liberté de disposer de ses biens après sa mort. De sorte qu'en général on accorde que la femme peut tester sans autorisation maritale. Cependant, il y a des coutumes en sens contraire, Notamment la Coutume de Bourgogne exige l'autorisation du mari, et certains commantateurs comme Chasseneus, au XVI° siècle, Bouhier au XVIII °, approuvent la nécessité de l'autorisation et de la restriction de la capacité de la femme, mais c'est une opinion peu suivie et qu'on ne rencontre appliquée qu'en Bretagne, dans le Nivernais, le Bourbonnais, l'Artois, la Normandie, et encore certains commentateurs, comme Guy Coquille, s'insurgent-ils contre cette règle. Au XVIII° siècle, l'hostilité contre la nécessité de l'autorisation du mari en ce cas est générale (Cf Renusson et Pothier se fondent sur cette idée qu'au jour de la mort de la femme, la puissance maritale est éteinte.) Laissons donc de côté la portée d'application de cette autorisation . Ajoutons aussi qu'on a rencontré quelques difficulté

Source : BIU Cujas

relativement à la condition de la femme. Certains ont prétendu n'exiger l'autorisation que pour la femme roturière et non pour la femme noble ou serve. la première serait par sa condition même, trop avertie pour être subordonnée et pour la seconde, ce qu'il faudrait, c'est l'autorisation du seigneur et non celle du mari. Toutes ces petites querelles qui ont été sans importance et sans durée au cours de ces trois siècles ne peuvent nous arrêter.

Transformation quant à la sanction et au fondement de l'autorisation.

Il nous faut surtout insister sur la sanction et le fondement de cette autorisation. Nous allons y saisir la modification de l'opinion générale du monde coutumier au sujet de la femme.

L'idée d'incapacité de la femme et de la nécessité de la protéger à cause de sa faiblesse.

L'article 233 déclare: " La femme mariée ne peut vendre, aliéner ne hypothéquer ses héritages sans l'authorité et consentement exprès de son mary. et si elle fait aucun contract sans l'authorité et consentement de sondit mary, tel contract est nul tant pour le regard d'elle, que sondit mary "..."

Assimiliation de la femme au mineur.

La nullité n'est plus seulement au XIII° siècle une nullité qui rend l'acte inopposable au mari, mais une nullité qui enlève aussi tout effet à l'acte vis-à-vis de la femme, bien qu'elle se soit obligée. On a maintenant de la femme et de sa capacité, une notion assez différente de celle du XIII° siècle. Depuis le XIV° siècle, sous l'influence du droit romain, on en est venu a considérer la femme comme un être de " fragilité et de simplesse"; ce sont les expressions mêmes de Bouteiller qui, s'appuyant sur cette fragilité déclare que la femme ne peut s'obliger toute seule. Cf. L. I, Ch; IOI; (p. 990) et (L. II ch. 29 p. I4II & I4I3) . La femme est, comme à Rome, soumise à cette grande incapacité du Velleien qui interdisait à la femme d'intercéder pour son mari ou pour autrui; le tout s'était gonflé en une incapacité générale de s'obliger. C'était une conception en opposition avec celle de notre droit coutumier, si bien que la conscience populaire, qui voyait la femme agir comme son mari et le suppléer dans l'exercice de l'autorité paternelle, dans la surveillance des enfants, n'était pas disposée à accepter cette nouvelle règle. C'est parce qu'ils s'insurgèrent contre elle que les actes de la pratique de cette époque sont remplis de renonciations de la femme au bénéfice du Sénatus-consulte Velleien. La femme, pour qu'on ne pût attaquer l'acte fait par elle, déclarait en le contractant se soustraire et renoncer au bénéfice du Sénatus-Consulte. Il resta néanmoins de tout cela chez nous, à partir du XIV° siècle, un penchant très marqué à traiter

Source : BIU Cujas

la femme comme une incapable ayant besoin d'une protection et d'une surveillance de ses intérêts pécuniaires. La nécessité d'une autorisation dérivé désormais de cette nécessité de protection de la femme considérée comme trop faible pour se suffire à elle-même, et c'est dans cette idée qu'on a été chercher l'autorisation de justice supplétoire. Lorsque le mari était majeur et capable,il convenait qu'il autorisat sa femme à aliéner, lui-même pouvant aliéner. Mais si le mari était un peu jeune, n'étant pas encore à l'âge de la majorité,et étant encore incapable,ce mari qui, pour lui-même n'était pas jugé suffisamment mûr pour pouvoir aliéner valablement, n'était pas un soutien assez robuste pour sa femme: il fallait à celle-ci une autorisation de justice. Voilà pourquoi Dumoulin voulait faire intervenir ici,non pas le mari,mais la justice. C'est un des premiers cas dans lequel l'autorisation de justice est apparue en dehors de l'hypothèse judiciaire.

L'autorisation de justice en cas de minorité du mari.

On traite donc la femme comme un mineur, on lui donne une sorte de conseil pour les actes qui touchent à son patrimoine. Mais l'acte du mineur dans la doctrine habituelle n'est pas nécessairement nul; il ne faut pas qu'il puisse nuire à l'enfant. L'enfant reste capable d'accomplir valablement tout acte qui augmentera son patrimoine; il n'est incapable que pour l'acte qui lui causera une lésion. On transporte cette réglementation à la femme; si l'acte accompli par la femme sans autorisation, sans protection est avantageux pour son patrimoine, il sera valable. Le défaut d'autorisation ne nuira à la femme qu'au cas où l'acte démontrera qu'elle n'avait pas eu assez de discernement pour choisir la solution favorable à ses intérêts. Il faudra qu'elle ait été lésée. C'est ce que décide Dumoulin dans son commentaire sur l'article II4 de la Coutume de I5I0, au N° 5.

Caractère et condition de la nullité sanctionnant le défaut d'autorisation.

Puisqu'on assimile lafemme à un mineur, il faudra décider que la nullité de son acte n'est faite que pour la protéger et n'existera qu'à son profit. Seule elle pourra s'en prévaloir.

Enfin,quand cette femme qui a fait un acte nul pour incapacité devient veuve, elle pourra valider l'acte qu'elle a fait étant incapable, comme le mineur devenu majeur peut confirmer l'acte qu'il a fait durant sa minorité.La ratification de l'acte par la femme après la mort de son mari, est considérée comme valable.

L'aspect extérieur de l'autorisation et son fondement vont se modifier parallèlement; on admettra sans doute que le mari comme le tuteur pourra faire annuler l'acte de la femme passé sans son au-

Source : BIU Cujas

torisation,mais la ratification faite par le mari de l'acte fait sans son autorisation n'aura pas pour resultat de priver la femme de son secours, de faire disparaître la nullité vis-à-vis de la femme. Et en effet, quoique puisse décider le mari par la suite, n'empêche qu'au moment même de l'acte accompli par elle,la femme n'aura pas joui de la protection à laquelle elle a droit et que son protecteur ne peut pas la priver de cette garantie.

Tendance à considérer la nécéssité de l'autorisation comme étant également dans l'intérêt du mari.

Cette idée d'incapacité de la femme qui a eu cours aux XV° et XVI° siècles, a donné à cette epoque sa couleur à l'institution de l'autorisation du mari(Cf. Tiraqueau, Chasseneus et Dumoulin). Certains ajoutent pourtant à ce caractère protecteur de la femme, attribué alors à l'autorisation,cette autre notion qu'elle a créée aussi dans l'intérêt du mari: l'incapacité et l'autorisation de la femme doivent sauvegarder non seulement la femme,mais encore le ménage tout entier et l'autorité du mari. Nous restons bien encore dans le plan de la protection des incapables. mais avec un complément qui s'y ajoute. On trouve cette conception complexe notamment dans Lebrun au XVII ° siècle (Communauté entre épouxL.II,Ch I,Section I).

Transformation du fondement de l'incapacité: la décence et l'ordre public. Conséquence sanction du défaut d'autorisation par la nullite absolue.

Telle est la première déviation subie par la notion de l'autorisation maritale,mais ce n'est pas tout. A partir du XVII° et au XVIII° siècle,le fondement,et la doctrine même de l'autorisation maritale, se sont encore modifiées. On en peut juger en lisant ce que dit Pothier au début de son Traité. Il ne considère plus la femme comme incapable. La notion romaine qui a fait dévier toute notre théorie de l'autorisation maritale du XIV° au XVII° siècle à fait son temps. La vieille conception coutumière: la liberté de la femme a réapparu . Il aurait été logique de revenir à une application plus restreinte, plus discrète de l'autorisation maritale,comme au XIII° siècle, il n'en fut rien. Mais on dut fonder cette autorisation maritale sur autre chose: on invoqua " la décence " et "l'ordre public" comme le dit Bouhier. Il est d'intérêt public que l'homme conserve autorité dans son ménage, et cette autorité se manifeste par la nécessité de l'autorisation maritale.

Pothier nous dit en ce sens: "On peut défi-
" nir l'autorisation du mari,qui est nécessaire à
" la femme, un acte par lequel le mari habilite sa
" femme pour quelque acte qu'elle ne peut valable-
" ment faire que dépendamment de lui."

" Le besoin qu'à la femme de cette autorisa-
" tion de son mari n'est pas fondé sur la faiblesse

Source : BIU Cujas

"de sa raison; car une femme mariée n'a pas la raison "plus faible que les filles et les veuves, qui n'ont "pas besoin d'autorisation. "

La nécessité de l'autorisation du mari n'est " donc fondée que sur la puissance, que la mari a " sur la personne de sa femme, qui ne permet pas à sa " femme de rien faire que dépendamment de lui" (De la puissance du mari sur la personne de la famme, Section I .§ I,N° 3)

Les conséquences de ceci c'est que le défaut d'autorisation n'entraîne pas une nullité relative, comme cela aurait eu lieu s'il s'agissait d'une nullité pour incapacité, elle n'exige pas que la femme ait été lésée. C'est une nullité absolue, presque d'ordre public, sans faculté de tarification, opposable non seulement par le mari ou par lafemme, mais encore par le co-contractant puisqu'il importe à tous que les règles sociales jugées d'intérêt public soient appliquées par tous. Elle ne découle plus du régime de communauté et s'applique même aux époux qui, par leur contrat de mariage se sont soustraits à ce régime.

C'est la doctrine qui a été celle de Pothier, de Bouhier, de Renusson et de Dunod. Il n'y a que quelques nuances entre les uns et les autres; les uns poussent un peu plus loin les conséquences de cette règle et les autres un peu moinsloin.

Quand on en vient à l'examen des formes nécessaires à cette autorisation,les doctrines indiquées n'ont pas pu faire autrement que de les influencer.

Transformation dans la forme de l'autorisation.

Au XIII° siècle, l'autorisation du mari ne comporte aucune forme; quand le règime de l'incapacité de la femme s'est introduit,on a rapproché l'autorisation du mari de celle du tuteur. Elle est devenue expresse elle ne peut être tacite et elle ne peut être générale. Le formalisme relatif à cette autorisation n'a pu que s'accroître quand on enest venu à la dernière théorie que nous venons d'indiquer. C'est pourquoi l'article 223 de la Coutume de Paris exige un consentement exprès. Pothier fait une distinction au point de vue de la femme selon qu'il s'agit d'actes judiciaires ou extra-judiciaires. Il se montre moins rigoureux pour la forme de l'autorisation des premiers à cause du contrôle du juge qui, pendant la durée du procès s'ajoute à l'autorisation du mari et protège l'intérêt de la femme et l'intérêt général.

Exceptions au principe de l'autoritition maritale

Le principe de l'autorisation maritale comporte deux exceptions: l'une au cas de séparation de biens entre le mari et la femme, l'autre au cas où la femme est commerçante. Ce sont ces deux excep-

Source : BIU Cujas

tions qu'il nous faut examiner.

Cas de la séparation de biens.

La première, la séparation de biens, est prevue à l'art. 234 de la Coutume de Paris qui ne fait du reste que de la mentionner. "Une femme mariée ne " se peut obliger sans le consentement de son mary, " si elle n'est séparée par effet, ou marchande pu- " blique; auquel cas estant marchande publique, elle " s'oblige et son mary touchant le fait et dépen- " dances de ladite marchandise publique ".

Pleine capacité de la femme séparée de corps au XIII° siècle.

Déjà au XIII° siècle, chez Beaumanoir, la communauté une fois dissoute, la femme recouvrait sa capacité, et cette dissolution de la communauté pouvait intervenir lorsqu'avait eu lieu une séparation de corps. Celle-ci laisse subsister le lien conjugal mais sépare les intérêts des deux époux. Elle est prononcée par les Tribunaux d' Eglise, pour des causes déterminées, notamment pour fornicatio carnalis, fornicatio spiritualis, et plus tard pour sévices et injures graves. Elle entraîne la dissolution de la communauté, la restitution de la dot à la femme, et le partage des biens communs et acquêts. Cette séparation de corps résulte d'une décision de l'autorité religieuse, et c'est pour cette raison qu'elle a été réglementée même quant à ses effets par les textes canoniques (Dec Grégoire IX, L.IV,T. 20,C I et 2 Canons mulieres et significavit).

Attribution à la femme de la gestion de certains biens sous le contrôle de justice pour vivre distinctement de son mari.

Au XIII° siècle,à côté de cette séparation de corps, et sans qu'elle ait eu à intervenir, il arrive d'après Beaumanoir, que accidentellement, et à titre provisoire, on accorde à la femme la gestion de certains biens pour vivre hors du domicile de son mari, et cet octroi consenti dans des circonstances exceptionnelles comportait une surveillance par le seigneur, du bon usage que la femme faisait des biens qui lui avaient été confiés (N° I629 et I630) . Il ne semble pas d'ailleurs qu'au point de vue séculier ce règlement provisoire et accidentel de Beaumanoir ait eu grande tendance à se développer. Il y a eu quelques résistances sur ce point dans les Coutumes; le droit coutumier ne nous fournit guère de renseignements jusqu'au XVI° siècle.

Dans le Grand Coutumier de Charles VI(- p.630 on ne prévoit encore que l'exécution d'une décision de l'Official relative à la séparation de corps (L.IV Ch.7 p.630- L.II ,Ch. 32 p, 321). De même encore un peu plus tard, au XV° siècle, Masuer (Ch. XIV, N° 37) se borne à renvoyer au droit écrit, et la Très Ancienne Coutume de Bretagne (N° 83) ne vise d'un cas général d'interdiction contre le mari prodigue. C'est une extension de la réglementation

Source : BIU Cujas

relative au mineur; la femme peut être nommée curateur du mari comme l'héritier présomptif lui-même .

Si les Coutumiers ne nous fournissent pas grands renseignements sur ce point, en dehors du droit coutumier, chez les Romanistes de cette époque ou les canonistes, la question est examinée avec plus de détails.

La restitution anticipée de la dot au droit romain en cas d'inopia du mari.

Tout d'abord chez les Romanistes: On sait qu' il existe plusieurs textes de Justinien qui se rattachent à notre hypothèse (Digeste, soluto mat; L. 24, T.3 L.24. Ulp, loi si constante matrimonio) Il est question de gens qui restent mariés, mais qui cependant, se trouvent en face d'une mauvaise administration du mari et d'une sorte de faillite (Inopia); dans ce cas le texte nous dit: " si constante " matrimonio, propter inopiam mariti mulier agere " velit, unde exactionem dotis initium accipere " ponamus " ?, la femme peut-elle agir pour réclamer la dot à son mari sans cependant demander le divorce et se mettre ainsi à l'abri des dangers pécuniaires qu'elle court en face de cette inopia ? Comment s'y prendre pour autoriser la femme à réclamer sa dot qui en principe n'est restituable qu'à la dissolution du mariage?, Cependant, par extension, Ulpien l'admet, mais il faut que les ressources du mari paraissent insuffisantes à la restitution.

Cette législation dura jusqu'à Justinien. Au Code , un autre texte, L.V. T.I2- D.I-D 29 déclare : " Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam " sit deductus. " si le mari a été mené à l'inopia la femme peut reclamer sa dot. Enfin, une Novelle 97 de Justinien (CH. VI) étend cette faculté de la femme de réclamer sa dot au cas de mauvaise gestion du mari par crainte de l'inopia menaçante: ..." si male " res maritus gubernet... " Le procédé auquel on recourt, c'est l'actio rei uxoriae utilis intentée comme s'il y avait eu dissolution du mariage. Ces textes de Justinien sont restés pendant longtemps sans être utilisés; pourtant, déjà le Petrus (L.IV Ch.54, Ed Savigny T.II, p. 388) rapporte l'hypothèse du maritus ad inopiam tendens; il connaît l'institution dont nous parlons. Lorsque les Bolonais se prirent à étudier les textes de Justinien, ils relevèrent cette faculté accordée à la femme (Summa Trecencis, p.I45 in fine) sans que les premiers glossateurs paraissent en avoir tiré un très grand parti. Il faut arriver jusqu'au post-glossateurs, à Bartole, pour que l'institution prenne quelque figure (Cf. Bartole, sur la loi 24, soluto matrimonio, Dig, Baldus à la même place). Mais au fond, si ces textes ont été

Utilisation par les post-glossateurs des textes romains en cette matière.

Source : BIU Cujas

La constitution canonique sur les mesures à prendre en cas d'inopia du mari tenant à sa faute et à son viscurie.

etudiés et remis au jour, il ne semble pas qu'on soit parvenu à en faire une institution viable.

Les canonistes eux aussi interviennent,et les textes canoniques, qui servent de base à ce développement doctrinal que nous recherchons, se trouvent encore aux Décrétales de Grégoire IX(Cf. les deux canons auxquels on rattache tous les développements postérieurs,C super vestras, L.IV.T 20 c,7 De donationibus inter virum et uxorem; Canon ex parte L.I T.4, de consuetu Dine,C IO, canons écrits entre I206 et I227). Ces canons ne sont pourtant pas,à notre point de vue, véritablement topiques. Ainsi, dans le premier, il s'agit d'un mari qui réclame qu'on lui paye la dot qui lui a été promise,et le donateur se refuse à ce paiement, et il s'y refuse propter inopiam mariti, parce qu'il redoute que le mari ne la gaspille. Il veut avant de payer la dot, obtenir caution.Or, le mari ne peut en trouver et il s'adresse au pape. Ici la situation est retournée en quelque sorte, puisque la mari est demandeur en l'espèce; la femme ne réclame pas sa dot qui n'a pas ete payée. La solution que donne la papauté est vraiment raisonnable, seulement il ne s'agit pas exactement de notre cas. La papauté déclare qu'on pourra faire verser la dot à un commerçant qui promettra de payer au mari les intérêts de celle-ci. On aura choisi un homme de tout repos dans ce but. Le deuxième texte qui est du pape Honorius III, s'insurge contre deux coutumes de la région de La Rochelle qui lui apparaissent comme mauvaises; l'une concerne le droit de la femme adultère de récupérer sa dot à la dissolution du mariage; l'autre permet au mari prodigue d'aliéner la dot de sa femme et de laisser celle-ci dans la détresse. C'est le cas qui nous intéresse. La papauté va prendre quelques mesures à ce sujet. C'est sur ces deux textes que les commentateurs canonistes ont travaillé, et leut labeur n'a pas été très rapide, ni très satisfaisant.Ils dégagèrent alors deux cas: Tout d'abord celui d'une séparation effective des deux époux, dans lequel ils accordèront à la femme, l'exactio dotis, c'est-à-dire le droit pour la femme de recouvrer sa dot, afin de vivre sur ses revenus. Puis à côté de ce cas où les deux époux sont séparés de fait, il y en a un autre où la vie commune est maintenue entre les deux époux. Dans cette hypothèse,les commentateurs préfèrent, au lieu d'accorder sa dot à la femme, lui faire octroyer une garantie variable, ainsi par exemple, ils prévoient qu'on peut remettre la dot aux mains d'un marchand, avec caution par celui-ci de fournir les intérêts qui seront employés à la vie du menage.

Source : BIU Cujas

Dans tous ces cas, la cause qui est assignée à la procédure dont nous parlons, c'est la pauvreté et l'incurie du mari. Mais c'est aussi la faute du mari. Il faut qu'il ait commis plus d'une imprudence pour que le tribunal d'Eglise intervienne. D'autre part, les enfants peuvent en ce cas agir pour faire donner à leur père un curateur comme à un majeur prodigue.

Le développement de la séparation de biens dans la pratique des bfficialités (séparatio quoad bona)

Voilà ce que dans l'ensemble, les commentateurs canonistes ont dégagé, c'est en somme peu de chose. On ne rencontre donc pas, pour cette institution, une assiette encore bien solide et aux arrêtes bien nettes. C'est plutôt dans la jurisprudence des officialités qu'il faut aller la chercher. Cette pratique des officialites est assez curieuse et en même temps assez variée d'une province à l'autre. Les registres d'officialités que nous possédons offrent des types différents; ainsi à Paris, il y a des exemples assez nombreux où la séparation quoad bona, est distincte de la séparation quoad thorum et mensam, c'est à dire, où la séparation de biens n'accompagne pas une séparation de corps. Elle s'en distingue dans la procédure, notamment en ce que les causes de cette séparation de biens sont plus larges qu'à Rome, puisque le vergere ad inopiam n'est même plus nécéssaire. On accorde la mesure dont on parle même au cas de simple négligence du mari dans l'administration parce qu'elle conduira presque fatalement à l'insolvabilité. Mais en même temps qu'elle est plus large, la cause est aussi plus complexe parce que les tribunaux ne se contentent pas d'une simple insolvabilité, ou d'une mauvaise administration, ils exigent un malum regimen, c'est à dire une mauvaise conduite qui soit à la source de cette mauvaise administration; ainsi, des mauvais procédés employés vis à vis de la femme à cause du désordre même des affaires, mauvaise conduite, dureté, ivrognerie, etc. Cela tient à ce que la coutume canonique est fondée sur la violation faite par le mari, du serment qu'il a prété au moment du mariage, de bien traiter sa femme, cum amore conjugali.

Son fondement sur la mauvaise administration compliquée de malum regimen du mari.

Séparatio quoad bona et servitutem

Enfin, ces deux cas de séparatio comportent encore parfois une nuance intermédiaire. A côté de cette séparatio quoad bona, vraie séparation de biens, et avant d'arriver à la séparation de corps, on rencontre parfois; dans les registres d'Officislités, la séparatio quoad bona et mutuam servitutem, qui suppose un peu plus que la sépara-

Source : BIU Cujas

tion de biens pure et simple et comporte la séparation de fait des deux époux, leur séparation d'habitation et de vie commune sans en arriver pourtant à la séparation quoad thorum et mensam, car il n'y a aucun refus par aucun des deux de l'officium conjugale. Cette séparation entraine partage des biens communs, soit par l'official, soit par un commissaire désigné par celui-ci.

Apparition au XV° siècle devant les juridictions laiques de la séparation par consentement mutuel.

Voilà l'état où on en est au cours des XIV° et XV° siècles. A ce moment, les officialités sont seules à intervenir dans les cas dont nous parlons. Les juridictions laiques ne jugent que de l'application des décisions rendues par l'officialité et des effets que ces décisions peuvent entrainer. Mais toutefois, si c'est là la règle, on rencontre déjà et isolément quelques séparations par consentement mutuel dont nous avons connaissance, parce qu'on avait pensé, pour fortifier ces séparations par consentement mutuel, à les faire homologuer par une juridiction séculière, par exemple par le Parlement de Paris (I8 aout I396, séparation homologuée par le Parlement de Paris, Viollet, Histoire du droit Civil) Au XV° siècle encore on recourt parfois à des expédients sans séparation judiciaire; par exemple à l'interdiction préventive d'aliéner qu'on demande, sans aucune base juridique, aux tribunaux d'infliger au mari. Le Châtelet de Paris se prononce quelquefois en ce sens, ou bien même se permet d'ordonner la séparation judiciaire: (en I430, N° I80 des Sentences du Chatelet de Paris, publiées par M.O. Martin, et une autre en I480, glanes N° I5) On sent donc que les deux ordres de juridictions, juridiction d'égliset et juridiction séculière, sont aussi flottantes l'une que l'autre relativement à l'organisation à laquelle elles veulent arriver.

Affirmation au XVI° siècle de la compétence séculière en ces matières & reconnaissance de la séparation de biens dans un certain nombre de coutumes.

Il faut en venir au XVI° siècle pour voir changer décidément les choses. A cette époque, la compétence de la juridiction écclésiastique diminue rapidement, la juridiction séculière s'affirme comme voulant s'emparer de toutes les causes dans lesquelles n'intervient pas la foi. Ainsi au XVI° siècle, Dumoulin affirme la compétence du juge séculier, toutes les fois que ni le lien matrimonial, ni la vie commune ne sont en cause. Or, la séparations de biens ne porte atteinte ni au lien matrimonial, ni à la vie commune (Conseil de Philippe Decius, N° 2I2, T.III.p;779: judex secularis solus competens sive de separatione bonorum sive de dote vel poena agitur)

Conformément à cette doctrine, certaines coutumes rédigées commencent à parler de la séparation de corps, ce qu'elles n'avaient pas encore fait .

Source : BIU Cujas

Certaines, pour secourir la femme, l'autorisent à réclamer son douaire, bien que le mariage ne soit pas dissous et que l'échéance du douaire ne soit pas arrivée (Coutume du Maine de I508, art 33I) . Il faut pour cela, que le mari soit dissipateur des biens et de manière permanente. Parfois, on autorise la femme à renoncer par anticipation à la communauté parce qu'il y a des chances pour que celle-ci soit mauvaise, et on joint à cette renonciation l'insaisissabilité des propres et des fruits des propres de la femme pour les mettre à l'abri des dommages causés par la mauvaise administration de son mari. (Coutume de Tourraine de I507, art.29I-292 - Lodunois, Ch.27, art. 34) . Enfin, dans d'autres coutumes(Anjou, Touraine, Orléanais, Berry, Bruxelles) on en vient à la séparation de biens proprement dite Mais il y a encore quelques résistances; la coutume de Bourgogne et celle de la Rochelle, celle de Wissembourg, refusent la séparation de biens. Cependant, la plupart des coutumes la mentionnent mais sans lui assigner aucune organisation, (Coutume de Paris de I5IO, art.I06- II4 = 224 et 234 de la Nouvelle Coutume). Il y est seulement question de dispenser la femme d'autorisation maritale lorsqu'elle est séparée de biens. Mais dans la Coutume de Paris, aucune indication sur le mécanisme de cette séparation. La grande oeuvre de l'organisation de la séparation de biens n'a été accomplie qu'aux XVI° ,XVII° et XVIII° siècles. En réalité, les textes romains et canoniques l'on préparée,les officialités l'on acceptée et pratiquée dans certains cas, mais tout celà n'avait pas encore figure d'institution organisae.

Elaboration jurisprudentielle de la théorie de la séparation de biens.

Plaçons nous maintenant au XVI° siècle, et tâchons de voir comment le développement de la jurisprudence a organisé la séparation ?

Causes de la séparation de biens

Les causes de séparation sont en principe empruntées au droit romain. Il faut que la dot soit en péril,(marito vergente ad inopiam). Donc, il n'est pas nécéssaire que le mari soit dajà arrivé à l'insolvabilité, mais il suffir qu'il tende à devenir insolvable (Augeard, Arrêt IO janvier I699, L.III; Ch;47) . Lorsqu'on redoute l'insolvabilité du mari, on ne s'inquiète pas de savoir si la femme a, ou n'a pas apporté de dot, c'est un grand changement par rapport à la législation romaine. La femme ici ne réclame pas que sa dot, mais sa part dans les acquisitions qui ont pu être faites, ou dans les économies mises de côté pour assurer l'existence du ménage, toutes choses qui peuvent provenir du tra-

Source : BIU Cujas

vail de la femme, comme de celui du mari.

Suffit-il d'ailleurs de causes très generales qui font redouter pour l'avenir, l'arrivée de l'insolvabilité du mari, comme son imbécillité, sa démence ? Faudra-t-il faire prononcer contre lui une sentence d'interdiction justifiant toutes ces craintes, et en ce cas, celle-ci doit-elle contenir mention de la séparation de biens qui serait légitime ? Tous ces points ont été discutés. Il y a eu bien des divergences. En général, on n'exige pas l'interdiction, et à plus forte raison que celle-ci continue, la mention de la séparation (Cf. Pothier Nos 5IO & 5I3. Il est plus porté à restreindre les cas de séparation).

L'exigence du malum régimen

Il reste encore une dernière question. Le péril de la dot suffit à Rome. Aujourd"hui encore, le danger que court les intérêts pécuniaires de la femme, justifie la séparation de biens. Mais le droit canonique et les officialités ont introduit un autre élement qui se rattache à la doctrine du malum regimen. Cette nécéssité du malum régimen subsiste aux XVII° et XVIII° siècles (Lebrun I, N° 29, p.285, Edition in-folio, arrêt Paris II août I7I8 exige encore cette condition.) Pothier au contraire déclare qu'il y a lieu de faire retour au droit Romain, ce à quoi on semble s'être arrêté.

Procédure de la séparation.

Nécéssité d'une décision de Justice.

Il faut, pour qu'il y ait séparation de biens, que cette séparation ait été ordonnée par justice. C'est là un point nouveau important. Dans le droit romain, l'accord des volontés suffisait, mais la législation canonique, qui au début a rattaché la séparation de biens à la séparation de corps exige un jugement. Quand ce fut la législation séculière qui réclama la séparation de biens, il y eut quelques hésitation Dumoulin adopte successivement les deux opinions opposées (Commentaires de la Coutume de Paris, art IIO, T.I; p.870). Il accepte ici l'opinion romaine, c'est -à-dire la séparation de biens sans intervention judiciaire, tandis que sous l'art. I25,Ch,XI de la Coutume de Montfort il exige un jugement) C'est cette opinion qui a triomphé en I580 dans l'art.224 de la Coutume de Paris " Femme ne peut ester en jugement sans le "consentement de son mary, si elle n'est authorisée "ou séparée par justice,et ladite séparation exé- "cutée. "

C'est donc d'une séparation judiciaire qu'il s'agit ici. Il en est ainsi dans beaucoup de cou-

Source : BIU Cujas

tumes. La raison de cette intervention de la justice, c'est la crainte d'une certaine fraude vis à vis des créanciers, et aussi la crainte des libéralités entre époux qui auraient été faites de cette manière sans que personne ne s'en aperçoive.

Mais cette solution n'a pas été acceptée sans exceptions. Ainsi on admet parfois que la séparation ait lieu par simple consentement mutuel entre personnes de qualité (Arrêt Louet T.II, p.702-703) pour des raisons de discrétion. De même encore on accepte qu'une séparation volontaire peut être dée par la prescription, ou par une vie séparée prolongée ,(Renusson ,Arrêt Paris, 6 mars I63I, où il s'agit d'une séparation volontaire ayant duré 28 ans.) De même parfois on considère comme valable une séparation sans jugement validée par la mort de l'époux (Arrêt de Bardet T.I, Titre IV, Ch.II).

Quelques coutumes se contentent encore comme règle d'une simple homologation en justice (Artois, Flandre, Brabant) . La sentence, une fois rendue par le Tribunal doit être insérée sur un tableau affiché dans l'auditoire du tribunal, et surtout, elle doit pour être valable, être exécutée.(Cf. art 224, Coutumes de Paris de I580: " Femme ne peut " ester en jugement sans le consentement de son " mary..... et ladite séparation exécutée ".

De même l'article 234 parle d'une femme qui s'est obligée, et dont l'obligation ne serait valable que si elle est séparée " par effet", c'est à dire, la dite séparation exécutée.

Effets de la séparation.

Dissolution de la communauté: maintien du droit d'option de la femme.

La communauté va être dissoute. La femme pourra comme d'ordinaire accepter ou renoncer. Cependant, on eut quelques difficultés à s'entendre. Le fait pour la femme de demander la séparation impliquait qu'elle regardait la communauté comme mauvaise et se refusait à y être mêlée. On l'a soutenue, mais un arrêt du 27 juillet I707 décida que la femme peut accepter la communauté quoiqu'elle ait réclamé la séparation.

Discussion sur le moment auquel se produit la séparation de biens.

A quelle date cette séparation est-elle acquise ?

Ici encore des difficultés ont été soulevées. Les uns ont pensé qu'il y avait lieu de donner effet à la séparation du jour de la demande. Les autres ont estimé qu'il fallait la faire partir du jour de la sentence. Il y a un grand intérêt à connaitre la vraie solution au point de vue des fruits des propres qui appartiendront á la femme à partir du jour où la séparation aura ses effets, ou pour les successions échues à la femme entre ces deux dates.

Source : BIU Cujas

enfin pour la capacité de la femme. On cite plusieurs arrêts du Parlement de Paris (8 avril I672 Journal des Audiences, L.III,T.VI,N° 23 - Arrêt du I8 mars I746, Denizard T.IV, p,498) Ces deux décisions déclarent que la séparation n'aura d'effet que du jour du jugement, et la raison qu'on fait valoir à l'appui, c'est que la séparation n'est pas valable par le simple consentement des parties; celles-ci ne peuvent donc pas acquiescer à la demande.Il faut dès lors que le jugement intervienne afin d'empêcher certaines fraudes .Cette séparation ne sera donc complète que lorsque le juge aura prononcé.Malgré ce raisonnement, le Châtelet de Paris estime au contraire que l'effet de la séparation doit se produire au jour de la demande; c'est que la séparation est destinée à protéger la femme, et il y a lieu de la protéger à partir du moment où elle le demande. Les choses peuvent être pressantes, si on attend, il peut se faire que le mari dévore pendant ce temps tout le reste de l'actif de la communauté. Ce sont là des points restés en suspens jusqu'à la fin de notre ancien droit.

Reste la question de la capacité de la femme une fois la séparation acquise.

Opposition de conceptions quand à la capacité de la femme séparée.

Il n'est pas douteux que la femme recouvre une certaine capacité.Elle pourra administrer ses biens sans autorisation.Elle pourra s'obliger sans autorisation maritale dans cette même mesure.C'est ce que décident les textes de la Coutume de Paris. Mais sa capacité n'est-elle pas plus étendue ?

Au XIII° siècle, on aurait tout simplement conclu que la séparation de biens faisait disparaitre la nécéssité de l'autorisation,et rendait à la femme la capacité qu'elle avait avant le mariage, c'est à dire une liberté d'action aussi grande qu'à la femme non mariée. Cependant, bien que séparée de biens, la femme reste tenue par le lien conjugal;le ménage, la famille fondée ont des intérêts à sauvegarder. Or,quand viennent le XIV° et le XV° siècles on sait que la confiance qu'on accordait autrefois à la femme pour la gestion de son patrimoine a bien diminué. On s'est demandé alors s'il y avait lieu de laisser la femme sans aucune protection. Le mari ne pourra l'empêcher de prendre des décisions fâcheuses, puisqu'il n'y a plus d'autorisation maritale; ne convient-il pas de lui donner une protection différente, désormais nécéssaire ?

Au début du XVI° siècle, on accepte encore la thèse du XIII° siècle de la libération complète

Source : BIU Cujas

de la femme de toute entrave(Dumoulin, sur l'art. 232 de la Coutume du Bourbonnais : " séparatio reddit mulierem, séparatam a potestate mariti". Séparation rend toute capacité à la femme affranchie de la puissance de son mari.) Mais au cours du XVI° siècle, on revient de cette doctrine absolue. Des Arrêts de Paris de 1586 et de 1605 décident au contraire que la constitution de rente faite par la femme séparée de biens sans autorisation doit être nulle(Arrêts de Louet F. N° M). On se trouva alors dans un certain embarras puisqu'on ne voulait pas libérer complètement la femme, et que d'un autre côté on ne pouvait pas la laisser soumise à l'autorisation maritale. On la traita donc en semi incapable dont la situation fut règlée comme celle du mineur émancipé, de sorte qu'on décida que la femme, même séparée de biens, ne pourrait pas aliéner ses propres, ni s'obliger au delà des nécéssités de l'administration. Lorsqu'elle veut faire un acte de ce genre , elle doit s'adresser au Tribunal pour obtenir l'autorisation que le mari ne lui donne pas.

Demi capacité de la femme séparée de biens. Nécéssité d'obtenir l'autorisation de justice pour les actes graves.

Enfin, on estima que l'action enjustice était pour la femme un acte grave, au même titre que l'aliénation, et qu'ainsi il lui fallait l'autorisation de justice pour pouvoir plaider. Par ailleurs ,la femme conserve le domicile du mari,et elle contribue aux charges du ménage suivant une proportion fixée par le juge au moment même de la séparation.

Caractère provisoire de la séparation.

La séparation de biens, moins encore que la séparation de corps, n'est définitive. C'est un régime que la loi veut provisoire. Elle peut cesser, et même elle cesse de plein droit, si on ne l'exécute pas. Celà tient sans doute à ce que les parties pensent qu'il n'y en a plus besoin. D'autre part,contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, la séparation peut disparaitre par voie de consentement mutuel,et par le remise des biens en commun.

On peut conclure en disant que, d'une part, ce sont la doctrine et la jurisprudence des derniers siècles qui ont vraiment organisé en institution,la séparation de biens chez nous, et que d'autre part, dans leur ensemble,les règles qu'elles ont trouvées ne sont pas bien différentes de celles qui existent aujourd'hui

La femme marchande publique à l'époque de Beaumanoir Elle agit sans autorisation du

Nous en sommes arrivés à la deuxième exception, à la nécéssité de l'autorisation maritale, c'est le cas de la femme, marchande publique, qui a été déjà prévu par Beaumanoir . La femme marchande publique est traité comme n'ayant pas besoin d'autorisation?N° 1336....."

" ou se la fame est marchande d'aucune marcheandise
" dont ses barons ne se set meler, maquele marcheandise
" li barons li lesse demener pour leur commun pourfit"

Source : BIU Cujas

mari et oblige la communauté.

Beaumanoir ajoute qu'en ce cas la femme s'oblige personnellement sans autorisation, elle est tenue " a respondre de se deterie ou de sa plegerie". C'est tout ce que Beaumanoir nous dit, c'est un peu insuffisant.

Il faut compléter cette règlementation en remarquant que d'après Beaumanoir, et dans le même passage, la femme marchande publique est assimilée à la femme qui s'est obligée quand le mari ne se mèle de rien " et que la fame fet et mainburnist " toutes les choses qui a aus apartienent "; c'est à dire que la femme prend place du mari pour tou - les choses qui leur appartiennent, même pour toute la communauté. Elle oblige donc la communauté, com me le ferait le mari lui-même. La femme marchande publique en s'obligeant,oblige donc aussi la com- munauté, ce qui est en harmonie avec le droit de poursuite immédiate que Beaumanoir accorde aux créanciers. Restent encore deux points sur les- quels nous n'avons pas d'éclaircissements :

I°- Si nous supposons que la femme oblige la communauté, le mari n'est-il pas lui-même tenu de la dette et à quel titre ? simplement comme commun ou comme personnellement responsable ?

2°- Qu'arrive-t-il au cas où la femme, au lieu de gérer un commerce particulier dont le mari ne se mèle point, se borne à aider son mari dans le propre commerce de celui-ci ?

Durant les siècles postérieurs on a règlé ces divers points en tâchant de réduire autant qu'on le peut l'autonomie de la femme même mar- chande publique, et sa faculté de s'obliger, même sans autorisation, et on s'est efforcé de donner de cette obligation de la femme une interprétation qui laisse subsister la suprématie du mari :

Limitation au XVI° siècle de ce pouvoir de la femme aux actes qui tou- chent sa mar- chandise.

I°- La femme marchande publique ne peut, au XVI° siècle, s'obliger seule qu'autant qu'il s'a- git d'actes qui touchent le fait de sa marchan- dise, Cf Coutume de Paris de I580, art 236: " La " femme marchande publique se peut obliger sans " son mary touchant le fait et dépendance de la- " dite marchandise. "

Cette restriction à la possibilité de la femme de s'obliger sans autorisation n'existait pas dans la coutume de I5I0, elle est de date ré- cente. L'art. 236 a été ajouté en I580,et les com- mentateurs nous expliquent que cette restriction a pour but par exemple, d'empêcher la femme de prendre à ferme une maison de campagne en préten- dant que c'est pour se délasser de ses affaires de commerce. On entrevoit bien d'autres causes du même genre .

Source : BIU Cujas

Transformation de la conception expliquant à quel titre la femme s'oblige. Obligation pesant sur le mari.

2°- Un autre point plus délicat est le suivant: lorsqu'il s'agit du fait de la marchandise, la femme s'oblige valablement seule, et si on lit le texte de l'art. 234 de la Coutume de I580, on voit qu'on y a ajouté un petit mot, par rapport à la Coutume de I5I0 :" et son mari ". Cette Addition, " et son mari" peut nous paraitre singulière, parce qu'il va de soi que puisqu'elle oblige la communauté en s'obligeant elle-même, le mari doit en subir nécessairement le contre-coup. Il est commun, par conséquent il devra supporter la charge de la moitié de la dette en cette qualité. Si on a ajouté "et son mari ", c'est peut être pour dire autre chose.

Voici en quel sens on a interprété ces deux mots: Si la femme marchande publique s'oblige toute seule, ce n'est plus comme chez Beaumanoir, parce qu'en cas de défaillance du mari, elle peut toujours prendre la place de celui-ci, la direction et le commandement de la communauté, faire fonction de chef, en vertu de son pouvoir propre et de sa qualité d'associée. Ce qu'on considère désormais comme nécessaire pour justifier l'obligation de la communauté, c'est que le mari ait confié à sa femme le soin de gérer cette marchandise, lui ait donné une autorisation générale et tacite de s'obliger, car lui seul, mari ou son mandataire a le pouvoir d'obliger la communauté. Le point de vue est un peu déplacé puisque la capacité de la femme va dériver d'une autorisation générale; alors qu'auparavant, elle dérivait de son droit de co-propriété et de son rôle éventuel de chef.

Si l'obligation de la femme marchande publique est de même nature que quand elle a reçu autorisation expresse, il faudra dire qu'en principe, elle représente son mari, et que par conséquent elle est, quand elle s'oblige, la mandataire de son mari.

La conséquence dernière de cette interprétation aurait été que la femme, étant regardée comme la mandataire de son mari, ne doit pas s'obliger personnellement, puisque c'est le mandant seul qui supporte la charge de l'obligation, mais on n'a pas osé aller jusque là, à cause des tiers. Mais si on n'a pas accepté d'exonérer la femme de toute obligation, du moins on a voulu que le mari soit tenu de l'obligation contractée par la femme, non pas comme commun, mais comme personnellement engagé, puisqu'il était en réalité le mandant de la femme.

Source : BIU Cujas

La jurisprudence des derniers siècles, quand elle a commenté ces petits mots de l'art. 234, en a tiré cette conclusion que l'obligation du mari est aussi étendue que celle de la femme et qu'elle a les mêmes caractères. Ainsi , quand la femme s"est obligée de telle manière qu'elle soit exposée à la contrainte par coprs, le mari lui aussi, sera tenu de la contrainte par corps, comme personnellement responsable (Cf, Arrêt du 22 février I628, Dufresne, précédé d'un autre arrêt de I582, qui, sur ce point de la contrainte par corps donne la solution indiquée.) Elle a subsisté jusqu'à la fin de notre ancien droit. Pothier insère tout simplement que le mari est tenu , même par corps.

Ainsi, peu à peu cette obligation de la femme qui, primitivement, reposait toute entière sur elle, soit comme personnellement obligée, soit comme intervenant, à titre de chef de la communauté, va passer toute entière sur la tête du mari qui en prend la responsabilité.

Situation de la femme aidans son mari dans le commerce de celui-ci.

3°- Reste enfin un troisième point. C'est l'hypothèse où la femme, sans excercer un commerce distinct de celui du mari, participe au commerce de celui-ci: elle vend, elle achète, elle s'oblige comme lui. Ici encore la rédaction de I580 a ajouté dans la Coutume de I5IO, un article 235 qui répond à la même tendance : " La femme n'est réputée marchande publique pour débiter la marchandise dont son mary se melle: mais elle est réputée marchande publique, quand elle fait marchandise séparée, et autre que celle de son mary. " De ce cas bien déterminé, la jurisprudence postérieure à la rédaction de l'art. 235 en a tiré cette conséquence, que la femme n'étant pas dans ce cas traitée comme marchande publique, doit être regardée comme la préposée, la mandataire de son mari, sans aucune restriction. De sorte que, pour cette jurisprudence des derniers siècles, le mari seul s'oblige par l'intetmédiaire de la femme qui n'est pas personnellement engagée :(Tournelle, Arrêt du 20 mars I680; Arrêt de la Chambre de l'Edit de I634, Traité de Lebrun sur la communauté;II;Ch.I) Ces nuances révèlent bien ce glissement général de doctrine que nous étudions.

Effet de l'autorisation donnée par le mari.

Le point d'aboutissement de l'évolution vers toute la puissance du mari et la restriction à l'autonomie de la femme, non marchande et simplement autorisée par son mari, comme contractée personnellement par lui-même, l'autorisation du mari équivalent à un mandat, ou tout au moins à une prise en charge com lète et solidaire de l'obligation par le mari. Sur ce dernier point relatif à l'effet de

Source : BIU Cujas

l'autorisation, nous n'avons pas connaissance d'arrêts ayant donné la décision indiquée. Mais on pourra constaté que c'est la solution à laquelle aboutit la jurisprudence la plus récente de l'art. 1419 du Code Civil: le mari a pris toute la charge de l'obligation qu'il a autorisée (Sirey 1905 I. N° 22, 27 Juin 1922 G.P, 18 Novembre 1922 - Colin et Capitant 9 ° Ed.III p.109)

Transformation dans la qualification de la situation de la femme.

Voilà dans leur ensemble les deux exceptions apportées à la nécessité de l'autorisation maritale. Tous ces changements ont tendu à altérer peu à peu la conception des rapports mutuels de puissance du mari et de la femme. Il n'est pas étonnant qu'on en soit venu aussi à employer des expressions un peu différentes, suivant les époques, quand il s'est agi de qualifier ces rapports de puissance.

Au XIII° siècle, si l'on admet que le mari est mainbour ou baron de sa femme et est maître de la communauté, pourtant la femme est avec lui en compagnie, c'est à dire qu'elle est comme associée, qu' elle participe aux obligations du mari, qu'elle peut parfois suppléer celui-ci dans sa fonction de chef de la communauté, et obliger la communauté comme il le fait lui-même. C'est l'état de chose décrit par Beaumanoir.

Au cours des siècles suivants, et à l'instigation du droit romain, on incline à considérer la femme comme incapable ; on hésite à lui maintenir ce titre d'associée; sa condition d'associée décline peu à peu. Quand on arrive au XVI° siècle, lors de la réformation des coutumes, on voudrait un langage plus nuancé. Ainsi dit à ce sujet: " mulier non est " proprie socia sed spératur fore ;"la femme n'est pas à proprement parler, une associée, mais elle a l'espoir de la devenir, puisqu'au jour de la dissolution, elle prendra une part d'associée. Mais cette qualité d'associée ne se révèlera qu'au jour de la dissolution, parce que pendant la durée du mariage, c'est comme si elle n'était pas associée, elle n'a qu'une espérance (Dumoulin, Commentaire Coutume de Paris sous l'art. 25, N° I et ss.; art. 109,N°3 Oeuvres ,T.I,p 477 & 870.)

Déjà ,au cours du XVI° siècle, la qualité ou la consistance du droit de la femme apparaissent donc comme altérées; durant les XVII° et XVIII°siècles, le recul de ce droit s'accentue. Ferrière s'exprime de cette manière un peu indecise,mais dont on voit la tendance :" tant que la communauté dure, la femme n'a qu'un droit virtuel habituel,potestatif et le mari, par le travail et l'industrie duquel les biens sont acquis, en est le maitre,comme si la

Source : BIU Cujas

femme n'était pas commune.". (Corpus,T.III,p.209 N° I,Ed. in F°) Enfin, Pothier dans son Traité de la Communauté,N° 3, tout à l'entree de ce traité qualifie le droit de la femme durant la communauté " comme un droit informe qui se réduit au droit de " partager un jour les biens qui la composeront " lors de la dissolution ". Telles sont les traces qu'on peut relever du changement qui s'est produit dans la conception du droit de la femme, et dans ses rapports de puissance vis à vis du mari.

Arrivons maintenant au deuxième point .

II. - Garanties accordées à la femme en échange de l'accroissement des pouvoirs du mari.

En même temps que s'accroissent les pouvoirs du mari, qui diminuent le droit et les pouvoirs de la femme, s'accroissent les garanties accordées à celle-ci contre l'omnipotence du mari, ce qui est du reste tout à fait naturel.

Sur ce deuxième aspect de notre question, examinons :

I°- La naissance de la théorie des récompenses.

2°- Théorie de l'hypothèse légale légale.

3°- L'avénement des clauses de communauté conventionnelle permettant à la femme de réduire l'omnipotence du mari.

4°- Le bénéfice d'émolument qui complète le droit de renonciation.

I°- Théorie des récompenses.

Cette théorie sert à organiser tout un régime de dedomagements mutuels, fournis par un patrimoine à l'autre, lorsqu'un des patrimoine s'est trouvé s'enrichir ou s'appauvrir au détriment d'un autre, sans avoir fourni ou reçu de contre-partie. Ces récompenses sont destinées à maintenir l'équilibre des divers patrimoines pendant la durée du mariage. Par exemple, les époux ont vendu un propre; du fait de la vente,le patrimoine propre de l'époux auquel appartenait le bien vendu,va se trouver appauvri . Le prix de vente,qui est l'équivalent de l'immeuble aliéné étant une richesse mobilière, va tomber en communauté. Celle-ci va se trouver plus riche de la valeur de ce prix. Son enrichissement se sera produit au détriment du patrimoine propre. On peut d'ailleurs supposer l'hypothèse inverse. C'est le propre d'un époux sur lequel on a fait des améliorations, qui a vu sa valeur s'accroitre, du fait des dépenses payées par la communauté en vue de réaliser cette amélioration; il y aura lieu à récompense par l'époux propriétaire du propre à la communauté.

Source : BIU Cujas

Inexistence de la théorie des récompenses avant le XVI° siècle Ses raisons.

Au XIII° siècle, la théorie des récompenses n'existe pas. Bien loin de là, on n'en n'accepte même pas le principe. On laisse les choses en l'état quand un patrimoine s'appauvrit ou s'enrichit, au détriment ou au profit d'un autre, c'est que les époux ont consenti. Puisqu'ils sont libres et capables pourquoi corriger leur volonté ?

Cette absence de récompense dura bien des siècles puisqu'il faut arriver au XVI° siècle pour en trouver, non pas à l'origine à proprement parler, mais l'expression légale.

Tout d'abord,comment peut s'expliquer une telle lacune ? C'est une chose inique que de ne pas admettre dans les rapports entre époux et la communauté, une sorte de comptabilité, qui maintienne à chacun son dû. Il n'y a pas de bonne réponse à cette observation; mais peut être peut-don dire que les récompenses sont moins nécessaires à cette époqu qu'elles ne le sont aujourd'hui. Il ne faut par blier que le contrat de vente, source habitue récompenses dues à l'époux, est très peu prat matière immobilière à cette époque. Les immeuble restent dans les familles, ne changent pas de mains. Il faut pour cela des circonstances extraordinaires.

La pratique de l'échange.

En réalité, quand dans une famille, on n'est pas à court d'argent, ce n'est pas à une vente qu'on a recours, mais au procédé de l'échange. La raison en est simple, c'est que l'échange a cet avantage que le bien immeuble donné en échange de celui qu'on abandonne prend la place de celui-ci, et n'altère en aucune manière l'équilibre des fortunes. Il est souvent question de cet échange dans les anciens textes Cf, Grand Coutumier de Charles VI, (L.II, Ch.XII, p.208) qui rappelle que l'échange fait un propre de la même manière que la succession: " Les conquests " sont possessions que aulcun a acquises par tiltre " d'achet, ou de don a luy faict, ou d'eschange " faict avecques la chose possédée par tiltre de " succession." Ainsi, l'échange au point de vue purement théorique a le même effet que la succession. Alors, si l'on veut se défaire d'un immeuble propre, il est plus simple et plus habituel de substituer à cet immeuble propre un autre immeuble qu'on acquerra par voie d'échange. Si l'acquéreur n'a pas de bien à donner en contre échange, on a alors parfois recours, pour désintéresser celui des trois patrimoines qui s'appauvrit, à ce que nos anciens auteurs appellent le contre-poids, cest-àdire une sorte de récompense conventionnelle sur laquelle les époux sont d'accord pour éviter l'inconvénient du dommage causé par le changement de patrimoine. Cf,Livre de

L'usage des contre-poids.

Source : BIU Cujas

Jostice et Plet, L.XII, T.XVI,p.243-244, N° I, ..."
" si comme se li mariz a vendu la terre sa feme,
" il pot faire contre-poids de la soe,pardevant
" le juige." C'est un mari qui aura cru nécéssaire à la fortune commune, d'aliéner un bien de la femme qui a dû y consentir. Malgré ce consentement, il est d'usage que le mari fasse contre-poids, c'est à dire fasse passer de son patrimoine propre à lui, dans le patrimoine propre de la femme, un immeuble équivalent à celui qu'il a aliéné ou à la moitié de celui qu'il a aliéné. Sans doute on appauvrit ainsi les deux patrimoines, mais c'est légitime, et on les appauvrit d'une même quantité. Dans le Livre de Jostice et Plet on voit même que ce contre-poids est organisé, puisque le juge intervient pour sanctionner le déplacement de l'immeuble qui passe d'un patrimoine dans l'autre. En somme, on ne vend que quand il y a un besoin absolu d'argent, et même Jostice et Plet exige que l'on fasse constater cette nécéssité par le juge..." ou s'il velt vendre la soe terre, porra par
" besoing; et il est plus profiz au mariage de vendre
" sa terre que la sa feme. Lors doit-il venir au
" juige, et requerre que il mele avenant remede,por
" le besoing do mariage, en avoir contrepois de l'é-
" ritage sa feme. " Le contre-poids interviendra puisqu'on a vendu l'héritage de la femme et que cette vente a eu lieu à raison du besoin des époux.

Le contrat de vente n'est donc pas pratiqué autrement à cette époque, que en cas de nécéssité; si on a besoin d'argent il faut vendre, mais c'est qu'alors la communauté est en mauvais état, et la législation ne se soucie pas de la récompense puisque bien souvent, elle ne pourrait pas être payée, et que c'est la fonction du patrimoine conjugal de subir le sort que lui imposent les vicissitudes de la vie des époux.

Quelle que soit la valeur de ces explications, toujours est-il que pendant cette période, la récompense n'existe pas. Beaumanoir n'en parle pas. Il parle seulement du contre-poids, et les Etablissements de St Louis, écartent expréssément, la possibilité des récompenses(L.I, Ch.I45, Viollet T.II, p.289) Il s'agit ici, non pas d'une récompense due par la communauté, comme dans le cas de vente d'un bien propre,mais d'une récompense due par l'époux à la communauté. Il s'agit d'un immeuble de la femme que le mari a par exemple, planté en vigne, et dont il a par conséquent accru la valeur. Le texte déclare que la communauté n'a droit a aucune récompense : "
" gagne qui met amendement en autrui héritage ".
Tel est l'état de chose au XIII° siècle .

Source : BIU Cujas

Apparition de la théorie des récompenses au XVI° siècle. Ses causes.

Il en a été ainsi jusqu'au XVI° siècle. A ce moment se produisit dans toute l'allure de la vie sociale un changement considerable. La richesse mobilière s'est accrue; elle se place quelquefois avantageusement à côté de la richesse immobilière, de sorte qu'on apporte à sa conservation une attention plus grande qu'auparavant. La famille est plus soucieuse de son luxe. L'esprit communautaire qui faisait tomber dans la même bourse, patrimoine du mari, patrimoine de la femme et de la communauté à diminué, et il arrive fatalement que chaque époux, prend lui aussi, plus de souci de sa fortune individuelle qu'auparavant. Le Droit Romain a déjà signalé le danger des donations entre époux, par conséquent des modifications respectives du patrimoine de chacun. Il les a jugées d'un oeil défavorable, et les a rendues révocables. Le danger de ces oscillations est devenu plus grand, parce que les ventes sont plus fréquentes maintenant. On est beaucoup moins attaché à la qualité immobilière de la richesse qu'autrefois. C'est pour toutes ces raisons que c'est produit le changement.On en a parfois le point d'attache dès avant le XVI° siècle. Certaines coutumes ont parfois précédé l'évolution générale.

Exemples de récompenses avant cette époque dans certaines coutumes.

On en trouve un exemple dans la vieille coutume de Bourgogne (I270- I360, art.75 Giraud-Essai sur l'Histoire du Droit Français au Moyen-Age T.II p.I82). Il s'agit d'un retrait opéré par la communauté au profit de la femme. Le bien, ainsi retrayé au profit de la femme et en son nom, va entrer dans la fortune de la femme,et le prix du retrait va être payé par la communauté. La Coutume de Bourgogne déclare que le retrait ne sera accompli qu'autant que la femme paiera au mari la moitié du prix, c'est à dire qu'elle paiera récompense.

Exemple dans la T.A.C. de Bretagne

C'est surtout dans la Très Ancienne Coutume de Bretagne qu'on signale le prodrome de ce mouvement (Coutume rédigée au début du XIV° siècle, de I3I2 à I325 et publiée par M. Paniol, Cf N° 3I5 :

" Dou desdomage que feme doit avoir quand son mari
" la fait obligier..."- Et non obstant que la famme
" ou ses hoirs aient relenqué (renoncé) es moubles
" et que ils auraient eu leur part des conquestz, si
" le mari li avoit fait vendre son héritage (tout o
" ou partie) ,le mari et ses hoirs seraient tenuz à
" la dédomagier, le et ses hoirs, sur ceul au mari
" ou à ses hoirs, parsommet que sa famme ou ses
" hoirs araient eu leur part des conquestz, appelle
" ceulx qui sont a appeller deument davant justice
" à qui la cognoessance en apartendroit." Voilà, formellement posé le principe de la récompense due

Source : BIU Cujas

par la communauté à l'époux qui s'est appauvri, dont le propre a été vendu. C'est là une institution organisée puisqu'on est obligé de faire l'opération devant justice à qui connaissance en appartiendra. Mais il s'agit d'un cas particulier, celui où le mari a vendu le bien de sa femme; on veut protéger celle-ci. Il ne s'agit pas du mari, car on estime sans doute, que quand la femme résiste mal, quand le mari veut vendre son propre ou que le mari passe outre à sa résistance, tandis que le mari qui aliène son propre et n'en remploie pas le prix, n'a subi aucune contrainte et ne mérite aucune protection. C'est pourquoi on accorde à la femme récompense et non au mari.

Enfin, dans cette coutume il n'y a pas de récompense due par l'époux à la communauté, à raison d'amélioration faite au propre d'un des deux époux.

Cette théorie n'est pas encore très solide dans la Coutume de Bretagne, ni générale, puisqu'elle ne s'applique qu'au cas de vente du bien de la femme, et même qu'au seul cas de vente d'un bien roturier, et non pas aux biens nobles. Cf. N° 2I6:

" Des ediffices que les nobles font en leur héri-
" tage ou en ceul à leurs fammes- Gientil homme
" pour faire en son héritage qui se gouverne noble-
" ment menoirs, moulins et autres ediffices: sa
" famme ne ses hoirs n'y auront riens par coustu-
" me, si ce n'est en tant comme son doaire en sera
" plus valuable. Et si le mari fait faczons ou
" ediffices en le heritage sa famme, pour que ce
" soit fait en fie noble, n'y prandront rien le
" mari ne ses hoirs. "

Enfin, une dernière hypothèse qui se rattache à notre matière est contenue dans la Coutume de Bretagne, aux Nos 2I7 et 2I8. Il s'agit de l'hypothèse qu'on appelle aujourd'hui encore le retrait de mi-denier. Pendant la durée de la communauté, celle-ci a acquis un immeuble. En principe cet immeuble se trouve appartenir par moitié à chacun des deux époux. Si l'immeuble ainsi acquis provient de la famille d'un des deux époux, on permet à cet époux de retrayer, comme il le jugera bon, la moitié de son conjoint, de façon que sa famille rentre en possession de la totalité du bien qui est venu d'elle. C'est le retrait de mi-denier. L'époux pourra bien s'enrichir de la moitié du bien qui revient à l'autre époux, mais il est stipulé que cet enrichissement ne pourra avoir lieu que moyennant une recompense due à l'époux ainsi dépossédé. Dans un ordre d'idée analogue, au

Source : BIU Cujas

N° 2II, il est question de dot fournie à un des enfants toute entière par un seul époux. Dans ce cas, l'autre époux en devra récompense par moitié, puisqu'il est équitable que, à la dot des enfants chacun des époux participe également, solution qui n'est plus acceptée aujourd'hui puisque la dot peut être fournie par un seul époux.

Dans cette coutume de Bretagne il y a donc déjà de significatifs exemples de récompense. Elle est une des coutumes les plus romanisées. Il n'est pas étonnant que la conception romaine, contraire aux libéralités entre époux, ait réagi dans le sens des récompenses.

Reconnaissance plus tardive de la récompense dans la région parisienne

Dans la région parisienne, le mouvement a été plus tardif. On ne trouve trace de récompense que dans la seconde coutume de Paris de I580 (art 232) Au début du XVII° siècle, on se souvient encore fort bien de l'état de chose antérieur qui ne comportait aucune récompense. Cf Loysel (Maxime I4, L.I,T.II) qui nous rapporte la pittoresque formule suivante : "Car, ce qui se disoit jadis, que le mari se devoit " relever trois fois la nuit pour vendre le bien de " sa femme, a finalement été réprouvé par plusieurs " arrêts et coutumes modernes. "

Si Loysel ne signale pas ici l'ancienne Coutume, c'est qu'il ne borne pas son horizon à la région parisienne; " Le mari avait tout avantage à se " relever trois fois pour vendre le bien de sa femme parce que le prix du bien vendu tombait dans la communauté qui ne devait aucune récompense.

L'usage antérieur du remploi.

Cependant, il faut reconnaitre que la solution qui devait mener aux récompenses,même dans la région parisienne, était en réalité,en marche depuis longtemps, puisque le Grand Coutumier de France valide déjà un remploi fait après la vente d'un propre, au moment de l'acquisition. Il signale même que ce remploi devra être fait par devant le juge, comme nous l'avons rencontré dans d'autres coutumes.

D'autre part,dès une epoque plus ancienne que le XVI° siècle, il y avait parfois dans les contrats de mariage de la région parisienne, une stipulation d'emploi. Si une dot en argent était constituée, on y ajoutait la promesse que ces deniers seraient employés à l'achat d'un immeuble qui prendrait la place de la dot en deniers; on prenait meme certaines mesures pour faire respecter cette attribution: lorsque le bien avait été acheté, on le déclarait propre ou bien encore, lorsqu'il n'avait pas été acheté, on accordait à la dissolution de la communauté, un cer-

Source : BIU Cujas

tain temps pour régulariser la situation.(Jean le Coq, Questions 83 & 84, avec commentaire de Dumoulin)

De même, et en troisième lieu, on admettait que la récompense ou le remploi pouvait avoir lieu par acte de dernière volonté du mari lorsqu'il avait aliéné le propre de sa femme, et le reconnaissait dans son testament. Il attribuait à celle-ci, dans son testament même, un droit de remploi qu'il y avait lieu de respecter . Cela équivalait à une récompense (Cf. Dumoulin sur l'art. I64 de la Coutume de Blois de I523)

Disposition particulière de la Coutume d' Anjou, son extension proposée par Dumoulin.

Enfin, et c'est la dernière trace à signaler avant d'arriver à l'étude de la coutume élle-même, Dumoulin, frappé par l' iniquité de cette absence de récompense, essayait d'étendre la solution de l' art 296 de la Coutume d' Anjou. Celle-ci décidait en effet que si un propre de la femme avait été aliéné, et que le prix n'en eut pas encore été payé, au moment de la dissolution du mariage, on devait considérer que ce prix devait être attribué hors part à l'époux, dont le propre avait été vendu; le prix se substituait ainsi au propre aliéné. Telle était la disposition de la Coutume d' Anjou, et Dumoulin s'efforçait d'étendre cette disposition au cas même où le prix aurait été déjà payé, à condition de démontrer que le prix payé à la communauté, avait été employé à son profit. On voit la portée de cette restriction; l'époux n'avait droit à une récompense que si le prix n'avait pas été gaspillé: " Je crois qu' il y a lieu de considérer comme une règle générale, même applicable dans la région parisienne ", il en est de même si l'argent a été reçu, lorsqu'il est établi qu'il a été employé pour l'accroissement de la communauté. Il en serait autrement s'il a été perdu ou a péri, ou a été dissipé inutilement " . (Oeuvre de Dumoulin, T.II,9° Paris, p. 728 " Idem " generaliter étiam Parisiis servandum puto, idem si " recepta pecunia quam constat ad augmentum commu- " nitatis impensam ; secus si in ludo aut inutiliter " disipata sit ". Cette solution a été acceptée par des arrêts aujourd'hui inconnus.

Admission d'une séparation dans la Coutume de I5I0 en cas de rachat d'une rente.

De même, un autre cas s'est présenté dans lequel, avant que la théorie des récompenses ait été formulée, on accepta la récompense sans débat, ce fut si l'époux était titulaire d'une rente propre, et celle-ci étant rachetable, si la rente avait été rachetée. Il eut été bien dur de dépouiller l'époux à la fois de la rente et du prix qui avait été payé, par le demi-rentier, pour s'en libérer. La pratique avait accordé un droit à l'emploi du capital, et, la coutume de I580, inséra ce droit à récompense

Source : BIU Cujas

dans l'art. 232 sans soulever aucune discussion. Voyez dans Le Prestre questions notables 3 è centurie Ch. 69, p 693 un arrêt donné pour la veuve Dupré du 2I Juillet I565 qui ordonne remboursement des rentes rachetées. telles sont les récompenses qu'on rencontre pratiquées avant l'avènement de la seconde Coutume de Paris de I580.

Le principe de la récompense due par la communauté à l'époux dans la Coutume de I580.

A partir de cette date, la solution se trouve dans l'art. 232 : " Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre appartenant à l'un ou l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat, est repris sur les biens de la communauté, au profit de celuy auquel appartenoit l'héritage ou rente: encores qu'en vendant, n'eust ésté convenu de remploy ou récompense: et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce faite. "

S'il n'y a eu aucune promesse de remploi ou de récompense, par le seul fait que le propre a été vendu, ou la rente rachetée, l'art. 232 stipule une récompense du propre de l'époux. Cette solution fut étendue aux coutumes muettes, et elle devint le droit commun coutumier.(Voir Ferrière sur l'art 232

Le même principe fut également rapidement étendu, en dehors des deux seuls cas prévus par l'art. 232: l'aliénation d'un propre et le rachat d'une rente appartenant à un époux, si bien qu'on décida que toutes les fois qu'un époux se serait trouvé appauvri au profit de la communauté qui se serait enrichie, il y aurait lieu de lui attribuer une récompense. Ainsi, dans un propre, les futaies ne sont pas considérées comme fruits,mais comme produits. Quand il y avait une coupe de futaies dans l'immeuble d'un des deux époux, on admettait qu'elle devait donner lieu à une récompense à l'époux. Le principe général actuel qu'il y a lieu a récompense quand la communauté s'est enrichie et l'époux appauvri,est accepté au XVIII° siècle et étendu,à peu près comme il l'est aujourd'hui. Cf Pothier, dans son Traité sur la Communauté N° 607, 4° Partie, Ch.II, Section I art. 2 : On peut aussi établir comme principe général que : " Chacun des conjoints est créancier de " la communauté, de la reprise, non seulement de son " mobilier réalisé par le contrat de mariage,et du " prix de ses propres qui ont été vendus,et dont le " prix a été payé durant la communauté, mais pareil- " lement de toutes les choses qui, quoique mobiliè- " res,sont provenues de ses propres, sans en être " des fruits; et qui leur ont été substituées et " géneralement de toutes les choses que nous avons " vues supra,.... devoir être quoique mobilières,

Source : BIU Cujas

" exclues de la communauté, et n'y rentrer qu'à la
" charge de la reprise."

On en est même arrivé, dans l'organisation des récompenses à une différence importante entre le mari et la femme qu'on signalera plus loin, la femme ayant son droit de recompense garanti par son hypothèque légale, alors qu'aucune garantie n'est accordée au mari.

Silence de la coutume sur la récompense due par l'époux à la communauté. Hostilité d"un certain nombre de coutumes à l'admission d'une récompense en cas d'acquisition au profit d'un propre.

C'est tout ce que contient la Coutume de I580. Il n'y est pas question de récompense due par l'époux à la communauté, comme cela peut arriver si, durant le mariage, la communauté paye de ses deniers l'acquisition d'un propre dont l'époux se sera enrichi, ou si la communauté a payé sur le propre d'un époux des améliorations qui ont accru la valeur du propre . Il n'y a dans la seconde Coutume de Paris, aucune réglementation relative à cette hypothèse.

Nous avons déjà vu que cette question avait été tranchée au XIV° siècle dans la Très Ancienne Coutume de Bretagne(N° 2I5) au cas de biens roturiers. C'est un exemple, sinon unique, du moins extrèmement rare. Ce principe des récompenses dues à la communauté, même au XVI° siècle, est parfois repoussé exprèssément . (Cf Coutume de Nivernais de I534 au Titre des Communautés et Associations, ch. XXII, art 6). Cette coutume a cette particularité qu'elle admet les récompenses dues par l'un des associés, lorsqu'on est en matière de communauté taisible, laquelle s'est conservée dans la région nivernaise bien plus longtemps qu'ailleurs. Pourtant , après avoir accepté le principe , la même coutume le rejette quand il s'agit de la communauté conjugale:
" Bâtiment fait en conquêts de la communauté est
" commun entre les parsonniers. Mais s'il est fait
" en l'heritage ancien de l'un des dits communs, il
" luy est propre comme ledit héritage, à la charge
" de rembourser par le seigneur dudit héritage les
" parsonniers prorata, de la valeur dudit bastiment
" qui sera estimé lors de la dissolution de la com-
" munauté. Toutefois, si ledit héritage est seule-
" ment réparé, ladite réparation appartient au par-
" sonnier à qui il est,sans charge de remboursement.

C'est bien exactement le cas de notre récompense. Un bâtiment a éte construit avec les fonds de la communauté taisible, sur le bien propre du parsonnier qui sera obligé de fournir récompense à la communauté taisible. Puis un peu plus loin, dans le même texte, se trouve la formule suivante : " Et
" n'aura lieu ladite coustume entre gens mariez, t
" entre lesquels lesdits edifices ne sont sujets à
" remboursement. "

Source : BIU Cujas

La solution si singulière de la Coutume est si peu douteuse, que dans son commentaire, Guy Coquille la présente à nouveau, tout en faisant savoir qu'il en est autrement dans d'autres coutumes, notemment dans la Coutume de Bretagne. Et cette règle de la Coutume de Nivernais, il cherche plutôt à la justifier qu'à la blâmer. S'il s'agit d'améliorations faites au propre du mari avec l'argent de la communauté, la femme ne peut se plaindre de n'en pas obtenir récompense, puisque le mari avait le droit de gaspiller cet argent la femme en jouira tout de même plus, si le propre du mari a été amélioré, que si le mari avait gaspillé, en pure perte, la même somme. Il en résulte que les récompenses au profit de la communauté sont apparues dans notre Droit plus tardivement, et plus malaisément que les récompenses dues au profit de chacun des époux. Ce n'est qu'au cours des XVII° et XVIII° siècles que la question fut vraiment étudiée

Eléments que fournissait le droit Romain pour établir en ce cas, le principe d'une récompense. Son admission au XVII° siècle, en jurisprudence.

Quand on y réfléchit cela est étonnant, parce qu'on avait sur tous ces points un guide tout prêt à servir, c'était le Droit Romain. Les jurisconsultes romains ont fait, au sujet des impenses dotales, des recherches qui pouvaient s'adapter aisément à notre cas. On connait toute la doctrine des retentiones dotales. Le mari a le droit de retenir sur la dot certaines sommes pour des raisons diverses, notamment propter impasas, c'est à dire pour les dépenses faites sur les biens dotaux de la femme. Les Romains avaient établi les trois catégories de dépenses, qu'on distingue encore aujourd'hui: nécéssaires, utiles et voluptuaires. Pour les premières le mari avait le droit de retenir le prix total qu'il avait payé pour ces dépenses. Pour les dépenses utiles, il avait le droit de conserver le prix qu'il avait payé, jusqu'à concurrence seulement de la plus value procurée à l'immeuble dotal. Quant aux récompenses voluptuaires, le mari ne pouvait rien retenir. Il pouvait seulement, s'il le voulait, remettre les choses en l'état primitif.

Les arrêtés du Président de Lamoignon.

La jurisprudence, à défaut des coutumes qui ne s'expliquaient pas expressèment sur ces cas, a fait, peu à peu, de la théorie romaine toutes les applications raisonnables. On connait, pour le XVII° siècle, les arrêtés de Lamoignon, sorte de prélude à une unification des coutumes, dans lesquels le Président cherchait à réunir les solutions qui lui semblaient les plus désirables. (T.XXXII art. 27 et 28.) Il s'explique sur les récompenses

Source : BIU Cujas

dûes à la communauté, et tout naturellement, il ne manque pas de rappeler les distinctions romaines en les ajustant aux usages coutumiers. Les dépenses d'entretien restent à la charge de la communauté qui a la jouissance des biens des époux. Quant aux grosses réparations des propres, elles sont à la charge de l'époux qui est tenu de les récompenser, (Art. 28) Dépenses d'entretien et grosses réparations, sont toutes des réparations nécessaires, et sont à la charge de celui qui en a le profit. Si, en dehors de ces dépenses nécessaires, il y a eu des augmentations, des améliorations apportées aux propres de l'époux, celui-ci a le choix, ou de rapporter la plus value de son immeuble acquise du fait de la réparation, ou de rapporter la somme dépensée par la communauté pour le propre. C'est le même principe que dans la législation romaine, que aucun patrimoine ne doit jamais s'enrichir au détriment des autres.

Si la communauté s'est appauvrie pour des dépenses qui ne procurent pas au propre une plus value égale à la dépense, l'époux qui ne rend que la plus value ne s'enrichit pas au détriment de la communauté, bien que celle-ci soit appauvrie. C'est à son manque de perspicacité, qu'elle doit cet appauvrissement.

Il résulte de ce régime que, au cas de réparation, les risques de moins-value par rapport à la dépense, sont seuls à la charge de la communauté.

Après Lamoignon, il semble bien que les autres auteurs ont raisonné de la même manière (Pothier, Traité de la Communauté, L.IV, Ch.I, S.II, art 4) arrive aux mêmes solutions en les appuyant sur le droit romain.

Solution compliquée de la Coutume de Paris, pour le cas de rachat pendant le mariage, d'une rente grèvant le propre d'un époux.

Voilà dans l'ensemble comment ces récompenses se sont comportées. Il nous reste à parler de quelques hypothèses sur lesquelles la Coutume de I5I0 parait se placer à un point de vue un peu différent du droit romain. Nous faisons allusion d'abord aux articles 244 et 245 de la Nouvelle Coutume de Paris, qui existaient déjà en substance dans le Coutume de I5I0, mais étaient resumés en un seul article, l'article II9 :

Art:-244 " Quand aucune rente due par l'un des " conjoints par mariage, ou sur ses héritages, aupa- " ravant leur mariage, est rachetée par lesdits deux " conjoints, ou l'un d'eux constant ledit mariage: " Tel rachat est réputé conquêt"

Art-245 :" Et est tenu l'héritier ou détempteur de l'héritage sujet à la rente, continuer la " moitié de ladite rente, et payer les arrérages du

Source : BIU Cujas

jour du décès, jusques à l'entier rachat."

Cette simple lecture ne semble peut être pas très claire à première vue. Degageons-en l'espèce. Il s'agit dans ce cas d'une rente dûe par un époux à un tiers au jour du mariage; c'est là une dette immobilière,parce qu'elle porte sur le bien propre de l'époux. C'est donc une dette propre à l'époux, puisque la communauté ne comprend que les dettes mobilières, qui font vis à vis en quelque sorte au patrimoine mobilier.; les dettes immobilières restent à la charge de chacun des époux. Durant le mariage, la rente dont il s'agit est rachetée, par conséquent remboursée au créancier,par la communauté. L'époux se trouve libéré de cette dette vis à vis de son créancier, il est donc enrichi puisqu'il devait la dette et d'autre part, la communauté qui a payé la dette, s'est appauvrie d'autant, par conséquent nous sommes là en présence d'une hypothèse pouvant donner lieu à récompense. La Coutume de I5I0 et celle de I580 ont fait, un et deux articles spéciaux à cause de calà, et afin d'accorder à l'époux un droit d'option. Voici en effet ce qui se passe. L'art. 244 nous dit, non pas que la rente dont l'époux était grévé est éteinte par suite du rachat de la communauté, mais qu'elle est réputée conquêt, c'est-à-dire que la communauté s'est substituée au créancier de l'époux, et a acquis la créance contre l'époux. A la dissolution de la communauté, cette créance contre l'époux se trouve dans l'actif de la communauté. Par conséquent, cette créance se partagera par moitié entre chacun des deux époux , et la moitié de cette créance qui revient à l'époux débiteur se confondra avec sa propre dette, et éteindra pour moitié la dette qui grèvait l'immeuble propre de cet époux. Pour l'autre moitié, l'époux propriétaire en restera débiteur de son conjoint qui se trouve titulaire de la moitié de la rente,et lui devra les arrérages réduits de moitié.

Il n'est pas ici question de récompense. Mais l'opération de la communauté aura ce résultat, grâce à l'artifice du conquêt, de ne libérer l'époux que jusqu'à concurrence de moitié, de ne le faire profiter du rachat que dans la mesure où celui-ci a été fait au moyen de sa part dans la somme fournie par la communauté. C'est un procédé différent de la récompense. On ne raisonne pas de la même manière que dans la législation romaine.

Bien d'autres coutumes ne traitent pas l'hypothèse dont nous parlons, comme la Coutume de Paris et y voyant un enrichissement ordinaire procuré à l'époux,par l'extinction totale de sa dette, stipulent à la charge de cet époux, une récompense qui sera de

Source : BIU Cujas

la moitié de la valeur du bien .(Coutume du Nivernais, art. 29). De même encore, arrêtés de Lamoignon (N° 46). Dans ce cas, le résultat auquel on arrive est un peu différent; la rente ancienne va être complètement éteinte: ce à quoi l'époux sera tenu, ce sera une récompense de la moitié du capital de la rente, récompense qui pourra du reste être payée par l'époux en moins prenant sur la communauté . La solution de Lamoignon et de la Coutume de Nivernais est peut être plus simple. En effet, la solution de la Coutume de Paris ne met pas fin à toute difficulté, elle comporte des questions subsidiaires, notamment celle de savoir quelle nature va conserver la rente vis à vis de l'époux demeuré créancier. La rente étant éteinte pour moitié sur la tête de l'époux débiteur, subsiste pour moitié sur la tête de son conjoint; va t-elle être exactement la rente ancienne, va-t-on lui maintenir les mêmes garanties qui lui étaient attachées, ou au contraire va-t-on considérer qu'il y a une novation qui fera disparaitre les anciennes garanties ?

De même à supposer que le taux maximum d'intérêt, d'arrérages des rentes ait été abaissé précisément pendant la durée de la communauté, est-ce qu'à la dissolution on va considérer que la rente doit être servie au taux ancien, ou bien au contraire va-t-on considérer qu'elle ne peut être payée qu'au taux nouveau ? Enfin, on se demandera dans quelle mesure l'époux aura la faculté de retrayer et de rembourser la portion de rente qui lui est attribuée à son conjoint. Il y a là toute une série de problèmes qui se posent si on accepte la solution de la Coutume de Paris et qui sont facilement résolus avec celle de la Coutume de Nivernais, ou des arrêtés de Lamoignon. A l'inverse la solution de la Coutume de Paris offre à l'époux une option qui lui permet, s'il le préfère, de ne pas rembourser la part de son conjoint et de laisser subsister la rente pour moitié.

Solution de la Coutume de Paris en cas d'exercice, par un époux d'un retrait lignager.

Pothier (N° 6I5) commente les articles 244 et 245 de la Coutume de Paris, et déclare que le droit commun coutumier n'est pas favorable à la solution de la Coutume de Paris, et préfère considérer la rente comme novée ; l'obligation à récompense étant une dette différente de l'ancienne obligation de la rente Il raisonne de la même manière que la Coutume de Nivernais. Voilà une première application, un premier exemple, pour démontrer comment, dans la théorie des récompenses, il y a eu parfois dans notre ancien droit, quelques incertitudes.

Second exemple. Cette conception ,un peu particulière de la Coutume de Paris, se retrouve à propos d'une autre opération qu'on apelle le retrait de

Source : BIU Cujas

mi-denier dont l'art I408 de notre Code Civil a gardé un dernier exemple. Durant la communauté, un époux a eu la faculté d'exercer un droit de retrait. Il s'agissait d'un immeuble appartenant à l'un de ses parents de côté et ligne qui l'avait vendu, et que lui, en sa qualité de parent, avait faculté de retrayer. La communauté a exercé en son nom le retrait et a du payer pour cela le prix de vente promis par l'acheteur. L'Art. I55 de la Coutume de Paris nous déclare que ce bien retrayé est un conquêt. A la dissolution, le bien pourra rester tel, et être partagé entre les deux époux, mais, pour la moitié attribuée à l'époux qui n'était pas parent et qui va se trouver acquérir par retrait, un bien pour lequel il n'était pas qualifié, On admettait que le conjoint qui était parent et du chef duquel le retrait a été exercé, pourrait prendre pour lui l'opération toute entière, et devenir propriétaire de l'immeuble tout entier moyennant la restitution de la moitié du prix. Cet article I55 existait déjà dans l'ancienne Coutume de Paris de I5I0, où il formait l'art: I84 Ce n'est qu'une faculté pour l'époux d'exercer le retrait et de reprendre le bien tout entier. En principe, le bien reste conquêt, sans qu'il y ait lieu de parler de récompense, si l'époux parent le préfère. C'est donc dans le procédé, quelque chose d'analogue à ce que nous rencontrions tout à l'heure dans l'art. 244.

Ce système n'est pas appliqué unanimement en droit coutumier; l'ancienne coutume d' Orléannais de I509 (art. 283) et la nouvelle coutume (art 382) déclarent au contraire que le bien est retrayé pour le tout, et qu'il devient pour le tout le propre de l'époux qui était parent; cette attribution s'opère au jour du retrait, sauf récompense obligatoire. Il en est de même dans les arrêtés de Lamoignon (N° 47).

Acquisition d'un Office pendant le cours de la commnauté.

Enfin, troisième hypothèse, il y a encore une solution plus complexe et plus nuancée quand il s'agit de l'acquisition d'un office durant la communauté. Lorsque l'office est acheté durant la communauté, on le déclare conquêt, c'est la règle (Pothier N° 663) . Il n'y a dans la Coutume de Paris, aucun article sur ce point. Pourtant cet office est attaché à la personne du mari qui en est titulaire. Comment les choses vont-elles se règler au moment du partage de la communauté ? La jurisprudence concède que le mari titulaire

Source : BIU Cujas

pourra garder l'office, mais il en devra récompense On exige de lui qu'il fasse connaitre sa volonté; on lui donne un certain délai, assez court, et variable pour se décider. S'il préfère ne pas le reprendre, l'office sera compté pour le prix qu'il vaut dans la masse de la communauté, puisqu'il est un conquêt de communauté. Mais, que doit-on décider au cas où le mari n'aurait pas pris parti dans le délai fixé ? On présume qu'il garde l'office, et que le gardant, il sera tenu à récompense, de sorte qu'ici, la solution est inverse de celle qu'on s'attendait à voir adopter. On la constate dans Pothier au N° 666 et dans différents arrêts rendus au cours du XVII° siècle: le premier au I° mars I627, en second le 27 février I655 (recueil de Bardet) un autre du 25 juillet I703 dans Bourson (Droit commun coutumier de la France.

Reconnaissance tardive, au XVII° siècle, d'une R. au profit de la communauté qui a payé la dette d'un époux.

Reste le cas où l'époux était chargé de dettes personnelles avant son mariage ou en a contracté depuis, et où la communauté s'est trouvée contrainte à payer ces dettes. Il s'agit ici de la diminution du passif propre de l'époux, grâce aux deniers de la communauté. Par exemple, un époux avait une dette contractée à l'occasion d'un de ses immeubles Il avait acheté un immeuble avant son mariage et avait omis d'en payer le prix. L'immeuble est propre; il est équitable que si la communauté est obligée de payer le prix de cet immeuble, elle en reçoive récompense. Rigoureusement, la dette du prix est une dette de somme d'argent et par conséquent tombe en communauté. C'est pour cela que si le créancier a dans doute droit de poursuivre le mari, son débiteur, il a en outre, la faculté s'il le préfère, de poursuivre la communauté puisque celle-ci est responsable de toutes les dettes d'argent des deux époux. La communauté qui aura payé, aura droit à récompense.(Pothier N° 239).Cette solution qui semble pourtant équitable durant tout le cours du XVI° siècle et même une partie du XVII° siècle, n'était pas adoptée. On considérait en effet qu'il; n'y a pas lieu de rechercher l'origine,maus seulement la nature de la dette au jour du mariage: elle est mobilière, ayant pour objet une somme d'argent. Donc elle est commune et c'est la communauté qui est obligée d'en supporter le poids.

C'est au cours du XVIII° siècle seulement que la solution a changé.(Voyez dans Pothier N° 239,p. 283, le tempérament singulier qu'on a voulu apporter à la qualité de dette propre enfin reconnue à la dette du prix du propre).

Le même cas peut se présenter à propos d'une

Source : BIU Cujas

Des conséquences du passif d'une succession échue à un époux.

dette advenue durant la communauté, à l'occasion d'un propre. Il s'agit d'une succession qui est échue à un époux, pendant la durée de la communauté. L'actif mobilier de la succession tombe dans la communauté, et l'actif immobilier reste propre à l'époux; le passif mobilier de la succession est à la charge de la communauté alors que le passif immobilier reste à la charge de l'époux; c'est toujours le maintien du même parallélisme. Supposons qu'il n'y a pas d'actif mobilier- la communauté ne touchera rien - et qu'il y a un passif mobilier, la communauté sera alors obligée de le payer. C'est là, aux yeux de l'équité, quelque chose de véritablement inacceptable. Néanmoins, longtemps c'était tant pis pour la communauté; la règle constituée, équivalait a une sorte de forfait (Pothier N° 261). Si la succession dont il s'agit contient à la fois meubles et immeubles, tant à l'actif qu'au passif, s'il s'agit d'une succession mixte, à l'origine on appliquait le forfait qui pouvait être avantageux ou désavantageux. Puis on considéra qu'il y avait lieu d'abandonner cette idée du forfait, pour faire supporter par la communauté une partie des dettes proportionnelles à l'actif mobilier. Cela peut être très différent, c'est un changement correspondant qui s'est opéré relativement à la répartition du passif héréditaire entre les différentes espèces de successeurs (Art. 334).

Ces derniers exemples montrent bien le progrès de la notion de récompense et du maintien de l'équilibre des trois patrimoines durant les trois derniers siècles de la monarchie française. L'application de ces principes d'équité est devenue de plus en plus étroite; aucun patrimoine ne doit s'enrichir au détriment de l'autre.

Il nous reste à voir un autre aspect de cette théorie des récompenses, plus significatif, quand nous nous plaçerons au point de vue des garanties accordées à la femme.

Garanties accordées à la femme pour l'exercice de ses récompenses.

Jusqu'à présent, nous n'avons vu les récompenses que d'une manière générale, comme si les récompenses dûes au mari étaient traitées de la même manière que celles dûes à la femme. Il n'en est rien. La femme ,au point de vue de ses récompenses, reçoit des garanties qui n'ont jamais appartenu au mari.

Avantages que la femme trouve dans la théorie des récompenses.

Il reste à signaler comment ces récompenses ont pu, dans les derniers siècles de la monarchie, procurer à la femme quelques avantages personnels , justifiés par l'accroissement des pouvoirs du mari sur la communauté. C'est ainsi que les récompenses rentrent dans l'évolution générale de toute notre législation. C'est ce qui se produit dans deux hypo

Source : BIU Cujas

thèses: I°- par l'octroi à la femme d'une récompense dans le cas où le mari a obtenu d'elle un engagement personnel; 2°- par un mode d'exercice avantageux de ses reprises ou des récompenses qui lui sont accordées.

I°- Engagement conjoint de la femme avec le mari. Eclosion du S C Vellein.

I°- La femme commune, quand elle est autorisée, peut s'engager conjointement avec son mari. C'est un mode d'obligation très répandu. Quand le mari contracte, il obtient en même temps la signature de sa femme. D puis le XIV° siècle, on a combattu pour faire annuler cet engagement de la femme joint à celui du mari, en prétendant qu'il était contraire au sénatus consulte Velléin qui avait pour but de prohiber l'engagement de la femme pro-marito. Le sénatus-consulte la femme à se servir d'une exception pour ne pas se laisser condamner à payer. On présumait pro-marito tout engagement que la femme avait pris en même temps que son mari; le mari étant seul responsable des affaires de la communauté, devait traiter ces affaires comme les siennes propres, de sorte que la femme devait être considérée comme si elle était engagée pour l'affaire de son mari.

Mais le Senatus-consulte Vellein ne réussit pas beaucoup dans le Nord; il fut combattu par des renonciations.

Puis, après une lutte assez longue, il fut acarté définitivement pour le Nord de la France par l' Edit. d'Henri IV de 1606.

Dès avant l'abandon du sénatus-consulte Velléin, les jurisconsultes, notamment Dumoulin, avaient d'ailleurs établi que tout engagement de la femme conjoint à celui de son mari, ne pouvait être par cela seul considéré comme un engagement pro-marito, et ne tombait pas nécéssairement sous la prohibition du sénatus-consulte . Pour que la femme fut réputée engagée pour son mari, il fallait, non pas seulement que l'engagement fut profitable à la communauté parce qu'alors c'était pour elle aussi qu'elle s'engageait, mais il fallait démontrer que cet engagement conjoint n'était destiné à profiter qu'au mari, et c'était à la femme qu'incombait la charge de la preuve. Le droit commun voulait donc qu'on écartat, sauf preuve contraire, l'application du Sénatus -consulte Vellein. Aux XVII° et XVIII° siècles, on est ainsi rentré dans le droit commun.

Récompense due à la femme en cas d'obligation contractée solidairement avec son

Mais il arrivait tout aussi souvent que le créancier ne se contentait pas de l'obligation conjointe de la femme et exigeait que l'obligation fut, non pas conjointe, mais solidaire pour chacun des deux époux. Dans le cas d'une obligation contractée solidairement par les époux, le jeu de l'obligation

Source : BIU Cujas

mari. Faveur faite à la femme au point de vue de la preuve.

solidaire faisait que la femme pouvait être contrainte de payer toute l'obligation, même au delà de sa moitié, bien qu'elle ne soit intéressée à l'obligation que pour la moitié en tant que commune. Lorsqu'elle payait au delà de la moitié, elle avait droit à une récompense puisqu'elle avait mis du sien au profit de la part de la communauté qui ne devait pas lui revenir. Il n'en était autrement que si l'obligation ne devait profiter qu'à la femme seule.,à qui devait alors être imposée cette preuve ? On finit par décider que la femme, pour obtenir recompense au cas où elle aurait été obligée de payer la dette toute entière, ne serait pas obligée de démontrer que son mari avait intérêt à la dette: on présumerait cet intérêt.; ce ne serait pas à elle a établir que ce qu'elle a payé dépasse l'intérêt qu'elle avait à l'affaire, ce qui cependant est le droit commun.Quand un débiteur solidaire paye au délà de sa part, c'est à lui de prouver que la part qu'il a payée est supérieure à celle qui lui revient dans l'ensemble de la dette. De sorte qu'en principe la femme pourra demander récompense par cela seul qu'elle aura payé plus de la moitié, et pour que la recompense fut refusée, c'était le mari qui devait établir que la femme seule était intéressée dans la dette qu'elle a payée toute seule, ou avait profité toute seule de la somme fournie an exécution de l'obligation. Il en ainsi pour la femme, mais pas pour la mari, contre lequel joue la présomption contraire. On porte donc atteinte au droit commun au profit de la femme. C'est une solution acceptée au XVII° siècle par le Président(de Lamoignon , arrêtés au N° 41 de la communauté). On en trouve dans le Code Civil, dans l'art 1431.

2°- Faveur accordée à la femme par la jurisprudence dans l'exercice des récompenses.

2°- Point plus intéressant. Il s'agit du mode d'exercice des récompenses.

Le principe du droit commun en matière de récompenses, c'est que les récompenses dûes, soit par la communauté, soit à l'inverse par l'époux à la communauté, sont exécutoires sur le patrimoine du débiteur comme une dette ordinaire, c'est-à-dire, sur ce patrimoine tout entier et sur lui seul. Il en est ainsi lorsque le débiteur d'une de ces récompenses est le mari: elles peuvent être recouvrées , non seulement sur la part du mari dans la communauté, mais encore sur les propres du mari, c'est-à-dire sur toute sa fortune.

Il n'y a rien dans les Coutumes rédigées au XVI° siècle, qui modifie sur ce point le droit commun.

Si on passe aux récompenses de la femme, on s'aperçoit que leur mode d'exercice n'est plus celui du droit commun. Pourtant, de ces modifications, il n'y a pas trace dans les coutumes rédigées. Ainsi,

Source : BIU Cujas

l'art. 232 de la Coutume de Paris déjà cité ne parle en aucune façon d'une différence sur ce point entre le mari et la femme. C'est la jurisprudence des XVI° et XVII° siècles qui a introduit ces changements. Ces changements consistent en trois règles qu'il nous faut successivement étudier:

a) priorité des récompenses de la femme sur celles du mari.

I°- La femme exerce ses reprises la première sur la communauté, préalablement à celles du mari. S'il ne reste rien dans la communauté,après qu'elle a exercé ses reprises, ce sera le mari qui en souffrira. Comme il est d'usage depuis longtemps, et aujourd'hui encore, que quand un époux est créancier d'une reprise, il se paie d'abord en deniers; et à défaut de deniers, par prélèvements en nature sur un objet de la communauté pour se remplir de sa créance ce sera la femme qui choisira la pre ière dans les meubles de la communauté les objets qu'elle préfère, etse les fera attribuer pour un prix déterminé, par estimation (Cf. Droit commun de Bourjon, T.I,p.6I2 VI° partie, Ch.II, section I; § 5). Bourjoj est d' ailleurs le seul qui nous rapporte qu'il a entendu une sentence r ndue au Rapport de M. Héron, qui l'a ainsi jugée. Il renvoie même à Lebrun dans son Traité de la Communauté, p.486,N° 4. Bourjon, Droit commun de la France I. p?6I2- 6 ° partie,Ch.2, sectionI35 , ajoute comme explication que comme la femme n'est que spectatrice de l'administration de son mari il est juste de lui donner le choix pour l'exercice de ses reprises. Pothier dans son Traité de la Communauté, au N° 6IO, accepte la même solution, mais sans en donner ni raison, ni justification, de sorte qu'il est difficile de dire à quelle époque exacte de ces trois siècles, la solution a été établie.

Tel est le premier point:la femme exerce ses reprises par préférence au mari.

b) droit pour la femme a poursuivre subsidiairement ses recompenses sur les propres du mari.

2°- La femme a pour ses reprises,au cas où la com unauté serait insuffisante à l'en remplir, le droit de poursuivre subsidiairement en remboursement, les propres du mari. Elle se paiera de ce que lui doit la communauté, non pas seulement sur la communauté toute entière,mais encore sur les propres du mari, règle qui encore admise dans notre Code Civil. Les renseignements sur ce point sont un peu plus nombreux. Renusson.(traites des propres, Ch.4 Section IV, p, 364), auteur qui écrivait à la fin du XVII° et au commencement du XVIII° siècle, citait déjà deux arrêts beaucoup plus anciens qui acceptaient cette solution ;le N° I du I9 décembre I585, et le second du IO juin I605. La solution daterait donc déjà de la fin du XVI° siècle. Il signalait encore dans le même sens une Coutume de Malines rédigée en I635 (t.IX De

Source : BIU Cujas

Jure matrimoniali, art 5 & 6) Cette coutume de Malines admettait expréssément ce droit de la femme de se payer de ces récompenses sur les propres du mari Renusson trouvait la solution fort juste, car, quand le mari reçoit les propres de sa femme, il contracte l'obligation personnelle de les rendre sur tous ses biens. D'ailleurs, la solution parait avoir été plus rapidement acceptée pour les propres de la femme, aliénés, dont on n'aurait pas fait remploi; dans ce cas nous verrons qu'on a accordé à la femme une hypothèque, c'est que sa créance peut être poursuivie sur les propres du mari .(Cf Pothier au N° 6IO,et le Traité de Lebrun, L.III.Ch II,Sect.II, distinction 5, N° 72, p.490. Ld Bourjon,p.6I3 § 8)

L'avènement de la règle indiquée, dès le début du XVIII° siècle laisserait penser qu'il convient de fixer l'origine de la règle précédente, celle qui permet à la femme de se payer par préférence à la même époque; cette règle qui engage les biens du mari au profit de la femme est beaucoup plus lourde que la précédente.

c/ priorité de la femme sur les créanciers du mari postérieurs au mariage, grâce à son hypothèque legale.

3°- Enfin, si on suppose que la communauté est insolvable,la femme se paie de ses reprises sur les propres du mari,avant les créanciers de celui-ci postérieurs au mariage. Elle se paie par préférence à eux sur les biens de son mari. C'est là le résultat de l'octroi à la femme du bénefice de l'hypothèque légale sur les biens du mari qui garantit les récompenses de la femme, et d'une manière générale toutes ses reprises.

Voilà les trois avantages principaux accordés à la femme dans l'exercice de ses reprises. Dans l'ensemble,ils constituent une faveur importante. Dans l'ensemble encore, ces trois avantages ne doivent avoir été acceptés par l'opinion commune que dans la deuxième moitié du XVII° siècle. On signale bien des arrêts qui datent déjà du début de ce siècle, cependant, l'opinion ne semble avoir été pleinement favorable à tout cela qu'un peu plus tard. Les arrêtés de Lamoignon qui datent de la seconde moitié du XVII° siècle,ne mentionnent en effet qu' avec hésitation les faveurs que nous connaissons. Ainsi, au N° 60 de ses Arrêtés, Lamoignon décide bien que le remploi des propres de la femme se prend à défaut de la communauté, si celle-ci n'est pas solvable, sur les propres du mari, encore que ce ne soit pas stipulé par le contrat de mariage. Mais au N° IOI, il distingue la reprise du remploi, c'est à dire la récompense du prix d'un propre aliéné ou remploi, de la récompense due pour toute autre cause qualifiée de reprise. Et il n'autorise la récom-

Source : BIU Cujas

pense au cas de simple reprise, que si le contrat de mariage le stipule. En ce cas d'ailleurs, il l'accorde même sur les propres du mari. C'est une interprétation encore étroite du texte même de l'art 232 de la Coutume de Paris de I580.

C'est à peu près tout ce qu'on trouve dans les Arrêtés de Lamoignon. On ne prétend pas cependant, que les autres règles n'aient pas fait déjà dans la jurisprudence, une apparition antérieure. Mais la solution donnée par ces arrêts, à supposer qu'il en ait existé dans ce sens, ne devait pas être unanimement acceptée. Il est a croire d'ailleurs, que dans le progrès des garanties accordées à la femme dans la matière des reprises, ce sont peut être encore les clauses des contrats de mariage qui les ont fait grandir, plutôt que les décisions de jurisprudence.

Importance du rôle joué par le développement des garanties de la femme, par les clauses du contrat de mariage.

Ces règles, à force d'être insérées habituellement dans les contrats ont été peu à peu considérés comme de droit commun. Nous sommes en effet à une époque où les stipulations de communauté conventionnelle se propagent rapidement, et où elles exercent une grande influence sur le développement de notre matière.

Nous avons déjà signalé, qu'il y avait en second lieu, un autre point sur lequel nous devons insister pour montrer le progrés des garanties accordées à la femme, c'est la théorie de l'hypothèque légale.

II- Théorie de l'hypothèque légale de la femme mariée.

Cette théorie tient aujourd'hui une place considerable dans le régime des biens entre époux, et il n'est pas douteux qu'elle vient du Droit Romain.

Rappelons qu'à Rome, la garantie accordée à la femme pour sa dot, sous la forme d'une hypothèque apparait assez tardivement. Ainsi, elle n'existe pas encore au moment des invasions germaniques. A cette époque, la législation romaine n'accorde à la femme qu'un privilège inter personales actiones et l'autorise à exercer l'action rei uxoriae à son profit par préférence aux autres créanciers chirographaires; mais elle n'a pas encore une hypothèque légale. En réalité, c'est seulement sous Justinien que cette hypothèque arrive à son épanouissement. Elle y traverse trois étapes successives, dont chacune nous est révelée par une loi différents.

Histoire de l'hypothèque de la femme mariée en Droit Romain.

Source : BIU Cujas

La première étape se place en l'année 529 (Code de Justinien, D.J.D.L.V.T.XII, de jure dotium C. 30). Dans cette loi, l'empereur reconnait à la femme une hypothèque sur ses biens dotaux, mais seulement sur ces biens. La propriété de la dot en effet appartient au mari, et l'hypothèque est un moyen pour la femme de faire revenir les biens dotaux dans son patrimoine.

La seconde étape qui date de l'année suivante de 530, est mentionnée au Code, Titre D.R.U. A. L.V T.XIII Uniq.) La femme aura non pas seulement une hypothèque sur ses biens dotaux, mais elle jouira d'une hypothèque générale sur tous les biens du mari pour toutes ses créances, même pour ses créances extra-dotales. Le même principe de l'hypothèque s'est singulièrement élargi.

Enfin, la dernière et troisième étape, la plus singulière, se place en l'année 531, et est contenue dans la célèbre Loi Adsiduis (Code, L.VIII, T.I8 C.I2). Cette dernière loi donne à l'hypothèque de la femme sur tous les biens du mari, un caractère privilégié lui permettant de se faire payer sur les biens du mari, par préférence à tous les créanciers de celui-ci, même antérieurs au mariage. Il y a donc une quasi indisponibilité des biens du mari depuis le mariage; et on a dit que c'était une indisponibilité qui frappait non seulement tous les gens mariés, mais tous les gens mariables.

Jusqu'à la renaissance du Droit Romain, il ne put être question chez nous, de ces hypothèques, puisque le Code de Justinien n'y avait pas encore été appliqué, et que le Code Théodosien et le Bréviaire d' Alaric n'en disaient rien. Puis, avec la renaissance du droit romain, la législation romaine, et avec elle l'hypothèque légale firent de très rapides progrès dans le Midi, mais elles se heurtèrent au Nord à une grande résistance, de sorte qu'on ne vit l'hypothèque apparaitre chez nous qu'au XVI° siècle. Les causes de cette résistance sont assez nombreuses: la nécéssité de l'hypothèque légale était beaucoup moins grande chez nous qu'elle ne l'était dans la législation romaine. En effet, les choses ne sont pas du tout semblables; à Rome la dot de la femme devient la propriété du mari, dès lors, il va de soi que la femme a droit qu'on lui en assure la restitution . Chez nous au contraire, la femme reste propriétaire de ses propres; si son mari veut aliéner ses propres, elle peut s'y opposer; si elle ne s'y oppose pas, on considérera parfois son consentement comme lui ayant été soustrait

La réapparition de l'H. légale lors de la renaissance du Droit Romain, résistance qu'elle rencontre au Nord.

Source : BIU Cujas

et son action, comme néanmoins possible, quand le mari sera insolvable.

Lorsque la dot est immobilière, il va donc de soi qu'en pays coutumier, la nécéssité de l'hypothèque est moins grande qu'à Rome. Si la dot est mobilière, d'ordinaire, elle est accompagnée chez nous d'un assignat, c'est à dire de l'attribution d'un immeuble, en garantie de la dot mobilière, de sorte que cet immeuble du mari donne toute sécurité à la femme, quant au remboursement de la dot en argent qu'elle a fournié. Ou bien encore, on dira dans le contrat de mariage que la somme fournie à titre de dot devra être assignée sur un immeuble que le mari aura mission d'acheter, et qui représentera dans la fortune de la femme une dot immobilière; ou encore on se servira de ce qu'on appelle l'assignat général, c'est-à-dire que la dot en argent sera considérée comme grèvant tous les immeubles du mari, comme le douaire; elle équivaudra à une sorte d'hypothèque conventionnelle générale. La nécéssité de l'hypothèque légale est donc loin d'être aussi grande que dans la législation romaine. Aussi, l'apparition de cette hypothèque légale de la femme mariée est-elle tardive. Au XIV° siècle, il n'en est pas question dans le Grand Coutumier de Charles VI, qui pourtant connait déjà l'hypothèque (L.II,Ch.X,p.202). Il n'y a rien encore dans Bouteiller, bien qu'il connaisse l'hypothèque romaine; rien non plus dans la Très Ancienne Coutume de Bretagne qui incline volontier d'ordinaire à la protection de la femme, et s'inspire sur bien des poins, du Droit Romain.

Apparition tardive de cette hypothèque en pays de coutumes.

Il n'y en a pas trace avant le XVI°siècle, parfois ,on peut saisir le moment exact où cette hypothèque apparait.Dans le Nivernais existe une coutume ancienne de I490(la plus ancienne de toutes parmi les coutumes rédigées), dûe à l'instigation de Charles de Bourgogne, comte de Nevers. Dans son art.2I,elle autorise la femme à reprendre les deniers de mariage non assignés sur l'héritage du mari,mais il n'y a pas d'hypothèque. Cette même coutume a été rédigée à nouveau en I534, alors que la domination bourguignonne était definitement écartée. L'art .I8 reproduisait l'ancien article 2I et on y ajoutait en outre ces mots": qui pour ce est hypothèqué par la femme". L'hypothèque apparait donc très nettement entre I490 et I534 (Cf. Nouvelle Revue Historique de Droit, I897,p.792.) En I534, cette hypothèque est si bien acclimatée, que le commentateur de la coutume de I534, Guy Coquille, sur l'art .I8,rapporte toute la théorie romaine relative à l'hypothèque.

Dans la région parisienne, l'avènement de

Source : BIU Cujas

Silence de la Coutume de I580 sur l'hypothèque légale. Comment elle a pu cependant s'établir,même en l'absence du contrat de mariage.

l'hypothèque légale fut probablement plus tardive encore, puisque la rédaction de la Coutume de I580 n'en contient pas mention. L'art.232 ne dit rien de l'hypothèque. Alors, se pose le problème de savoir comment, en l'absence de toute indication dans la coutume, l'hypothèque légale parvint tout de même à s'établir? On a soupçonné que l'introduction de l'hypothèque n'a été que le résultat de l'application d'une règle générale en matière d'hypothèque . (Cf. Ordonnance de Villers-Cotterets de I539, art. 92 et 93). Ces deux articles traitent de l'hypothèque et décident que celle-ci résulte à cette époque, d'actes judiciaires ou d'actes émanant de personnes publiques comme les notaires, si bien que tout acte de notaire quelqu'il soit, entraine,pour la garantie des engagements qu'il contient, une hypothèque générale qui frappe de plein droit tous les biens du débiteur. Quand on se mariait, on faisait souvent un contrat de mariage devant notaire,par cela seul qu'on avait fait un contrat de mariage, il en résultait une hypothèque légale au profit de la femme pour le paiement de toutes les créances qu'elle pourrait avoir. Il n'est donc pas étonnant que l'hypothèque légale se soit introduite par l'Ordonnance de Villers-Cotterets quand il y avait un contrat de mariage. Mais ce contrat n'avait pas toujours lieu. Au cours du XVII° siècle, on admit en général que l'hypothèque légale appartiendrait à la femme, même si elle n'avait pas de contrat de mariage. Il parut singulier d'accorder des garanties particulières à une femme qui avait eu soin de se faire un contrat de mariage et de n'en pas donner à celle qui, plus pauvre, n'avait pas pu ou pas songé à en faire. On s'avisa pour expliquer cette hypothèque, même à la femme qui n'avait pas de contrat que l'hypothèque pouvait bien résulter du mariage, puisque le mariage était,depuis l'Ordonnance de Blois, un acte public exigeant l'intervention du curé,lequel jouait le rôle d'officier public. A la faveur de ce raisonnement, à la fin du XVII° siècle, l'hypothèque fut reconnue à toutes les femmes mariées. Elle fut très vite acceptée : au XVII° siècle on ne trouve aucune discussion au sujet de son existence. Tous les auteurs la supposent admise ; il n'a de controverse que pour déterminer à quelle date cette hypothèque prendra naissance.

De la date de l'hypothèque légale.

Le président de Lamoignon, dans ses Arrêtés, admet que se sera toujours, quelle que soit la créance dont la femme s'autorise, au jour du mariage, ou bien au jour du contrat de mariage, que l'hypothèque prendra naissance, soit qu'il s'agisse des propres aliénés dont on admet la reprise du prix, soit qu'il s'agisse

Source : BIU Cujas

même d'indemnité à raison des obligations que la femme a contractées pendant le mariage, et pour lesquelles elle a parfois droit à récompense.(Cf.Lamoignon T.XXI, N° 63-64-65-66.) C'est aussi l'opinion que présente, à la fin du XVII° siècle Renusson.(Cf, son traité sur les propres,p.385- 39I - 392- 395- 4I3- et ss), et au cours du XVIII° siècle, malgré les discussions qui continuent sur la date respective de l'hypothèque attachée à chacune des créances, c'est de plus en plus la solution la plus faborable à la femme que la jurisprudence sanctionne.

Signalons notamment comme dernier auteur,Pothier (N° 6II) qui confirme que l'état de la jurisprudence est que la date est la même, celle du mariage, pour toutes les créances que peut avoir la femme; il donne pourtant,contre cette date unique des raisons assez fortes à propos de la créance de la femme en indemnité (N° 763 et ss. Cf. également Ferrière sur l'art. 232 de la Coutume de Paris).

Quand à la discussion elle même relative à cette date qui a été tranchée au XVIII° siècle au profit de la femme, on la trouve toute entière dans Lebrun (L II, Ch.II,S I. N° 52 et ss, dist,6, N° 3 et ss). Lebrun rapporte même sur cette question,un arrêt du I7 mars I608 et un autre du I6 septembre I645 qui furent assez vivement critiqués à cette époque. Enfin la discussion semble avoir pris fin en jurisprudence par un Arrêt des Grands Commissaires du I8 juillet I68I, précédé par un Arrêt du 8 juin I674. C'est donc au cours du XVII° siècle que toutes ces difficultés se sont amortiés.

Comme toutes ces hypothèques ont même date, il a fallu leur assigner entre elles un rang de préférence. Celle qui passe la première est celle de la creance en restitution des deniers dotaux, puis vient celle du douaire préfix ou conventionnel (le douaire conventionnel n'emporte qu'hypothèque et non pas droit réel); en troisième lieu, celle de la créance en remploi des propres aliénés.4°- celle attachée au preciput conventionnel et autres avantages analogues, et 5°- celle attachée à la créance en indemnité des dettes contractées par la femme durant le mariage.

Le principe de la liberté des conventions matrimoniales en Droit moderne.

Le principe de la liberté des conventions matrimoniales.

C'est un des traits de notre regime actuel auquel notre Code Civil consacre un certain nombre d'articles art. I387 et I394: " La loi ne régit l'association "conjugale quant aux biens, qu'à défaut de conventions " spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le

Source : BIU Cujas

" jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas
" contraire aux bonne moeurs, et, en outre, sous
" les modifications qui suivent." (Art.I387).

Il n'y a donc de limites à cette libérté que celles qu'assignent les bonnes moeurs; il faut y ajouter celles qui fixent la structure interne de notre institution conjugale, comme l'autorisation maritale que notre loi impose à tous les régimes conjugaux quelqu'ils soient. Nous savons même que la liberté est si bien chez nous de l'essence du régime matrimonial que la communauté légale telle que la loi nous l'a prescrit, ne repose en réalité aux yeux de la loi que sur une interprétation de la volonté des conjoints. Si ceux-ci n'ont pas fait de stipulation particulière, il y a lieu de croire qu'ils se rallient au régime pratiqué autour d'eux, c'est à dire au régime de la communauté qui n'est qu'une interprétation tacite de la volonté, et il dépend d'eux de l'écarter en établissant eux-mêmes le régime qu'ils désirent. Telle est déjà la situation dans laquelle de plaçait Pothier. Au N° IO de son Traité de la Communauté, article préliminaire, Pothier déclare en effet que la communauté légale est celle qui a lieu entre époux quand ils ne se sont pas expliqués..... "et il ajoute :" Quoique "cette communauté soit appelée légale, ce n'est pas, "néanmoins, comme l'observe Dumoulin, la loi qui en "est la cause immédiate; elle n'est pas formée dit "cet auteur, vi insius consuetudinis immediate et " in se. La cause immédiate qui produit et établit " cette communauté, est une convention, qui n'est " pas,à la vérité, expresse et formelle, mais qui " est virtuelle et implicite, par laquelle les par- " ties, en se mariant, quand elles ne se sont pas " expliquées sur leurs conventions matrimoniales, " sont censées être tacitement convenues d'une com- " munauté de biens, telle qu'elle a lieu par la Cou- " tume du lieu de leur domicile."

Son ancienneté dans notre droit bien qu' elle n'ait été formulée qu'assez tard.

Le point de vue auquel se place notre Code Civil était déjà celui auquel était arrivé notre droit à l'époque de Pothier,lequel signale un passage de Dumoulin qui semble déjà accepté cette interprétation.

Le principe de la liberté des conventions matrimoniales remonte donc assez haut chez nous. Il semble même qu'on y ait apporté aucune contradiction expresse dans les temps plus anciens,mais ce qui sépare ces temps anciens des siècles récents, c'est que la formule même du principe n'a pas été dégagée de bonne heure. Beaumanoir au XIII° siècle n'en contient aucune expression: il dit au contraire que la communauté se fait par mariage, comme si elle

Source : BIU Cujas

résultait nécessairement du mariage; il ne semble pas du tout qu'il ait jamais pensé à discuter la question de savoir si on serait libre se stipuler un autre régime que celui de la communauté légale. Cette espèce de silence relatif au principe qui gouverne notre régime de communauté a duré pendant tout le Moyen-Age. On ne rencontre de changement qu'à partir du XVI° siècle. Entendons bien que la coutume antérieurement au XVI° siècle, ne s'est pas montrée hostile au principe de la liberté des conventions matrimoniales; il y a eu des contrats de mariage avant le XVI° siècle, donc on se croyait le droit, sinon de modifier le régime ancien, tout au moins d'en règler l'application par des conventions particulières. Mais on n'en discutait pas encore. De sorte que pour déterminer le plus exactement que nous le pourrons la situation des choses, nous dirons que le principe de la liberté des conventions matrimoniales était inconsciemment pratiqué depuis fort longtemps, mais n'est apparu comme formé qu'à partir du XVI° siècle.

Comment la question de la liberté des conventions matrimoniales s'est posée et a été résolue au XVI S/

Il n'est d'ailleurs pas étonnant que ce soit au XVI° siècle que cette apparition consciente du principe nous soit signalée. Cela tient d'abord à l'accroissement des fortunes et au souci d'en déterminer le sort par le menu, surtout quand il s'agit de la richesse mobilière. Cela tient encore, et le point est important, à ce que c'est au XVI° siècle qu'on s'est aperçu, par le fait de la rédaction des coutumes, des divergences entre ces diverses coutumes. Ce n'est guère qu'au XVI° siècle qu'on a reconnu la différence entre le Nord et le Midi au point de vue des régimes matrimoniaux. Enfin, dernière raison, ce n'est que depuis le XVI° siècle qu'on s'est pris à voisiner de province à province, que des migrations régulières et continues d'un pays dans un autre se sont produites Les étrangers qui viennent dans une province, s'y fixent, parfois s'y marient. Ils ont vu pratiquer dans leur province des usages différents de ceux qui les entourent, et il leur plait de se rapprocher des usages de chez eux.

Le problème s'est si bien posé à cette époque que c'est à propos du régime des gens qui ne sont pas nés là où ils se marient, que le problème de la liberté des conventions matrimoniales a été soulevé. On s'est demandé quel était le régime qu'il fallait appliquer à ces gens, c'est à leur occasion qu'est apparue cette grande controverse relative au caractère des statuts. On s'est demandé si le régime matrimonial devait rentrer dans le statut réel, si on doit appliquer à tous les étrangers le régime de la cou-

Source : BIU Cujas

tume où ils se marient, ou s'il y a lieu de considérer le régime entre époux comme statut personnel ? C'est là une question qui a soulevé les plus grosses difficultés au XVI° siècle. C'est en son propos que Pothier pose le principe du caractère conventionnel du régime matrimonial, pour en conclure que le régime auquel les époux d'origine étrangère seront soumis sera le régime du pays où les parties auront leur domicile, la loi du domicile étant considérée comme la loi personnelle. Telles sont les principales raisons qui expliquent comment ce principe ne s'est établi qu'à partir du XVI° siècle.

Modification subie à cet égard par certaines coutumes entre la première et la seconde rédaction.

D'ailleurs, on en a la preuve très précise par les coutumes elles-mêmes. Il y a des coutumes qui acceptent le principe de la liberté des conventions matrimoniales dans leur seconde rédaction, alors qu'elles l'ont rejetté ou atténué dans leur première. (Cf. Coutume d'Orléans (Ancienne Coutume de I509) art.I88 :" Combien que par traité de mariage et par " parolles expresses les futurs espoux renoncent à " la communité de biens, néantmoins, telle renoncia- " tion ne peut nuire ne préjudicier à leurx créan- " ciers. Et ainsi doit estre entendue en la Coustume " dessus alléguée au chapitre et au rubriche. De " communité d'entre homme et femme mariez, par laquel- " le est dit qu'en contract mariage par les futurs " espoux, peuvent estre faites telles pactions que " bon leur semble." Dans ce cas, la liberté des conventions n'avait encore d'effet qu'entre les parties et non vis a vis des tiers. L'art.202 de la Nouvelle Coutume ne contient plus cette restriction: " En traicté de mariage, et avant la foy baillée, " et benediction nuptiale, homme et femme peuvent " faire et apposer telles conditions, douaire, dona- " tions, et autres conventions que bon leur semble - " ra." On a supprimé le passage de l'art.I88 de l'ancienne coutume relatif aux creanciers.

Pour se rendre compte du développement de ce caractère conventionnel du régime entre époux, il faut d'abord examiner ce qui s'est passé depuis le XIIIe siécle jusqu'au XVIe siécle. Puis nous verrons quelle est l'attitude des diverses coutumes vis à vis de ce principe ,au XVIe siécle et les limites qu'elles y apportent, et enfin, les principales clauses de communanté conventionnelle pratiquées dans les trois derniers siécles.

A- La pratique de la liberté des conventions matriniale avant le

A- Tout d'abord avant le XVI° siècle, on constate que le principe de la liberté des conventions matrimoniales était, non pas exprimé, mais en réalité accepté et pratiqué par tous. Mais la pratique ne s'applique guère qu'à assurer, par une réglementation

Source : BIU Cujas

XVI° siècle.

individuelle qu'à organiser le jeu même des principes de la communauté. Qu'on ait eu, dès cette epoque, le souci de fixer par un contrat le sort pécuniaire des deux époux n'a rien de surprenant. Le Moyen Age est par excellence la période du droit individuel; la loi n'est pas générale. Chaque individu institue son régime particulier, comme chaque corporation ou chaque grande famille a son statut. Le douaire a été conventionnel avant de devenir préfix, il n'était pas légal à l'origine; il ne l'est devenu que depuis Philippe Auguste. Jusque là, c'est par une convention matrimoniale qu'il peut être appliqué. Dès l'époque Franque, dans les formules, on voit des manières bien diverses de règler, soit les apports des époux, soit le sort qu'on leur réserve.

Le réglement conventionnel des apports des époux à l'époque franque.

Les contrats de mariage, dès le XIII° siècle dans certaines régions même dès le XII° siècle se rencontrent asses abondamment. Ce sont des conventions abondantes faites entre les diverses familles et contenant la réglementation des biens entre époux , et même autre chose: les institutions contractuelles, renonciations à successions futures, rappels à succession etc...

Cet usage du contrat de mariage ne pouvait pas aller sans qu'on apportât parfois quelques dérogations aux règles habituelles. Nous savons que dès le XIII° siècle, on usait assez fréquemment des clauses d'emploi des deniers donnés en dot. D'après le régime de communauté, ces deniers auraient dûs tomber dans la communauté, et par conséquent être partagés à l'issue de cette communauté entre les époux. Or, il y avait des gens qui n'acceptaient pas cette solution; bien que n'ayant pas d'immeubles, ils voulaient que la dot fournie à leur fille lui revint entièrement et fut, durant le mariage, aussi sûrement sauvegardée qu'un immeuble. Ainsi, on rencontre à cette époque des dots en deniers qui, d'après le contrat de mariage doivent être déposées au " Temple ", c'est à dire, remises entre les mains de la plus grande banque de l'époque. La Banque les conservera jusqu'à l'emploi, ou jusqu'à la dissolution du mariage, époque où ils seront restitués à la femme. (Cf. Mémoire de Léopold Delisle sur les opérations financières des templiers, Mémoires de l'Académie d'Inscriptions et Belles Lettres I889; Tome XXXIII- Ibid App.XII. De même Charte de St Louis au mariage de sa nièce Blanche d' Artois en I269. Il lui constitue une dot de 20.000 livres déposées entre les mains des Templiers- Cf. également le contrat de mariage de la fille du Duc de Bourgnogne) La clause est donc fréquente dans les contrats de mariage. C'est ainsi que plus tard, aux XV ° et XVI° siècles on discutera sur le droit de reprise des deniers à défaut d'emploi. On avait stipulé

L'usage des clauses d'emploi et des reprises des deniers dans les contrats de mariage dès le XII° S.

Source : BIU Cujas

que les deniers seraient employés;l'emploi n'ayant pas été possible,les deniers vont-ils tomber en communauté, ou faut-il accorder à la femme un droit de reprise? Nous touchons là à la question des reprises de l'époux. Jean Le Coq,(arrêtiste du XV° siècle dont Dumoulin a publié les questions en nous en donnant un commentaire) partie V.Q.83 contient une discussion de ce genre (Voit thèse Jamont - Paris I90I, Droit des gens mariès en Bretagne p. 252,p.267 etc).

La clause d'assignat général ou spécial.

A côté de ces clauses d'emploi des deniers confiés au Temple ou des clauses de reprise des deniers non employés,nous trouvons d'autres clauses auxquelles nous avons déjà fait allusion et notamment celle qu'on appelle l'assignat.

Il s'agit ici d'une dot en argent, mais on a décidé que cette dot serait assignée sur un bien déterminé, c'est à dire qu'à défaut de deniers , la femme reprendrait le bien sur lequel l'assignat avait été établi. Celà équivalait,au fond, a une sorte d'hypothèque. Dans les textes, les assignats sont souvent faits sur les biens du mari, et par leur moyen, il se trouve que les immeubles propres du mâri, tout entiers vont être asservis à la femme: la I/2 soutient le douaire coutumier qui appartient à celle-ci, l'autre I/2 sert d'assignat à sa dot, c'est l'assignat général.

D'autres fois, au lieu d'assigner les biens du mari tout entiers, on faisait un assignat particulier. On trouve un assignat sur un immeuble dès le XIII° siècle (Olim. Ed. Beugnot;T.II,p. 96, N° 3I). L'acte est de I277. Il s'agit d'un assignat fait au profit de la femme sur la I/2 des biens restés au mari, le douaire de la femme une fois retenu.

Les modifications à la composition des patrimoines dans le contrat de mariage, de la région parisienne aux XIII° et XIV° siècles.

Pour la région parisienne, à partir des XIII° et XIV° siècles, nous devons à M.O. Martin, un certain nombre de textes qui montrent très fréquente la pratique du contrat de mariage(Sentences du Chatelet de Paris, N° I26- I27- I28; Glanes du Droit Parisien N° I4). Toutefois, on peut constater par les exemples donnés que ces contrats anciens ne font guère qu'appliquer à l'espèce dont il s'agit,les principes généraux de la communauté; ils n'en modifientpas le fonctionnement. Ils modifient la composition des différents patrimoines en opérant seulement des réalisations, c'est à dire en donnant une sorte de caractère immobilier à une dot par nature mobilière. Il semble que la liberté n'a pas beau-

Source : BIU Cujas

coup dépassé cette limite aux XIII° et XIV° siècles. Ainsi, nous croyons volontier qu'à cette époque ancienne, on acceptait difficilement ce qu'on appelait le forfait de communauté, c'est à dire la fixation à forfait d'une indemnité que la femme devrait retirer à la dissolution,pour la remplir de sa part dans la communauté sans qu' elle fut exposée aux risques de la gestion du mari et du partage: on disait à la femme qu'elle retirerait de la communauté une somme déterminée quelque fut l'avoir exact de cette communauté. Les Olim, second volume,p.75 N° X, contiennent un acte de I276 assez peu clair, qui semble hésiter sur la validation de ce forfait de communauté Il s'agissait d'un cas dans lequel on avait assigné à la femme 300 livres. L'arrêt, au lieu de délivrer les 300 livres, les met aux mains du roi jusqu'à ce que le procès soit terminé; en I3I3 (Ol.III,p.862), on parait bien refuser effet à cette clause de forfait. Toutes les indications que nous avons,permettent donc de conclure que pendant cette période on n'a guère appliqué le principe de la liberté du contrat de mariage que pour une espèce déterminée de clause ou pour en infléchir l'application, non pour en modifier les règles essentielles.

B- Importance du contrat de mariage au XVI° siècle.

B)-A partir du XVI° siècle, les contrats de mariage se répandent bien davantage; on se met à écrire beaucoup plus, l'instruction est plus répandue; la fortune mobilière s'est développée, et le régime de communauté légale fait pour une population dont la fortune mobilière était fort peu de chose, parait ne plus être adapté aux circonstances nouvelles. Le développement des relations d'une coutume à l'autre amène des conflits qu'on ne connaissait pas encore, et pousse à introduire dans les contrats des clauses empruntées parfois aux coutumes voisines.

Diversité des coutumes quand au principe de la liberté de conventions matrimoniales.

Que se passe-t-il alors relativement au principe de la liberté des conventions ?Si on parcourt les coutumes, on constate qu'elles ont une attitude assez variée relativement à ce principe. On peut les classer en trois catégories:

I°- Coutumes admettant formellement ce principe.

I°- La première catégorie exprime formellement le droit pour les parties de choisir à leur gré, leurs conventions matrimoniales. Dans cette première catégorie, nous rangerons la seconde coutume d' Orléans de I583, art.202. Rappelons que la liberté est beaucoup moins grande dans la coutume antérieure de I509. On place encore dans la même classe, la Coutume de Berry

Source : BIU Cujas

Titre VIII, art.8, rédigée en I539 :" toutesfois " audit contract de mariage pourront lesdits con" joints par convention expresse, nonobstant la " coutume, convenir et accorder qu'il n'y ait " communauté...." La liberté va donc jusqu'à permettre d'exclure le régime de communauté :"et " sera ladite convention bonne et valable,non " seulement pour le regard des conjoints,mais aus. " si pour le regard des créanciers." La Coutume de Berry est donc soucieuse d'écarter la réglementation de la Coutume Voisine d' Orléans dans sa remière rédaction qui ne voulait pas que la modification apportée au contrat de mariage, fut opposable aux tiers. La coutume de Berry déclare le contraire. Cette coutume est une de celles qui inclinent déjà vers le droit écrit; elle est plus méridionale que celle d' Orléans, et elle a tenté d'incorporer à la Coutume un peu plus de droit romain que les autres. Boerius, dans son Commentaire de la Coutume de Berry(T.VIII. art 2.) admettait déjà la liberté en s'appuyant sur le Droit Romain.

En troisième lieu, rentre dans la même catégorie la Coutume de Nivernais qui a eu, elle aussi une seconde rédaction en I534 (Ch. XXXIV, art I9). Cette coutume autorise les époux à n' être pas communs en biens , à exclure la communauté, en ne leur imposant comme condition que l'inventaire. Ici encore si on se reporte à la Coutume précédente de I490, on constate que cette liberté n'existe pas encore; elle s'est introduite seulement entre les deux rédactions.

Notons encore la Coutume de Troyes de I509, art.83: " Le mary et la femme sont communs en tous " biens meubles, debts et conquests immeubles, en " telle manière qu'après le trespas de l'un ou de " l'autre,les dits biens meubles, debts et con- " quests immeubles, se partagent par moitié entre " le survivant et les heritiers du premier tré- " passé, et doivent payer les debts passives par " moitié, s'il n'y a privilège de noblesse du " costé du mary, tel que cy-devant a esté articulé "ou qu'il y ait traisté de mariage dérogeant à ce"

Le principe y était déjà ancien puisque nous possédons un procès-verbal de I496, qui statue dans le même sens. Cf Enfin, Coutume de Chaumont en Bassigny de I509; procès verbal,la Coutume de Meaux, I509, art 56; Coutume du Bourbonnais de I52I, art 2I9, et 223; Coutume de Touraine, art 230.

Voilà la première catégorie de Coutume qui

Source : BIU Cujas

franchement acceptent et énnoncent le principe de la liberté.

2°- Coutumes muettes favorables à la liberté.

2°- La deuxième catégorie comprend les coutumes qui n'ont rien dit, les Coutumes muettes, mais qui cependant, par suite de leur attitude antérieure, ne répugnent pas à accepter la liberté, par exemple, la Coutume de Bourgogne de I459 (Ch.IV, art I7). Elle prévoit la constitution d'une dot en deniers avec assignat. Elle règle la remise des deniers aux mains d'un tiers, jusqu'à ce que l'assignat ait été réalisé. Elle prévoit de même les conventions qui peuvent avantager un époux au détriment de l'autre.

Dans la même catégorie, il faut placer la Coutume de Paris qui, on l'a vu, est généralement très prudente dans ses innovations; c'est la Coutume de I580 qui mentionne dans son art.222 la clause de séparation de dettes qu'elle admet pourvu qu'on ait fait inventaire: " Combien qu'il " soit convenu entre les deux conjoints qu'ils " payeront séparément leurs debtes faites auparavant leur mariage; ce néantmoins ils en sont " tenus, s'il n'y a inventaire préalablement fait. " Auquel cas, ils demeurent quittes, représentans " l'inventaire, ou l'estimation d'iceluy."

Les parties peuvent convenir qu'elles paieront séparément chacune leurs dettes, mais si elles se sont bornées à cette convention, celle-ci ne sera pas valable, et la communauté restera tenue de toutes leurs dettes, au moins vis à vis des créanciers, à moins qu'elles n'aient fait préalablement un inventaire qui validera pleinement la clause de séparation de dettes.

3°- Coutumes ne supposant même pas la liberté des conventions matrimoniales.

3°- Enfin, en dehors de ces coutumes muettes, mais qui ne répugnent pas au principe de la liberté des conventions matrimoniales, la 3° catégorie, qui est la plus nombreuse des trois, non seulement ne contient aucune formule relative à la liberté, mais n'en suppose même pas le principe: ainsi, l'Ancienne Coutume de Paris de I5I0 qui ne contient pas l'art. 222, et un grand nombre de coutumes de la région parisienne: Sens, Melun, Auxerre, Chartres, Dreux, Amiens, Coutume du Maine et d' Anjou,

Reconnaissance générale du principe au XVIII° siècle sous certaines restrictions.

Malgré celà, au XVIII° siècle, il n'y a guère de doute que le principe de la liberté ne s'applique à toutes les coutumes. C'est un principe du droit commun coutumier. Voilà pour la géographie de ce principe. Ajoutons que même dans les cas où on a donné à ce principe la plus grande extension, on aurait tort de croire qu'on n'y ait pas apporté

Source : BIU Cujas

quelques restrictions. Il y a dans le régime matrimonial, comme dans le mariage, un certain nombre de règles qui apparaissent aux yeux de la loi ou de la Coutume comme d'ordre public. Tout en acceptant le principe de la liberté, on ne va pas jusqu'à permettre aux parties de porter atteinte à certaines règles essentielles du régime matrimonial.

I°- Tout d'abord , aux règles qui rendent le mari maitre de la communauté,

2°- En second lieu, aux règles qui soumettent la femme à la puissance du mari, car la puissance maritale déborde en dehors du régime matrimonial et est plutôt une institution inhérente au mariage.

3°- Enfin, en troisième lieu, aux règles qui accordent à la femme certains privilèges. On n'a pas voulu lui permettre d'abandonner les garanties que le loi a estimé nécéssaire de lui accorder.

I°- Interdiction de porter atteinte aux pouvoirs du mari sur la communauté.

I°-Règles relatives au mari, maitre de la communauté.

Sur ce point, les autres auteurs sont assez peu explicites, cependant, Pothier (Traité sur la Communauté, préface N° 4), s'exprime ainsi :

" Le principe que les contrats de mariage sont
" susceptibles de toutes sortes de conventions,
" a ses exceptions. Celles qui blesseraient la
" bienséance publique, quoisque faites par contrat
" de mariage, ne seraient pas valables. Par exemple
" il n'est pas douteux que s'il était dit, par un
" contrat de mariage, que la femme serait le chef
" de la communauté, de biens qui aurait lieu en-
" tre les conjoints, une telle convention ne se-
" rait pas valable, étant contre la bienséance pu-
" blique, que l'homme, que Dieu a fait pour être
" le chef de la femme, Vir est caput mulieris, ne
" soit pas le chef de leur communauté de biens,
" et qu'au contraire cette communauté ait la femme
" pour chef.

On rapporte souvent un arrêt de I786 qui annula la clause d'un contrat de mariage par lequel le mari déclarait par avance, ne pouvoir faire aucun acte relatif à la communauté sans la présence et le consentement de sa femme. Lebrun est aussi formel que Pothier (L. I- T.III. N° 4- Denizart V° contrat de mariage, N° I8).

2°- Soumission de la femme à la puissance du mari.

2°- Quant à la soumission de la femme à la puissance du mari. On en a discuté surtout à la suite de la clause de la séparation de biens. En effet, le régime de séparation de biens, originai-

Source : BIU Cujas

Discussion sur la validité de la clause d'autorisation générale dans le contrat de mariage.

rement judiciaire, quand il se transforma en régime conventionnel, soulevait la question du pouvoir du mari. Lorsqu'on eut admis la clause de séparation de biens conventionnelle, on tenta de donner à cette clause, si les termes employés le permettaient, une portée et un pouvoir pour la femme bien plus étendu que celui que la séparation judiciaire accordait. Pothier donne dans son Traité sur la puissance du mari, des explications sur ce cas (Cf,N° 67) Cf, aussi, Traité de la Communauté, préface N° 5, où la même question est traitée un peu plus brièvement : "Les conventions " qui paraissent tendre à soustraire la femme à " la puissance que notre droit municipal à accordé au mari sur elle, sont aussi regardées comme " étant, dans nos meeurs, contraires à la bienséance publique, et en conséquences nulles. " " C'est cette raison, ajoute-t-il, que la jurisprudence a déclaré ,nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage, c'est à dire les clauses par lesquelles il était porté " que " le mari,par le contrat de mariage, autorisait " sa femme, non seulement pour administrer, mais, " même pour aliener à son gré ses héritages, à " quelque titre que ce soit, sans qu'elle eut besoin d'avoir recours pour cela à une autorisation particulière " ... et il renvoie au passage détaillé de son Traité de la puissance maritale qui relève trois actes de notoriété du Chatelet de Paris du 22 février I695- du I2 novembre I699 et du 23 février I708. Tous les trois rejettent comme nulle la clause du contrat de mariage accordant à la femme autorisation générale d'aliéner ses propres sans le consentement de son mari, et exigent, pour chaque aliénation, une autorisation spéciale et expresse.

Cependant, malgré tout, il y a encore dans notre droit quelques coutumes qui ne vont pas aussi loin, et qui valident l'autorisation générale du mari donnée à la femme de s'obliger ou même d'aliéner.(Cf. Coutume de Berry T.I. art 2. La Rochelle, T.III, art 4.) Certains coutumiers acceptent même expressément la faculté pour le mari de cette mention d'autorisation générale dans le contrat de mariage: Dunod (Droit des gens mariés Ch.I N° 5; Duplessis -Traité de la Communauté, L. I, Ch. IV; Bourjon T.I;p. 558; Aegou, II.P;23 Renusson, p.I. Ch.I N° 40), soutiennent tous cette opinion intermédiaire de la validité de la clause d'autorisation générale dans le contrat de mariage. Seuls, Lebrun et Pothier s'y refusent, de sorte

Source : BIU Cujas

que cette seconde restriction est moins complètement acceptée que la première.

3°-Interdiction pour la femme de renoncer par contrat de mariage aux garanties qui lui sont accordées- (bénéfice d'émolument - renonciation)

3°- Restent enfin, les dispositions prohibitives qui nous mettent en presence d'une tradition romaine très ancienne qui interdit à la femme de faire abandon des garanties qui lui sont accordées. Notamment, l'art.228 de la Coutume de Paris a trait à un bénefice d'émolument qui fait que, même quand la femme a accepté la communauté, d'après la jurisprudence du XVII° et du XVIII° siècles, elle ne peut être poursuivie au délà de sa part dans la communauté. L'article 228 est ainsi conçu : " Le mary ne " peut par contract et obligation faite devant " ou durant le mariage, obliger sa femme sans " son consentement, et plus avant que jusques à " la concurrence de ce qu'elle ou ses héritiers " amendent de la communauté: pourveu toutesfois " qu'après le décès de l'un des conjoints, soit " fait loyal inventaire, et qu'il n'y ait faute " ou fraude de la part de la femme ou de ses hé- " ritiers. "

On interdit au mari, de par un acte fait " devant ou durant le mariage ", d'obliger sa femme pour au delà de sa part dans la communauté. On s'est appuyé sur cet article pour annuler la clause du contrat de mariage qui priverait la femme de son bénéfice d'émolument.

Il en est d'ailleurs de même, du droit plus étendu pour la femme de renoncer à la communauté, qui est aussi mentionné dans la préface du Traité de la Communauté de Pothier, au N° 9 : " "Le principe, que les conventions, qui tendent à " éluder une loi prohibitive, sont nulles, même " dans les contrats de mariage, y a fait rejeter " la convention que la femme ne pourrait renoncer " à la communauté, et celle par laquelle elle " renoncerait au privilège, qu'elle à, de n'être " tenue des dettes de la communauté que jusqu'à c " concurrence de ce qu'elle en a amendé. Ces con- " ventions vont à éluder la loi qui défend au " mari d'engager les propres de sa femme, malgré " elle."

Ici encore, malgré l'argument tiré de la Coutume de Paris, et la solution si formelle de Pothier, il y a pourtant des coutumes qui acceptent que la femme puisse abandonner par contrat, son droit de renoncer.

Cf. Coutume d' Orléans, art 204: " Il est loisible " à la femme noble ou non noble, après le décès de " son mari, où à ses héritiers si elle prédécède

Source : BIU Cujas

" renoncer, si bon leur semble, à la communauté d
" de biens d'elle et dudit mary, la chose étant
" entière. Et en ce faisant demeurent quittes des
" debtes mibiliaires deues par ledit mary au jour
" de son trespas; en faisant faire bon et loyal
" inventaire, sinon qu'il eust convention au
" contraire. "

Le texte de l'art. 204 reste un peu ambigu: cette formule" sinon qu'il eust convention au " contraire " valide t-elle l'abandon pur et simple par la femme de son droit de renoncer, ou se borne-t-elle à valider la renonciation à la nécessité de l'inventaire ? Quoiqu'il en soit, la portée du texte montre que dans certaines coutumes on tend à échapper à la règle générale.

Telles sont les diverses limitations, peu à peu apportées à la liberté des conventions matrimoniales.

Reste à étudier assez brièvement quelles sont les principales clauses de communauté conventionnelle en usage dans notre Ancien Droit, en fixant autant que possible la date même de leur apparition.

Clauses de communauté conventionnelle.

Quand on examine les clauses, on constate qu'elles peuvent se diviser en trois catégories:

Les 3 catégories de clauses de communauté conventionnelle.

I°- les clauses qui modifient la composition de la communauté, actif ou passif;
2°- celles qui modifient la liquidation de la communauté;
3°- Celles qui excluent la communauté.

I°- Clauses modifiant la composition de la communauté.

Nous savons déjà que ce sont en réalité les plus anciennes. Elles ont été pratiquées longtemps avant le XVI° siècle. Les plus anciennes parmi ces clauses sont celles qui ont altéré l'actif de la communauté. Trois surtout doivent attirer notre attention.

Clauses de réalisation transformant en propre un apport mobilier.

A)- La I ère c'est la clause de réalisation qui consiste en ce que les apports mobiliers de l'un et l'autre époux, ou seulement certains de ses apports qui devraient tomber dans la communauté sont réservés à l'époux qui les a apportés; ils sont traités comme des immeubles et deviennent propres. De ces clauses, nous avons rencontré l'application dès le XIII° siècle dans les dots constituées en argent, dont les deniers, en attendant leur emploi, étaient confiés aux Templiers qui devaient les garder jusqu'à l'emploi, et si cet emploi n'était pas effectué

Source : BIU Cujas

Clause d'emploi au clause d'assignat.

les restituer en nature à la dissolution du mariage à l'époux qui les avait apportés.

Cette clause de réalisation s'accompagne souvent de clause d'emploi . L'emploi a pour but de substituer durant le mariage, à la somme remise en dot l'immeuble acheté avec les deniers dotaux. Ou bien encore, cette réalisation s'accompagne d'une clause d'assignat particulier ou général. Enfin, on trouve encore adjointe à cette

Clause d'apport.

réalisation, la clause d'apport. Les deniers dotaux, au moment du mariage ne sont pas payés, ils sont simplement promis, et il est entendu qu'on libérera la dette successivement, par paiements partiels, en apportant en paiement des meubles qui conserveront leur identité et seront réalisés. On livrera ces meubles au ménage au fur et à mesure qu'on pourra, et ils seront imputés pour leur valeur sur la dot d'argent qui avait été promise (Cf. Traité de la Communauté de Pothier, N° 287- Sentences civiles du Chatelet de Paris, publiées par M.O. Martin, N° I26, Contrat de Mariage du I4 août I402). Lamoignon, dans ses arrêtés au titre de la communauté, art. 9, parle de cette clause, et exige pour sa validité, un inventaire antérieur au mariage, ou tout au moins que l'époux qui veut reprendre le bien ainsi apporté, présente une preuve écrite de l'existence de ce meuble. Pothier traite longuement de cette clause, dans son Traité de la Communauté, à l'art. 4, p.375 et ss.

Etendue variable de la clause de réalisation.

La clause de réalisation est d'ailleurs elle-même assez variée dans son étendue. Elle peut comprendre, non seulement la réalisation des meubles au jour du mariage, mais encore s'appliquer à tous les meubles à venir qui peuvent s'imputer à leur tour sur la clause d'apport. La réalisation qui résulte de la prestation des meubles peut faire des propres non seulement au profit des deux époux et de leurs héritiers, mais encore au profit des créanciers lorsqu'on aura inséré une clause le promettant. Cette clause est de droit étroit puisqu'elle modifie le principe de la composition de la communauté. Elle a,dans notre ancien droitdonné lieu a une abondante jurisprudence (Cf. Coutume de Paris, art. 93).

Voilà un premier ensemble de clauses rentrant sous le nom générique de clauses de réalisation.

A l'inverse, il peut arriver qu'on veui

Source : BIU Cujas

traiter un immeuble comme un meuble, c'est la clause d'ameublissement, général ou particulier; portant sur tous les immeubles ou sur certains immeubles déterminés, ou sur certains immeubles jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

La clause d'ameublissement, son ancienneté moins grande que la précédente. son origine.

Cette clause d'ameublissement est moins ancienne dans son histoire que la clause de réalisation; c'est que la clause d'ameublissement suppose une certaine importance, un certain intérêt attaché à la richesse mobilière, alors qu'à l'époque ancienne l'immeuble est la seule richesse dont on désire s'assurer la possession. Elle est donc peu usitée avant les XVI ° et XVII° siècles. A l'époque plus ancienne, on a trop le respect de l'immeuble pour le dénaturer, et trop le souci de la richesse familiale pour substituer à la pérennité de l'immeuble la durée éphémère du meuble. Elle s'est répandue par suite du développement des villes; la richesse mobilière est devenue prépondérante parce qu'elle est facilement échangeable, circule vite et se prête aux spéculations de tout ordre: par suite des mariages entre bourgeois et filles de la noblesse rurale, lesquelles n'ont pas hésité, pour égaliser leur apport à celui de leur mari et leur fournit un capital qu'ils puissent faire fructifier dans leur commerce, à transformer leurs immeubles en une valeur mobilière Ricard, (Traité des Donat. I ère partie, Ch.IV, Section III. Glose I,N° II30) nous rapporte en effet, que cette clause a été inventée pour permettre de faire contre-partie à l'apport industriel du fiancé, lequel apport tombe,par l'effet de sa nature, en communauté, le fiancé demande à ce que cette communauté soit enrichie, à égalité, du chef de sa fiancée; " Il se pratique que les filles ameublissent par leur " contrat de mariage,le tiers de leurs propres." l'effet de cette clause d'ameublissement est surtout de permettre au mari de les aliéner aussi librement qu'il pourrait le faire pour les meubles. En attendant qu'il les aliène, la clause d'ameublissement met ces immeubles dans la même condition que les meubles ordinaires, et les place aux risques de la communauté. S'ils n'ont pas été aliénés, ils se partagent à la dissolution de la communauté comme biens communs. Ici encore une doctrine abondante a été édifiée par l'interprétation des contrats de mariage. (Cf. Pothier, Traité de la Communauté art. 3,p 355 à 374) . Toutes ces clauses dont nous venons de parler modifient la composition active de la communauté.

B)- Il en est d'autres qui modifient la composition passive de cette même communauté. La plus célèbre d'entre elles est la clause de séparation de dettes.

Source : BIU Cujas

La clause de séparations de dettes. Son apparition peu avant le XVI° siècle.

par cette clause chacun des deux époux déclare qu'il conserve pour lui, et qu'il paiera tout seul ses dettes antérieures au mariage, au lieu que dans le droit commun, ces dettes auraient dû tomber dans la communauté . Cette clause de séparation de dettes, ne dut pas non plus apparaitre bien longtemps avant le XVI° siècle, car, si elle a été organisée par la Coutume de Paris dans son article 222, elle ne l'est que dans la seconde Coutume de I580. Il n'en est pas question dans la Coutume de I5I0. La coutume de I580 statue ainsi :" Combien qu'il soit convenu " entre deux conjoints qu'ils payeront séparément " leurs debtes faites auparavant leur mariage: Ce " néanmoins ils en sont tenus, s'il n'y a inventaire " préalablement fait. Auquel cas, ils demeurent " quittes, représentans l'inventaire, ou l'estima- " tion d'iceluy. "

Cette clause devait cependant être usitée avant I580 puisqu'elle est prévue par Guy Coquille, Institution au Droit Français qui remonte à dix années avant cette date. Il exige lui aussi l'inventaire, comme l'article 222 le prévoit. Il dut donc y avoir au cours du XVI° siècle, toute une pratique déjà établie et constituée.

Cette clause de séparation de dettes correspond au désir de l'époux de ne pas exposer l'apport qu'il fait à la communauté aux risques de dettes inconnues provenant de l'autre époux, qu'il aurait peut être même dissimulées, et même au désir de sauvegarder ses propres, ce qui, pour la femme n'aurait pas grand intérêt, puisqu'elle a droit de renoncer à la communauté, mais ce qui peut en offrir beaucoup pour le mari dont tous les biens pourraient se trouver absorbés par les dettes de la femme. Dans l'espèce,la femme veut seulement sauvegarder son apport dans la communauté. La clause de séparation de dettes est devenue si fréquente qu'au XVII° siècle, elle est a peu près la règle dans presque tous les contrats. Elle est insérée dans le Formulaire du Parfait Notaire. Elle est indiquée et commentée par Lamoignon, au N° I7 du chapitre de la Communauté, qui rappelle la nécéssité de l'inventaire des meubles comme dans l'art.222. Toutefois, au sujet de cette nécéssité de l'inventaire, il faut signaler que de très bonne heure, l'inventaire est considéré comme n'étant obligatoire que pour l'opposition de la clause aux créanciers, que quand on veut résister à la demande des créanciers des époux qui prétendent poursuivre la communauté, l'inventaire doit être exigé pour séparer et mettre à l'abri de la saisie par les créanciers de l'époux qui a promis séparation

Nécéssité d'un inventaire.

Source : BIU Cujas

de dettes,les meubles qui sont venus à la communauté du chef de l'autre époux, et parmi les meubles acquis pendant le mariage, la part qui reviendra à l'époux à qui on a promis la séparation de dettes ce n'est que sur le reste, qui constitue la part de l'époux débiteur que les creanciers pourront se payer, c'est d'ailleurs seulement à l'encontre des créanciers que l'inventaire est nécessaire. Quand il n'y en a pas lieu, la convention entre les parties devra s'appliquer, indépendemment des créanciers. Si par exemple, à défaut d'inventaire, le créancier d'un époux venait à saisir les meubles de l'autre époux, celui-ci aurait le droit, après cette saisie, de se retourner, à la liquidation de la communauté, contre l'époux débiteur, pour lui demander de lui en faire raison et de lui en tenir compte.

Effet de la clause entre les époux et par rapport aux créanciers.

En résumé,quand on se place vis a vis des créanciers pour lesquels la clause n'a son effet que s'il y a eu inventaire, l'effet de cette clause consiste en ce que, I°-les créanciers de la femme qui poursuivront le mari durant la communauté ne pourront exiger de lui que les effets compris dans l'inventaire des biens de la femme, c'est ce que signifie l'art.222 .C. P. quand il dit :" il demeure " quitte représentant l'inventaire ou l'estimation " d'iceluy, si cele ne suffit pas à les désintéres- " ser, ils peuvent aussi demander les meubles échûs " à la femme depuis la co munauté ". En dehors de là, ils pourront poursuivre la femme sur tous ses biens après la dissolution du mariage.
2°- les créanciers du mari pourront puursuivre utilement, durant la communauté,les biens propres du mari et les meubles que l'inventaire ne mentionne pas, comme provenant de la femme. Quant aux autres meubles, notamment à ceux qui seraient échus à la femme durant le mariage, ou qui auraient été acquis par la communauté, si les créanciers du mari voulaient les saisir, la femme pourrait s'y opposer en faisant une demande en séparation de biens, car la même la femme pourrait prétendre que sa dot est en péril puisqu'elle est obligée de la soustraire à la poursuite des créanciers dont la clause de séparation de dettes l'éxonère.

Cette clause a été,elle aussi, étudiée abondamment quant à ses conditions et à ses effets, par toute la doctrine postérieure (Traité de la Communauté de Renusson I ère partie,Ch.XI,p.I97, et ss; Pothier, art.5 § I,N° 35I et ss)

La clause de franc et quitte

La pratique avait même imaginé une autre clause d'un effet moins absolu que la clause de séparation de dettes, et qui ne se trouve usitée

Source : BIU Cujas

qu'au profit de la femme, et non du mari, c'est la clause de franc et quitte, qu'ile ne faut pas confondre avec la clause d'apport franc et quitte que nous rencontrerons un peu plus loin.

La clause de franc et quitte consiste en ce que les parents de l'époux, du mari en général, se portent forts vis à vis de l'autre époux, que leur enfant n'a pas de dettes personnelles et s'engagent, au cas où le mari aurait des dettes personnelles, à indemniser la femme du préjudice qui lui serait causé par ces dettes.

Il s'est élevé quelques controverses sur le point de savoir jusqu'à quelle etendue va l'engagement des parents d'indemniser ainsi la femme. Devront-ils l'indemniser seulement de ses apports dans la communauté qui pourront être perdus, si l'on est obligé de payer les dettes du mari, ou ne devront-ils pas l'indemniser même du profit qu'elle aurait pu tirer de la communauté au-delà de son apport, et qui se trouve absorbé par les dettes du mari qui avaient été dissimulées ? Il y a sur ce point des difficultés abondantes(Pothier art.5-§ 2, p.453) .On voit le lien entre cette clause de franc et quitte et celle de séparation de dettes; dans les deux cas, il s'agit épargner à la femme le paiement des dettes de son mari sur sa part de communauté.

Combinaison de la clause de séparation de dettes, et de la clause de réalisation. origine de la communauté d'acquêts.

Il est arrivé que dans notre ancien droit on a pris l'habitude de joindre l'une à l'autre deux clauses: l'une relative à l'actif; l'autre relative au passif, notamment d'ajouter la clause de réalisation à la clause de séparation de dettes; la clause de réalisation réservant à chacun des époux la propriété de tous leurs meubles, en même temps que de leurs immobiliers, et la clause de séparation de dettes mettant à la charge de chacun des époux, les dettes qui lui reviennent. En joignant ainsi ces deux clauses, on a constitué un régime correspondant à notre régime de communauté réduite aux acquêts. Mais ce régime n'a pas acquis dans notre ancien droit, une véritable autonomie. Il n'est apparu dans le contrat de mariage que par la juxtaposition de ces deux clauses/ C'est seulement dans le Code Civil que ce régime de communauté réduite aux acquêts apparait comme une entité distincte de la jonction des deux clauses. Les usages de notre ancien droit ont du reste subsisté dans beaucoup de provinces: de nos jours encore, quand on demande à un notaire de rédiger un contrat de mariage stipulant la communauté réduite aux acquêts il emploie une formule contenant séparément les

Source : BIU Cujas

deux clauses: la clause de séparation de dettes , et la clause de réalisation, dont la combinaison équivaut à la communauté réduite aux acquêts. C'est là un exemple de la survivance d'anciens formulaires antérieurs à la Révolution

II. Clauses modifiant la liquidation de la communauté.

Ce sont celles qui modifient la répartition de l'actif, ou celle du passif de la communauté au moment de sa dissolution. La plus ancienne de ces clauses est ce qu'on appelle le forfait de communauté qui consiste en ce que la communauté, au lieu de se partager à la dissolution du mariage, reste toute entière aux mains du mari, et la femme, au lieu de recevoir, comme dans le droit commun, sa moitié dans l'actif et dans le passif de cette communauté, reçpit une somme fixée à forfait, qui lui sera payé par le mari, quelle que soit la valeur de la communauté, même si celle-ci est en déficit. C'est un moyen de mettre la femme à l'abri des péripéties de l'actif et du passif de la communauté. Cette clause a été inventée très anciennement, mais il n'est pas sûr qu'elle ait été validée tout de suite. On en trouve trace dans les Olim (T.III,p.862,N° 39, Brugnot D.I.H.Fr) où apparait un procès relatif à une convention de ce genre en I3I3. La Cour refuse de tenir compte du forfait. Nous ne savons pas pourquoi,mais peut- être considère-t-elle ce forfait comme contraire à la nature de la communauté. Un peu plus tard, en I389, on trouve encore un contrat de mariage entre le Duc de Berry et Jacqueline de Bourgogne (Société de l'Histoire de France, notices et documents, I884,p.208) qui reproduit aussi une convention analogue. La jurisprudence finit tout de même par accepter la validité de la convention dès avant le XVI è siècle. Boerius qui appartient à la fin du XV° et au commencement du XVI° siècle, et qui a écrit sur le Coutume de Berry, nous déclare que la clause est fréquente dans son pays dans le cas de prédècès de la femme sans enfant (sur art 2, rubrique 4). La clause progresse au XVI° siècle puisque d' Argentré, sur l'art.22, glose 4 de la Coutume de Bretagne, la valide aussi. Au XVII° siècle, elle grandit, et Ricard (Donations I652,I° partie, Ch IV,S III- gloseI, N° II36,p.269, Ed. in f°) déclare que la clause est assez fréquente dans nos contrats de mariage. Pothier ,un peu plus tard (Traité de la Communauté, au N° 450) indique, pour la région de Paris un certain nombre d'arrêts qui la légitiment: un du I5 avril I608, et un autre du I9 février I646.

Le forfait de communauté Hésitation à à en admettre la validité.

Le forfait s'applique quelquefois au prédécédé et à ses héritiers, le survivant devant en principe garder toute la communauté. Si la femme survit, c'est

Source : BIU Cujas

une faculté pour elle de payer le forfait sans qu'elle puisse y être contrainte. Elle peut préférer rester soumise au droit commun, malgré la clause de forfait offerte au survivant. On considère qu'en étant obligée d'accepter le forfait, quand elle survit et de garder pour elle toute la communauté, la femme se priverait du droit de renoncer à la communauté. On ne considère pas comme légitime de l'y autoriser (Cf.Pothier, N° 460, et ss).

Tel est le forfait de communauté dont l'introduction a été plus pénible que celle des autres clauses.

La clause de préciput.

Signalons en second lieu, dans le même ordre, la clause de préciput, qui attribue avant le partage, au survivant une somme déterminée ou tout autre avantage.

Les préciputs ont été répandus de bonne heure chez nous. Ainsi la Coutume de Paris attribuait au survivant noble, sans enfant, un préciput consistant dans le droit de prendre tout l'actif de la communauté en étant tenu de toutes les dettes (Cf.Coutume de Paris de I580, art 238). Ce préciput a eu une histoire assez singulière dans la région parisienne où il était indûment joint, au XIV° siècle, au droit de renonciation de la femme. C'est à l'image de ce préciput accordé seulement aux nobles qu'on a, pendant un certain temps, réservé le droit de renoncer aux seules femmes nobles, en l'enlevant aux femmes roturières qui en bénéficiaient auparavant.

Clause de reprise d'apport franc et quitte. Différence avec la clause d'apport franc et quitte.

Enfin, la clause de reprise d'apport franc et quitte est voisine de la clause de franc et quitte puisqu'elle permet, comme celle-ci, à la femme de reprendre non seulement ses propres, ce qui est le droit commun, mais encore ses apports mobiliers, qui régulièrement, devraient être confondus dans la communauté . Elle reprend ses apports mobiliers dans la communauté en laissant au mari la charge de toutes les dettes, et c'est en cela que cette clause se rapproche de la renonciation, dont elle est comme l'amplification puisqu'elle assure à la femme un avantage plus grand encore.

Cette clause diffère aussi de la clause de franc et quitte à plusieurs points de vue . D'abord en ce qu'elle ne suppose pas que le mari, contrairement à son affirmation, avait des dettes antérieures au mariage. Il n'importe que les dettes grèvant la communauté soient nées avant ou pendant le mariage. Elle met la femme à l'abri de toutes ces dettes, alors que la clause de franc et quitte ne la garantissait que contre l'existence de dettes du mari antérieures à la communauté. Elle a donc une portée plus considérable

Source : BIU Cujas

Avantage qu'elle présente pour la femme.

à ce point de vue. C'est aussi un renforcement de la protection accordée à la femme par le droit de renoncer, puisque la femme se trouvera en fait renonçante, et comme telle libérée des dettes communes, et pourra en outre reprendre son apport pourtant tombé en communauté.

D'autre part, seconde difference, la clause d'apport franc et quitte ne suppose aucune intervention, au profit de la femme, des parents du mari qui, dans la clause de franc et quitte, affirmaient seuls, que le mari n'avait aucune dette, et pour le cas où il en aurait eu, se portaient caution pour lui. Ici, les parents n'interviennent pas et ce sont les époux qui traitent de l'un à l'autre.

Origine de cette clause comme moyen de suppléer dans certaines coutumes au droit pour la femme de renoncer à la communauté.

Cette clause parait singulière et on s'est demandé d'où elle était venue, et pour quels besoins on l'avait établie ?

Cette clause a été connue d'abord dans les régions qui ne connaissent pas le droit de la femme de renoncer à la communauté, et c'est peut être pour y suppléer que la pratique l'avait imaginée. On la rencontre dans les Coutumes de la ville et Septène de Bourges, la Très Ancienne Coutume de Berri (N° I08- I44-I6I- I63-I64). Il y a là toute l'organisation d'un régime que le texte appelle " convenances de mariage" qui contient précisément la clause que nous étudions. Il y est fait aussi allusion dans l'art .206 de la Coutume d'Orléans, voisine de celle de Bourges ;" La femme qui renonce à la communauté, " ne prend avec ses propres que son douaire... "

Le texte ajoute, probablement à raison de la pratique inspirée par le voisinage de la coutume de Bourges : " sinon que autrement il soit convenu, et " accordé par le contrat de mariage ".

La convention de clause d'apport franc et quitte n'est peut être pas autre chose que " les convenances de mariage " de la région de Bourges.

Pothier (N° 69-p,462 sur la Coutume d'Orléans nous dit que cette clause dont la Coutume a admis l'application contractuelle, est d'usage dans tous les contrats de mariage. C'est à celle clause encore que fait probablement allusion Jean Desmares (Décisions N° II9 publiées par Brodeau, à la suite de son Commentaire sur la Coutume de Paris, T.II,p.564). Plus tard on ne parait plus la trouver dans la région parisienne où elle a dû disparaitre lorsque le droit de renonciation de la femme à la communauté a été restauré, c'est-à-dire lorsqu'on l'a accordé, non seulement à la femme noble, mais aussi à la femme rotutière. Pothier, dans son Traite de la Communauté ((N° 379 et ss), expose abondamment cette clause.

Source : BIU Cujas

Reste à examiner la troisième catégorie de clauses: celles qui excluent la communauté.

III. Clauses excluant la communauté.

Apparition de la clause d'exclusion de la communauté dans certaines coutumes dès le XVI° siècle.

Ce droit pour les époux d'exclure la communauté a raisonnablement dû être plus tardif que les modifications que nous venons d'examiner. Pourtant, certaines coutumes l'acceptent dès le début du XVI° siècle. Il en est ainsi notamment dans la Coutume d'Orléans de I509, dans son article I88 ainsi conçu: " Combien que "par traité de mariage,et par parolles expresses les "futurs époux renoncent à la communité de biens, néant- "moins telle renonciation ne peut nuire, ne préjudicier "à leurs créanciers . Et ainsi doit estre entendue "en la coustume dessus alléguée au chapitre et rubri- "che. De communité d'entre hommes et femmes mariez, "par laquelle est dit qu'en contract de mariage par "les futurs époux, peuvent estre faites telles pac- "tions que bon leur semble."

C'est une clause par laquelle les futurs époux se soustraient au régime de communauté, et cet article I88 déclare que la renonciation au régime de communauté ne peut s'appliquer qu'aux époux et non pas à leurs créanciers. De même dans la Coutume de Berry (T.VIII,art 8), la convention d'exclusion de communauté est validée, et le texte ajoute : " non "seulement pour le regard des conjoints, mais aussi "pour le regard des créanciers".

Cette coutume est de I539, et ses dernières expressions ont pour but d'écarter la restriction de l'art.I88 de la Coutume d'Orléans qui ne considérait la clause d'exclusion de communauté que comme valable seulement entre les deux époux. Il semble que l'Ancienne Coutume de Berry antérieure à celle de I539, au dire de Thomas de La Thaumassière, aurait déjà prévu cette clause. Il rapporte que Boerius dans son commentaire de la Convention dit qu'il y a lieu de considérer comme valable la convention par laquelle la femme n'obtiendra rien des conquêts et biens mobiliers acquis pendant la communauté. Il n'en est pas encore question à cette époque dans la région parisienne. Pourtant, on l'admet au XVII° et XVIII ° siècle. Tous les commentaires de la Coutume de Paris nous en donnent la preuve. Mais elle n'a pas dû être d'une pratique bien fréquente, car Pothier en parle t très peu (N° 46I et ss). Son effet d'ailleurs se borne à priver la femme de toute part dans les acquêts, tout en laissant au mari la jouissance de tous les biens meubles et immeubles. Les biens habituellement communs restent donc soumis à la puis-

Source : BIU Cujas

sance du mari.

Quant à dire comment et pourquoi cette clause s'est introduite, la chose est difficile. Il est probable que ce sont des gens ayant des accointances avec le Midi qui l'ont imaginée.

La séparation de biens conventionnelle.

Reste une dernière clause analogue, celle de la séparation de biens conventionnelle, qui aboutit à l'exclusion de la communauté. Le régime de séparation de biens a été d'abord réglementé judiciairement, et c'est seulement lorsqu'il a été réglementé par la jurisprudence, que la pratique a imaginé de l'insérer dans les contrats de mariage. Cette séparation de biens conventionnelle se trouve à peu près calquée sur la séparation de biens judiciaire. Les coutumes n'en parlent pas, et Pothier relève seulement que, contrairement à la séparation judiciaire, qui est dans son essence transitoire, et peu disparaitre au gré des parties, la séparation de biens conventionnelle est considérée comme irrévocable, comme toutes les autres conventions matrimoniales. Ce principe de l'irrévocabilité domine notre ancien régime, comme il domine encore notre régime actuel.

Absence de toute clause en pays coutumier, concernant l'établissement du régime dotal.

Voilà les clauses usitées à cette époque. On remarquera qu'il n'a a aucune destinée à établir le régime dotal. L'ancien Coutumier du Berry, au XV° siècle (N° I54) permet encore d'insérer dans le contrat de mariage, l'interdiction faite à la femme, même autorisée de son mari, de vendre sa dot, mais il ne fait aucun renvoi au Droit Romain et la coutume de I539 ne reproduit pas cette faculté. Dans les autres coutumes, on ne trouve pas non plus mention du régime dotal; les auteurs coutumiers ne le discutent pas. Le principe de l'inaliénabilité apparut sans aucun doute opposé à la vieille tradition coutumière pour que la pratique ait osé y recourir, malgré la hardiesse des coutumiers. Il semble qu'on ait été en présence d'une véritable résistance de tout l'esprit coutumier à cette législation romaine.

C'est encore en vue de la protection de la femme contre la gestion maritale, qu'apparut à la même époque une dernière institution, à savoir le bénéfice d'émolument.

Danger que court la femme à la dissolution du mariage à raison des dettes de communauté.

De bonne ehure on a accordé à la femme la faculté de se soustraire aux dettes de la communauté en renonçant à cette commnauté. Cette renonciatinn est déjà en usage du temps de Beaumanoir. Mais à cette epoque la protection de la femme ne va pas au délà. La femme qui accopte est tenue de sa part dans la dette commune , et elle en est tenue délà du profit qu'elle tire de la liquidation

Source : BIU Cujas

Insuffisance de la renonciation.

la communauté. Parfois, elle sera obligée de prendre sur ses propres de quoi parfaire la différence. Or, la renonciation apparut pendant longtemps injurieuse pour la mémoire du mari. On se rappelle le cérémonial ancien, le jet des clefs et de la bourse sur la fosse mortuaire. Bien des femmes ont pu hésiter à accomplir ce geste, et se sont trouvées ainsi obligées acceptantes à regret. D'autre part, à mesure que l'autorité s'est écrue, il va de soi que la femme a été de moins en moins initiée aux affaires du mari, et que par conséquent, le risque s'est aggravé pour la femme d'apprécier de façon inexacte, la communauté quand elle accepte. C'est pour ces deux raisons: répugnance de la femme à renoncer à la communauté et risques nouveaux qu'entrainait pour elle son acceptation, qu'au cours du XVI° siècle, on imagina d'admettre que la femme n'accepterait la communauté qu'à son corps défendant, c'est à dire , en ne promettant de payer sa part des dettes communes que jusqu'à concurrence de ce que l'actif lui réserverait au moment de la liquidation. C'est là ce qu'on appelle le bénéfice d'émulument. On permettait ainsi à la femme d'avoir, dans son option vis a vis de la communauté, une attitude tout à fait voisine de celle de l'héritier qui, craignant de se tromper, n'osait pas accepter purement et simplement la succession. Le bénéfice d'émolument correspond à l'attitude réservée que garde vis a vis de la succession l'acceptant bénéficiaire.

Apparition au XVI° siècle du bénéfice d'émolument. Analogie avec le bénéfice d'inventaire.

Forme directe sous laquelle il se présente dans la 2 ème coutume de Paris.

La Coutume de Paris de I5I0 ne contient relativement au bénéfice d'émolument, mais la Coutume de I580 le prévoit et le réglemente dans son article 228; elle ne le prévoir d'ailleurs que comme une conséquence de principe que l'acte du mari ne peut jamais altérer les propres de la femme: " Le mary ne " peut par contract et obligation faite devant ou " durant le mariage, obliger sa femme sans son conser " tement, et plus avant que jusques à la concurrence " de ce qu'elle ou ses héritiers amandent de la com- " munauté: pourveu toutesfois qu'après le décès de " l'un des conjoints, soit fait loyal inventaire, et " qu'il n'y ait faute ou fraude de la part de la femme ou de ses héritiers. "

Si cet article accorde le bénefice d"émolument c'est qu'il lui parait la conséquence de l'interdiction faite au mari d'engager les propres de la femme

De même; l'art I87 in fine de la Nouvelle Coutume d'Orléans de I583 correspond à l'art.228 de la Coutume de Paris, et s'en est manifestement inspirée.

Extension de ce bénéfice

Le bénefice, mentionné dans la seconde Coutume de Paris, et à sa suite dans d'autres coutumes prit une extension si rapide qu'aux XVII° et

Source : BIU Cujas

aux I7 è et Ic è siècles. Il devient le droit commun.

XVIII°siècles , on est d'accord pour le considérer comme le droit commun et pour l'admettre, même dans les coutumes qui ne s'en seraient pas expliquées.

Les auteurs anciens sont en réalité assez peu explicites sur l'origine historique de ce bénéfice et sa formation. Par exemple Lebrun,(ordinairement curieux de remonter la source des institutions) ni Renusson ni Pothier ne disent rien à ce sujet, si bien que pour déterminer par quel processus cer article s'est inséré dans la seconde coutume de Paris, on en est réduit à des hypothèses. Dans le Recueil des arrêts de Louet, quelques arrêts laissent supposer qu'avant la réformation dé I580, la pratique avait trouvé deux procédés pour aboutir à un résultat voisin de celui auquel méne le bénéfice d'émolument, tous deux empruntés au droit romain, et que c'est pour les supplanter que la doctrine a organisé l'émolument.

Procédés pratiques et raisonnements doctrinaux par lesquels on est arrivé au bénéfice d'émolument.

Le premier procédé considère la liquidation de la communauté comme la liquidation d'une succession, et permet à la femme de demander et d'obtenir, au moyen de lettres royaux, un bénéfice d'inventaire comme l'héritier lui même; le bénéfice d'inventaire à cette époque était connu dans les successions depuis quelque temps déjà.

Le deuxième procédé supposait l'acceptation déjà faite par la femme de la communauté, purement et simplement, et lui permettait d'obtenir des lettres de rescision fondées sur l'erreur qu'elle avait comise relativement à l'actif et au passif de la communauté. Ce point parait se dégager des arrêts. On sait qua la doctrine se ralliait plutôt a autre chose . Elle enseignait depuis longtemps que la mari ne pouvait ni aliéner, ni grèver les propres de la femme, mais de cette interdiction faite au mari d'aliéner et de gréver les propres de la femme. Si elle s'en servait pour justifier le droit de la femme de renoncer à la communauté, elle n'avait pourtant pas encore déduit ses ultimes conséquences. Cette interdiction est formulée avac une très grande insistance au XVI° siècle, notamment par Dumoulin sur l'art.II5 il s'en sert pour étendre aux femmes roturières le droit de renoncer qui, dans la Coutume de Paris était encore réservé aux femmes nobles. Le raisonnement qui accordait le droit de renonciation conduisait logiquement plus loin que la garantie des propres, et menait jusqu'au bénéfice d'émolument. Il semble que Dumoulin, sans la formuler avec précision, en ait presque pressenti la dernière conséquence (Cf art.252. sur la Coutume de Poitou - il pose la formule générale sans en restreindre la portée : "

Source : BIU Cujas

" idque in vim consuetudinis qua maritus non postest
" onerare propria uxoris."

L'art. 228 vint ensuite, et s'inspira à la foi des pratiques que nous avons signalés et des désir encore un peu obscurs de la doctrine. Cer article parut offrir en réalité la meilleure solution à la question posée, si bien qu'aussitôt après son apparition, tous les autres systèmes indiqués disparurent, et toutes les pratiques auxquelles on avait eu recours furent mises à l'écart. La trace de ces pratiques antérieures se trouvent dans les arrêts que nous avons signalés. Elles furent regardées comme nulles par la jurisprudence du jour où l'art 228 eut donné une solution satisfaisante. Louet, recueil d'arrêts, lettre C N& 54) nous rapporte deux arrêts, l'un du IO janvier I607, à l'occasion d'une cause soulevée dans la coutume de Loudun, l'autre du I3 Août I6I3 pour l' Angoumois. Ces deux arrêts ont pour objet d'annuler l'acceptation béneficiaire qui avait été faite de la communauté par la femme. Ils l'annulent comme inutile, et prétendent déjà étendre en dehors de la Coutume de Paris, l'application de l'art.228 (Cf.Lebrun, Traité sur la Communauté, L. II,Ch.III, S.V. N° 2) de sorte que si on peut trouver dans ces pratiques l'origine du bénéfice d'émolument, il faut ajouter que ces pratiques furent coupées dans leur racine par l'art.228.

Inutilité de ces pratiques après la rédaction de l'art. 228. Avantage pour la femme et pour les créanciers du système établi par ce texte.

Quand on y réfléchit, cet art.228 avait par rapport aux pratiques antérieures, quelques avantages, ainsi par exemple, pour la femme, il la dispensait de recourir à la procédure compliquées des lettres royaux qui étaient une faveur individuelle accordée à la femme. Cette formalité a disparu. Quand aux créanciers, ils préféraient eux mêmes la solution de l'art.228 parce qu'elle ne comportait pas tout à fait l'organisation exacte du bénéfice d'inventaire. Voici la nuance. Le bénéfice d'inventaire suppose que l'héritier se tient à l'écart des biens héréditaires. S'il avait la faiblesse de prendre possession des biens et de les mélanger avec les siens, le bénéfice d'inventaire ne serait plus possible. Cette attitude de réserve totale n'est généralement pas possible de la part de la femme, car, elle est en présence de meubles dont elle se sert tous les jours, et à l'égard desquels elle ne pourra guère se demander si elle doit ou non en user, en prendre ou non possession puisqu'ils sont déjà entre ses mains. Dans une succession, les créanciers ont leur gage distinct, la succesion qui peut conserver une autonomie et à la liquidation de laquelle ils participent: le bénéfice d'inventaire prolonge cette autonomie et les créanciers ne peuvent poursuivre que la succession qui seule est leur gage. Au cas de bénéfice démolument, il en est autrement. La femme étant en fait saisie des meubles qui constituent le gage des créanciers

Source : BIU Cujas

la communauté, on autorise ces créanciers à poursuivre la femme pour toute sa part de dettes de la communauté, malgré son bénéfice et sur tous ses biens, mais on réserve à la femme le droit de démontrer que la totalité de sa part dans la dette de la communauté serait supérieure à la valeur de sa part dans l'actif commun et qu'il faudrait prendre quelque chose de ses propres pour la payer toute entière Le juge ne la condamnera que dans la mesure de cette valeur. Mais il n'est pas dit que le créancier devra se tenir pour satisfait par l'abandon en nature à lui fait, des meubles de la communauté. Dans la mesure indiquée, il poursuivra la femme sur tous ses biens. Ce sera a elle à faire la preuve de la valeur des meubles au jour du décès et c'est elle qui en subira les risques jusqu'au jour du maiement.

La théorie du bénefice d'émolument a été ainsi construite différente de celle du bénéfice d'inventaire; elle est trés clairement exposée dans Pothier, et c'est encore celle de nos commentateurs du Code Civil (Cf. Pothier, art.3, Partie V, N° 737 et ss, p.335) . Le bénéfice d'émolument existe vis a vis des héritiers du mari, et aussi vis a vis des créanciers.

Condition du bénéfice d'émolument.

Quant aux conditions auxquelles ce bénéfice (ce bénéfice est soumis, l'art.228 nous montre qu' elles sont au nombre de deux :

I°- On exige de la femme un inventaire au moment de la dissolution, c'est à dire au moment du prédécès du mari, parce que, et c'est là un trait particulier, le bénéfice d'émolument ne se rencontre pas dans le cas de séparation de biens.

2°- On exige en outre, et c'est la formule du texte, qu'il n'y ait " faute ni fraude " de la part de la femme et de ses héritiers. Fraude, cela s'entend tout seul; la femme ne doit dissimuler, receler ou détourner aucun des meubles faisant partie de la communauté, sans que la loi indique d'autre sanction en ce cas, que la perte de son bénéfice d'émolument. La faute correspond au mauvais entretien que la femme ferait des meubles dont elle a nécéssairement la possession, puisqu'elle en a joui antérieurement, et qu'elle continue à le faire.

Il y a ,du chef de ce bénéfice, toute une comptabilité détaillée, complexe, qui exige la liquidatinn de la communauté. Elle est bien exposée dans Pothier. Voilà ce qu'on entend par le bénéfice d'émolument et ce qu'il suffir de dire au sujet de son histoire et des traits généraux de son organisation qui sont ceux qu'à accepté notre Code Civil.

Source : BIU Cujas

Nous avons ainsi déterminé l'étude, dans meurs lignes essentielles, des modifications apportées au régime de communauté depuis le XIII° siècle, qui en ont fait peu à peu un régime complexe et nuancé, dont il faut cependant dire que la population française, encore aujourd'hui, ne s'éloigne pas autant qu'on a parfois voulu le faire croire.

Il nous faut maintenant donnet quelques renseignements sur la communauté continuée dont nous avons déjà constaté l'existence au XIII° siècle.

LA COMMUNAUTE CONTINUEE

Hypothèse de la communauté continuée après la mort d'un des époux par suite de défaut de liquidation et de la continuation de la vie commune avec les enfants.

La communauté, dissoute par la mort d'un des deux conjoints, n'est pas toujours liquidée. Il arrive en effet que le survivant des deux époux, sans faire aucun inventaire, sans prendre aucune mesure protectrice vis à vis des enfants, continue la vie commune avec ceux-ci, telle qu'il la menait avant la mort de son conjoint Au cas où il en serait ainsi, et ce sera le plus souvent, lorsqu'on se trouve en présence de roturiers, la compagnie continue entre le survivant et les enfants de celui-ci, qui représentent leur père ou mère prédécèdé et à eux tous prennent sa part, de sorte que la communauté n'a encore, comme avant la mort du prémourant que deux têtes. Si les enfants sont majeurs, ils peuvent à leur choix, ou rester en communauté avec leur père ou leur mère, ou bien demander le partage de cette communauté, s'ils le préfèrent. Si certains de ses enfants s'en vont, on peut même leur donner leur part de communauté, et la communauté continue avec ceux qui restent. On sait qu'il y a souvent une complication nouvelle. Supposons en effet que le survivant, père ou mère vienne à se remarier; dans cette seconde union, les deux nouveaux époux vont être communs entre eux et pourront vivre au même pain et pot avec les enfants du premier lit. On admet alors que la nouvelle communauté qui s'est formée entre le veuf survivant et sa nouvelle épouse va s'intégrer dans la communauté qui existait déjà entre le père survivant et les enfants du premier lit. Ils vont à eux tous constituer une communauté continuée, qui au lieu d'avoir deux têtes, comme au jourdu décès du prémourant, en aura trois : d'un côté, les enfants représentant l'époux prédécédé, et de l'autre chacun des deux époux de la seconde union. Beaumanoir connait très bien tout cela et nous en décrit minitieusement le mécanisme en supposant même an second veuvage, suivi d'un troisième mariage et ainsi de suite. A chaque union nouvelle, la communauté s'accroitra d'une tête nouvelle.

La communauté continuée au XIII° s.

Source : BIU Cujas

On imagine jusqu'à quelles complications on doit arriver pour la liquidation de cette communauté. Telle est la communauté continuée au XIII° siècle. Qu'est-elle devenue depuis le XIII° siècle ? A-t-elle disparu, ou n'at-elle subi aucune modification.

Cette communauté qui peut être à trois, quatre ou cinq têtes, quand on l'examine, se rapproche singulièrement des grandes communautés de familles auxquelles on a déjà fait allusion et qui se continuaient autrefois entre les générations successives, frères ou descendants des frères, après la mort du grand- père ou des parents. Or, ces communautés taisibles sont tombées peu à peu en décadence par suite du progrès de la vie urbaine, et aussi de la culture rurale individuelle. Il n'est pas étonnant dès lors, que les communautés dont nous venons de parler , les communautés à plusieurs têtes, aient subi des vicissitudes correspondantes et aient diminué d'importance et de fréquence dans l'ensemble du pays. De sorte qu'on peut dire que c'est la règle générale, du XIII° au XIII° siècle, que la communauté continuée s'est affaiblie.

Persistance de la communauté continuée malgré son affaiblissement du XIII° au XVIII° siècles.

Pourtant, la communauté continuée entre le survivant et les enfants correspondait à un besoin si manifeste à une situation de fait si fréquente, qu'il était bien impossible qu'elle vint à disparaitre, de sorte que, si elle apparait comme affaiblie par rapport à ce qui existait sous Beaumanoir, elle persiste pourtant encore en faite jusqu'à la fin de notre ancien droit. Comme elle correspond parfois à une nécéssité de fait, on peut même dire qu'elle a traversé la Révolution et à survécu jusqu'à nos jours. Il y a encore bien des familles où après la mort d'un des époux, on continue à vivre comme avant, et comme il n'y a pas eu d'acte dressé, on admet, pour la liquidation des biens, et aux yeux du fisc, la persistance de la communauté. Ce n'est pas autre chose que la communauté continuée d'autrefois; des administrations comme l'Enregistrement, quand elles interviennent dans des actes de familles le sentent si bien, qu'elles ne manquent pas, dans les actes postérieurs, de traiter parents et enfants comme s'ils étaient en état de communauté continuée.

La communauté continuée dans la coutume de Paris.

La communauté continuée a si peu disparu que dans la Coutume de Paris de 1580, il y a quatre articles qui s'y rapportent, les articles 240.241.242 - 243. Sa règlementation n'a même pas subi de modifications bien sérieuses. Signalons seulement que d'après ces textes, et c'est d'ailleurs l'opinion de tous les coutumiers à cette époque, la coutume préférait pour les enfants mineurs, la rédaction d'un inventaire. Quant aux majeurs, on estimait que c'est à eux qu'il

Source : BIU Cujas

appartient de défendre leurs intérêts, et que c'est leur affaire s'ils aiment mieux rester en communauté. Pour les mineurs seuls, la loi prescrit d'abord un inventaire puisqu'elle le qualifie " avec personne " capable". Pour sauvegarder leurs droits, on ne veut pas que le survivant soit seul pour faire cet inventaire. Il faut quelqu'un pour soutenir les intérêts des mineurs: c'est le légitime contradicteur. Cet inventaire doit être fait dans les trois mois du décès, et quand il y a des mineurs, faute d'inventaire dans les trois mois, le survivant est condammé à rester en communauté. En réalité, la communauté continuée est devenue, quand il s'agit de mineurs, une sorte de peine contre le parent négligent, et, au profit de l'enfant, un vrai bénéfice qu'on ne peut lui enlever. Il ne dépendrait pas du père, s'il n'y a pas eu inventaire, de se soustraire à la communauté continuée, ni d'émettre la prétention, de retirer de cette communauté continuée et de s'attribuer à lui seul les bénéfices qu'il a pu faire personnellement, par son travail, ou qui lui sont advenus par héritage. Il est obligé de se soumettre à cette communauté continuée et d'accepter les avantages qu'elle peut comporter au profit de l'enfant. Cf. les art.242 et 243, qui fixent la part de chacun dans la communauté, dans l'actif et le passif, quand il y a eu secondes noces (art 242) ou (art 243) qui déterminent la part de chacun lorsque l'un des enfants d'une des têtes vient à mourir; dans ce cas, la part qui revient en bloc à la tête; n'est pas diminuée, et par conséquent les frères et soeurs qui participaient à la même tête, seront seuls à bénéficier de l'accroissement à raison de la mort de leur frère ou soeur.

La continuation de communauté, sanction du défaut d'inventaire en face d'héritiers mineurs.

Cette communauté continuée était la source de très nombreux procès, surtout lorsqu'elle était multiple comme au cas de deux ou de trois unions successives, et elle donnait lieu, dans notre ancien droit, à de très nombreux commentaires de nos coutumiers. Ainsi Pothier, (Traite de la Communauté) VI° partie, à partir du N°769) y consacre au moins 200 pages.

Difficultés auxquelles donnaient lieu la communauté continuée. Son abolition par le C.C.

Le projet du Code Civil rejeta la communauté continuée (art 1442) à cause de sa complexité et des procès auxquels elle donnait lieu. N'empêche que la force des choses est souvent plus puissante que la loi, et la situation entre parents et enfants, quand il n'y a pas eu d'inventaire, est aujourd'hui tout à fait semblable à cette institution. (Cf. Bonnecase, Annales de l'Université de Grenoble, 1909,T.21,p.607 et ss.

Voilà déterminée l'etude du règime des biens

Source : BIU Cujas

entre époux dans le Nord de la France. Il faut maintenant faire une excursion dans le Midi où le régime entre époux est assez différent, et aussi en Normandie où la situation n'est pas la même non plus.

REGIME DES BIENS ENTRE EPOUX DANS LE MIDI

La régime des biens entre époux dans la législation Théodosienne.

Rappelons qu'au moment des invasions, le Midi était soumis, comme le Nord, à la législation romaine, c'est à dire à la législation Théodosienne . Au point de vue des biens entre époux, cette législation est caractérisée: I°- par une dot constituée par la femme au mari,lequel en devient propriétaire, sauf obligation pour lui de la restituer à la dissolution du mariage. 2°- A l'opposé, tous les biens de la femme, qui sont en dehors de la dot, et qui sont appelés paraphernaux restent aux mains de la femme qui en a l'administration, la jouissance et la disposition toute entière, sans aucune espèce de contrôle. En fait, la fortune du mari s'est accrue de la dot fournie par la femme, mais, pour le reste les deux patrimoines du mari et de la femme sont complètement séparés, presque sans contact; ils ont une administration, une jouissance et un mode de disposition entièrement distincts; telle est l'essence du régime romain.

Introduction de certaines pratiques qui tendent à atténuer la séparation d'intérêts entre époux.

Pourtant ce régime romain s'est un peu modifié. L'union conjugale s'est améliorée par de nouvelles pratiques qui révèlent déjà, dans le monde romain, l'inspiration chrétienne, établissant entre le mari et la femme plus de confiance, plus d'intimité pécuniaire;et tendent à rapprocher ce régime de celui que nous avons rencontré dans les pays du Nord.
I°- Nous rappelons notamment qu'à lépoque où nous sommes, à la différence de ce qui se passait au début de l' Empire, les femmes se réservent moins de paraphernaux qu'autrefois. On rencontre des femmes donnant tous leurs biens en dot à leur mari. D'autre part, même parmi les femmes qui se réservent des paraphernaux, il y en a qui, en fait, confient ces paraphernaux à l'administration de leur mari et sont ainsi à mi-chemin entre le régime ancien romain et le régime qui s'est établi dans le Nord. Ces modifications atténuent la séparation conjugale.

2°- En second lieu, à l'époque Théodosienne,on a pris l'habitude de constituer une sorte de masse conjugale composée de la dot, à laquelle s'ajoute la donatio propter nuptias, fournie par le mari, elles sont jointes l'une à l'autre, et on décide que cette masse ainsi constituée appartiendra en totalité au survivant qui en aura la jouissance et la propriété.

Source : BIU Cujas

Il y a là encore une tentative faite pour établir plus d'intérêts communs entre les époux.

Enfin, en 3° lieu, le Sénatus-consulte Velleien qui rendait la femme incapable de s'obliger pour autrui à l'époque Théodosienne est presque totalement tombée en désuétude. Une pratique s'est répandue au moyen de laquelle la femme renonçait au bénefice du sénatus-consulte Velleien (ces renonciations sont déjà mentionnées au Digeste). Telles sont les grandes différences entre le régime romain primitif et celui qui est pratiqué à l'époque de Théodose et des invasions.

Différence entre le régime du C. Théodosien et celui de Justinien au point de vue de la protection et de l'incapacité de la femme.

Ajoutons enfin qu'il y a lieu de distinguer le régime en usage à cette époque, du régime postérieur qui sera instauré en Orient au 6 ° siècle,par Justinien, lequel régime sera d'ailleurs remis en vigueur dans le Midi de la France, après la renaissance des études de Droit Romain.

Ce régime Théodosien diffère du Régime de Justinien en ce que la femme y est moins protégée qu'à l'époque de Justinien et qu'elle y est moins incapable.

Elle est moins protégée, parce que sa dot à cette époque n'est encore garantie que par un privilégium inter personales actiones. Il n'y a pas encore d'hypothèque au profit de la femme, et ce privilégium inter personales actiones, diffère de l'hypothèque en ce qu'il ne donne de préférence à la femme que vis à vis des créanciers chirographaires du mari, et non vis à vis des créanciers hypothècaires.

Il faut enfin arriver à un stade postérieur encore pour qu'une hypothèque privilègiée soit accordée à la femme . La protection de la femme est donc moins considérable.

De même la femme est aussi moins incapable. Le Sénatus -consulte Velleien était en grande partie tombé en désuétude, et on avait pris l'habitude d'y renoncer. A l'époque de Justinien au contraire, il se produit une sorte de retour en arrière, et notamment la célèbre Authentique si qua mulier réorganise le Sénatus-Consulte Velleien, parfois plus sévèrement qu'il ne l'était auparavant, et interdit, sous peine de nullité, et non plus d'exception, l'engagement de la femme pro-marito.

Une dernière remarque, cette institution de la donatio propter nuptias qui existe déjà, n'a cependant pas encore à cette époque le caractère de solidarité, de parallélisme qu'on lui attribue plus tard avec la dot. Ainsi, il n'est pas nécéssaire que la donatio propter nuptias soit égale dans son montant à la dot; elle peut être fixée entièrement au gré des parties.

Voilà les points sur lesquels ce régime théodosien diffère à la fois de l'ancien régime romain et du régime de Justinien.

Source : BIU Cujas

Persistance des usages romains au Midi malgré les invasions et une certaine germanisation du Midi.

Arrivent les invasions qui soumettent le Midi aux influences barbares et chrétiennes, à peu près de la même manière que le Nord. Cependant, dans le Midi, les éléments barbares sont moins nombreux et moins stables que dans le Nord, et ont moins le temps d'y faire pénétrer leurs usages. D'autre part, la population romaine qui accueille ces envahisseurs est beaucoup plus dense que dans le Nord, de sorte qu'elle assimile plus aisément les éléments germaniques. Aussi les traits essentiels du régime romain se sont-ils, même à cette époque, mieux conservés dans le Midi que dans le Nord. Ainsi, dans le Midi il n'est question en fait de dot, que de dos ex uxore; la dot, ce n'est presque jamais la dot germanique, c'est à dire la dot qui provient du mari. De même l'institution de la donation propter nuptias subsiste à côté de la dot; la persistance de ces deux institutions, ainsi entendues et même si durable qu'on les trouve mentionnées encore dans les actes très postérieurs(Acte de mariage de Garsinde et Raymond de Fontjoncouse rédigé en II80, texte dans Coutume de Narbonne, actes équivalents en II82). De sorte que le trait général qu'il faut retenir c'est que la germanisation a été moins rapide et moins complète dans le Midi que dans le Nord. Elle s'est pourtant un peu effectuée, et c'est un point assez délicat que de déterminer exactement jusqu'à quel degré cette germanisation était arrivée au moment des XII & XIII° siècles. C'est à ce moment que ce place la grande coupure qui sépare en deux parties l'histoire du Droit du Midi de la France. Elle est due à la renaissance de l'enseignement du droit de Justinien.

La législation au XII° siècle. Documents.

Nous avons vu quelles législations successives on avait suivies dans le Midi depuis la disparition de l' Empire, et nous nous demandions si on pouvait fixer le degré de germanisation auquel ,par la fusion des diverses lois, en était arrivée la coutume aux XII ° & XII° siècles, et Lefebvre a cherché à l'établir dans ses études sur le droit matrimonial et nous allons étudier ici,les résultats auxquels il est parvenu.

Tout d'abord, les principales sources de renseignements pour nous sont notamment deux coutumes qui ont eu dans le Midi une grande autorité; les Coutumes de Montpellier et de Toulouse. Leur origine remonte, quant à leur substance au délà du XIII° siècle. Il faut y ajouter les cartulaires de Gellone et d' Aniane le Liber Instrumentorum de Montpellier, et le Cartulaire de St Victor de Marseille.

La coutume de Montpellier fait partie d'une charte communale concédée eu II4I à la ville par Guillem VI, abolie à la suite du siège de la ville, puis accep-

Source : BIU Cujas

tée en 1204 par Pierre II d'Aragon. C'est de 1204 à 1205 que date le document que nous possédons aujourd'hui, publié par Giraud, Essai sur l'Histoire du Droit Français, I° Volume, Il contient 125 articles et a reçu un complément en 1205.

Quant à la coutume de Toulouse, la rédaction que nous en possédons est plus tardive, et ne remonte qu'à l'ordonnance de Phillipe le Hardi d'Octobre 1283, qui confirme les coutumes en même temps que l'organisation consulaire. Nous n'avons pas de rédaction plus ancienne mais nous savons que la coutume remonte plus haut dans la passe, puisque nous possédons un certain nombre d' usages coutumiers isolés ,signalés çà et là dans l'histoire du Languedoc de Dom Vaissette, et se rapportant aux années de 1152,,1197,1200,1201, 1203 (Dom Vaissette Ed Molinier, T.V N° 595- 596 , et T.VIII, N° 96-103- 104- 114- 125...)

Dans l'ensemble donc, ces textes nous révèlent des usages qui datent du début du XIII° siècle ou de la fin du XII° siècle, et nous avons même vraisemblablement le droit d'en faire état comme de témoins d'une époque plus ancienne.

Persistance de la dot, mais modification de sa consistance. Tendance à confondre tous les biens de la femme entre les mains du mari sans distinction de paraphernaux et de dotaux.

D'abord,le fondement du régime des biens entre époux. Reste la dot comme dans la législation romaine , mais à certains points de vue, cette dot s'est altérée relativement à sa consistance. On peut constater,dans la Coutume de Toulouse qu'on considère comme rentrant dans la dot tous les biens de la femme. Coutume de Toulouse, Ed.Tardif, N° 87,"usus et consuetudo est tolosae quod quidquid habet uxor vel acquirit constante matrimonio décitur et intelligitur esse mariti" Tout ce que la femme a apporté à son mariage, tout ce qu'elle a acquis depuis, est considére à Toulouse comme appartenant au mari, en sorte que cela revient à comprendre dans la dot tous les biens présents et à venir de la femme.C'est si bien le sens qu'il y a lieu d'attribuer à ce texte qu'après la Renaissance du Droit Romain, lorsqu'on en reviendra à l'état plus pur de la législation romaine, on ajoutera au texte : " exceptis paraphernatibus " à l'exception des paraphernaux ; mais il;a été nécéssaire de l'ajouter pour qu'il put y avoir autre chose que des biens dotaux.

Si de la Coutume de Toulouse,on passe à celle de Montpellier, II° partie, § 5,Ed Giraud,p.75 (le texte est un complément ajouté en 1205 à la coutume de 1204) :" Omnis mulier puella, vel vidua, potest omnia sua bona dare in dotem tam primo quam secundo viro " licet infantes habuerit ". Elle permet à la demme de donner à son mari tous ses biens, même quand c'est une femme qui se remarie et qu'elle a des enfants du premier mariage. Il y a ici une faculté qu'il a semblé

Source : BIU Cujas

nécéssaire de reconnaitre à la femme ,parce qu'il est de pratique courante que la dot soit universelle: nous sommes sur la voie qui, à Toulouse, a mené à une formule plus significative. Dans d'autres textes, on peut faire la même constatation . Dans les Fors de Béarn datant du XIII° siècle, au N° I79, on rencontre la formule suivante : " Mari et femme n'ont rien de partagé (rien par conséquent de séparé l'un de l'autre) et le mari peut prendre à son gré, comme à lui". Tous les biens conjugaux sont donc ici considérés comme appartenant au mari.

La tendance de toutes les coutumes du Midi est donc orientee vers une confusion de tous les biens de la femme entre les mains du mari, sans aucune distinction entre les biens dotaux et paraphernaux. Cette universalité de la dot persistera parfois dans certaines régions et se retrouvera encore au XVI° siècle, notamment dans certaines coutumes limitrophes de la région méridionale; dans la Coutume d' Auvergne (Ch. I4, art. 8.)

Usage fréquent de constituer la dot en argent.

Voilà l'étendue de la dot.On peut constater que relativement à sa composition, la dot,dans le Midi, est plus souvent mobilière ou en argent qu'elle n'est immobilière. Celatient à un souci nobiliaire plus accentué au Midi qu'au Nord. A propos des successions, nous retrouverons ce même souci, car c'est du Midi que sont partis les usages proprement nobiliaires comme la renonciation des filles à la succession de leurs parents au profit des ainés, destinée à conserver le lustre de la famille. On rencontre ces renonciations dès le XII° siècle dans le Testament de Guillem VII de II72 (Dom Vaissette, T VIII, N° I4, Col. 287)

Persistance de la donation p;n. mais indépendante de la dot.

Cette dot a pour contre-partie, la donatïo propter nuptias, et, de cette dernière nous avons de nombreux exemples dans les contrats de mariage auxquels nous faisons allusion (Dom Vaissette, T.V N° 389, Coll. 738: contrat de mariage entre Bertrand et Hélène de Bourgogne qui remonte à I095 - N° 502 - Colne 924: Contrat d mariage de Guillaume VI et de Sybille, de II29 en II52, N° 59I, T.II Col.II5I, entre Guiraldus Amiens et Galburges. La donatio propter nuptias a donc continué d'exister et est organisée de telle façon que l'usufruit en appartient au survivant en même temps que celui de la dot, et fera retour aux enfants à la mort de celui-ci, ou à défaut d'héritiers au donateur. Ce qu'on peut dire seulement c'est que cette donatio propter nuptias de rencontre généralement isolée de la dot, n'est pas constituée dans le même acte , et n'est pas forcément de même valeur que la dot. Nous n'en sommes pas à l'égalité nécéssaire qui s'introduira seulement à l'époque de Justinien, cette inégalité possible se retrouve dans la Coutume

Source : BIU Cujas

de Montpellier, art. 95 : ' Dotes vel héréditas, vel " propter nuptias donationes, vel sponsalitie largitates " equis passibus non ambulant, sed prolibitu conferen - " tium, ex utraque parte vel ex una sola, valeant." " La dot et la propter nuptias ne marchent pas du même pas, mais valent isolément chacune pour chacune des parties et selon son desir.

Telle est la situation au moment du mariage, relativement à la constitution, soit de la dot, soit de la donation propter nuptias.

Situation des biens conjugaux pendant le mariage. Aliénabilité des biens du consentement des 2 époux.

Examinons maintenant qu'elle est la condition de ces biens conjugaux pendant la durée du mariage. Si la dot est mobilière, son administration, et même sa disposition appartiennent au mari. C'est là la règle en matière mobilière. Mais si la dot est immobilière, il en est autrement. La dot n'est pas encore inaliénable; pour qu' elle puisse être aliénée, il faut le consentement conjoint des deux époux, mais ce consentement suffit en général. Nous en avons de très nombreux exemples dans les cartulaires de Gellone (p.34, Ligne 24, année 961 p. 293 , L. 2- an.1097 à 1099, p;463, an 1165,Cartulaire d'Anianep.206 ; L. 24.1167, p.218 L.2,13, 1036 à 1060, p.269, l.25 1158 - Cartulaire St Victor de Marseille N° 908 et 909 - 1229) . Il y a là des cas d'aliénations de biens dotaux faites avec le consentement conjoint du mari et de la femme. Mais il y a mieux, nous avons dans la Coutume de Toulouse un texte exprés qui le déclare. T.VII des Achats et Ventes art.II; Ed Tardif, N° 101 : " Si la femme a donné quelques fonds à son mariou quelque honor à titre de dot ou à titre de mariage (c'est à dire de douaire), les deux époux, ou bien l'un d'eux avec la volonté et l'assentiment de l'autre peuvent, s'ils le veulent, vendre et aliener les dits honores, et de telles aliénations sont valables et ont pleine vigueur, bien que les honores en question soient dotaux, même si aucun des deux n'a fait le serment,"même si aucun n'a renoncé". Il s'agit ici du serment de nécéssité: le bien dotal ne pouvant être aliéné qu'en cas de nécéssité prouvée par le serment prété par les époux.. Ici le serment même n'est plus nécéssaire, ce qui prouve donc que les biens sont à l'entière disposition des époux " et quoiqu'ils n'aient fait aucune renonciation ." De très bonne heure, pour écarter l'application du droit romain, on avait eu recours aux renonciations faites par les intéressés. Ici, il n'y a même pas besoin de renonciation à l'inaliénabilité ni à la loi Julia. Ainsi donc confusion de tous les biens des deux époux, et nécéssité du doublé consentement des deux époux, comme dans les regions du Nord, C'était là d'ailleurs un régime tout à fait voisin de celui de la loi Julia qui exigeait le consentement des deux époux pour

Source : BIU Cujas

l'aliénation, mais la loi Julia ne s'appliquait qu'aux immeubles italiques. Le principe ici est étendu a tous les immeubles,puisque la distinction entre les immeubles italliques et autres a en realité disparu. La Coutume de Montpellier de I205, N° I4, statue de la même manière avec une nuance cependant : " Fundus dotalis alienarii non potest ab aliquo maritorum vel ab ejus uxore, nisi cum consilio parentum mulieris, vel eis deficientibus, proximiorum ejus; et si alienatus fuerit cum consilio parentum mulieris, vel eis deficientibus proximiorum ejus, valet alienatio."

Nécéssite à Montpellier de l'autorisation des parents pour l'aliénation de la dot.

Le principe, c'est qu'on ne peut aliéner la dot que du consentement des parents. La famille a une autorité telle que les biens dotaux ne peuvent passer dans d'autres mains que si elle le veut, avec le consentement des parents,ou, en leur absence, avec le consentement des proches. Si cette aliénation a eu lieu dans les conditions exigées par le N° XIV de cette coutume, l'aliénation est valable. C'est quelque chose d'analogue à ce qu'on rencontre dans la Coutume de Toulouse, sauf qu'on subordonne la validité de l'aliénation au consentement des parents, règle qu'on retrouve parfois dans certaines régions du Nord de la France, où la famille a conservé une plus grande autorité et où il est nécéssaire de la consulter sur la nécéssité de l'aliénation. La situation de ces biens n'est donc pas sensiblement différente de celle qu'on trouve dans le Nord.

Situation de l'époux survivant à la dissolution du mariage. La restitution de la dot

A la dissolution du mariage, le survivant garde la dot et la donatio propter nuptias. Cf. Coutume de Toulouse 3° partie,T.I Art I.2.3. On accorde à la femme le droit de rester sur les biens du ménage, d'y être nourrie aux frais des héritiers du mari jusqu'à ce qu' elle ait ontenu la délivrance des biens à elle attribués. Quand aux garanties de restitution qui caractérisent la législation romaine, ici nous en sommes encore au stade Théodosien, en ce sens qu'il n'y a pas d'hypothèque, mais l'usage veut parfois qu'on accorde une caution de l'obligation du mari de restituer: (Art 4 de la coutume de Toulouse). En outre, et ceci n'est pas particulier à la region Toulousaine, si la dot est mobilière, la femme peut obtenir, sans qu'il soit inséré aucune cluase l'y obligeant dans son contrat de mariage, un assignamentum sur les biens du mari. Nous avons rencontré déjà la pratique de cet assignamentum dans le Nord et en Bourgogne. Mais l'assignementum reste au Nord purement conventionnel, tandis qu'à Toulouse (III° partie T.2) sans qu'aucune clause dans le contrat de mariage, lorsque la dot est mobilière, la femme peut s'adresser au Consul de la Ville de Toulouse (art.I) qui délivrera lui-même un assignamentum sur les biens du mari. Voici une garantie légale qui tient la place de l'ancienne garantie romaine, mais le

La pratique de l'assignamentun à Toulouse.

Source : BIU Cujas

système est différent puisque c'est l'autorité publique qui intervient ici pour l'établir.

Reste la question de l'autorisation maritale et celle de la capacité de la femme; reste aussi le sort des acquêts sur lesquels il faut dire quelques mots.

I°- L'autorisation maritale.

Absence d'autorisation maritale dans les auteurs doctrinaux. Comment en fait onarrive au même résultat par suite de la continuation universelle de la dot.

Elle n'existe pas dans la législation romaine et si on consulte les auteurs doctrinaux de cette époque, on constate qu'il en est toujours ainsi. Cf. Le Petrus(L.I Ch.I32, Recueil romaniste du XI° siècle, publié par de Savigny dans son Histoire de Droit Romain au M.A, dans le texte allemand ; livre I, Ch.I32, Savigny T II; p.3II). Voici le passage " :De licentia mulieris. Mulieris licentiam " habent res proprias donare vel aliter alienare " etiam sine consensu viri ac liberorum praeter " donatiomem propter nuptias aut dotem quam non " licet alienare." La femme mariée a le droit d'aliéner, de donner ses biens propres, c'est à dire ses paraphernaux, même sans le consentement de son mari ou de ses enfants, et le texte ajoute ;" excep- " te la donation propter nuptias et la dot qu'il n' " est pas permis d'aliéner". La rédaction doctrinale romaniste reste donc conforme à l'ancienne législation romaine: on semble même stipuler l'inaliénabilité de la dot et de la donatio propter nuptias en même temps que la liberté complète de la femme pour l'aliénation de ses paraphernaux. Il n'y a là aucune trace d'autorisation maritale. Mais il faut remarquer que cette règle de la liberté de la femme, n'étant doctrinalement née nulle part à cette époque, au point de vue pratique, il semble cependant que l'usage de la dot universelle et de l'aliénation par le mari et la femme des biens qui constituent cette dot ait conduit à un résultat de fait analogue à celui auquel aurait conduit l'admission de l'autorisation maritale. Il n'y a plus que des biens dotaux et paraphernaux, mais pour tous ces biens, quels qu'ils soient, il est indispensable que le consentement, par conséquent l'autorisation du mari intervienne. En fait, on arrive au même résultat que si cette autorisation avait été exigée et qu'on eut continué à pratiquer l'usage des paraphernaux. Un arrêt des Olim,(T.III,§ I, N° 98,p.35I) de I303, exige même, pour la région de Rodez, pays de droit écrit, que pour l'action en justice à exercer,la femme n'intervienne pas seule, à propos de ses biens, ou, plutôt comme elle inter-

Source : BIU Cujas

vient seule, l'arrêt n'accepte pas la validité de son intervention.

Ainsi, l'autorisation maritale n'existe donc pas théoriquement, mais en fait, le mari intervient toujours dans les actes qui peuvent intéresser la femme.

II- Capacité de la femme.

Reconnaissance de la capacité de la femme, dans une grande partie du Midi.

Si l'on en vient à la capacité de la femme mariée on voit que la doctrine romaine classique consacre son incapacité et l'application du sénatus-consulte Velléien. Toutefois, à la fin de l'époque classique, le Velleien semblait avoir perdu beaucoup de son autorité. La Coutume de Toulouse,(II° partie, art.2. Ed Tardif, N° 68) permet expressément à la femme de s'obliger avec son mari et pour lui (c'est exactement l'inverse du sanatus-consulte Velleien) et l'art 5 accorde au créancier qui a obtenu l'engagement des deux époux, un droit de préférence sur les biens du mari, droit de préférence qui lui est attribué de plein droit, sans qu'il soit besoin d'aucune renonciation de la femme au sénatus-consulte Velleien. La femme jouit donc d'une capacité analogue à celle que nous avons rencontrée au Nord de la France. La chose est si vraie que le cas de la femme marchande publique, est traité comme dans le Nord de la France. Elle peut faire son trafic toute seule, sans intervention de son mari (art.I, N° 67, Ed. Tardif). En ce cas, la connaissance qu'a le mari du commerce de sa femme vaut autorisation de celui-ci et oblige, non pas seulement sa femme, mais encore le mari lui-même, à payer si sa femme est insolvable.

Toutefois, nous devons ajouter que pareille hardiesse ne se rencontre pas partout dans le Midi. S'il en est ainsi à Toulouse,dans la Coutume de Montpellier au contraire, la réglementation est beaucoup moins libérale (§ 38, p.58). On conserve ici le point de départ romain, c'est à dire l'incapacité de la femme de s'obliger pour autrui, mais les exceptions apportées au principe sont en si grand nombre que la règle disparait presque complètement: " Si mulier fidejusse-
" rit pro aliquo vel pro aliqua, tenetur in illis
" casibus in quibus leges permittunt". Si la femme s'est engagée comme caution pour quelqu'un ou quelqu'une, elle est tenue,dans les cas où les lois le permettent (ce sont les lois romaines); et voici maintenant l'énonciation des exceptions :" nam secundum
" leges, viget intercessio femine, creditoris igno-
" rantia et obligantis se scientia, largitione, rei
" proprie ratione, renuntiatione, pignoris et ypothè-
" ce remissione, secundo post biennium cautione, co-
" ram tribus testibus instrumento post amissa confes-

Source : BIU Cujas

"sione, libertate, dote; et si exerceat officium, et "gratia illius intercedat, vel voluntate mariti, effica " citer obligatur" . Car, selon les lois (romaines) au cas où le créancier ignorerait la qualité de la femme mariée de la femme qui s'oblige, et où celle-ci le dau-rait, ou bien si la femme a voulu faire une donation de son bien propre, ou quand l'intérêt de la femme est engagé dans l'affaire, si elle a renoncé au Velleien, ou renonce au gage ou a l'hypothèque, si elle a renou-velé après deux ans son engagement, au cas où il s'agi-rait d'affranchir un esclave, de sa dot si elle exerce une fonction et intercède à ce titre, même par la vo-lonté du mari. Dans tous ces cas, elle sera engagée vis a vis du créancier, même si elle a intercédé pour son mari et par sa volonté à lui. Si le Sénatus-consul-te est souvent écarté, la règle n'est pas cependant aussi nette que dans la région de Toulouse.

Reste enfin une dernière question: le sort des acquêts durant le mariage.

III- Sort des acquêts pendant le mariage.

Attribution des acquêts au mari à Toulouse, pendant le mariage. La présomption "quintus Mu-cius"

Cette " collaboratio" que nous avons rencontrée dès l'époque franque et qui est si importante puur la détermination de l'origine même de la communauté ne se rencontre pas à Rome où il n'y a rien de semblable. Lorsque les époux acquièrent quelque chose pendant le mariage, l'acquisition, d'après le droit Romain, pro-fite au mari tout seul, la femme n'y a aucune part. Il en est de même dans la Coutume de Toulouse (II° partie N° 87,T.VI, art.I) où le texte déclare que tout ce que la femme possède ou acquiert pendant le mariage est censé appartenir au mari. En d'autres termes, toutes les acquisitions sont laissées au mari sans que la fem-me y participe. Ce texte de la Coutume de Toulouse n' est guère que la traduction d'une loi romaine très cé-lèbre désignée par ses premiers mots" Quintus Mucius" 5I, de Donationibus inter virum et uxorem, qui a pour but d'établir une présemption d'après laquelle tous les biens acquis pendant le mariage, même par la femme sont censés provenir des deniers du mari. C'est là le principe. Mais rien n'empêche d'ailleurs la femme de démontrer, contrairement à cette présomption, que c' est de ses propres deniers que ces biens ont été ac-quis. Il y a là une présomption, une question de preu-ve, plutôt qu'une attribution certaine et définitive de la propriété des biens. Dans cette même Coutume de Toulouse, à propos des conquêts, après que l'art I, a déclaré que les biens sont au mari, l'art 6 ajoute que si la chose est vraie durant le mariage, en ce sens que pendant le mariage le mari peut disposer des acquêts comme il l'entend, comme de ses biens propres il n'en est plus de même à la dissolution. A ce moment

Source : BIU Cujas

la moitié des biens doit revenir aux héritiers de la femme. On voit dans cette restriction, l'embryon d'un régime qui reconnait à la femme des droits sur les acquêts. Ajoutons que dans le Sud-Ouest, le partage des acquêts entre mari et femme parait toujours avoir été répandu. Il est mentionné à la Coutume de Bayonne, T.IX art. 24 & 25: " Conjoints.. communs en tous acquêts, " tant meubles qu'immeubles, faits durant et constant " leur mariage."

La communauté d'acquêts au Sud-Ouest.

Les acquêts sont donc communs aux deux époux. De même et c'est un fait bien connu, qu'il en était de même dans la région de Bordeaux; qu'une coutume antérieure à celle de 1206 , semblable à celle de Bayonne, attribuait aussi les acquêts par moitié à chacun des deux époux. Puis en 1206, s'est passé ce fait mémorable que le roi d' Angleterre, Jean Sans Terre, auquel appartenait Bordeaux, a supprimé la communauté d'acquêts comme droit commun, à la demande des nobles du pays. La législation bordelaise nous révèle ainsi que du VI° au XII° siècle, la communauté d'acquêts s'était sensiblement établie dans le pays comme droit commun; c'est à partir du XIII° siècle qu'il en a été autrement avec l' Edit de Jean Sans Terre . Cet édit n'a du reste pas eu une autorité absolue puisque la société d'acquêts conventionnelle a été le règime particulièrement cher à toute cette région bordelaise, et qu'il s'y est continué jusqu'à la Révolution.

Voilà donc dans quelle mesure le droit des gens mariés parti du droit romain au moment des invasions s' est imprégné peu à peu de quelques principes très voisins de ceux qui ont inspiré le droit du Nord de la France jusqu'au XI° siècle: la dot et la donatio propter nuptias bien qu'appartenant au mari, sont soumises à un régime d'aliénation coinjointe. Après la dissolution, la masse totale est attribuée au survivant et aux enfants. Les paraphernaux disparaissent; désormais tous les biens de la femme sont aux mains du mari, qui les gère de la même manière que les siens. Si l'autorisation maritale n'existe pas, la règle d'aliénation conjointe, la disparition des paraphernaux conduit en fait à une pratique analogue à celle du Nord . La capacité de la femme apparait aussi étendue qu'au Nord. Enfin, le partage des acquêts semble parfois organisé, bien que les principes romains contraires soient encore adoptés par la doctrine.

Tendance du Nord et du Midi à adopter un régime analogue avant le XII° s.

Nous pouvons conclure que le Nord et le Midi, qui avaient été l'un et l'autre soumis pendant longtemps à la législation romaine, se seraient peut être rejoints dans leurs conceptions définitive, si, au Midi, la renaissance du droit romain n'avait eu une importance plus grande que dans le Nord et n'avait changé la direction générale de cette évolution.

L'histoire des biens entre époux dans le Midi comporte donc une séparation très nette entre l'état anté-

Source : BIU Cujas

rieur au XII° siècle et l'état postérieur à cette période. Nous laisserons de côté maintenant cet état antérieur au XII° siècle, pour nous occuper seulement des changements qui se sont introduits à cette époque et ont provoqué un retour au Droit Romain.

La Renaissance du droit romain et son influence au Midi.

La renaissance romaine s'est fait sentir chez nous, non seulement par l'afflux des étudiants qui avaient fréquenté les Universités Italiennes, mais aussi grâce à l'arrivée assez prompte des maitres Italiens qui vinrent apporter dans le Midi de la France, les mêmes principes. Azo à Toulouse, Placentin à Montpellier, dans la seconde moitié du XII° siècle, ont résidé en France pendant un temps assez long, si bien que l'influence romaniste se fit sentir dans le Midi d'assez bonne heure. C'est au milieu du XII° siècle que date le Codi dont il y eut une version originale provençale avant la traduction latine de Ricardus Pisamus, qui a été seule publiée. Le résultat de cette introduction du droit romain fut un arrêt rapide du développement des coutumes mérionales; celles de Toulouse et de Montpellier étaient alors en pleine vigueur. La renaissance du Droit Romain ne les a pas tuées, mais, bien qu'elles restent en principe en vigueur, il est visible que depuis cette époque, leur décadence va en s'accentuant. Cette décadence des deux principales coutumes territoriales du Midi se manifeste de deux manières : la coutume de Toulouse aurait pu, de proche en proche, s'étendre à tout le Languedoc, et en fait, à l'époque antérieure elle devait rayonner assez loin. L'effet de la renaissance a été de restreindre au contraire, de plus en plus son ressort jusqu'à la limiter à l'enceinte même des murs de la ville. On peut suivre ce rétrécissement dans l'application de la Coutume. Il en fut de même à Montpellier dont la coutume se réduisit à la commune.

Décadence des coutumes méridionales.

En outre, on considère ces coutumes à côté de la législation romaine comme des statuts locaux qui, d'après la loi romaine ne pouvaient prévaloir contre une décision contraire de la loi générale romaine, si bien que bon nombre de dispositions de ces coutumes tombèrent en désuétude lorsqu'elles se heurtèrent à des textes romains contraires. Leur désuétude fut provoquée par l'intervention des diverses juridictions, notemment celle des Parlements qui s'éfforcèrent de plus en plus d'appliquer le droit romain au mépris des coutumes qui pouvaient la contredire. Bon nombre de dispositions furent ainsi modifiées sans abrogation expresse. On a le sentiment très net de ce mouvement en lisant quelques commentateurs de la Coutume de Toulouse. Notamment Soulatges (I770) qui résume ses prédécesseurs au milieu du XVIII° siècle. Après qu'il a donné

Source : BIU Cujas

le texte ancien de la Coutume, il ajoute souvent en tête de son commentaire: cette coutume n'est plus en vigueur, parce qu'elle est contraire aux lois.

Les traits essentiels de la Coutume de Toulouse se trouvent ainsi disparaitre. On en revient à un régime général mitigé: les coutumes subsistent,mais elles sont altérées dans leurs dispositions les plus caractéristiques. Il y a cependant dans le Midi certaines coutumes qui ont résisté davantage, ainsi par exemple celle du Sud-Ouest, celle de Bayonne, les Fors de Béarn, la Coutume de Bordeaux, Mais tout à fait au Sud, et dans le Sud Est, il n'en est pas ainsi, bien qu'en principe existent encore les statuts de Provence, mais ils sont loin d'avoir une importance comparable aux coutumes que nous venons de citer. Les coutumes se sont donc,en règle générale, effritées au profit du droit de Justinien.

Les divergences dans la romanisation du Midi.

Remarquons enfin que si la romanisation s'accomplit ainsi de façon très étendue, elle ne fut ni complète, ni uniforme. Celà tient au procédé employé La romanisation a eu lieu grâce aux arrêts des Parlements, mais chaque Parlement dans le Midi eut sa jurisprudence autonome, et ils étaient nombreux: Toulouse, Bordeaux,Pau, Aix,Grenoble, même Paris pour certaines régions comme le Beaujolais et le Forez. La jurisprudence du Parlement de Paris avait moins de penchant que les autres à appliquer la législation de Justinien et restait plus favorable aux usages coutumiers qui existaient encore. Paris écarté, même entre les autres Parlements, s'introduisirent aussi bien des divergences, de sorte que lorsque toute la romanisation fut achevée, on rencontra, sous la domination uniforme et acceptée du droit de Justinien, bien des solutions différentes selon la région où on se place. C'est ce qui différencie le Droit Ecrit du Midi du Droit Romain véritable . Certaines tendances générales se dégagent seules et sont communes à toutes ces régions; ce sont elles qu'il faut essayer de fixer.

LE DROIT DES GENS MARIES APRES LA RENAISSANCE DU DROIT ROMAIN

Nous devons essayer maintenant de nous rendre compte des différences qui ont été apportées dans le Midi de la France par la renaissance romaniste en reprenant un à un , tous les points de cet examen : I° L'autorité maritale, 2°- Condition de la dot et son inaliénabilité, de la dot mobilière et immobilière; 3°- De l'hypothèque légale de la femme mariée et de l'interdiction d'y renoncer; 4°- Incapacité de la femme ;

Source : BIU Cujas

5°- La donatio propter nuptias et l'argument de dot

I°- L'autorité maritale

Méconnaissance de l'autorisation maritale au Midi. Son exclusion expresse par certaines coutumes.

On se rappelle que pendant la période qui précède le XII° siècle, la législation méridionale n'en admet pas en principe la nécéssité. Mais le caractère universel de la dot qui comprend en fait tous les biens, a pour résultat d'investir le mari d'un pouvoir analogue à celui que lui donnait l'autorisation. Après le XIII° siècle, l'autorisation maritale n'est pas plus acceptée qu'avant, et elle est même expressément repoussée. Il est dit expressément que la femme peut disposer de ses paraphernaux sans obtenir l'assentiment de son mari : Coutume de Bayonne, T IX, art 43; " Tant le mary que la femme " peuvent vendre, permuter ou autrement aliéner, " sans le consentement l'un de l'autre, leurs biens " de lignée obtenus par susccession universelle ou " particulière."

Tous les biens ne sont pas au mari, et la femme peut disposer de ceux qui appartiennent à elle seule, comme elle le veut. Les propres de la femme sont paraphernaux, et ceux-ci sont à sa discrétion. La citation est d'autant plus notable que cette même Coutume, dans son art.24, met en commun les acquêts et les partage entre les deux époux, se rapprochant ainsi par sa tendance générale, des législations du Nord. Il en est de même dans la Coutume d' Auvergne (Ch.XIV, art 9) : " La femme constant son maria. " ge peut disposer à son plaisir et volonté sans le " consentement de son mary, par quelque contrat que " ce soit, de ses biens paraphernaux et adventifs, " au profit de ses enfants, et autre quelconque per- " sonne : fors et excepté au profit de son mary, et " des enfans de sondit mary d'autre mariage, ou autre " à qui le mary puisse ou doive succéder, et sans " préjudice, en cas de donation, du droit de légiti- " me aux enfans capables de l'avoir ." Enfin, la Coutume de Toulouse est encore plus significative à ce point de vue Ed. Tardif N° 87: Tout ce que la femme possède et acquiert pendant le mariage est censé appartenir au mari, c'est à dire que c'est le mari qui a le droit de disposer de tous les biens de la femme. Mais Soulatges quand il commente cette disposition a soin d'exclure de ses prévisions, les paraphernaux (p. 273) : " pour lesquels, dit-il, au- " cune autorisation du mari n'est nécéssaire " et il ajoute " suivant arrêt de Catelan, L.V, ch.58)" Cette citation n'est pas en realité exacte; les arrêts de Catelan ne disent pas ce qu'il entend leur

Droits du mari sur les biens de la femme à Toulouse. Droits de la femme sur les paraphernaux.

Source : BIU Cujas

faire dire. Mais l'affirmation de Soulatges peut être considérée comme reçue à cette époque. Il continue en nous expliquant quels sont les biens désormais réputés paraphernaux : sont paraphernaux tous les biens qui ne sont pas expressément constitués en dot et que la femme possédait au jour du mariage. Ici, il renvoie à de Cambolas, L.II; Ch.XVIII in fine. Quand aux biens acquis par la femme, ceux qui lui advienment pas successions ou donations, sont réputes paraphernaux, et laissés comme tels à sa disposition. Ceux qui proviennent du commerce de la femme, des gains qu'elle a faits avec ses paraphernaux, sont traités de la même manière. Ne sont donc considérés comme dotaux, en dehors de ceux constitués au jour du mariage, que les biens dont on ne connait pas l'origine et qui, par application de la loi Quintus Mucius sont présumés venir du mari (Soulatges ,P.213).

A Toulouse, encore changement à peu près complet au point de vue théorique par rapport à l'état de chose antérieur. Le droit de disposer de ses paraphernaux est reservé à la femme, et c'est pour celà qu'un autre auteur de la même époque, Argon, (Institutes,T.II, p. 93 & 94) nous dit qu'au Midi la question d'autorisation maritale est hors de cause.

Administration et jouissance des biens paraphernaux Cas fréquents où ils appartiennent en fait au mari - Dans quelle mesure en doit-il compte ?

Teste celle de l'administration et de la jouissance de ces biens paraphernaux de la femme. Ici, la législation du Midi a continué a admettre certains tempéraments au profit du mari, parce que l'usage est très répandu que la gestion de ces paraphernaux soit laissés par la femme au mari. On s'est alors demandé dans quelle mesure et quelles conditions le mari, considéré comme mandataire de sa femme, serait tenu de rendre compte? Ici, probablement par suite des tendances romanistes, la jurisprudence est très complexe. On a d'abord essayé de distinguer entre les paraphernaux existant au jour du mariage, et ceux advenus à la femme postérieurement. Le mari jouirait des fruits des premiers, et serait obligé de rendre compte des fruits des biens adventifs, et devrait même les restituer à la femme. Depuis le XVI° siècle, cette distinction a été abandonnée, et on en est venu à faire de tous les paraphernaux une seule masse, quelle que soit leur origine, et on a admis qu'il y aurait lieu de distinguer, suivant que le consentement donné par la femme à la femme à la gestion du mari aurait ete exprésse ou tacite; dans le premier cas, on estimerait que l'octroi du droit d'administrer emporterait en principe le droit de jouir des revenus des paraphernaux. Si au contraire le mari est un administrateur en vertu d'une simple autorisation tacite de la femme, il devrait alors rendre compte des fruits qu'il aurait perçus. Parfois même

Source : BIU Cujas

ème dernière distinction fut tentée suivant la nature des fruits. D'ailleurs, en réalité, le plus souvent on considère le mari comme dispensé de rendre les fruits qui ont été employés à l'usage commun - la chose est légitime- et on présumera tout de suite que les fruits ont été employés à un usage commun lorsqu'on ne pourra démontrer qu'ils ont profité au mari tout seul. (Bretonnier, questions de Droit, V° Paraphernaux, Jurisprudence des Parlements de Grenoble, de Toulouse, d'Aix- Cf. également bon exposé d' Argou, Institutions au Droit Français, T.II,p.84).

Persistance de l' autorité maritale dans certaines régions du Midi.

Telle est la règle qui s'applique habituellement dans tout le Midi de la France jusqu'à la Révolution Cependant, dans certains ressorts, on a un peu modifié ce que nous venons de dire, notamment dans celui de Paris, c'est à dire le Lyonnais, le Beaujolais et le Forez qui étaient tous de la juridiction du Parlement de Paris . Ici, influencé par les errements du droit coutumier, le Parlement exige l'autorisation du mari pour aliener les parapheraaux (Argou, T.II p. 94)

Il y a d'autres régions où la femme en principe jouit d'une pleine indépendance, relativement à ses paraphernaux, bien que la nécessité de l'autorisation subsiste pour certains cas. Ainsi, par exemple en Auvergne, le commentateur du XV° siècle ,Masuer, à propos de l'instance en justice de la femme, au T.XIV, Des dots et mariages, N° I6 in fine, et au N° 39 déclare que la femme par la coutume est réputée être en puissance du mari. Quand il s'agit d'action en justice, le principe de l'autorisation maritale se trouve exister, de même dans le Périgord, où le mari intervient toujours à côté de la femme, encore au XVI° siècle. Cette intervention s'est un peu atténuée par la suite. De même et plus pleinement encore, à Bordeaux où l'art. 42 de la coutume décide que le mari est maitre de tous les biens de sa femme sans distinguer entre les biens dotaux et les paraphernaux . C'est à cause de la survivance de l'autorité maritale qui s'accentue encore au XVII° siècle le siècle de la restauration du principe d'autorité en toute matière , que Lamoignon voudrait voir étendre le principe de l'autorité maritale à toute la France.

La renaissance du Droit Romain a donc porté un coup à cette tendance antérieure de l'autorisation maritale à se développer, mais elle en a laissé encore subsister bien des traces.

Source : BIU Cujas

II- Condition de la dot et inaliénabilité de la dot immobilière et mobilière.

Diminution du nombre des biens dotaux, quels sont les biens dotaux?

La renaissance des paraphernaux dans le Midi a eu naturellement pour effet, depuis le XXI° siècle, de rendre les biens dotaux moins nombreux qu'autrefois. A Toulouse, d'après Soulatges, la règle est de considérer comme dotaux seulement, les biens constitués comme tels,(P.213); c'est la doctrine du Parlement de Toulouse. Par contre, dans la région du Sud-Est, quand on pose la même question: quels sont les biens qu'il y a lieu de considérer comme dotaux? la réponse est inverse: la dotalité est restée la règle, et en principe tous les biens dont on ne dit rien sont dotaux. Guy Pape pour Grenoble (Q.468,N° I3- Q 499)-Bretonnier (V° Paraphernaux, p.215) De même encore, dans la Coutume d' Auvergne, on décide même que le droit commun,dans les coutumes muettes du Midi, est de considérer les biens comme dotaux; la paraphernalité y est l'exception. Mais la question doctrinale n'a pas une aussi grande importance qu'on pourrait le penser: à cette époque en effet, à Toulouse comme ailleurs,les contrats de mariage sont très fréquents et énumèrent les biens qui composent la dot. On impose au père de famille de constituer une dot à sa fille, ce qui nécéssite un contrat de mariage. C'est une obligation que la jurisprudence sanctionne (Arrêt du Parlement de Toulouse de I642, Albert, Arrêts, lettre T, Ch.46) Voyez, thèse Dumas p. 256 et suiv.) Cette dot ainsi constituée était à Rome la propriété du mari, mais en même temps le mari était obligé de la restituer, et des garanties étaient affectées à cette restitution.

Les droits de la femme dans la théorie du Bas Empire. Elle en a la propriété naturelle.

A mesure que ces garanties se sont accrues, il va de soi que la maitrise du mari sur la dot,a été en diminuant si bien que déjà dans le monde Romain, à l'époque classique certains jurisconsultes comme Tryphoninus, étaient amenés, tout en acceptant la propriété du mari sur la dot, à faire quelques réserves : quamvis in bonis mariti dos sit mulieris tamen est, et merito placiut, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit...., bien que la mari ait l'in bonis sur la dot de la femme, cette dot est pourtant en même temps le bien de la femme. Elle reste comme une propriété naturelle qu'on reconnait à la femme, puisque le mari doit la lui restituer à la fin du mariage (Dig. L. XXIII, T.III, De Jure dotium 73).

Sous Justinien, les expressions s'accentuent davantage, ainsi on y verra notamment, " ab initio , " uxoris dos fuit ". Autrefois, la dot appartenait à la femme, " autrefois ", c'est à dire avant le mariage

Source : BIU Cujas

et après le mariage elle a continué à être dans son " dominium naturaliter " dans sa propriété naturelle (Justinien ,.C.J. De Jure dotium, Loi 30). Donc, même à Rome , si on examine d'un peu près la doctrine des jurisconsultes, on constate que la dot est à la fois la propriété naturelle de la femme et la propriété juridique du mari " subtilitate legum" dit Justinien.

Discussions des glossateurs sur la propriété de la dot Reconnaissance du droit de propriété de la femme.

A la renaissance Bolonaise, ces expressions ne manquèrent pas d'être remarquées, et elles provoquèrent de longues discussions presque aussitôt après. On se posa la question de savoir si le mari était vraiment propriétaire de la dot, ou si, en réalité ce n'était pas plutôt la femme ?. On verra des glossateurs du XII° siècle, comme Hogolinus (Dissensiones Dominorum N° 266) poser ouvertement la question : Dotis dominium utriusque sit mariti an uxoris. La propriété de la dot à qui appartient-elle ? Est-ce au mari ou est-ce à la femme ? et pendant de longues pages il en discute. (Dist. Dominorum, p. 436 à 439; Ed.Hoienel) . La question est si délicate, si près d'être insoluble, que le jurisconsulte ne la tranche pas. Elle continue à être discutée,mais le progrès du droit de la femme sur sa dot s'accentue en même temps d'une manière insensible et continue, si bien que quand on arrive aux XIV ° et XV ° siècles, le droit de la femme l'emporte sur celui du mari. La femme est réputée propriétaire. Masuer, (T.XIV, N° 25) n'attribue plus au mari que l'usufruit de la dot alors que la propriété reste à la femme, et à la fin du XVIII° siècle, Roussilhe (Traité sur la dot de I785, qui a fait époque dans la doctrine, le reconnait et attribue à la femme les actions pétitoires ne laissant au mari que les actions possessoires. Sur le I° point, de savoir à qui appartient la propriété de la dot le droit écrit a donc prolongé et conduit au terme logique l'évolution déjà commencée à Rome et qui a consciemment et surement exproprié le mari . Le droit écrit diffère profondément du droit classique, en ce que la situation est retournée: la dot n'est plus au mari, mais à la femme, et le mari en a seulement la jouissance et l'administration.

L'autre trait caractéristique du droit romain de Justinien , c'est l'inaliénabilité ; qu'en est-il advenu?

Il nous faut distinguer entre les immeubles et les meubles.

Le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux. reconnue dans tout le midi du I3 au I7 S.

A- Supposons d'abord que la dot est immobilière. On se rappelle qu'à Rome, lorsque la dot est immobilière, elle est devenue à cette époque relativement récente inaliénable pour le mari comme pour la femme. Avant que cette inaliénabilité ne fût établie par Justinien, on sait que la loi Julia règlementait la condi-

Source : BIU Cujas

tion de la dot, tout en ne parlant que du fonds dotal italique, et soumettait pour sa validité, l'aliénation de la dot à la double intervention du mari et de la femme. Nous savons aussi que la Coutume de Toulouse avant la renaissance romaine en était arrivée à peu près à cette condition, puisqu'elle admettait l'aliénation des biens de la femme par le consentement conjoint des deux époux (Soulatges II° partie,T.VII art.II). Or, Soulatges dans ce même ouvrage où il a inclus le texte de la Coutume de Toulouse qui permet l'aliénation par le consentement des deux époux, déclare que cette Coutume n'est pas observée parce qu'elle serait contraire au principe du droit commun romain, que les biens dotaux sont inaliénables. Au XVIII° siècle, on a donc abandonné à Toulouse, le principe ancien de la coutume et on en a fait retour au principe Bysantin de l'inaliénabilité: (Cf. Olim, L.III T.XXIX,p.317 Questions notables de Droit, Ed 1657, rapporte un arrêt du 2 Janvier 1637 du Parlement de Toulouse rendu a propos d'une donation universelle de ses biens dotaux faite par une femme mariée, avec réserve d'usufruit à son profit. La donation a été faite pendant le mariage; postérieurement à la dissolution, elle est attaquée par la femme: on veut faire déclarer la donation nulle parce que contraire au principe de l'inaliénabilité de la dot entre vifs. A cette occasion, toute la question de l'inaliénabilité de la dot immobilière a été discutée devant le Parlement, et on trouve dans le Recueil d' Olive les divers arguments donnés dans les deux sens. Le Parlement statua en faveur de l'inaliénabilité, et annula la donation dont nous parlons. Voilà sur quoi s'appuie pour Toulouse, l'affirmation que nous avons rencontrée dans Soulatges.

Il en est de même en Provence où on rencontre un arrêt de Janvier 1683 qui le décide aussi (Boniface. T.II;L.VI, T.IV, Ch.II,p.343). En dehors de la Provence et de la Région Toulousaine, il y a encore d'autres régions où se même principe est accepté, ainsi en Auvergne (T.XIV, art.3 de la Coutume); de même encore à Bordeaux (art. 33). On peut dire en somme qu'à une date plus ou moins avancée , selon les modalités un peu variables , l'inaliénabilité s'est donc introduite partout dans le Midi de la France, du XIII° eu XVII° et XVIII° siècles. Voilà le point d'arrivée.

Il reste à déterminer si possible, comment on a fait pour passer du point de départ au point d'arrivée. Comment on en est venu à ce changement ?

Histoire de l'avènement de l'inaliénabilité dans le Midi.

On doit dire que l'histoire de l'avènement de l'inaliénabilité de la dot immobilière dans le Midi de la France aurait besoin d'être étudié,non seulement au point de vue pratique et coutumier, mais même du point de vue doctrinal et romaniste. Nous allons essayer d'en donner

Source : BIU Cujas

les rudiments (Cf. Article de la Nouvelle Revue Historique de Droit Français de 1901, p.683 et ss).

La réaction après la Renaissance du XII° S. contre l'inaliénabilité. Retour par des procédés indirects à une doctrine d'inaliénabilité atténuée comme dans la loi Julia.

Aussitot après la Renaissance du XII° siècle, la doctrine, poussée par les errements antérieurs, et sans doute par la pratique, essaya de tourner la règle de l'inaliénabilité qu'elle trouvait dans le droit de Justinien . Pour y parvenir, elle recourut aux textes mêmes de Justinien, en donnant une interprétation particulière, notamment à deux d'entre eux. Le I° est l' Authentique Sive a me (C. ad .S.C.V. L.IV,T.XXIX) Cette Authentique traite, non pas de la dot,mais de la donatio propter nuptias, et l'inaliénabilité dont c celle-ci est affectée existe, à moins que la donatio propter nuptias n'ait été renouvelée dans les deux ans à moins que les biens du mari, au moment où on intente l'action en nullité de l'aliénation, soient suffisants à désintéresser la femme. Justinien n'a pas osé aller aussi loin pour la donatio propter nuptias qu'il était allé pour la dot quant à l'inaliénabilité. La raison, c'est que Justinien a tenu compte de l'origine différente, de chacun de ces deux biens conjugaux. Puisque la dot venait de la femme, il était juste de limiter davantage sur elle les pouvoirs du mari, la donatio propter nuptias venant au contraire du mari, il était difficile d'imposer à celui-ci d'aussi dures entraves: les revendications de la femme ne pouvaient être aussi vives sur le bien du mari que sur le sien propre.

La doctrine médiévale a essayé de profiter de cette différence pour adoucir le régime de l' inaliénabilité de la dot en l'assimilant à celui de la donatio propter nuptias. C'était comme une transaction dont les textes romains fournissaient les éléments .

Puis, 2 ° procédé qui montre un exemple typique du raisonnement scolatique employé dès avant l'avènement de l' Ecole Française (Loi si praedium , C.Just. De jure Dotium, V, XII, loi 23). Une femme a aliéné son bien dotal. L'empereur consulté répond que l'acte est nul, puisque la dot est inaliénable; et puisque dit-il, la dot appartient au mari, et que c'est la femme qui, dans l'espèce l'avait aliéné.: on ne peut aliéner un bien qui ne vous appartient pas, Voilà le texte. Mais on en a tiré une conclusion plus lointaine. Si l'on suppose que l'aliénation a été faite, non plus par la femme, mais par le mari, qui est le vrai propriétaire, que faut-il décider quand à la validité de cette aliénation ? Nos anciens auteurs ont usé pour répondre à la question de l'argument a contrario, et ils ont dit: puisque l'empereur répond que l'aliénation est nulle parce que c'est la femme qui a aliéné et que la dot ne lui appartient pas, si l'aliénation vient du mari, il faut a contrario déclarer qu'elle

Source : BIU Cujas

sera considérée comme valable. Tout au moins, le mari ne pourra pas attaquer l'aliénation et il suffira de faire consentir la femme pour l'obliger à garantie et lui faire perdre le droit de contester la validité de l'acte.On en revient ainsi, par des détours, à un régime semblable à celui de la loi Julia.

L'aliénation, grâce à la Loi si praedium pourra être valable à la condition que la mari ait aliéné et que la femme en faveur de qui l'inaliénabilité existe, y ait consenti.

Cette doctrine, d'une inaliénabilité très atténuée fut soutenue notamment au XIV° siècle par Cinus et Albéricus. Elle se retrouve au XVI° siècle chez Alexandre, Chassanaus et Dumoulin, et au cours du XVII° siècle, on la retrouve chez un des commentateurs de la Région du Midi (Deipesses). Voilà l'atténuation à l'inaliénabilité qu'on avait doctrinalement établie.

La réaction de la pratique. L'usage de renonciations à la loi Julia.

Si on passe de la doctrine à la pratique, on peut constater que la réaction contre l'inaliénabilité de la dot qui devait se produire, étant donnés les usages antérieurs, se traduisit par des renonciations au bénéfice de la loi Julia, Grâce aux interpretations que je viens d'indiquer, on considérait le régime d'inaliénabilité du à Justinien comme confondu avec celui de la loi Julia. Ces renonciations étaient très répandues dans le Midi et confirmées par serment. En pratique,ces renonciations à la loi Julia jurées ont fait échec à la pleine inaliénabilité de Justinien jusqu'à la fin du XVI° siècle. C'est à ce moment que Dumoulin au Nord, fit écarter définitivement l'application de la loi Julia, et que dans le Midi au comtraire, un arrêt du I5 mai I585 rendu à Lyon, déclara que la loi Julia avait dans le Midi force obligatoire, mais en réservant encore le cas de renonciation. On en était donc à cette époque à l'inaliénabilité atténuée et dont il était possible de venir à bout par une renonciation. La loi Julia et l'inaliénabilité continuèrent à progresser au XVII° siècle où la jurisprudence finit par déclarer nulle et sans effet la renonciation, et par soumettre ainsi tout le monde au régime uniforme de l'inaliénabilité atténuée. C'est à cause de ce mouvement que l'inaliénabilité conserva longtemps une couleur particulière dans le Midi de la France.

Certaines coutumes voisines du Midi s'en tinrentà quelque chose d'analogue à ce que nous venons d'indiquer (Coutumes d' Auvergne, chap.I4, de La Marche, art-299). Un peu plus tard enfin, on en vint à restaurer dans leut intégralité originaires les règles de Justinien sur l'inaliénabilité de la dot. Tel est le dessin général de l'histoire de ce régime. Il faut y ajouter quelques observations qui vont en

Source : BIU Cujas

nuancer l'application.

La déclaration de I684 abolissant la loi Julia.

I°- Il en a été ainsi dans tous les pays de droit écrit jusqu'à une déclaration de I684 qui a abrogé pour la France la loi Julia de fundo dotali. L'Edit a été enregistré dans tous les pays du Nord, mais non dans ceux du Midi. Dans le ressort du Parlement de Paris, lorsque la declaration de I684 eut été enregistrée il ne fut plus question de la loi Julia, et les régions du Midi du ressort du Parlement de Paris, furent donc soumises à une législation particulière, semblable à celle des pays du Nord. Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais, Forez). Lamoignon , premier Président, hésita même longtemps avant de faire enregistrer à Paris, la déclaration de I684, tant il avait peur que dans les pays du Midi cet enregistrement fut mal interprété. Il faut donc différencier les pays soumis à la jurisprudence du Parlement de Paris des autres.

Tempérament apporté dans la Coutume d' Auvergne à l'inaliénabilité.

2°- En ne prenant plus que le Midi, moins les régions indiquées, il y à d'autres parties du Midi où on a apporté un tempérament à l'inaliénabilité, et ce tempérament se rattache à une des phases doctrinales déjà indiquée. La Coutume d' Auvergne (art. 4, ch/ I4) donne à la femme dont le bien a été aliéné une option: elle peut, ou bien réclamer la nullité de l'aliénation, ou bien accepter cette aliénation et se récompenser du prix du bien aliéné sur un fonds du mari équivalent. Elle a pour faire son choix un délai d'une année, après quoi elle est obligée de s'en tenir à récompense. La dot de la femme se trouvera pouvoir ainsi être aliénée, pourvu qu'il y ait dans le patrimoine du mari de quoi récompenser la femme du prix de l'aliénation. Il en est de même dans la Marche , dans la région de Bordeaux où l'action en nullité n'est que subsidiaire, c'est à dire qu'elle ne peut être exercée que si le mari est insolvable (art.53 in fine de la Coutume de Bordeaux).

Etablissement tardif de l'inaliénabilité dans certaines coutumes.

La diffusion du principe d'inaliénabilité a été parfois assez tardive. On l'a vu pour Toulouse, où c'est un arrêt du XVII° siècle qui l'établit définitivement. On peut le constater aussi dans le Périgord. Au XV° siècle, on s'en tient à la loi Julia, sans aucune des aggravations de Justinien. Les deux époux, quand ils veulent vendre la dot de la femme la vendent solidairement et s'obligent solidairement à garantie vis à vis de l'acheteur; on accompagne le tout d'un serment prêté par les deux époux. Au XVI° siècle, le serment perd de son efficacité, et lorsque les parties le désirent, le roi, malgré le serment, délivre des lettres de rescision contre les ventes qui ont été faites du bien dotal. Néanmoins, les contrats de vente des biens dotaux sont encore nombreux pendant tout le

Source : BIU Cujas

cours du XVII° siècle et jusqu'à sa fin. Ce n'est qu'au XVIII° siècle, que la nécéssité des lettres de rescision pour intenter l'action en nullité vient à disparaitre , à la suite d'un arrêt de mars I738 (Dumas, Condition des gens mariés en Périgord, p. I46-I49).

Les exceptions à l'inaliéna-bilité.

4°- Enfin, la règle de l'inaliénabilité n'a pas existé dans le Midi sans exceptions. C'est à ce moment, pendant ces trois derniers siècles que se sont dévelop pées les exceptions qu'on retrouve aujourd'hui dans notre Code Civil. Ainsi: I°exception: le bien dotal peut être vendu au mari par contrat. Dans ce cas, le mari n'en doit que le prix et on présume que ce bien dotal a été vendu au mari lorsque le bien a été estimé. 2° exception: Le contrat de mariage peut réserver pour les époux la faculté d'aliéner (Soulatges, p. 273) et Catelan, admettent cette pleine faculté, sans aucune restriction, pour la région de Toulouse. (arrêt du 22 septembre I656, Ed. Catelan.T.II;p.II6) . Dans ce contrat de mariage souvent l'aliénabilité est soumise au remploi comme on le pratique encore aujourd'hui (Coutume d' Auvergne, art.4).

3° exception. Malgré l'inaliénabilité, l'aliéna-tion sera permise lorsqu'elle est nécéssaire aux époux pour vivre ou pour tirer le mari de prison, à supposer que celui-ci ait commis un crime ou délit, ou pour det-tes. De même encore, à la requête des creanciers du donateur de l'immeuble.

4° exception- Enfin l'aliénation est permise à la femme pour doter un enfant commun.(Serres, Inst. II Ch.VIII, p.I52- Catelan, Arrêts ,Ch.IV, arrêts I et 4)

Ces exceptions ne sont pas autre chose que celles qui existent aujourd'hui et qui sont insérées dans les articles I555 à I559 de notre Code Civil.

Voilà dans quelles conditions s'est introduit dans le Midi, lentement mais surement, le principe de l'inaliénabilité de la dot immobilière.

Interdic-tion de s'o-bliger sur les immeu-bles dotaux.

Nous avons assisté à l'avènement de l'inaliénabi-lité de l'immeuble dotal dans le Midi. L'inaliénabilité entraine en général l'interdiction de s'obliger sur les mêmes immeubles, puisque l'obligation n'est qu'une aliéé-nation éventuelle, et elle entraine aussi l'impresciptibilité, c'est à dire l'impossibilité pour l'acquéreur de confirmer son acquisition par la possession prolongée durant un certain laps de temps. A l'étude de l'inaliénabilité dotale, il faut donc ajouter celle de son imprescriptibilité.

L'impresciptibilité des immeubles dotaux.

Il y a deux cas différents dans lesquels on peut être tenté d'invoquer cette imprescriptibilité.

I°- Lorsque l'immeuble dotal est au mains d'un tiers possesseur qui l'a reçu du mari, il s'agit de savoir si

Source : BIU Cujas

Hypothéses où elle peut se présenter.

on ne doit pas considérer la nullité de l'aliénation comme devant s'éteindre par la prescription par l'acquéreur ? 2°- Puis l'autre hypothèse, est celle où un possesseutr se trouve posséder l'immeuble avant le mariage ou même pendant le mariage sans qu'il tienne sa possession du mari qui le lui aurait éliéné. Notre Code Civil consacre deux articles, dont un à chacune de ces deux hypothèses: art.I560 et I56I.

D'ailleurs, la distinction est bien ancienne, puisqu'on la réncontre déjà dans la législation romaine on les deux hypothèses visees par les articles du Code Civil sont separés.

aliénation de l'immeuble dotal par le mari. La prescription ne commence à courir qu'à partir de la dissolution du mariage.

Prenons la I° hypothèse: le mari a àliéné l'immeuble dotal et a mis un tiers acquereur en possession de cet immeuble. L'aliénation en principe est nulle. C'est le résultat du principe de l'inaliénabilité de l'immeuble dotal, mais cette nullité ne peut-elle pas être prescrite par l'acquéreur s'il n'y a réclamation en justice pendant un certain délai ? Il n'y a pas de raison pour ne pas accorder à l'état de fait, quand il se prolonge, le même effet ici que partout ailleurs. Mais la question est de savoir à partir de quel moment court le délai de prescription. On admet que le délai ne court pas tant que dure le mariage, puisque tant que dure le mariage la femme ne peut pas revendiquer son immeuble et qu'on ne peut prescrire contre celui qui ne peut pas agir. C'est précisément cette règle qu'on trouve déjà formulée dans le Code de Justinien (V.XII, De Jure Dotium L.30). La même règle s'applique d'ailleurs, non seulement dans le Midi, mais encore dans le Nord quand il s'agit de biens de la femme que le mari a aliéné sans le consentement de celle-ci. Dans le Nord, si le bien de la femme n'est pas aliénable par celle-ci, toujours est-il cependant qu'il n'appartient pas au mari de faire lui-même l'aliénation. Les Coutumes donnent la solution que le droit romain (Coutume du Perche, art.2I5 ; Coutume du Bourbonnais, T.III art.28; Coutume du Berry, T.XII, art I6) . Tous ces principes ne prètent donc guère à contestation . Cependant, surtout au Midi, comme aujourd'hui, une difficulté se présente quand, sans que le mariage soit dissous, la capacité de la femme se trouve accrue par la séparation de corps ou de biens; la femme recouvre alors l'administration,et dans une certaine mesure,la disposition de ses biens. Ne recouvre -t-elle pas alors le droit d'agir à cette même date, c'est à dire le droit, non pas seulement d'agir au possessoire qui lui appartient du fait qu'elle a l'administration de ses biens, mais celui

Quid en cas de séparation de biens.

Source : BIU Cujas

d'agir au pétitoire ? Certaines régions ont accepté pour la femme le droit d'agir au pétitoire après la séparation de biens.(Cf. Serre, Institutes de Justinien II, VIII, Ed. in 4°, p. I54). Ajoutons que si c'est là une opinion qui n'est pas inconnue, elle est cependant assez rare, et la majorité des régions du midi n'acceptent ce droit pour la femme d'agir qu'à la dissolution du mariage; en ce cas, la prescription ne commence à courir qu'à partir de ce moment. Pour la région de Bordeaux, Cf. Salviat, au mot Velleien In fine Ed. in 4°-,P.504 . Arrêt du 26 août I745- Audubert; Thèse Paris I9I8,p.I25 sur le régime dotal d'après la jurisprudence du Parlement de Bordeaux- Soulatges p. 279 Voilà pour le premier cas.

Cas ou l'immeuble est entre les mains d'un possesseur sans aliénation du mari.

2°- Le second cas est différent. Il s'agit du possesseur qui ne tient pas son droit du mari, par conséquent à propos duquel, il n'est pas question de l'inaliénabilité de la dot proprement dite. Cependant, on admet ordinairement la même solution parce qu'on estime qu'il serait singulier que celui qui n'invoque aucun titre sur quoi fonder sa possession, ait plus de droits que celui qui a acquis du mari. C'est pour cela qu'on admet de même que le bien devra être considéré comme ne pouvant être prescrit pendant la durée du mariage. Cf. Tryphoninus (Digeste, de fundo dotali, XXIII, V, I6) où le jurisconsulte à l'occasion de ce cas, fait pourtant une distinction qui vient immédiament à l'esprit ; Il se demande s'il n'y a pas lieu de traiter différemment celui qui a commencé à posséder avant le mariage et celui dont la possession est postérieure au mariage. Pour le premier il semble qu'on a tendance à le traiter plus favorablement,et comme déjà sa possession avait commencé alors qu'il était loisible de l'intérrompre; à considérer que cette possession continuera par la suite la même qualité qu'elle avait à son début ; la possession était valable avant le mariage, puisque le fonds n'était pas dotal. Le mariage a pu être ignoré par celui qui possédait, et surtout s'il était de bonne foi, on estime un peu dur de lui faire subir les conséquences de circonstances qu'il n'a pas nécéssairement connues. Il dépendant du mari de signifier au possesseur que sa possession ne valait plus rien. Or, dans l'espèce, il n'a rien signifié. C'est donc au mari qu'il convient de s'en prendre et non au possesseur quel qu'il soit. On accepte généralement,dans le Midi, cette exception à l'imprescriptibilité: l'immeuble devient prescriptible lorsque la prescription a commencé avant le mariage (Cf. Arrêts de Catelan, I. IV, ch.45) . On y voit tout le raisonnement que nous venons d'indiquer et que l'auteur fait en se fondant sur le texte de Tryphoninus (Soulatges, p.270, pour la Coutume de Toulouse).

Exception à l'imprescriptibilité en ce qui concerne les immeubles dont la prescription a commancé avant le mariage.

Pourtant, on doit ajouter qu'on semble avoir mis à

Source : BIU Cujas

cette prescriptibilité une condition, à savoir que le mari doit être solvable afin que la femme puisse obtenir de lui la valeur du fonds dotal qu'elle aurait perdu. En effet, l'inaliénabilité, et par conséquent l'imprescriptibilité ont été édictées dans l'intérêt de la femme. C'est une mesure de protection pour elle. Il faut que quelqu'un lui rembourse le prix, et ce quelqu'un doit être le mari, mais il faut que celui-ci soit solvable. Au sujet de cette condition, Cf. un arrêt du Parlement de Toulouse, (Cambolas,L.IV, Ch.27, arrêt du 26 juillet I620) Il y a même certaines coutumes, à la lisière des pays de droit écrit et des pays de coutumes (Auvergne T. XVII, art.5) qui acceptent la prescription du bien dotal, quelles que soient les circonstances où elle se produit, sous la seule condition que le mari sera solvable, et en pourra répondre; ici, l'atteinte à l'inaliénabilité est encore plus grande.

Enfin, quand au délai de prescription, il est généralement de 30 ans qui doivent s'écouler contre la femme depuis la dissolution.

Cette question de l'imprescriptibilité ramènée à ces élements rudimentaires a donné lieu, dans le Midi de la France, à de très grandes complications (Cf Roussilhe, Traité de la dot, ch.I6)

B- Le régime de la dot mobilière.

B- Nous n'insisterons pas davantage sur ce régime de la dot immobilière, du fonds dotal, pour en venir à la question plus délicate qui est celle du régime de la dot mobilière.

La dot en effet peut être constituée ou en meubles, ou en argent, et même on peut dire que cette constitution en argent, se rencontre en particulier souvent dans le Midi, où elle s'y est développée de très bonne heure,sous l'empire de tendances nobiliaires, pour conserver la terre à la famille et aux mâles. C'est en conformité, avec ces mêmes tendances que c'est du Midi de la France que nous est venue la renonciation à succession future des filles. Pendant longtemps cette dot en argent fut peu considérable. Sur ce point, les indications précises ne sont pas bien nombreuses. Il faudrait qu'on eut fait un dépouillement des archives des notaires, ce qui est loin d'être accompli. Cependant, nous pouvons donner quelques indications pour le Midi, notamment le Périgord (Dumas: La condition des gens mariés en Périgord)

Le développement de la dot mibilière dans le Midi sous une influence nobiliaire.

L' auteur signale que les dots en argent dans cette region, ont été d'une très grande modicité jusqu'à la deuxième moitié du XV° siècle. A ce moment, la richesse mobilière n'est guère développée en France; c'est seulement au XVI° siècle que c'est produit un gros afflux de numéraire par suite de l'exploitation des mines d' Amérique entrainant une dépréciation apprécia-

Source : BIU Cujas

ble de la monnaie et une grande circulation monétaire.

Au XV° siècle, la moyenne des dots en argent est de I5 à 20 livres, et au XVI° siècle elle passe de 60 à I00 livres. Peut-être même que la moyenne du Périgord est-elle très inférieure à celle des regions plus riches. Depuis le XVI° siècle, on a tendance dans toute la France à élever avec exagération la valeur des dots mobilières puisque un Edit intervenu en Janvier I563-I564, dans son art.I7; croit nécéssaire de limiter l'importance permise des dots: on ne doit pas donner plus de I0.000 livres de dot, sous peine de I000 écus d'amende. On sait bien que l'Edit n'a pas toujours été respecté; dans la pratique notariale, on rencontre parfois des dots de 50.000 livres (celle signalée par M. Dumas fournie en I564 à la nièce de Brantôme mariée à Claude d' Epinay.)Cela montre le changement qui s'est accompli dans la consistance de la dot en argent. A partir de ce moment, on s'est soucié d'assurer quelques garanties à la femme.

La situation de la dot mobilière à Rome.

A Rome, la dot était indifféremment mobilière ou immobilière; ces deux mots ont d'ailleurs juridiquement bien des traits communs. On se rappelle par exemple que les dots mobilière ou immobilière sont toujours la propriété du mari, qu'elles sont toutes grèvées ,à partir de Justinien d'une hypothèque au profit de la femme, parce que l'hypothèque dans la législation romaine frappe aussi bien les meubles que les immeubles. Pourtant, la condition des deux dots n'est pas exactement la même. Il suffit de se rappeler cette législation romaine intermédiaire longtemps appliquée dans notre ancien droit celle de la loi Julia. La prohibition d'aliéner et d"hypothèquer la dot, autrement que du consentement conjoint du mari et de la femme, ne s'applique qu' en principe qu'aux immeubles italiques, et si Justinien a étendu cette prohibition (Code Constitution de 530, D.R.U.A., 5.I3, Const.I, § I5), il ne l'a étendue qu'aux fonds provinciaux, mais pas aux meubles, lesquels étant la propriété du mari,peuvent être aliénés par lui ad libitum, et sans aucune intervention de la femme. A la fin du mariage, le mari peut les restituer en nature, et s'il les a aliénés il les restitue en valeur. Tel est l'état de la législation romaine au moment de la renaissance romaniste. Cette situation de la dot mobilière était déjà indiquée dans le Petrus (L.I,T.34, Ed. allemande Savigny, T.II,p.3I3) Le Petrus formule la règle en disant : "maritus dotem alienare potest,si " mobilis est, étiam sine consensu uxoris, aestima- " tione tamen reddenda uxori. "

Source : BIU Cujas

Garantie de restitution de la dot mobilière. La renonciation par la femme à son hypothèque légale et les restrictions qui y ont été apportées.

Supposons dans cet état de chose que le mari a aliéné la dot mobilière de sa femme. Celle-ci, dans ce cas court le risque de ne pas retrouver dans le patrimoine de son mari, à la dissolution du mariage, l'équivalent de sa dot, lorsque par exemple, le mari est insolvable. Aussi Justinien a-t-il accordé, en 529, sur les biens dotaux, et en 530, sur tout le patrimoine du mari, y compris la dot et la donatio propter nuptias, une hypothèque générale tacite, qui garantit la créance de la femme en reprise de la dot. Il a jugé bon d'aller encore plus loin, et d'accroitre ces garanties. L'empereur Anastase (C.IV,29,Ad.S.C.Velleiamum 21) avait validé la renonciation générale de la femme à son hypothèque légale au profit des créanciers hypothécaires du mari, ou de ses acquéreurs, pour leur permettre de prendre sur le bien le rang que la loi accordait déjà en principe à la femme. C'était une dégradation de la garantie accordée à la femme. La constitution allait même jusqu'à présumer la renonciation de la femme à son hypothèque, quand elle aurait assisté à l'aliénation et y aurait donné son consentement. Cette présomption rendait fréquente dans la pratique, la renonciation de la femme a son jus hypothecarum. C'est sur ce point spécial que Justinien a cru devoir revenir en arrière (D.R.U.A V.I3, Constitution unique ,§ I5); il restreint la possibilité pour la femme de renoncer et la présomption de renonciation aux seuls biens du mari autres que le fonds dotal italique et les immeubles provinciaux dotaux. Il n'y a que sur ce fonds italique et ces immeubles provinciaux, que subsiste inaliénable et pour toute sa créance dotale, l'hypothèque de la femme. En fait, cette hypothèque sur le fonds dotal italique ou provincial suppose que la dot était immobilière. Si elle était mobilière, l'hypothèque sur la dot n'est pas traitée autrement que celle qui porte sur les biens personnels du mari. De sorte que la garantie de restitution de la dot mobilière en fait, n'est pas véritablement de tout repos, puisque le mari peut d'un côté aliéner les meubles sans aucun contrôle, et d'autre part, que s'il est vrai que la créance en restitution est garantie par l'hypothèque générale sur toute la fortune mobilière ou immobilière du mari, la femme est pourtant autorisée a y renoncer. Elle est même censée y avoir renoncé quand elle a participé à l'aliénation du bien dont il s'agit. De sorte que, si en réalité, l'hypothèque suffit pour garantir le fonds dotal ou l'immeuble provincial, elle est insuffisante pour tout le reste, la femme ayant pu y renoncer.

Source : BIU Cujas

Voilà l'état de choses un peu subtil, tel qu'il résulte des modifications successives apportées pendant la durée de l' Empire Romain.

Qu'en est-il advenu par la suite ?

Renforcement de la protection de la dot mobilière chez les romanistes français du XIII° au XV° siècle.

L'Ecole romaniste française du XIII° au XV° siècle tenta d'élargir les garanties accordées à la dot mobilière en soutenant que si on est en présence d'un meuble qui ne se détériore pas et qu'on peut conserver, le mari ne peut pas l'aliéner tout seul.

Ceci est en harmonie avec la tentative que nous avons déjà rencontrée dans le cours de cette histoire de réveiller le droit de propriété de la femme sur sa dot, qu'elle soit mobilière ou immobilière.

Il faudra donc désormais,pour la validité de l'aliénation de cette dot le consentement de la femme, comme à Rome il le fallait d'après la loi Julia, pour celle des immeubles italiques et d'après Justinien, pour celle des fonds provinciaux. La femme d'autre part, peut consentir à cette aliénation pourvu, cependant que cette aliénation ne cache pas une intercession prohibée, parce qu'ici le sénatus- consulte Velleien pourrait être invoqué.

La doctrine de ces glossateurs ne laisse pas d'être assez complexe, mais elle offre à la femme, une garantie supérieure à celle que lui reconnaissait Justinien (Cf. Cynus sur c § I5, de la loi de R.U.A et au § de son commentaire et cum... Ed In F°, F°I90 Col,4) . Bartole a suivi sur ce point Cynus (C de R. U.A) Voici sa formule : " de jure Digestorum et Codi- " cis, solum modo alienatio fundi prohibita est, non " autem alienatio rei mobilis Hodie vera, per **banc** " authenticam sive a me ad S.C Vellejanum res dota- " les quae servari possunt,non possunt alienari." Les choses dotales qui ne se détériorent pas en les conservant,ne peuvent être aliénés.(Cf. au D. Titre Soluto matrimonio 24,III, loi I N° I8) Si le bien meuble a été aliéné, la femme garde sa rei-vindicatio, et on traite le meuble comme autrefois l'immeuble.

Cette doctrine un peu hardie s'est transmise à travers tous nos nouveaux post-glossateurs. Un des derniers d'entre-eux qui s'efforce le plus de rapprocher la législation romaine, telle que l'ont entendue les glossateurs, de notre législation française , Johannés Faber s'exprime de cette manière (Instit. Tit. quibus alienare licet vel non. N° 2-" in hoc " dic quod res quae pondéré, numero et mensura consis- " tunt, possunt alienare... alias non, nisi essent " date aestimatue... nisi essent res quae servando " corremperatur, quia non minus debet ci permitti " quam tutori cui hoc permittitur " Éd in f° F°4I,b) Les choses fongibles peuvent être aliénées, les au-

Source : BIU Cujas

tres meubles non, à moins qu'on en ait fait l'estimation dans le contrat de mariage (car estimation vaut vente) à moins qu'il ne s'agisse de meubles qui se détorierent en les conservant.

Tendance à reconnaitre l'inaliénabilité des meubles, même si le mari est solvable.

On voit le souci de l'auteur d'accorder à la femme la même garantie que l'on accorde au mineur vis à vis de son tuteur, et même, si on poursuivait cette lecture, on y verrait poindre déjà ce système que nous retrouverons plus loin et qui soumettra le droit d'aliéner du mari à la condition de sa solvabilité.

C'est un point qu'on a déjà touché à propos de l'imprescriptibilité de la dot. D'ailleurs, Johannès Faber rejette cette doctrine :" non multum appro-" bo. Durum enim est quod maritus, quantumcunique " solvendosit, possit rem dotalem quae de natura sui " est inalienabilis, possit alienare et videtur spé-" ciosi in manumissione servi". Il est en effet un peu dur de prétendre que le mari par cela seul qu'il est solvable ait le droit d"aliéner le meuble dotal qui de sa nature est inaliénable. Et il signale notamment comme exemple qui lui parait plus particulièrement grave le cas de l'esclave :" cela apparait par-"ticulièrement inacceptable dans le cas d'affranchis-"sement de l'esclave ". L'hypothèse de Faber pour cette époque est plutôt d'ordre théorique, car au XIV° siècle, l'esclavage est bien atténué. Mais il faut retenir cette affirmation de Faber que le bien meuble est inaliénable en principe,même si le mari est solvable.

Résistance à cette inaliénabilité à raison de la répugnance de notre ancien droit à admettre la revendication des immeubles. Droit du mari au XVI° S. d'aliéner les immeubles.

Voilà ce qui parait résulter de toute la doctrine des XIV & XV& siècles. La direction de cette doctrine est bien marquée. Elle incline a étendre aux meubles l'inaliénabilité,et une inaliénabilité analogue à celle qu'on a établie pour les immeubles. Il va de soi, si la tentative avait réussi, que c'eut été pour la femme une garantie complète. Mais cette garantie aurait entrainé, au profit de la femme, l'octroi d'une reivindicatio pour réclamer ses meubles au cas où ils auraient été aliénés par le mari sans son consentement. Notre droit ou plutôt notre pratique ne s'est jamais volontier résignée à l'exercice de cette reivindicatio mobilière. Elle l'a subie aux XIV°- XV° et même XVI° siècles, mais elle l'a subie de mauvaise grâce et elle est vite revenue à la prohibition de la reivindicatio. Aussi,la pratique a-t-elle dû voir sans faveur cette tentative.

Toujours est-il que, à partir du XVI° siècle, contrairement à la doctrine romaniste, on revient à l'affirmation antérieure. On ne parait plus douter que les meubles dotaux puissent être aliénés par le

Source : BIU Cujas

mari en toute liberté. C'est là un point qui dans notre ancien droit méridional parait avoir été généralement établi (Arrêts Catelan,L.IV,Ch.47).On verra là une espèce assez typique, où l'auteur recherche si les créanciers du mari peuvent faire sisir les sommes dotales qui seraient entre les mains des débiteurs de la femme, et qu'ils conserveraient à charge de les payer à première réquisition. Ce sont des créances qui appartiennent à la femme au moment de la constitution de dot, et qui sont tombées à la discrétion du mari par le fait de la dot. Mais elles ont conservé leur individualité, puisqu'elles n'ont pas été payées. Il s'agit de savoir si les créanciers du mari pourront saisir ces dettes entre les mains des débiteurs ? La raison alléguée au profit de ces créanciers, est que les créances de la femme sont des meubles, et que par conséquent, qu'elles sont la propriété du mari, et par suite le gage de ses créanciers Il y a eu sur ce point des arrêts rendus à plusieurs reprises par le Parlement de Toulouse, très significatifs, et qui valident la saisie (Arrêt du 30 mai I665 qui affirme que le mari peut céder ses obligations dotales comme tous les autres meubles qui lui appartiennent. Cf.Catelan,T.II,p.I23 et ss). On peut faire la même recherche pour les autres Parlements.

Tout ce circuit terminé,même au Midi, la femme qui a reçu une dot mobilière n'a donc pas une sécurité comparable à celle qui lui est offerte si la dot est immobilière. C'est parce qu'il en est ainsi, qu'on constate dans le Midi deux faits, qui modifient dans une certaine mesure en pratique l'état des choses. Nous les avons rencontrées déjà ailleurs: ce sont des moyens imaginés pour empêcher que la dot mobilière ne puisse être dissipée à son gré par le mari:

Moyens imaginés pour protéger la dot mobilière contre la dilapidation du mari. La clause d'emploi. L'assignat sur les biens du mari.

I°- Quand la dot est en deniers, souvent on impose au mari,par contrat de mariage, l'achat avec les deniers d'un immeuble qui remplace les deniers. C'est une clause de remploi.

2°- Ou bien on recourt au procédé de l'assignation . On assigne la somme sur les propres immeubles du mari, soit à titre d'assignat général qui grèvera tous ses immeubles sans exception, soit par un assignat particulier sur certains biens déterminés. Cet assignat prend dans le Midi une temme importance que parfois on exige qu'il soit vérifié par les prud'hommes (Dumas, pp. I34 à I44). Le supplément de garantie est notable si l'on admet que par l'emploi ou l'assignet la dot change de nature et devient une dot immobilière, car le droit de la femme sur l'immeuble dotal devient inaliénable, comme le décide Justinien.

Supposons que le créancier du mari saisisse

Source : BIU Cujas

l'immeuble de celui-ci, il se heurtera à l'opposition de la femme; pour parer à ce danger, les creanciers ont trouvé le moyen de faire consentir la femme à l'acte. Mais ce consentement, qui est une renonciation de la femme à son hypothèque sur l'immeuble dotal sera, pour sa validité, soumise aux restrictions que nous connaissons.

De même, si le mari veut vendre l'immeuble qui a étéassigné à sa femme, il sera obligé d'obtenir le consentement de sa femme,et même il devra faire accompagner ce consentement d'une renonciation au jus hypothécarium, qui nous ramène à la même hypothèse. Telle est la situation pendant tout le XV° siècle. Nous verrons qu'à partir du XVI° siècle, la renonciation de la femme à l'hypothèque qui garantit sa dot purement mobilière, à commencé,elle aussi, à être sans valeur.

La protection de la dot mobilière à Toulouse. la caution et l'adsignamentum

M. Dumas nous renseigne sur le Périgord. Si on se reporte à la région toulousaine (Soulatges et aussi l'Ancienne Coutume de Toulouse,) on voit apparaître pour mieux protéger la dot mobilière de la femme, un usage un peu différent et plus ancien(III° partie, T.II, art,I. Soulatges, P.346). C'est autrefois à Toulouse, un droit pour la femme qui a constitué une dot mobilière, d'obtenir un adsignam ntum, même quand il n'y a aucune clause dans le contrat de mariage le prescrivant, et cet adsignamentum sera fait par le consul ou le viguier. Ou bien, si la femme le préfère elle peut exiger de son mari, et cela est spécial à Toulouse, une caution de sa dot, caution qui vaudra pour la conservation de la dot et aussi pour sa restitution; la caution indiquée par le mari devra être solvable et donner toute sécurité pecuniaire. Ce cautionnement donnera à la femme une hypothèque ordinaire, même sur les biens de la caution hypothèque qui s'ajoutera à la garantie du mari.(III° partie, T.I, art.4). Voilà les deux usages de la région de Toulouse: d'une part, la caution nécessaire, d'autre part l'adsignamentum.

Ces usages sont tombés en désuétude sans être prohibés, mais à partir d'une époque qu'on ne peut fixer, peut-être au XVI° siècle, il est arrivé qu'on a exigé,soit pour l'adsignamentum, soit pour la caution, une clause particulière du contrat de mariage. (Soulatges p.361). Dès lors, c'est du côté de l'hypothèque légale qu'il a fallu chercher à fortifier la garantie de la femme.

Source : BIU Cujas

III- De l'hypothèque légale de la femme mariée.

C'est la deuxième garantie qui peu à peu s'est substituée dans le Midi à toutes les autres, qui s'applique à toutes les créances dotales et qu'on interdira à la femme d'aliéner. Ce sera l'inaliénabilité de l'hypothèque dotale qui arrivera à remplacer toutes les autres garanties pour la dot mobilière. Cette théorie de l'hypothèque dotale à donc été considérablement amplifiée depuis le droit romain, et c'est à son étude que nous arrivons.

Nous avons déjà rencontré cette hypothèque légale au Nord, et il est inutile de la reprendre ici par le détail. Mais il faut indiquer les particularités de cette institution au Midi.

Dans le Midi, l'hypothèque légale n'est pas apparue tout d'abord. On l'a vue se développer plutôt après la renaissance du XII° siècle. Antérieurement, dans le Petrus, il n'en est pas question. Pourtant, déjà dans certaines coutumes comme celle de Toulouse, on a édifié un système particulier qui suppléait à l'absence d'hypothèque (T.VII, Achats et ventes art.4, en ne prenant pas la traduction française parce qu'elle traduit par hypothèque des termes, qui dans l'original ne correspondent pas à cela. La traduction a été faite à une époque où l'hypothèque avait été introduite; le texte latin, lui, parle d'assignat). Chacun peut aliéner les créances qu'il posséde et sa chose mobilière sans la volonté de sa femme, à moins qu'il ne soit intervenu un assignat. " Quilibet potest vendere et donare et " alio modo alienare, ad suam voluntatem debita, quod "sibi debenhur et res suas mobilis, sine consilio et "voluntate uxoris suae, nisi tanem prima fuerit in il-"lis debitis vel relris mobilibus et immobilibus assig-"gnata."

Le podera-giun dans la Coutume de Toulouse, institution de garantie antérieure à la renaissance de l'hypothèque.

Cette garantie dont il s'agit est donc plutôt l'assignat; peut-être se rattache-t-elle a tout un régime dans lequel nous n'avons pas le temps d'entrer, mais qu'il serait intéressant d'étudier et où la pièce essentielle est le podéragium, une garantie immobilière usitée en matière de fief (T.I, IV° partie, art 4), accordée aux créanciers constitués :" de consilio " domini fendi". C'est une tentative pour organiser une hypothèque par l'intervention du seigneur. Dans ce cas, le créancier hypothécaire dont il s'agit est préféré à tous les autres créanciers, même de date antérieure. C'est tout ce système qui, dans la coutume de Toulouse à précédé l'hypothèque romaine, et qui disparutquand l'hypothèque romaine repris vigueur.

Nous devons nous demander: I°- quels sont les biens grevés par cette hypothèque ? - 2°- A quelles

Source : BIU Cujas

créances elle est attachée ? - 3°- A quelle date elle prend rang ?- 4°- Comment elle peut être écartée?

Caractère général de l'hypothèque de la femme Absence de droit de suite sur les meubles.

I°- L'hypothèque légale de la femme porte sur tous les biens du mari, qu'ils soient dotaux ou non, mobiliers ou non. Il y a seulement cette différence entre les biens mobiliers et les biens immobiliers que l'hypothèque sur les meubles ne donne qu'un droit de préférence et non un droit de suite. On prend à la lettre ,dans le Midi, la formule que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Par conséquent, l'hypothèque portant sur des meubles est opposable seulement aux créanciers du mari qui saisissent les meubles, et le créancier hypothécaire, c'est-à-dire la femme, peut être préférée à tous les autres créanciers, sur le prix des meubles vendus. Mais cette même hypothèque n'est pas opposable aux acquéreurs des meubles qui sont devenus propriétaires, et vis-à-vis desquels on ne peut exercer aucune revendication. Cette règle est générale, et dans son application à la femme, deux arrêts (Catelan, L.IV, T.26) ont été portés par le Parlement de Toulouse le 22 Août I666 et en Mai I676 (Catelan p. 69) Ces deux arrêts supposent que la femme exerce son droit de préférence vis-à-vis des créanciers du mari, puisque, au cas de liquidation après séparation de corps ou de biens, c'est l'objet du procès, on se demande seulement si les biens meubles ou les deniers, doivent être délivrés à la femme pour qu'elle en jouisse jusqu'à la dissolution du mariage, ou s'ils doivent au contraire, être confiés à un tiers de façon à être plus sûrement sauvegardés, mais sans mettre en doute qu'ils doivent être attribués à la femme par préférence aux créanciers.

Hypothèque sur les immeubles.

Lorsque l'hypothèque porte sur les immeubles dotaux, la femme a le choix; s'ils ont été aliénés, elle peut réclamer le prix d'aliénation, ou intenter, si elle le préfère, la reivindicatio pour reprendre les biens en nature. Dans certaines régions comme Bordeaux, on subordonne pourtant l'exercice de cette hypothèque par la femme à la nécessité de faire discuter auparavant tout le patrimoine du mari, puisque l'inaliénabilité des biens dotaux dans le Parlement de Bordeaux n'était imposée qu'en cas d'insolvabilité du mari.

Extension de l'hypothèque à d'autres biens que ceux du mari.

Cette hypothèque ne porte pas seulement sur les biens du mari. Parfois, en dehors de ce patrimoine, à Toulouse, un arrêt du 25 avril I693 reconnait que l'hypothèque de la femme porte sur le patrimoine du père du mari, du moment que celui-ci a consenti et a été présent au mariage de son fils, et que celui-ci n'était pas émancipé, c'est-à-dire, continuait de vivre dans la communauté familiale (Roussilhe, Traité sur la dot Ch.I3, § 4, p.224) . Dans certaines régions du Midi,

Source : BIU Cujas

comme Bordeaux, on va même plus loin, on sait qu'on y rencontre une partie assez fréquente de la société . taisible entre frères, quand le père est mort. Si cette société existe entre le conjoint et ses frères, les biens de la société seront grevés de la même hypothèque que les biens propres du mari (. Coutume de Bordeaux art.44) Cet avantage a été au XVIII° siècle trouvé exorbitant, et on s'est attaché à en restreindre l'application. A la fin du XVIII° siècle, on exige pour l'admettre, que la communauté soit universelle et que le mari n'ait pas de biens divis. L'hypothèque prend donc par son assiette, une plus grande importance que dans le Nord.

Créances garanties par l'hypothèque: la dot et l'augment de dot.

2°- L'hypothèque légale existe pour la restitution de la dot , et la dot dans ces pays peut être augmentée pendant la durée du mariage. Quelle que soit cette augmentation, la garantie est attachée à la dot tout entière; en outre, elle existe aussi pour l'augment de dot, qui est l'ancienne donatio propter nuptias ou qui correspond au douaire du pays coutumier. On l'accorde plus généralement pour toute espèce de gains de survie ,à défaut d'augment et même pour la restitution des paraphernaux si le mari en avait l'administration (Coutume de Bordeaux, art.45).

Rang de l'hypothèque au jour des conventions matrimoniales.

3°- Quand à sa date , comme dans le Nord, l'hypothèque légale part des conventions matrimoniales, ou bien s'il n'y en a pas, du jour de la bénédiction nuptiale. Cependant, pour les paraphernaux,elle ne date que de jour où le mari en a reçu la gestion, ce qui est naturel, puisque la gestion des paraphernaux appartient de droit commun à la femme. Enfin, s'il s'agit de dot, il faut que le mari l'ait reçue, qu'on ne l'ait pas seulement constituée, mais qu'on la lui ait payée, et que la femme en rapporte la quittance(Roussilhe p,213). Tout cela n'est pas bien différent de ce que nous avons rencontré dans le Nord.

L'hypothèque est tacite comme à Rome, On sait qu'à Rome, elle prend rang en principe à sa date, sans aucun privilège encore en l'année 530. Mais l'année suivante, en 531, un texte fameux, la Loi Adsiduis (Code qui pot in pign.VIII, 18-12) déclare que l'hypothèque sera privilégiée vis-à-vis de tous les créanciers du mari, à quelque date que remonte leurs créances. Par conséquent, la femme sera préférée mêmes aux créanciers du mari qui ont traité avec lui antérieurement au mariage. Au Nord, il n'a jamais été question d'accepter une pareille extension. On aurait trop craint d'accorder à la femme une protection excessive et aussi d'entraver la circulation des biens, ou d'en lever tout crédit, non pas seulement aux gens mariés, mais encore à tous ceux qui étaient mariables.

Source : BIU Cujas

Discussion entre les romanistes sur l'admission de la loi Adsiduis et le caractère privilégié de l'hypothèque.

Qu'en est-il advenu dans le Midi ? Sur ce point, parmi les glossateurs, il y a déjà eu des hésitations à accepter tout entière, la protection byzantine. Martinus acceptait la loi Adsiduis mais avec Bulgarus, une forte partie de la doctrine restreignit l'application du texte. L'hypothèque n'est privilégiée qu'à l'encontre des hypothèques légales et tacites, comme celle accordée notamment aux enfants. Mais le privilège ne peut pas être invoqué au détriment d'un créancier ayant une hypothèque conventionnelle, lorsque cette hypothèque conventionnelle a été constituée avant le mariage.

L'Ecole française romaniste qui a davantage le souci de la protection de la femme; rejette cette atténuation apportée par Bulgarus à la portée de la loi Adsiduis. Pierre de Belleperche et Cymus se rattachent à la doctrine de Martinus et acceptent l'application intégrale de la loi Adsiduis. Du fait de ces controverses, un mouvement de doctrine assez intense se produisit et on en trouve le résumé au XV° siècle dans le Recueil d' Aufrerius (Décisiones Capellanae, Tolosanae Q. 207, Ed. in 8°, F° I75) . Aufrerius signale que Johannes Faber qui était en contact très direct avec la pratique romaniste de chez nous, et appartenait à la région bordelaise, s'est séparé de ses maîtres et est revenu à la doctrine de la glosse et de Bulgarus -(Nouvelle Revue Historique de Droit I902, p.57 et ss).

Admission à Toulouse du privilège de la loi Adsiduis, mais en restreignant l'application.

Quand arrive le XVI° siècle, on est encore incertain sur l'application de cette loi Adsiduis. Les Parlements de Grenoble, de Bordeaux, d'Aix, et de Paris, l'écartèrent complètement, tandis qu'une autre région, celle de Toulouse, l'accueillit. C'est seulement dans le Languedoc que la question de la loi Adsiduis a continué d'être discutée. D'ailleurs, dans la région de Toulouse, si on a accepté le privilège de la loi Adsiduis, on en a atténué l'application au moyen de correctifs qui ramènent tout près des solutions données par les glossateurs.

D'après Soulatges, la loi Adsiduis s'applique bien en principe, mais pour qu'on puisse l'invoquer, il faut : -I°- que la dot n''ait pas été seulement promise mais payée, et que le paiement de la dot soit prouvé par la femme.

2°- Il faut que le créancier avec qui la femme se trouve en conflit ait une hypothèque générale tacite antérieure au mariage -(on revient à la doctrine de Bulgarus) . Si l'hypothèque invoquée par le créancier, qui est en conflit avec la femme est une hypothèque conventionnelle et que sa date soit antérieure au mariage, ledit créancier sera préféré à la femme.

3°- Enfin il faut, même si le créancier a une hupothèque tacite, qu'il n'ait pas, avant le mariage,

Source : BIU Cujas

averti la femme de l'existence de son hypothèque. Le créancier peut en effet écarter le privilège que la loi Adsiduis accorde à la femme, en faisant ce qu'on appelle une dénonce, c'est-à-dire une signification de l'existence de l'hypothèque légale. Cette dénonce doit être faite à la fiancée, et même on exige qu'elle soit faite à la personne de la fiancée. Si elle était faite à d'autres, pour lui être communiquée, la dénonce ne vaudrait rien, et le bénéfice de la loi Adsiduis, resterait acquis à la femme -(Soulatges p. 250 et ss). Les fiancées employaient certaines ruses pour qu'on ne puisse pas les joindre à temps et leur faire la " dénonce". Certaines allaient jusqu'à se marier la nuit pour dépister les créanciers. Enfin, si la dénonce a été utilement faite par le créancier exposé au privilège, on procède d'une façon un peu singulière; malgré la dénonce la femme est colloquée à son rang privilégié. On emploie donc en principe, le mécanisme de la loi Adsiduis. Puis, quand on a colloqué la femme au rang qui lui revient, on feint que la femme à cédé son rang en dénonçant. On met la femme aux lieu et place du dénonçant, et celui-ci aux lieu et place de la femme. Celui-ci aura donc ainsi le rang privilégié de la femme, mais la femme ne sera pas sans courir un risque inattendu, si celui qui a fait la dénonce ne se trouvait pas en rang utile pour être payé. S'il y avait par exemple d'autres créanciers d'une date antérieure au dénonçant, il se pourrait que ses créances anterieures suffisent à absorber la partie de la valeur du bien que le paiement du creancier dénonçant, subsitué à la femme, libérerait. Il pourrait donc se faire que la femme ne parvienne pas à obtenir son paiement, à cause des créances contre son mari antérieures au mariage, et préférables à celles du dénonçant. (Cf. Henrys, IV° partie,Q. I58- Oeuvres- T.II,p.I70). Voilà à peu près la physionomie que présente le Midi relativement à cette loi Adsiduis. Il en reste en somme fort peu de chose puisque la plupart des Parlements en rejetaient l'application et que la région de Toulouse, tout en l'admettant, y apportait, de diverses manières bien des tempéraments.

De la renonciation de l'hypothèque; en principe, elle n'est pas interdite.

4°- Reste enfin une dernière question : comment une femme peut-elle se soustraire au bénéfice de cette hypothèque légale qui lui appartient. C'est à vrai dire le point le plus délicat parmi ceux qui se rattachent aux questions étudiées antérieurement, notamment à l'aliénation de la dot.

Le procédé usuel pour faire disparaître un bénéfice au Moyen Age, c'est la renonciation. En principe, cette renonciation à l'hypothèque légale n'est pas interdite; elle est permise.

On a déjà signalé des exemples de renonciations

Source : BIU Cujas

qui nous sont fournis dans le monde romain par Justinien lui-même (Code Ad. S.C.Well IV, 29 c. 2I- Loi Jubemus. et C.II) Ces deux constitutions prévoient l'une et l'autre, chacune une hypothèse différente.

Les textes sur la renonciation en Droit Romain.

Le I° texte le plus célèbre, celui de la loi Jubémus prévoit une renonciation spéciale faite à son hypothèque par la femme au profit d'un acquéreur quand c'est le mari qui aliéne l'immeuble ou le meuble dotal, ou bien au profit d'un créancier hypothécaire du mari, renonciation par la uelle la femme promet de ne pas invoquer son hypothèque légale à l'encontre dudit acquéreur ou créancier.

Le second texte suppose une renonciation générale faite par la femme qui declare qu'elle ne se prévaudra jamais contre personne du bénefice de l'hypothèque légale que la loi lui octroie.

Ces deux textes ont été le point de départ de toutes les renonciations dans le monde Byzantin. Cependant Justinien, postérieurement, dans une Novelle Célèbre, la Novelle 6I, a interdit la renonciation à l'hypothèque dans la mesure où elle porte sur le fonds dotal, ou sur la donatio propter nuptias, en maintenant la validité de cette renonciation dans la mesure où elle grève les autres biens du mari. C'est une solution corrélative de l'inaliénabilité, soit de la dot, soit de la donatio propter nuptias. On ne peut pas plus autoriser la femme à renoncer à l'hypothèque sur le patrimoine dotal qu'on ne l'autorise à renoncer à la propriété des biens dotaux. Mais la faculté de renoncer à l'hypothèque subsiste au profit de la femme, pour tous les autres biens du mari.

Arguments invoqués au Moyen Age contre la validité de la renonciation.

Qu'est devenue plus tard, cette renonciation ? - De bonne heure on a tenté d'en combattre la validité Au Moyen Age, on a usé d'un double argument répété indifiniment par les divers jurisconsultes. Tout d'abord a-t-on dit, la renonciation de la femme à son hypothèque doit être annulée parce qu'elle est en opposition avec le Senatus-Consulte Velléien. Et voici comment on arrive à justifier cette proposition ; la renonciation de la femme à son hypothèque l'expose en en effet, à subir un dommage dans ses biens puisque-elle ne se fera pas rembourser, et ce dommage elle le subit au profit de son mari contre lequel elle a une créance, ou au profit du creancier de son mari, ce qui revient au même. Le résultat final de cette renonciation est donc d'imposer à la femme l'obligation de laisser aux mains d'un créancier de son mari et à l'acquit de celui-ci, un bien qui ferait partie de sa fortune. Au fond, elle est lésée de la même manière que si elle avait contracté une obligation au profit de son mari et qu'elle ait été contrainte à la payer.

Source : BIU Cujas

Elle s'appauvrit pour libérer son mari, puisque c'est un créancier de celui-ci qui bénéficiera de cette renonciation. Le résultat est analogue à celui d'une intercession prohibée. Donc, il ne doit pas être plus toléré que l'intercession elle-même.

Voici le second argument qui met en jeu aussi une des règles de la législation romaine en matière de raports entre époux. Par la renonciation, la femme procure au mari un avantage sans contre-partie qui constitue une libéralité. Dès lors, on peut considérer cet avantage comme étant contraire au principe que les donations entre époux sont interdites ou révocables, et par conséquent, il est impossible de le pleinament valider.

Arguments pour valider la renonciation.

Toutefois, ce double raisonnement est souvent écarté. On écarte le I° relatif au Sénatus-Consulte Velléien on disant que l'opération dont il s'agit n'est pas une véritable intercession au sens du Velléien, parce que sans doute l'intercession est bien en appauvrissement de la femme, mais cet appauvrissement éventuel doit s'accomplir au moyen d'une obligation qu'elle contracte. Elle consent à assumer la charge de cette obligation parce qu'elle a l'illusion de croire qu'elle ne paiera jamais cette dette pour laquelle elle s'oblige. La loi redoute pour elle, non pas tant l'appauvrissement que la forme insidieuse que cet appauvrissement revêt ici. Or, il n'y a aucun engagement de la femme, aucune illusion possible; elle sait très bien ce qu'elle abandonne. Le résultat, quand à l'appauvrissement de la femme est le même, mais n'empêche cependant que le consentement de la femme à cet appauvrissement est beaucoup plus éclairé.

Quand au second ordre d'argument qui a trait à la prohibition des donations entre époux, Azo nous donne lui-même la reponse : pignoris remissio non est donatio ..... La remise d'un gage par le créancier qui s'en dessaisit n'est pas une donation ..... En effet, le créancier ne donne rien puisqu'il conserve son droit de poursuite pour toute la créance; on sait bien tout de même que ce droit de poursuite n'a de valeur que dans la mesure où le mari débiteur est solvable. Il ne sert plus à rien si le mari ne peut faire honneur à ses engagements. C'est pour cela qu'on a donné une garantie il va de soi que celui qui se dessaisit d'un gage abandonne une richesse éventuelle dont il pourrait se saisir N'empêche pourtant que la donation, si donation il y a n'est qu'éventuelle, et que rien n'établit que la loi romaine prohibe jusqu'à l'éventualité d'une donation.

Persistance de la validité de renonciation du XIII° au XVI° S.

Voilà un exemple des discussions auxquelles on s'est livré sur tous ces points, pendant plusieurs siècles. Quoiqu'il en soit, la faveur dont les renonciations ont joui chez nous du XIII° au XVI° siècle, nous

Source : BIU Cujas

explique pourquoi on en a, en fait, maintenu la pratique et pourquoi la validité de la renonciation pendant les XIII°, XIV° et XV° siècles, même ches les Romanistes ne fut jamais pleinement rejetée . Pendant tout ce temps, on en discuta avec une certains passion . (N.R.H.D, 1902, p.57 et ss)

Conditions mises à cette validité, subordonnée notamment à la solvabilité du mari (Badeaux)

Les deux opinions ne parvenant pas à se détruire l'une l'autre, vers la fin du XV° siècle, Jacobus de Arena commença à esquiser les termes d'une transaction qu'on peut prévoir . La renonciation, à supposer qu'on la veuille regarder comme valable, ne pourra l'être que si solvendo sit maritus , que si le mari est solvable ; cette condition fit son chemin, si bien que, tandis que Jacobus de Arena ne l'appliquait qu'à la renonciation à l'hypothèque sur les biens dotaux, Bartole l'étendit à toute renonciation quelconque à l'hypothèque de la femme sur les biens du mari . Le Romaniste Paulus de Castro en fixa la doctrine au XV° siècle . Mais c'est seulement au XVI° siècle, au Midi, que s'organisa définitivement la théorie moderne de la renonciation à l'hypothèque légale de la femme mariée .

Au XVI° siècle, le président Favre finit par mettre à la validité de la renonciation deux conditions : I°- une renonciation expresse; 2°- que le mari soit solvable, non pas au jour de la renonciation, ce qui serait sans intérêt, mais au jour de la restitution . Si cette solvabilité n'existe pas, l'hypothèque survit à la renonciation, et la femme pourra par conséquent,user de son privilège.

Après ces longues explications, om comprendra comment la Coutume de Bordeaux a fini, précisément,par accepter elle aussi,la solution préconisée par tous . L'art. 53 de cette coutume ne fait guère que répéter ce que les romanistes ont élaboré : " Si la femme consent " à l'aliénation des biens du mary et renonce à l'hypo- " thèque, ce nonobstant, elle pourra demander son dot " sur lesdits biens , s'il n'y a autres biens suffisants " au payement, et ne pourra renoncer à la coustume; mais " si elle avait juré, seroit requise avoir dispense . Ed " idem des biens propres de la femme "

La condition de la solvabilité du mari est expressément indiquée, et même on n'admet pas que la femme par un complément de renonciation, puisse abandonner cette dernière garantie, c'est à dire déclarer qu'elle ne réclamera rien si son mari etait insolvable .

Usage frequent d'accompagner ces renonciations d'un

Ces renonciations ont été en général accompagnées de serment,et on s'est demandé si la renonciation jurée de la femme n'aurait pas plus d'effet qu'une simple renonciation ordinaire ? -

Source : BIU Cujas

serment.

Il en a été ainsi jusqu'au XVI° siècle , Plus tard, on admit qu'il suffit, pour libérer la femme de son serment, qu'elle en obtienne dispense . Cela tient, à ce que d'une façon générale, l'efficacité du serment est décroissante chez nous depuis le XV° siècle, et dis parait presque complètement après le XVI° siècle.

Cette doctrine de la Coutume de Bordeaux, on la retrouve de même en Auvergne (T.XVIII, art.I et 2 tiré de la Pratica de Masuer).

L'influence du droit canonique; le canon pervenit; exigence de la solvabilité du mari au jour où la femme agit.

Reste à dire le rôle qu'à joué le droit canonique dans toute cette transformation. L'évolution a été favorisée par la doctrine canonique qui a pris pour point d'attache un caon des décrétales de Grégoire IX, le Canon pervenit (Décrétales L.III,T.I7, De Emptione et Venditionne, C.4). Ce canon est presque simplemant une transposition de l' Authentique sive a me et de la décision de Justinien à propos de la donatio propter nuptias . Les commentateurs ont étendu la solution donnée par la papauté à la dot, de sorte qu'il s'est produit, à propos du canon " pervenit"le même phenomène que pour la loi sive a me. Sur toute cette marche du droit canonique en cette matière , Cf Commentaire de Panormitanus du Canon pervenit, Ed In F°, F° 78, A N° 2- On notera que Panormitanus est très près de la conclusion à laquelle sont arrivés les Romanistes, et que les Coutume de Bordeaux et d' Auvergne ont sanctionné, c'est-à-dire que pour valider la renonciation, lui aussi exige la solvabilité du mari, et il l'exprime clairement en disant :" Non solum tempore contractus sed étiam tempore quo uxor agit seu agere potest ". Cf. Etude de Boyé N.R.H.D.F. I924,pp.476 et ss,sur la destinée de la Novelle 6I). L'auteur nous renseigne sur toute l'évolution de la doctrine canonique (Cf. Aussi article de M. Noailles sur cette Novelle et l'inaliénabilité dotale, Annales de Grenoble I9I8, p;45I et de I9I9, p.I6I) La solution de la région de Bordeaux n'est pas douteuse. C'est pour tous ces précédents que fut suggérée la jurisprudence du Parlement de Bordeaux. Elle est a retenir, parce que c'est sur elle que c'est fondée la doctrine de l'inaliénabilité de la dot mobilière dont la pièce maitresse est l'interdiction faite à la femme de renoncer à son hypothèque légale .

L'interdiction de renoncer à son hypothèque légale faite à la femme mariée, s'applique aussi bien à l'hypothèque attachée à la créance en restitution des immeubles dotaux qu'à celle qui assure la restitution de la dot mobilière ,Mais elle offre beaucoup moins d'interêt pour la dot immobilière que pour la dot mobilière . En effet,la restitution de la dot immobilière est d'abord et avant tout assurée par l'octroi d'une rei vindicatio que la femme peut exercer contre l'acquéreur

Source : BIU Cujas

de l'immeuble dotal mis en possession . C'est seulement si la femme ne tient pas à recouvrer son immeuble dotal en nature, que la femme, pour s'en faire restituer le prix, invoque son hypothèque légale, en tenant pour bonne l'aliénation qu'elle pourrait faire annuler. L'hypothèque n'est donc pour la femme qu'un moyen subsidiaire . Et la renonciation à cette hypothèque est loin de laisser la femme démunie de tout recours et de toute sauvegarde .

Il en est autrement pour la dot mobilière . On admet en effet que le mari a conservé sur les meubles tout pouvoir de les aliéner; on considère qu'au sujet de ces meubles, la femme ne conserve en cas d'aliénation aucune rei vindicatio pour en recouvrer la possession; elle n'est investie à leur sujet que d'une créance en reprise de la valeur de ces meubles garantie par une hypothèque. Et même cette hypothèque n'engendre sur les meubles eux-mêmes qu'un droit de préférence . De sorte que si l'on veut empêcher la femme de se démunir de tout recours et de courir à plein le risque de l'insolvabilité de son mari, c'est cette hypothèque qu'il faut lui interdir d'abandonner La question de la renonciation de la femme à l'hypothèque légale, devient donc en ce cas particulièrement angoissante. C'est sur elle que s'est transportée la garantie de l'inaliénabilité attachée pour les immeubles au bien lui- même.

On ne l'a nulle part dans le Midi aussi bien aperçu qu'à Bordeaux. Ailleurs, la règlementation est restée beaucoup plus flottante.

Pour la région de Toulouse, les meubles dotaux sont au mari puisqu'ils sont le gage de ses créanciers. Pourtant, l'hypothèque légale de la femme est bien moins solidement organisée. Dans la mesure ou l'hypothèque grève les meubles dotaux, la femme a seulement le droit de s'opposer à leur saisie et à leur vente , de les distraire et de se payer par préférence sur sur le prix. Mais ce droit disparait si les meubles ont été aliénés et livrés par le mari . Quant à la renonciation à l'hypothèque, portant sur tous les biens du mari, elle n'a pas été élaborée de la même manière : elle n'est pas soumise aux mêmes rigueurs que dans la région de Bordeaux . (Soulatges, P. I35 et ss .)

Quant au Sud-Est, dans la Provence, (Cf. Julien, P. 57, N° 28) on a tiré l'incapacité de la femme de renoncer à son hypothèque sur les biens du mari si le mari est insolvable, de l'inaliénabilité générale de la dot qu'elle soit mobilière ou immobilière; c'est pour soutenir et réconforter ce principe général d'inaliénabilité que la renonciation a été généralement rejetée . Dans l'ensemble, on peut

Source : BIU Cujas

donc dire que l'aspiration à une garantie totale de la femme s'est manifestée dans toutes les régions du Midi, aussi bien pour la dot mobilière que pour la dot immobilière; mais que cette garantie, pour la dot mobilière en particulier, ne s'est organisée solidement et rationnellement que dans le ressort du Parlement de Bordeaux. C'est la Jurisprudence de ce Parlement qui a été le point de depart de toute notre doctrine actuelle de l'inaliénabilité de la dot mobilière qui signifie en principe, non pas que les meubles ne peuvent être aliénés, mais que les garanties accordées à la femme, notamment sur son hypothèque ne peuvent faire l'objet d'une renonciation.

l'intérêt de la question de la renonciation à l'hypothèque concernant la dot mobilière

Telle est cette doctrine assez subtile et péniblement élaborée de notre Ancien Droit, relativement à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Nous en avons fini avec l'étude de la dot. Il ne nous reste plus qu'à examiner rapidement la dernière garantie offerte à la femme : le bénéfice du Sénatus Consulte Velleien.

IV.- L'incapacité de la femme et le bénéfice du Sénatus Consulte Velleien

Cette garantie consiste dans l'incapacité de la femme de s'obliger pour autrui, laquelle incapacité est sanctionnée par une exception que la femme peut opposer à l'engagement contracté par elle au mépris du Sénatus-Consulte.

Au cours des II° et III° siècle, à Rome, la pratique a écarté souvent l'application du Sénatus-Consulte, au moyen de renonciations considérées comme efficaces. Mais sous Justinien, ce Sénatus Consulte a été revivifié et même aggravé dans le cas où la femme s'obligerait, non pas pour autrui, mais pro marito. Dans ce cas, l'intercessio est condidéré comme nulle de plein droit, sans que la femme ait besoin de recourir à une exception. Elle ne vaudrait qu'en prouvant que l'engagement que la femme a pris, est dans son propre intérêt. On retrouvera dans toute cette réglementation de Justinien, dans le Novelle I34 (Ch.VIII) où elle est édictée. Cette Novelle I34 est résumée dans ses grandes lignes dans l' Authentique si qua mulier souvent citée par nos anciens auteurs, insérée au C. Justinien, IV, 29, AD, S.C. VEL.

Le S.C. Vélleien - et l' Authentique si qua mulier.

Cette Authentique constitue d'abord une garantie supérieure à celle qu'offrait le sénatus- consulte Velleien dans les rapports du mari et de la femme, mais elle va même au délà de l'inaliénabilité dotale telle que nous la connaissons. En effet, l'inaliénabilité dotale ne s'applique qu'aux biens dotaux, ne protège que ces biens, tandis que l' Authentique prohibant et annulant toute obligation de la femme au profit de son mari, en repoousse l'exécution, non seulement sur les biens dotaux, mais même sur les para-

Source : BIU Cujas

phernaux. C'est en ce sens que cet Authéntique va au delà même de l'inaliénabilité de la dot. A ce titre l' Authentique " si qua mulier " est la caractéristique laplus aigüe du régime romain puisqu'elle a pour mission d'empêcher la femme d'aider son mari, et de séparer le plus complètement qu'il est possible les intérêts du mari de ceux de la femme. Elle est donc en opposition plus complète que toute autre mesure avec les tendances chrétiennes de fusion des patrimoines.

La pleine capavité de la femme avant la renaissance Irnerienne. Remise en application aprés celle-ci du Vellérien. Difficultés soulevées en pratique par les renonciations; conditions mises à leur validité.

Avant la renaissance Irnérienne, au Midi comme au Nord, on avait négligé ce Sénatus -consulte et la capacité de la femme etait admise à l'égard de tous, au profit de son mari comme d'autrui. Cela résulte d des textes nombreux des Cartulaires. Mais la renaissance du droit romain ramena la législation vers les conceptions romaines. On se mit à appliquer l' Authentique si qua mulier et on prohiba toute aide pécuniaire de la femme au mari, en le présumant intercessio. On alla même jusqu'à considérer comme nulle la renonciation à ctte protection. Toutefois, il est vrai qu'on fit retour à la législation de Justinien qui protégeait le plus la femme, ce retour ne s'est pas opéré sans quelques difficultés. Les renonciations au Sénatus Consulte Velleien ,remontent haut dans le passé; très loin, puisqu'on les pratique à Rome, à la fin de l'époque classique. Dans le Midi, au Moyen - Age, et même après la renaissance Irnérienne les renonciations au Sénatus-consulte Velleién et à l' Authentique si qua mulier, furent très répandues, aussi répandues aux X III° et XIV° siècles dans le Midi que dans le Nord. Les Romanistes, en présence de ces renonciations tentèrent une conciliation :on considérerait la renonciation comme valable à deux conditions :: I°- tout d'abord que cette renonciation fut contenue dans un écrit solennel, afin qu'on fut bien sûr que la volonté de la femme était bien d'abandonner sa garantie, puis: 2°- que le notaire eût soin d'avertir la femme des conséquences de sa renonciation (certioratio). Cependant; une bonne partie de la doctrine hésita, même aux prix de ces deux conditions, à valider la renonciation à l' Authentique si qua mulier en acceptant la transaction pour la renonciation au sénatus-Consulte. La lutte fut longue. Au Nord, la renonciation au Sénatus-Consulte Velleien et à l'Authentique triompha et aboutit à l' Edit de I606 qui abrogeait le Velleien, ou plotôt considérait la renonciation au Vélleien, sous tous ses aspects, comme toujours sous entendue. Mais cet Edit ne fut pas enregistré dans les Parlements du Midi et là le Vélleien triompha (N.R.H. I90I). La pratique ne fut d'ailleurs

L'Edit de I606 sous le Velleien- Résistances des Parlements du Midi Admission de S.C) au Midi, même

Source : BIU Cujas

à Toulouse.

pas uniforme dans le Midi, en ce sens que le Sénatus-consulte y fut plus ou moins rigoureusement observé suivant les Parlements. Le Parlement qui semble avoir été le moins docile aux directives romaines est celui de Toulouse . Certains auteurs vont même, dans ce Parlement, jusqu'à prétendre que le Sénatus-Consulte Velléi en n'y fut pas accepté, et par consequent que la situation est la même qu'au Nord .(Cf. D'Espeisse, I° partie, T II Des Cautions, N° 2 p. 600) De fait, la chose n'est pas douteuse, l'Ancienne Coutume de Toulouse,qui nous permet de fixer quel état du droit avant la Renaissance Irnérienne, est formelle dans le sens de l'abandon possible du Sénatus Consulte, de son inapplicabilité. Cf, Ancienne Coutume, II° Partie, T.I art.2 Soulatges p;I32):" uxores se posunt obligare creditori seu creditoribus cum maritis, seu pro maritis ": les épouses peuvent s'obliger envers des creanciers, soit avec leur mari, soit au nom de leur mari .....Et valet et obtinet earum obligatio quam vis, in obligatione non praettiterint juramentum, nec spécialiter nec generaliter renuciaverint juri suo ".Cette obligation vaut, et a son efficacité, quoique la femme n'ait pas prêté serment d'executer l'obligation, et à supposer même qu' elle n'ait renoncé,ni spécialement,ni généralement au droit que lui confère le Senatus-consulte. Le texte n'est pas douteux, même quand il n'y a eu aucune renonciation au Sénatus-consulte, même quand on n'a pas use du serment du débiteur qui s'engage à respecter l'obligation , la femme est tenue de son obligation; elle ne peut pas invoquer le bénéfice du sénatus-consulte. Tel est le texte de la Coutume . Mais si on se reporte au commentaire qu'en fournit Soulatges, on voit que l'auteur déclare que cet article n'est pas observé à Toulouse n'y dans les autres pays de droit écrit. Il est jugé contraire au Sénatus-consulte Velleien, et à la jurisprudence des cours souveraines . Ainsi, d'après Soulatges, la Coutume de Toulouse elle-même accepte le Velleien et y soumet la femme .Mais si la femme s'est néanmoins obligée au mépris du Velleien, il lui faudra recourir à certaines formalités pour pouvoir invoquer la protection. Ainsi, I°-tout d'abord elle devra obtenir des lettres royaux de rescision, lettres de petite Chancellerie délivrées au Parlement et signifiées au créancier dans un delai déterminé, de IO ans, faute d'avoir réclamé dans ce délai contre son engagement,la femme sera considérée comme ayant perdu le droit d'en contester la validité . Quand au point de départ de ce délai de IO ans accordé à la femme, il varie suivant que l'intercessio a eu lieu pour un étranger ou au profit du mari . Au premier cas, le délai de IO

Situation de la femme obligée contrairement au S.C conditions auxquelles elle peut faire valoir la nullite de son engagement.

L'usage des lettres royaux.

Source : BIU Cujas

ans court du jour de l'acte car il n'est pas démontré que le mari empêche sa femme de réclamer contre cet acte . Si l'intercessio a eu lieu pro marito,le délai de IO ans ne court que de la dissolution du mariage, puisque la femme est censée n'avoir pas eu toute liberté pour réclamer . Voilà un premier point .

2°- La confirmation que la femme pourrait faire de l'obligation qu'elle a contractée et qu'il est d'usage de demander dans les deux ans qui suivent l'engagement, n'aura d'effet que pour l'engagement contracté au profit d'un tiers et non pour celui contracté au profit du mari. Contre celui-ci, la femme gardera, malgré la confirmation, pendant IO ans la faculté de se servir du bénéfice du Velleien .

3°- Le Velleien cessera pour les engagements de la femme ayant revêtu une forme commerciale, pour les billets à ordre ou lettres de change, ou lorsque la femme aura contracté pour tirer son mari ou son fils de prison; ou encore pour nourrir ses proches ou pour toute oeuvre que le coeur pousse légitimement à accomplir.

4°- Enfin, la rénonciation au Sénatus consulte Velleien est considérée comme n'ayant aucube valeur (Catelan ,T.IV, Ch,I) Pourtant, bien qu'en principe la renonciation au Sénatus consulte Velleien ne vaille rien, si la femme a témoigné ne pas vouloir user du bénéfice que la loi romaine lui accorde, et si elle meurt sans l'avoir réclamé, on admet que ni ses héritiers, ni ses creanciers ne peuvent l'invoquer en son nom. Voilà le règlement général applicable au Sénatus-consulte Velleien dans le Toulousain, et la mesure où il a subsisté .

Ajoutons que le Sénatus-consulte Velleien à Rome n'avait pas pour effet de rendre incapables seulement les femmes mariées, mais qu'il protégeait même celles qui ne l'étaient pas . A Toulouse, on admet que le Sénatus consulte pourra bénéficier aux femmes non mariées qui se seraient obligées pour, ou avec leur père.

Tel est l'état du droit dans le région de Toulouse à la fin du XVIII° siècle.

La pratique du S.C.Velleien dans le Parlement de Bordeaux. Conditions mises à son application paralysée en fait par l'usage des renonciations.

Une autre jurisprudence voisine, est celle de la région Bordelaise (Cf,Salviat, p.498 et ss) .Comme à Toulouse,on n'accorde en principe et de plein droit, aucune restitution à la femme contre son obligation, Il faut,pour qu'elle puisse bénéficier du Sénatus-consulte des lettres de petite Chancellerie reclamées et signifiées dans les IO ans de l'acte, en distinguant seulement selon que la femme s'est obligée pour elle ou pour autrui . Si la femme s'est obligée pour elle, aucune lettre de rescision ne pourra être réclamée, pourvu qu'elle soit majeure et ne soit pas mariée . Si elle est mariée, les obligations qui tombent sur ses

Source : BIU Cujas

paraphernaux sont concidérees comme valables et sans restitution possible ; il n'y a pas application du Sénatus-consulte. Quant aux applications tombant sur les biens dotaux, on les considère comme nulles, à moins que ce ne soit pour tirer le mari ou le fils de prison . On ramène ainsi l'application du sénatus-consulte a peu près au domaine de l'inaliénabilité dotale . Si la femme s'est obligée pour autrui, elle est toujours relevée de son obligation, qu'il s'agisse d'obligation portant sur ses biens dotaux, ou qu'il s'agisse d'obligation portant sur ses paraphernaux . En outre, si la femme prétendait se servir du sénatus-consulte Vélleien, elle devrait le faire dans le même délai de IO ans qui courra depuis la dissolution du mariage si le mari est engagé.Si le mari n'est ni garant,ni intéressé, ou si l'obligation porte sur les paraphernaux, alors les IO ans courront du jour de l' acte, toujours pour la même raison, parce qu'on ne suppose pas, dans ce cas, que le mari détourne sa femme de l'exécution de ses engagements

Quant à la renonciation au Sénatus-consulte ou à l' Authentique, elle parait valable puisque Salviat, (p.5I2) déclare que le bénefice du Velleien est presque toujours inutile: " par la renonciation que la femme " y fait ", et il ajoute que la renonciation est dans le style de tous les contrats. De sorte que s'il est vrai que le Sénatus-consulte fonctionne théoriquement, il est à croire, d'après cette dernière affirmation de Salviat, que dans beaucoup de cas, en pratique, le sénatus-consulte est écarté par la volonté des parties .

Le S.C. dans les autres Parlements du Midi. L'usage des lettres royaux; validité des renonciations .

Ce sont là les deux principales jurisprudences du Midi, qui ne sont pas très éloignées l'une de l'autre. Quant aux autres Parlements, on peut dire que le Velleien est applicable aussi, mais avec des lettres royaux dans les IO ans de l'acte d'obligation (Serre, Institutes, L.III, T.2I,p.394) . Il n'y a que le Parlement de Grenoble qui n'exige pas de lettres royaux et qui, conformement à l' Authentique, s'attache à une nullité de de droit (Soulatges p. I42).Mais ici encore la renonciation est valable, pourvu qu'il y ait eu certioratio. Voilà le régime de l'incapacité de la femme dans le Midi tel qu'il nous apparait postérieurement à la renaissance romaine . Si on est revenu au régime romain, il n'est pas adopté sans avoir subi certains tempéraments. Les choses ont duré ainsi jusqu'à la Revolution et jusqu'à ce que le Code Civil ait supprimé au Nord comme au Midi le Sénatus-consulte Velleien .

En dehors de toutes ces règlementations,tendant à la protection des biens de la femme, il reste enfin à dire quelques mots des avantages qui sont accordés à celle-ci sur le patrimoine de son mari. Laissons de côté la dot de la femme et l'incapacité dont elle peut être

Source : BIU Cujas

grèvée tant sur sa dot que sur ses paraphernaux, et voyons s'il n'y a pas, dans le Midi quelque chose qui correspond à ce que nous avons trouvé au Nord sous le nom de douaire .

V. De la donatio propter nuptias et de l'augment de dot

Au Bas -Empire, l'usage de la donatio propter nuptias de la part du mari s'était introduit et developpé parallèlement à la dot et en était la contre-partie. Quand nous avons étudié le règime du Nord, nous avons vu que la fusion de la donatio propter nuptias et de la dot, d'origine germanique, dos ex marito, a donné naissance au douaire. Dans le Midi, il n'y a pas à proprement parlé de douaire, mais une autre institution correspondante apparait, l'augment de dot que dans les textes latins on trouve désigné du même terme qu'au Nord, sponsalitium, don de fiançailles et qui se rattache lui aussi à l'origine de la donatio propter nuptias . Cet augment de dot se justifie dans le Midi, comme le douaire dans le Nord . On a très vite considéré dans ces deux régions qu'à la mort du mari, la dot était insuffisante à faire vivre la femme. Elle était, à l'époque, peu élevée au Midi comme au Nord, consistant parfois en meubles ou en argent, et il eut été peu humain, encore moins chrétien de laisser dans l'embarras la femme qui avait perdu le soutien de son mari. La femme, une fois veuve, va rester parfois dans la famille de son mari qui souvent lui lègue l'usufruit de tous ses biens usage qu'on rencontrait fréquemment à Rome et qui persiste au Midi (Dumas, pour le Périgord, p.206 et ss, pièces justificatives) Dans bon nombre d'actes de notaires, le mari fait sa femme " dame maitresse et usufructaresse ;" ou bien, à défaut d'usufruit, on lui accorde une pension alimentaire en nature, ou un droit d'habitation dans la maison de son mari. La famille du mari garde en échange la dot, c'est à dire que les choses continuent à exister à peu près de la même manière qu'avant la mort du mari. Voilà une première solution assez fréquente. Elle n'est pas toujours acceptée par la femme; il arrive que la femme préfère quitter la maison commune après la mort de son mari; dans cette hypothèse, elle reprend sa dot à laquelle on ajoute un supplément correspondant à l'ancienne donatio propter nuptias que les vieux textes appellent souvent du nom d'oscle, osculum (baiser de fiançailles). La nécessité de l'oscle résulte d'ailleurs de la prt réduite au Midi comme au Nord accordée à la femme dans la succession paternelle ou maternelle. Comment se comporte ce sponsalitium, cet oscle ou cet augment de dot .

L'augment de dot; analogie avec le douaire et la donatio ante nuptias.

Justification et origine de l'augment de dot; l'usage de l'oscle dans l'ancienne coutume de Toulouse.

Source : BIU Cujas

A Toulouse, le sponsalitium est prévu dès avant la renaissance romaine dans l' Ancienne Coutume (T. III, art,2 Soulatges p. 360). Ce texte suppose que la f femme n'a pas reçu délivrance de la dot et de l'augment de dot et déclare que tant que cette délivrance ne lui aura pas été faite, elle aura le droit de réclamer nourriture, vêtements et même habitation. Mais dès qu' on lui aura fourni la dot et l'oscle ou la donatio propter nuptias, alors elle perdra le droit à cette nourriture et à ce logement (Id. Coutume de Montpellier, N° 95, Giraud ,P.68.)

L'augment de dot après la Renaissance du droit romain . Non adminsion en général du parallélisme et de l'égalité établis par Justinien entre la dot et laD.P.N.

La renaissance Irnérienne n'a pas sensiblement modifié l'état antérieur. Ce qui différencie la donatio ante nuptias à l'époque de Justinien de la même donatio propter nuptias avant lui, c'est cette sorte d'égalité, de parallélisme qu'on établit entre la dot et la donation. Ce trait capital n'existe pas avant la renaissance Irnérienne. Dans le midi, postérieurement à la renaissance, il n'a pas été davantage accepté: Coutume de Montpellier, N° 95 , p.68 : " acquis passibus non ambulant, la dot et la donatio propter nuptias ne marchent pas du même pas; elles peuvent être l'une et l'autre différentes . Quant à l'augment de dot, à Toulouse, il n'est pas non plus en rapport nécéssaire avec la dot, et est considéré comme dû, même s'il n'y a eu aucune dot et même si la dot n'a pas été payée. Son montant est d'ordinaire fixé par le contrat de mariage, mais à défaut de contrat, il existe une donatio propter nuptias fixée par l'usage, comme le douaire coutumier. Ainai, à Bordeaux, la donatio propter nuptias est fixée à une I/2 de la dot pour la fille, et à I/3 pour la veuve qui se remarie. A Toulouse, la donatio propter nuptias est de la I/2 de la dot payée Dans les pays du ressort du Parlement de Paris, le montant est de la moitié si la dot est en argent, et de I/3 si la dot est en immeubles. Il y a encore d'autres variantes. A Grenoble, l'augment de dot varie suivant qu'il s'agit d'un noble ou d'un roturier (Cf. Argou, Inst. Droit Français, T.II, p.II6). Le contrat de mariage peut fixer à son gré le montant de cet augment comme on l'a admis au Nord pour le douaire.

L'augment de dot légal à Bordeaux à défaut d'augment conventionnel.

La région de Bordeaux demande pourtant une explication complémentaire. A Bordeaux, à l'origine on a connu aussi l'augment de dot (A. Coutume, art 47), mais il est probable que les contrats de mariage fixant eux-mêmes le montant de l'augment de dot étaient devenus d'un usage quasi universel, puisque à la fin du XVI° siècle, on voit se substituer à la règle ancienne de la coutume, une institution analogue appelée l'agencement , introduite par la pratique des contrats de mariage.

Source : BIU Cujas

Droits de la femme sur l'augment à Toulouse. La virile. L'agencement à Bordeaux.

A Toulouse, l'augment de dot est tantôt accordé à la femme en propriété, et tantôt en usufruit. S'il n'y a pas eu d'enfants, la femme peut en principe disposer de son augment de dot de la même manière que de sa dot. S'il y a eu des enfants, en principe, c'est à ceux-ci qu'appartient la nue-propriété, l'usufruit restant à la femme. Celle-ci garde cet usufruit de l'augment de dot, même si elle se remarie, et si elle ne se remarie pas, on lui accorde un avantage supplémentaire appelé la virile, c'est à dire qu'on ajoute à l'usufruit de la femme une part d'enfant en pleine propriété , dont elle pourra disposer entièrement à son gré. Il y a d'autres régions dans lesquelles la femme n'a jamais que l'usufruit; la nue-propriété étant toute entière aux héritiers du mari. Quant à l'agencement de Bordeaux, qui s'est substitué peu à peu à l'augment de dot, il a pour caractère de résulter d'une stipulation expresse du contrat de mariage, et il a cette autre particularité de comprendre non seulement l'augment de dot mais une contre partie de l'augment de dot attribuée au mari, une sorte de contre-dot. Aussi, dans l'ensemble, cet agencement comprenant d'une part l'augment de dot, et d'autre part, le contre augment de dot s'analyse en réalité en un don mutuel fait par chacun des deux époux à l'autre par contrat de mariage. La propriété est au survivant des deux époux s'il n'y a pas d'enfants, et s'il y a des enfants, on applique la même règlementation qu'à Toulouse : aux enfants la propriété, et au survivant l'usufruit, et si cet époux ne se remarie pas, on ajoute à son lot la " virile " en pleine propriété. On ajoute pourtant une autre prérogative au profit du survivant : il a le droit, non pas de disposer indistinctement de la propriété, parce qu'elle est à ses enfants mais de répartir entre ceux-ci la propriété comme il l'entend à son gré, en avantageant tel de ses enfants au détriment d'un autre . Ceci est un trait particulier de l'agencement de la région Bordelaise (Cf. Salviat au mot " agencement ")

A Toulouse, il n'y a pas d'agencement, mais on arrive au même résultat en admettant que, si c'est le mari qui survit, il garde toute la dot,ce qui constitue pour lui le contre augment. Enfin, augment et dot sont garantis par la même hypothèque, et la renonciation à l'augment est aussi bien interdite que la renonciation à la dot. En somme, il y a dans cette règlementation beaucoup de points de contact entre l'augment de dot et le douaire des pays coutumiers, mais cependant il y a une plus grande ressemblance entre la donatio propter nuptias et l'augment de dot qu'avec le douaire.

Hypothèque garantissant l'augment de la dot.

Telle est l'influence du droit romain au moment des invasions et après la Renaissance au Midi de la

Source : BIU Cujas

France. Les aspirations populaires, très voisines de celles du Nord qu'on y rencontre, ont sensiblement modifié les règles proprement romaines.

LE DROIT DES GENS MARIÉS EN NORMANDIE

Voyons maintenant ce qui caractèrise le droit des gens mariés en Normandie et dans quelle mesure ce droit diffère de celui que nous connaissons comme applicable dans la région du Nord. Il est assez original pour mériter un examen particulier.

Les doctrines historiques de la Normandie.

La Normandie est loin d'avoir eu la même évolution juridique que tout le reste de la France, à cause des péripéties particulières de son histoire.

Si la Normandie a eu la même destinée politique que le reste du Nord de la France jusque sous les Carolingiens, il est arrivé ce grand événement, qu'à partir du X° siècle, sous Charles le Simple en 911, le traité de Ste Claire sur Epte a fait passer la Normandie sous la domination d'hommes venus du Nord, probablement du Danemark, qu'on établit sur ce sol en vue d'arrêter leurs incessantes incursions sur tout le littoral de la Gaule. C'est là un fait considérable . La troupe de Rollon s'installa à demeure dans cette province, et y appela de nombreux frères de race, constituant un élément ethnique différent de celui qui y habitait jusque là, plus rude, plus avantureux, qui va jouer dans l'histoire de Normandie un rôle prépondérant Un siècle et demi après, ces mêmes Normands établis au tour de la région de Caen se trouvant à l'étroit dans leur province, et ayant noué des relations avec les iles anglaises, envahirent l' Angleterre à la suite de Guillaume le conquérant, s'emparèrent du pays tout entier à la suite de la bataille d' Hastings en 1066 et y établirent leur domination.

Depuis ce moment, Angleterre et Normandie furent soumises à la même souveraineté, eurent entre-elles des échanges continuels qui ont fait subir à la Normandie l'influence anglo-saxonne, de même que l'influence Normande se faisait sentir en Angleterre. Cette influence anglo-saxonne s'exerça jusqu'au début du XIII° siècle, quand Philippe-Auguste prononça la confiscation du domaine de Jean sans Terre à la suite du meurtre de son neveu Arthur de Bretagne. A partir de cette époque, l'influence française redevint prédominante en Normandie et se signala par la rédaction du grand Coutumier de Normandie précédé par le Très Ancien Coutumier de Normandie. Mais cette influence, qui aurait rapproché la

Source : BIU Cujas

Normandie du reste du Nord de la France ne dura pas long temps. Au XIV° siècle, intervint la guerre de Cent Ans qui fit retomber la Normandie aux mains des Anglais. Ils la conservèrent en droit ou en fait jusqu'à l'année I450 sous Charles VII qui la recouvra. C'est depuis I450 seulement qu'elle est restée française; son histoire est donc, durant les cinq siècles pendant lesquels s'est constituée la nation française, restée assez différente de celle des autres provinces françaises.

L'influence chrétienne et l'influence romaine en Normandie.

Cependant, il faut ajouter qu'à travers toutes ces péripéties la Normandie a pourtant subi la direction des mêmes grands courants qui ont agi sur nous et sur la France toute entière.

Tout d'abord, les Normands ont été soumis à l'emprise de l'influence chrétienne du jour où ils ont débarqué en Normandie; ils l'ont retrouvée en Angleterre où elle avait, depuis Grégoire le Grand, joué un rôle important.

En second lieu, les Normands ont été touchés plus tôt même que nous par la renaissance romaniste. C'est un fait assez notable, qu'au milieu du XI° siècle, c'est à dire dès avant Irnérius un moine célèbre Lanfranc, venu de Pavie où existait une école célèbre de droit lombard, florissante avant la renaissance Bolonaise, avait fondé une grande école romaniste à l'Abbaye du Bec . Elle eut une grande renommée, et Guillaume le Conquérant,passant en Angleterre emmena Lanfranc, l'installa comme évêque de Canterbury et en fit en somme le primat d' Angleterre. Cette école du Bec était à cette époque très prospère et avait eu comme élèves ,Yves de Chartres, St . Anselme. Elle eut dans le pays tout entier un très grand rayonnement; peut-être même est-ce à cette notoriété ancienne que la renaissance Irnérienne dut de se propager si vite dans la région anglaise? On sait que c'est un des premiers Bolonais, Vacarius,qui dès le milieu du XII° siècle, au temps d' Henri II et de Thomas Becket vint enseigner le droit romain en angleterre. Etant données les relations constantes entre l' Angleterre et la Normandie, il n'est pas étonnant que la renaissance romaine y ait eu un rôle même supérieur à celui qu'elle a joué dans les autres provinces. Tels sont les faits élémentaires à la lumière desquels nous nous demanderons en quoi l'évolution du droit normand a pu être différente du nôtre.

Il nous reste à parler des principaux traits qui caractérisent l'histoire du régime des biens entre époux en Normandie .

Les caractères généraux du droit coutumier normand.

Les coutumes Normandes sont plus rudes , plus autoritaires, et plus protectrices aussi du faible que ne le sont les coutumes des régions voisines. Cette rudesse, cette autorité se manifestent en droit public

Source : BIU Cujas

rudesse de la coutume des mâles.

dans l'organisation politique où le pouvoir du chef féodal est plus étendu, plus puissant qu'ailleurs, ou la centralisation autour du dirigeant s'est établie et fait plus rapidement qu'elle ne l'a fait dans le centre même de la France . La Normandie est à tous ces points de vue en avance d'un siècle. La chose n'est pas surprenante parce que la nécéssité d'une discipline et d'une hiérarchie s'explique par toutes les péripéties que la vie sociale ou politique de la province a traversées au XI° siècle; depuis le début de l'invasion normande, elle a traversé toute une ère de conquêtes. Pour maintenir la discipline nécéssaire, elle a établi un droit d'ainesse tel que les filles et les puinés restent en principe groupés autour de leur frère ainé, qui doit les faire vivre,les conserver dans son manoir, les entretenir, alors qu'il garde pour lui seul la possession et la direction du fief tout entier. Il va de soi, que dans un pareil régime, les filles étaient exclues de la succession, la coutume étant une coutume de mâles. Le seul adoucissement de cet exclusion aboutira à la théorie du mariage avenant que s'il impose au père l'obligation de donner une dot,sans en fixer du reste le montant, ne permet à la soeur d'exiger de son frère qu'un mari de sa condition. (Cf. Très Ancien Coutumier de Normandie, Ch.80; N°4, Ed.Tardif,p.84)

Cette discipline plus rigoureuse qui s'est introduite du haut en bas de l'échelle sociale en Normandie a été par ailleurs plus favorable aux classes inférieures que la paix a enrichies, si bien que la Normandie est une des régions où la population a échappé le plus rapidement et le plus complètement à l'oppression de la petite noblesse. C'est pour les mêmes raisons que le servage semble y avoir disparu dès le XII° siècle.

Le régime matrimonial y est caractérisé par trois traits qu'il nous faudra examiner successivement : I°- par l'existence d'une puissance maritale plus vigoureusement établie et pratiquée que partout ailleurs; 2°- par l'absence de communauté conjugale; et enfin, 3°- ce régime établit une protection de la femme à la fois contre son mari et contre sa propre faiblesse, protection qui ira naturellement chercher ses instruments dans les anciens erements de la législation romaine (inaliénabilité, Sénatus-consulte Velleien). Reprenons ces traits un par un :

I°- La puissance maritale .

Opposition entre la pleine capacité de la fille non mariée et

La fille,tant qu'elle reste fille est capable et libre, tandis qu'au contraire la femme mariée est incapable et subordonnée à son mari. On trouve cette règle formulée déjà très expressément dans le Très Ancien Coutumier de Normandie (Ch,4. N° 2,p.3,Ch.80, § 5-

Source : BIU Cujas

l'incapacité de la femme mariée.

De maritagio mulieris, p.84, Ed. Tardif) . La fille, tant qu'elle vit sans mari peut, tout comme un mâle disposer de sa terre. Elle a la même capacité. Si au contraire elle est mariée, pendant la durée du mariage,aucun contrat relatif à sa terre n'a de valeur; il sera rappelé après la mort du mari,et l'héritier de celui-ci sera tenu de fournir récompense, à supposer que le bien a été aliéné pandant la durée du mariage; "(Filia) quamdiu puerit sine viro, potest de terra " disponere sicut mares. Si autem duxerit virum, duran " te matrimonio, non valet aliquis contractus fachis " de tarra mulieris.. Immo revocabitur in irritum post " mortem mariti et tenetur heres illius ad exeambium " si habet unde ". Ainsi, on voit nettement l'opposition entre la capacité de la fille non mariée et l'incapacité de la femme mariée. Ce droit de disposition accordé à la fille ne va pas en fait bien loin, parce qu'en principe les filles n'ont droit à elles toutes réunies qu'à I/3 dans la succession de leurs parents. Les mâles, quel sur soit leur nombre se partagent les 2/3. Si on se reporte dans la Coutume, au passage relatif à la femme mariée, on y constate deux choses : I°- d'abord, qu'elle ne peut elle-même disposer de rien de sa terre parce qu'elle est soumise à son mari (N°5 ch.4) 2° En outre, si le mari vient à aliener le bien de sa femme - à supposer que l'aliénation soit faite du consentement de sa femme ou même que celle-ci l'ait confirmée par un serment de la respecter- n'anmoins l'aliénation ne vaudra pas (Ch.4,p.3), elle ne sera pas tenue à l'obligation contractée par son mari et par elle-même. Elle pourra réclamer tous ses biens dans leur intégralité tels qu'ils lui ont été donnés devant le seuil de l' Eglise. Cette incapacité frappe sans doute la femme, mais elle frappe aussi en principe le mari au sujet des biens qui lui ont été accordés. Voilà la règle.

Incapacité de la femme de disposer de sa terre,même avec le concours de son mari.

La subordination complète de la femme et de ses biens au mari en Angleterre. La personnalité de la femme absorbée dans celle du mari.

En réalité,cette incapacité de la femme de disposer de ses biens, on en comprend mieux encore toute la portée lorsqu'on rapproche le Grand Coutumier de Normandie de certains passages des jurisconsultes Anglais, notamment de Glanville (Ch.XI § 3) . En Angleterre, la puissance maritale s'est encore plus affirmée qu'en Normandie, la femme mariée ne peut contredire son mari ou aller contre sa volonté : " tant qu'elle est en puissance de son époux :" quia dum fuit in potestate viri in nullo potuiy contradicere ant contra ire ejus volontati ". C'est là une conséquence estimée naturelle de la toute puissance du mari. La femme étant sous la domination de son mari, il est naturel que ses biens soient placés dans la même condition. C'est encors

Source : BIU Cujas

Glanville qui le dit:" Quia cum mulier ipsa plene in " potestate viri sui de jure fit,non est mirum si tam dos " quamipsa mulieri et exteraę omnes res mulieris pene " intelligentur esse in dispositione viri ipsius ". Puisque la femme, en vertu du droit est complètement sous la puissance de son mari, il n'y a pas lieu de s'étonner que, aussi bien sa dot que tous ses autres biens soient considérés comme étant à la pleine disposition du mari.

Cet état de subordination complète de la femme au mari, ainsi que des biens qui lui appartiennent, on a trouvé moyen de le concilier avec les préceptes de la génèse que nous avons déjà considérés comme étant à la base de notre droit. Dieu dit à la femme : " Sub potesta " te viri eris et ipse dominabitur tibi ".Tu seras sous sa potestas et il te dominera. La puissance qu'on reconnait au mari est en plein accord avec la parole divine. On la concilie plus facilement avec le second principe chrétien, celui de l'unitas carnis :" et duo erunt in " carne una ". Ils seront deux dans une chair unique. En France, on en conclut que les deux époux ne doivent agir qu'ensemble, en communion de volonté. En pays normand, on retient seulement que mari et femme ne forment plus qu'un, parce que c'est la personnalité du mari qui seule subsiste. Elle absorbe celle de la femme. Bracton, auteur anglais postérieur à Glanville, le dit expressément; lui aussi connait les textes sacrés que tout le monde repète à l'envi :" Cum vir et uxor sunt unus sanguis et una caro, puisque le mari et la femme sont une seule chair et un seul sang, nihil habet uxor quod non sit viri, femme n'a tien qui ne soit tout d'abord à son mari .

Rigueur plus grande de l' autorité maritale en Normandie que dans nos autres pays coutumiers.

Cette doctrine est plus accentuée en Angleterre qu'en Normandie,mais on n'est pas surpris de la retrouver dans certains passages du Très Ancien Coutumier que nous avons déjà signalés. Même dans le Grand Coutumier de Normandie, qui est un peu plus récent que le Très Ancien Coutumier, et où déjà l'influence anglaise s'est atténuée, le mari ne peut aliéner ni répondre au pétitoire. La femme doit être entendue s'il s'agit de ses biens; en l'absence de son mari, il est bien vrai qu'elle peut agir à sa place. Il est vrai qu'elle oblige même son mari si elle est márchande publique. Voilà la marque de l'influence exercée par le voisinage français. Mais en même temps, l'autorisation maritale et l'intervention maritale sont nécéssaires à la femme pout tout acte quelconque, même pour faire son testament, les choses sont toujours si bien restées dans cet esprit d'autorité, que Dumoulin dira qu'en Normandie: mulieris ut ancillae multum viris sunt subditae : les femmes sont très soumies à leur mari,elles sont

Source : BIU Cujas

comme des servantes. Ainsi donc, ce principe de l'autorisation maritale qu'on a vu plus doux chez nous, a pris un caractère de rudesse tout spécial dans cette région .

II- Absence de communauté conjugale.

Absence de communauté conséquence de la puissance absolue du mari.

Si la puissance maritale est si rigoureuse, c'est au mari qu'on va attribuer tout le bénéfice et toute la responsabilité de la vie conjugale, si bien que jamais la femme ne sera dans ce pays considérée comme une associée, jamais il n'y aura entre les deux époux de communauté de biens (T.A.C.,T.79,N° 9). Il y est question de la procédure des causes qui touchent au dotalicium: la femme n'acquiert jamais rien en propriété, elle n'acquiert que pour sa vie en jouissance, " " mulier nihil acquiert nisi ad vitam suam "; elle a un douaire sur les biens de son mari,mais elle ne peut pas l'altérer au préjudice de l'héritier puisqu'elle n'en est pas propriétaire " non potest dampnificare dotalicium suum in praejudicium heredis ". Ce dotalicium elle ne peut pas le réclamer sur les choses que le mari a acquises après le mariage. Les acquisitions faites après le mariage sont toutes acquises au mari. Ce n'est pas en Normandie qu'on trouverait trace du douaire sur les acquêts, tel que nous l'avons rencontré dans certaines régions avant l'avènement de la communauté. Et ce douaire, la seule chose qui lui soit attribuée, reste un gain de survie. On sait d'ailleurs que ce douaire n'est que d' I/3, tandis que dans le centre de la France il est de moitié.Cette sorte d'hostilité de la Coutume de Normandie contre l'institution de la communauté est si profonde qu'on la retrouve encore dans la Coutume rédigée en I583. Cf. Art 389 qui est caractéristique à ce point de vue : " les personnes conjoints par mariage, ne " sont communs en biens, soient meubles, ou conquets " immeubles, ains les femmes n'y ont riens que après la " mort du mary ".

Voilà le principe. Ce principe se heurtant aux règles appliquées chez nous, s'est tempéré au contact des coutumes françaises. Voici quelles sont ses atténuations

Atténuation à ce principe en ce qui concerne les bourgages.

Tout d'abord,la règle n'est pas vrais dans son application au bourgage. Le bourgage est la propriété urbaine, la propriété foncière des bourgs par opposition à la propriété féodale. :" per burgagium tenentur alo-"dia et masurae in burgis constitutae, burgorum consuc-"tadines retinentes ". On appelle bourgades les alleux et les maisons constituées dans les bourgs et qui appliquent les coutumes des bourgs (Cf. Grand Coutumier, Ch 6 N° 5). Quand il est question de ces bourgages, la Coutume de Normandie de I583, dans son art. 329, nous indi-

Source : BIU Cujas

que l'exception que nous venons de signaler :" La fem-"me après la mort du mary a la moitié en propriété des " des conquêts faits en bourgage constant le mariage." Un peu auparavant, les arrêts de l' Echiquier (I24I) expriment la même règle. Léopold Delisle N° 692. La dérogation à la règle se comprend puisqu'elle n'altère en rien l'organisation féodale. Elle a été étendue en pratique aux nouveaux immeubles, comme les rentes ou les offices.

Admission de la communauté dans quelques régions voisines de l'Ile de France.

On ajoutera de même, et c'est la deuxième exception, que même pour des biens qui ne sont pas des bourgages, il y a quelques régions en Normandie, celles qui sont plus proches du pays de France, dans lesquelles on accepte la communauté: l'art.329 de la même coutume nous dit: " quant aux conquêts faits hors " bourgages,la femme a la moitié en propriété ou Bail-"liages de Gisors, et en usufruit au Bailliage de Caux " et le tiers par usufruit aux autres Bailliages , et " Vicomtez."

Le comté de Gisors s'est trouvé influencé par les Coutumes voisines du pays de l'Ile de France.

Droit de la femme survivante sur la moitié des meubles; analyse de ce droit en un gain de survie et non comme part de communauté.

Enfin, 3° exception, cette même coutume, art. 392, décide que, après la mort du mari, la femme a le tiers des immeubles :" Après la mort du mary, la femme a le " tiers aux meubles, s'il y a enfans vivans de son mary " en contribuant aux dettes pour sa part, hormis les " frais des funérailles et laiz testamentaires: et s'il " n'y en a point, elle y a la moitié aux charges que " dessus ." On croirait bien qu'il s'agit ici du I/3 en propriété, c'est à dire d'une communauté à parts inégales ou à trois têtes quand il y a des enfants. Cet article 392 parait ainsi en opposition avec l'art. 389 (lequel déclare qu'il n'y a pas de communauté entre époux). Les Commentateurs de la Coutume de Normandie ont fait remarquer cette contradiction entre l"art. 392 et l'art.389, et, pour concilier les deux textes, en s'inspirant de leur tendance générale à ne pas admettre la communauté, ils ont déclaré que l' art.392 devrait être regardé comme attribuant à la femme, non pas un droit de propriété sur les meubles,mais un simple droit de survie, et ils ont tiré cette interprétation de ce fait que l'article débute par les mots " après la mort du mari...". La règlementation de l'article 392 suppose donc que le mari est prédécédé, c'est seulement en ce cas que la femme a le droit de participer pour moitié ou tiers des meubles. Quand c'est au contraire la femme qui prédécède, les héritiers de celle-ci n'ont rien du tout, puisqu'il ne peut être question de droit de survie. L'interprétation a ainsi réduit la portée de l'art 392.

Restait à donner un soutien systématique à cette

Source : BIU Cujas

solution. Comment pouvait-on qualifier le droit de la femme survivante ?- Les commentateurs ont imaginé de voir là, non pas un droit de co-propriété de la femme qui se manifesterait au jour du décès, mais un droit de succession de la femme à une portion des biens de son mari. C'est sur cette base que c'est organisée cette règlementation assez différente de celle que nous connaissons . Voilà pour les meubles et voilà dans l'ensemble comment il est vrai que la communauté n'a pas été acceptée dans la région de Normandie.

III- La femme étant plus subordonnée que dans les autres régions, est aussi plus protégée à la fois contre son mari et aussi contre elle-même.

Protection ancienne du maritagium contre tout acte de disposition de la femme. Droit pour elle de toujours reprendre sa dot aliénée . Le bref de mariage encombré sanctionnant l'inaliénabilité de sa dot.

Cette tendance à la protection de la femme se retrouve bien anciennement dans la législation normande; Dès le Très Ancien Coutumier de Normandie (Ch.4,p.3 §I) il s'agit de l'hypothèse où le mari a aliéné ou a engagé le bien de sa femme, son maritagium ou sa dot. Il l'a fait pendant la vie de celle-ci, ou suivant une autre variante du texte, de la volonté de celle-ci, ce qui est plus grace, avec son serment. Elle a promis par serment de ne pas déposséder celui auquel son mari a transmis ce bien . Le Très Ancien Coutumier, dès cette époque ancienne, dès la fin du XII° siècle, déclare que la femme n'est pas tenue de respecter l'acte de son mari. Elle pourra réclamer tout ce qu'elle avait, tous ses biens dans leur intégralité, même lorsqu'elle a consenti à leur aliénation, de sorte que déjà à cette époque, on se refuse à permettre à la femme d'aliener son bien, même quand elle donne son consentement: " Si vero " sponsus (l'époux) vidue maritagium vel dotem " invadiarevit (a donné en viadum) uxoris sue, ipsa " vivente vel forjurante, praecepto mariti sui non " tenebitur; sed mullier illa habebit et integra, " sicut ei datu fuerunt ante ostium ecclesie". Ce qu'on rencontre dans le Très Ancien Coutumier de Normandie se précise dans l' Ancien Coutumier un peu postérieur T.IOO : Du mariage encombré (célèbre institution du droit normand . Le maritagium, c'est la dot qui est constituée à la femme;le maritagium encombré c'est la dot qui a été négligée par le mari ou aliénée par lui, en tout cas la dot qui ne se retrouve pas dans le patrimoine du mari au jour de la dissolution du mariage. Le Grand Coutumier nous apprend que la femme pourra invoquer à son profit, une procédure rapide et possessoire dite bref de mariage encombré qui lui permettra de se faire remettre au décès du mari, en possession du bien dotal. Pour obtenir cette remise en possession, elle ne sera en aucune façon

Source : BIU Cujas

obligée d'établir son droit de propriété, mais il lui suffira d'établir le caractère dotal du bien; on est en présence ici d'une sorte de réintégrante qui exige avant toute chose qu'on remette la femme en possession de son immeuble aliéné à tort pendant la durée du mariage. On veut seulement que la femme exerce son droit dans un délai assez bref, il ne faut pas qu'elle traine les choses en longueur, et ne bref de mariage encombré ne durera qu'une année. Si la femme a laissé passer cette année sans agir de la sorte, elle ne sera pas pour cela forclose; elle pourra réclamer la restitution de sa dot, mais elle devra recourir à une procédure plus compliquée par laquelle elle devra établir, non pas seulement le caractère dotal du bien, mais le droit de propriété dont elle est évincée. Il lui faudra agir au petitoire. La restitution de la dot est ici garantie d'une façon plus rigoureuse que nous n'avons l'habitude de la rencontrer.

Il n'y a à l'exercice de cette curieuse procédure de bref de mariage encombré qu'une seule exception. La femme ne pourra pas y recourir s'il y a une disposition formelle contraire d'un usage de la région où elle habite, ou s'il existe un jugement petitoire antérieur qui établit que la femme n'avait pas la propriété de l'objet qui lui avait été donné en dot.

Cette procédure de bref de mariage encombré a traversé toute l'histoire du droit Normand, et on la retrouve dans la Coutume rédigée de 1583, art. 537; le chapitre a lui même pour rubrique " Des Brefs de mariage encombré ".

Ainsi donc, il n'est pas douteux, que dans la direction générale du Droit Normand, le principe c'est l'inaliénabilité de la dot de la femme, laquelle inaliénabilité est sauvegardée par le bref du mariage encombré, et au besoin par l'action petitoire. Mais ceci dit, il n'est pas très facile de saisir dans l'histoire du droit normand, les péripéties qu'à subie toute cette doctrine de l'inaliénabilité dotale en Normandie.

Le Très Ancien Coutumier de Normandie contient déjà, à son chap. 4 §I pour la dot et à son chap. 79 N° 7 pour le douaire, l'application de cette règle que, a supposer même que la femme ait consenti à l'aliénation de son bien dotal ou de son douaire, elle pourra le recouvrer à la dissolution du mariage. Il ne semble donc pas douteux que de très bonne heure, aussi haut que nous remontons dans l'histoire de ce droit, on trouve une incapacité de la femme d'aliéner son bien dotal.

Origines de cette institution

On a recherché l'origine de cette règle ou on a eu, comme première pensée d'aller la découvrir chez

Source : BIU Cujas

les nations Nordiques qui ont envahi la Normandie en même temps que Rollon. Les influence Nordiques cependant sur ce point restent très peu sensibles. D'autre part, il y a un fait qui contredirait cette influence, c'est que dans les Cartulaires du XII° siècle, avant que la renaissance romaine se soit fait sentir, à l'époque où il semble que l'influence nordique aurait dû s'exercer surtout, on rencontre beaucoup d'actes qui contrairement à ce que dit le Très Ancien Coutumier, contiennent des aliénations du fonds dotal. De sorte qu'il est plus vraisemblable de croire qu'à l'époque la plus lointaine, en Normandie comme au Centre de la France, le fonds dotal était en fait aliénable comme ailleurs, mais c'est probablement par l'effet d'une influence romaine précoce qui s'est propagée par les Tribunaux d' Eglise, que c'est introduite cette règle de l'inaliénabilité (Cf. un art. de M. Genestal N.R.H. 1925).

L'influence de la législation romaine et la pratique des renonciations Jurius. Contradiction entre la jurisprudence Eclésiastique et la pratique Le canon cum contingat.

Si nous prenons ce qui est le plus vraisemblable au cours du XII° siècle à en juger d'après le plus grand nombre de documents, il semble que la femme a donné son consentement à l' aliénation, cette aliénation ne peut pas être rescindée. La pratique est encore en opposition avec ce que prescrira le texte même du T.A.C. Notons que ce texte ne remonte qu'à la fin du XII° siècle. Les actes du XII° siècle dont nous parlons, sont donc antérieurs à cete rédaction. Les questions relatives aux veuves étaient à cette époque portées en Normandie devant les tribunaux d' Eglise, et ces juridictions eclésiastiques, que ne guidait pas encore le T.A.C., laissées sans direction officielle, durent appliquer de très bonne heure le droit de Justinien. La chose est d'autant plus vraisemblable que de très bonne heure, l'influence romaine s'infiltra généralement dans la province, en même temps que la femme donnait son consentement à l'acte d'aliénation, on prenait l'habitude de lui faire faire une renonciation, accompagnée de serment, aux garanties romaines. On en était là, lorsque le pape Innocent III se trouva saisi en 1210 par l' Evêque de Beauvais d'une renonciation jurée à l'inaliénabilité, renonciation jurée au droit d'attaquer l'aliénation qui avait été conclue avec le consentement de la femme. C'était dans l'espèce une femme qui après avoir aliéné son bien et confirmé cette aliénation par une renonciation jurée, réclamait pourtant devant une juridiction d' église, après la mort de son mari, la restitution de son bien dotal. Le pape Innocent III consulté, émit une Décrétale celèbre, le Canon cum contingat (Décrétales L.II, T.24, De J.J°, C.28) . Les Canonistes consultés se trouvaient perplexes parce qu'ils avaient d'un côté, le désir d'appliquer les lois romaines, par conséquent de sauvegarder l'inaliénabilité, mais d'un autre côté,

Source : BIU Cujas

comme il y avait eu serment, ils étaient inquiets du parjure que la femme allait commettre en violant son serment. Le pape répondit en maintenant l'aliénation, en validant le serment qui la confirmait et en concluant qu'il valait mieux sacrifier le bien de la femme que sa vie éternelle.

Il y eut donc ici opposition entre la législation canonique et la législation romaine. Les praticiens déjà engagés assez fortement dans la législation romaine les glossateurs qui avaient étudié déjà toute cette question, résistèrent et firent valoir que le serment dans l'hypothèse était contraire à la loi romaine et que par conséquent on devait le considérer comme nul. On en discuta et la discussion fut si vive que pour mettre tout le monde d'accord, on proposa une transaction due à Johannès Teutonicus, commentateur des Décrétales par emprunt à l' Authentique sive a me : on déclara l'aliénation valable à la condition que la femme n'en souffrit pas, c'est à dire à la condition que le mari fut solvable et pût récompenser la femme sur ses propres biens. C'est probablement à cette transaction que fait allusion un des passages du Très Ancien Coutumier de Normandie déjà signalé (Ch. 80 § 5 " tenetur heres " illius ad exambium, si habet unde ."

Les canonistes eurent tendance à se rallier à cette transaction et la juridiction séculière accepta la même solution, au moins pour les immeubles .

La question enfin fut tranchée par le Grand Coutumier et la procédure du mariage encombré.

Transaction finale subordonnant le recours de la femme en cas d'aliénation à l'insolvabilité du mari.

Mais tout n'était pas terminé. En même temps que les glossateurs s'attachaient aux textes romains, d'autres praticiens, suivant en cela les erremements antérieurs, faisaient un effort pour écarter l'inaliénabilité. On pratiquait couramment l'usage des renonciations au douaire, au maritagium, et alors, après que l' Ancien Coutumier eut été rédigé, on y ajouta tout naturellement une renonciation à la coutume de Normandie et au bref du mariage encombré. La lutte continua donc entre la liberté et la protection. La jurisprudence laïque maintint le texte de la coutume, tandis que la juridiction ecclésiastique excommuniait parfois celui qui reprenait le bien, en s'appuyant sur la décrétale que nous connaissons.

Quoiqu'il en soit, dans la première moitié du XVe siècle, le Canon contingat triompha (Arrêt de l' Echiquier de 1391 rejetant le bref du mariage encombré) .La coutume risquait ainsi d'être complètement altérée. Le glossateur de la Coutume de Normandie, sur l'article du mariage encombré semble constater qu'en fait la femme ne pourrait plus réclamer son bien et que l'inaliénabilité doit fléchir. Puis on accepta d'un commun accord que

Source : BIU Cujas

le recours de la femme pourrait avoir lieu contre le tiers, si le mari n'était pas en mesure de rembourser sa femme. C'était en revenir en somme à la transaction déjà acceptée par les Canonistes, c'est à dire à un recours seulement subsidiaire, lorsque l'acquéreur poursuivi à raison de l'aliénation était obligé de désintéresser la femme par suite de l'insolvabilité du mari. On disait que ce tiers aurait alors le choix: ou de rendre le bien en nature à la femme, ou de lui en donner s'il préfèrait le garder. Les choses restèrent ainsi incertaines jusqu'au début du XVI° siècle ou un arrêt célèbre de I539 fixa désormais toute la doctrine, en proclamant le principe de l'inaliénabilité de la dot de la femme, mais en ajoutant que cette inaliénabilité n'engendrerait qu'un recours subsidiaire au cas où le mari serait insolvable (Cf. Art.537 -538 Coutume de I583; Astuul, Observations sur l'évolution du régime Normand et la doctrine juridique au XVI° siècle, Congrès millénaire Normand, T.I,p.457 à 47I I9II- Cf. Arrêt précité Froland: Mémoire sur le Sénatus-consulte Velleien en Normandie , P.2I).

Nous n'insisterons pas davantage sur le détail de cette organisation; cependant, il y a lieu de constater que presque en même temps qu'on a rétabli l'inaliénabilité dotale en Normandie, on a crû devoir revenir à l'usage du Sénatus consulte Velleien.

Nous avons presque achevé l'étude du regime des biens entre époux en Normandie. Il reste cependant quelques points à indiquer. Nous avons signalé qu'un arrêt de I539 avait règlé définitivement le régime de l'inaliénabilité de la dot, lequel régime a été consacré dans la coutume de I583, par les articles 537-538. Ce régime se résume donc dans ces trois traits essentiels: I°- la coutume a organisé depuis un certain temps le bref du mariage encombré qui s'applique aux biens de la femme lorsqu'ils ont été aliénés du consentement d'un seul des deux époux. C'est un moyen pour la femme de reprendre possession de ses biens; 2°- Si les biens dotaux ont été aliénés du consentement des deux époux, la femme a droit a une récompense pour le prix de ses biens, à prendre sur les biens du mari, et si ces biens sont insuffisants, à la fournir subsidiairement, la femme peut s'adresser au détenteur du bien dotal qui aura le choix: ou de fournir le bien, c'et à dire de le restituer, ou de fournir le prix; Enfin, 3°- un même recours est accordé à la femme à raison de l'aliénation des biens qu'elle a acquis postérieurement à son mariage. L'hypothèque légale est jointe à la créance du prix, qui date de jour de l'aliénation . Tels sont les traits essentiels que nous avons dégagés. Il reste un point à examiner.

Les traits caractéristiques du régime dotal en Normandie.

Cette coutume Normande, une fois engagée dans

Source : BIU Cujas

L'adoption du S.C Velleien et de l'Authentique si qua mulier. La pratique de l'aliénation en commun du bien de la femme dans le Très Ancien droit Normand. Ignorance du S.C. Velleien.

cette voie qui ramenait à des usages voisins de ceux du droit Romain, n'hésita pas à recourir à la dernière pièce du système romain, au Sénatus-consulte Velleien et à l'Authentique si qua mulier.

Dans une première période de l'histoire du droit normand, l'engagement personnel et isolé de la femme est peu usité. Pourtant, il n'est pas douteux qu'on pratique l'aliénation en commun par le mari et la femme du bien de la femme, et que cette aliénation s'accompagne d'une obligation de garantie qui est assurée, soit par le mari, soit par la femme, soit par tous deux. Dans la Summa de Légibus, on ne trouve donc pas trace du Velleien puisqu'on accepte que la femme puisse assumer cette obligation. C'est aux XIV° et XV ° siècles que la pratique dut être attaquée simultanément par toutes les armes romaines: l'inaliénabilité et aussi le S.C. Velleien . Pour résister, elle recourt aux diverses renonciations tant à l'inaliénabilité qu'au Sénatus-consulte Velleien (Cf. Article précité de M. Génestal, p.2I et ss) C'est par l'apparition de cette dernière renonciation que nous constatons le développement de l'offensive romaniste.

Le mouvement contre les renonciations à partir du XIV° siècle dans la renaissance absolue au Velleien au XV° S.

A la fin du XV° siècle, le mouvement qui a écarté toutes les renonciations leur a dénié leur validité et à restauré l'inaliénabilité de la dot et l'institution du mariage encombré, ramène le Velleien et lui restitue définitivement son autorité, tant et si bien que cette autorité est consacrée par 4 arrêts, à partir du XVI° siècle; Un premier du Parlement de Rouen du 6 juillet I565; un deuxième du 6 novembre I60I, un troisième du I8 mars I604, et un quatrième du I7 janvier I6I4. Ces arrêts ont trait d'ordinaire à la validité de la renonciation au Velleien et prohibe cette renonciation, comme n'ayant aucune efficacité (Basnage, Traité des Hypothèques, II° partie, Ch.2) C'est à peu près à la même époque que le roi Henri IV faisait paraitre son Edit de I606, qui écarta définitivement l'application du Velleien au Nord de la France, mais cet Edit ne fur pas enregistré au Parlement de Normandie, et à partir de ce moment,le Sénatus-consulte Velleien eut pleine autorité, à tel point même qu'il y a dans la jurisprudence de cette époque quelques arrêts qui appliquent le Velleien, même dans le cas ou l'obligation a été contractée par une femme séparée de biens, puisque le mari ne gère pas les biens de la femme, il était pourtant difficile de considérer l'influence du mari comme dangereuse sur le patrimoine de la femme - (Cf?-Arrêts du 6 Novembre I60I et du I9 août I660, et un arrêt du 6 juillet I677, qui fut, lui, précédé d'une

Source : BIU Cujas

consultation donnée par les avocats les plus célèbres du Parlement de Rouen et qui fut accompagné d'un arrêt de notoriété rendu sur les conclusions conformes du Procureur Général Cf Mémoires écrits par Froland au XVIII ème siècle sur l'application du Sénatus-consulte Velléien en Normandie, p.IOI et ss).

Ce régime de protection est autrement sévère que dans toute la région du Nord de la France et il dura jusqu'à la Révolution.

Si on voulait donner un tableau complet du régime des biens entre époux en France, il faudrait procéder, pour toutes les autres provinces de la même manière que nous l'avons fait pour la Normandie, par exemple pour l' Auvergne, l'Anjou où les principes féodaux sont si vivaces; la Bourgogne, mais cela dépasse le cadre de notre étude.

Nous en avons fini avec l'étude du régime des biens entre époux, mais il faut décrire maintenant, pour donner toutes les pièces du système, le régime des donations entre époux qui est en relation très directe avec les grands traits du régime des gens mariés.

REGIME DES DONATIONS ENTRE EPOUX

Les deux tendances en présence en matière de donations entre époux.

Ce régime des donations entre époux peut obéir à l'une ou à l'autre des deux tendances divergentes que nous avons constatées en France. Il y a d'abord la tendance chrétienne qui mène à la fusion des patrimoines des deux époux. Cette même tendance a dû pousser à favoriser, ou tout au moins à valider les donations que l'affection mutuelle des époux les poussent à se faire l'un à l'autre durant le mariage. Ces donations sont en effet un moyen commode pour établir la fusion des patrimoines et permettre à chacun de jouir du patrimoine de l'autre comme du sien propre. Mais à l'opposé on sent bien aussi que ce penchant n'est pas sans danger; il a craindre que l'époux le plus épris ne soit, par la pratique des donations, le plus complètement à la discrétion de l'autre , que chacun ne se laisse aller vis à vis de l'autre à de réelles entreprises de séduction, peut être même à des violences. Comme d'autre part il est manifeste que ces donations entre époux durant le mariage ont pour résultat de rompre la séparation des patrimoines; qu'il risque de modifier la consistance respective de chacun des patrimoines au détriment de la famille, il arrive qu'un second système interdit au contraire toute libéralité

Source : BIU Cujas

d'un époux à l'autre depuis le jour où le mariage a été conclu. Il y a là deux attitudes très différentes et suivant les motifs que chaque législation prendra en considération, elle doit incliner vers l'un ou l'autre système. Comment notre droit a-t-il, dans son histoire, envisagé le problème ?-

Le régime romain Impossibilité de donations entre époux dans le mariage cum manu

La pratique du testament.

A Rome, durant la pratique du mariage cum manu, il ne pouvait pas être question de rapports contractuels entre mari et femme. La femme était subordonnée à son mari comme sa filia familias, et par suite, il va de soi qu'il ne pouvait pas être question de donations entre eux. Il y a cependant un acte de libéralité qui n'était pas interdit, c'était le testament qui pouvait permettre au mari d'assurer une vie aisée à sa femme après sa mort. Jamais la loi romaine ne semble s'y être opposée, mais il ne pouvait être question de donations entre vifs. La loi romaine ne contient donc originairement aucune prohibition: on tolère le testament, et le mécanisme de la manus ne permet pas de donation. Ce n'est qu'au VI è siècle que la question parait avoir préoccupé la législation romaine, quand les mariages sine manu devinrent fréquents. Cette préoccupation se traduisit par la prohibition des donations entre mari et femme, dans le cas de mariage sine manu. La prohibition n'existe pas encore au moment de la loi Cincia qui compte le mari et la femme parmi les personae exceptae . L'union sans manus se développant, et la crise de la famille devenant plus aigue, la loi romaine redouta de plus en plus le développement chez les époux d'une âpre convoitise , l'altération de rapports personnels qu'on voudrait fondés exclusivement sur l'affection, la spoliation du plus sensible par l'autre. Elle prononça la nullité complète des donations entre époux . Le moment précis où cette prohibition apparut ne peut être fixé, car elle résultat de la Coutume "moribus ", des usages (Ulpien, D 24, I. de D. Int V. et U, I) La prohibition est acceptée au début de l'empire puisque Labéon (lois 56 et 67) la commente. Quant cette crise s'apaisa, la sanction portée contre la donation entre époux s'atténua, et un sénatus-consulte de Caracalla de 206 (Même titre des Donations ,L. 32 §2, en réservant personnellement au seul donateur la faculté de demander la nullité de la donation, maintint la donation comme valable jusqu'à ce qu'elle ait été révoquée, ne permettant plus sa révocation quand elle n'est pas intervenue avant la mort du donateur. On passa ainsi insensiblement du régime de la nullité à celui de la révocabilité de la donation entre époux par le donateur pendant la durée de sa vie.

Prohibition absolue des donations entre époux introduite par l'usage après le VI è S.

Le sénatus-consulte Caracalla: le régime de la révocabilité des donations entre époux.

Source : BIU Cujas

C'est en somme le régime de la donation mortis causa

La doctrine fut enfin rendue plus complexe plus incertaine par Justinien qui, par un texte (Code de D. int V ,et U., 5,I6 Const. 25) exige l' insinuation pour que la donation soit valable. Voilà ce qu'il nous suffit de savoir de la législation romaine.

Maintien de ce régime en Gaule après les invasions.

Ce regime de la donation entre époux, traitée comme révocable à la manière d'une donation mortis causa dut se maintenir sans changement à travers les invasions. Nous n'en possédons que des traces extrèmement légères. Ainsi, dans le Bréviaire d' Alaric dans la partie législative, empruntée aux Codes antérieurs, il n'est pas question des donations entré époux; on les passe sous silence, et la survivance de ces donations entre époux ne se manifeste que par un passage des Sentences de Paul (II,24) lequel n'apporte aucun éclaircissement nouveau sur le fonctionnement même de l'institution . On en peut conclure que la pratique de ces donations est peu usuelle ou ne donne lieu qu'à peu de difficultés.

Les D. entre époux dans les Lois Barbares méfiance de certaines d'entre elles contre les donations obtenues par violence ou excessives

Qu'en advint-il dans la législation du monde barbare ?- Le danger que les donations entre époux peuvent offrir, que la domination sensuelle ou brutale d'un des deux époux sur l'autre peut entrainer sur les intérêts pécuniaires a été aperçu par quelques lois barbares. Mais on ne peut s'attendre à ce qu' elles aient sû y parer avec la délicatesse et la subtibilité qu'y avait apportée la législation romaine. Voici ce qu'on en peut extraire au point de vue qui nous occupe:

Tout d'abors, on est frappé de l'insistance avec laquelle certaines de ces législations font allusion aux violences que peut exercer le mari pour se faire avantager par sa femme. Ces législations annulent expressément la donation quant elle esi ainsi viciée. Cf Loi des Wisogoths , (L.5 T.II, de D gener Ch. I et IV). Le chapitre I statue d'une façon générale,et le chapitre VII in fine fait allusion au cas où la violence proviendrait du mari: nullité au cas où en considérerait la donation comme entachée de violence. A l'inverse d'autres dispositions des lois barbares s'opposent aux donations excessives faites non plus par la femme violentée, mais par le mari au profit de sa femme, en étendant à toute la durée du mariage, les limitations qui s'appliquent aux donations avant le mariage. lois Lombardes, Liutprand, Ch IO3 : prohibition à l'époux de donner au delà de ce qui est permis au jour du mariage par meta ou morgengabe. Le Chapitre 7 indique le montant permis de la donation; le mari ne peut donner à sa fiancée; ou plus

Source : BIU Cujas

tard à sa femme plus de I/4 de sa fortune. Tel est le premier ordre de dispositions.

Autre limitation réserve du droit des enfants sur les biens donnés par le mari a la femme (Loi Wisogothique)

En voici un second . Tout en donnant satisfaction à la volonté bienfaisante du mari vis à vis de sa femme, la Loi Wisigothique stipule en principe le retout aux enfants, à la mort de la femme, des biens qui lui ont éte donnés par son mari, en n'autorisant pas la femme à disposer de ces biens . Elle n'en peut disposer que pour I/5 (quint), taux qui, au point de vue de la quotité du disponible a subsisté dans notre ancien droit (Loi Wisigothique, L. V, T.II, Ch. 4 et 5). A défaut d'enfants, la femme ne verre plus son droit de disposer limité. Elle pourra faire avec ses biens, donnés par son mari, ce qu'elle voudra. Mais si elle ne fait aucun acte de disposition, les biens donnés feront retour au mari ou aux héritiers de celui-ci. D'ailleurs,dans la Loi Wisigothique aucune limitation n'est apportée au montant possible de la donation faite par le mari à sa femme. On notera dans le même ordre d'idées que la Loi Wisigothique prend un souci tout particulier des biens donnés par le Roi, individuellement à l'un ou à l'autre des deux époux, mari ou femme. Il semble que cette loi redoute que l'autre époux n'accapare les biens donnés à son conjoint, ne les traite comme lui appartenant en propre et n'en prive la famille de l'époux donataire, laquelle famille est un peu désarmée, ces biens ne lui ayant jamais appartenu et ayant toujours été soumis à la jouissance commune des deux époux. On comprendra l'intéfet de ces dispositions en réfléchissant qu'il s'agissait là de ces terres du fisc ou de l'hôte gallo-romain que la Loi Wisigothique attribuait aux envahisseurs dans le partage (Ch. II et III)

Soins particuliers de la Loi Wisigothique pour les biens donnés par le Roi.

L'usage de l'affatomie dans la loi Ripuaire pour réaliser la donation entre époux.

Enfin, un 3 ° ordre d'idées, peut être le plus intéressant pour l'histoire postérieure de ces donations entre époux, se retrouve dans la loi Ripuaire (T. 48 et 49) qui révèle d'emploi d'une institution assez différente appelée affatomie en vue des donations entre époux. L'affatomie est une donation d'une espèce particulière, donation actuelle qui ne doit cependant se réaliser qu'à la mort du donateur et qui, dans les textes de la loi Ripuaire, apparait sous la forme d'une adoption du donataire par le donateur. On permettait à un époux de faire de son conjoint son héritier total. Le texte n'est pas très explicite, mais si on le lit avec soin, on en vient à y voir une sorte de mise en commun par les deux époux de tous leurs biens au profit du survivant; les biens de chacun des deux époux d'ailleurs devant faire retour à sa famille après la mort du premier mourant. C'est une disposition analogue à celle que nous avons rencontrée dans la loi Wisigothique .

Source : BIU Cujas

On réserve cependant la faculté pour l'époux survivant de dépenser les biens qu'il a ainsi reçus, soit si celà est nécéssaire à son existence, soit encore pour faire des donations in eleemosina, c'est à dire des donations à cause de mort, dans un but pieux et pour le salut de son âme. On fait fléchir en ce cas la règle qui veut que ces biens, à la mort du dernier mourant, reviennent à la famille de celui-ci à qui ils appartiennaient à l'origine. Voilà dans leurs lignes essentielles, les deux textes de la loi Ripuaire auxquelles nous renvoyons.

La pratique des dons mutuels entre époux dans les formules Franques (interdonatio)

Ces textes sont d'autant plus intéressants que nous trouvons dans les documents de la pratique, comme l'application de la mise en oeuvre de leur contenu (Formule Franque de Merkel, N° 7, Zeumer,p.247) Il s'agit ici de ce que le texte appelle une interdonation, c'est à dire une donation réciproque, mutuelle contenue dans un même acte. Celui-ci a été rédigé de telle sorte qu'il contient successivement deux donations dans les mêmes termes, chacune faite par l'un des époux à l'autre, pour le cas où l'autre lui survivrait. La donation a lieu devant le mallum du comte et l'objet de cette donation comprend généralement tous les biens du donateur, en ajoutant d'ailleurs qu'à la mort du dernier mourant, les biens reviendront à la famille d'où ils sont partis. Cette formule est loin d'être la seule qui dispose de cette manière. Ainsi, on trouve les mêmes dispositions dans les Formules de Lindenbrog (F. I3, Zeumer, p.275); Formule Wisigothique (F.23, p.586); Formule de Tours (F.I7 p;I44). Il est vraisemblable que ce don mutuel réciproque a été surtout répandu en pays franc; nous tirons cette conclusion de ce fait que dans le Recueil de Marculf, on en rencontre autant d'exemples à lui tout seul, que dans tous les autres réunis. Ce Recueil de Marculf est destiné aux populations franques; on y verra trois exemples caractéristiques (I è Partie F, I2, p.50 Zeumer). L'acte est différent, il s'agit d'un praeceptum royal, disposition du roi qui vivifie cette donation. L'acte a eu lieu au Palais et en présence du roi. On y stipule que les deux époux n'avaient pas d'enfants et que chacun des deux fait donation de tous ses biens au survivant avec retour, à la mort de celui ci, aux parents ou au monastère qui est indiqué. Même interdonatio dans la II è partie du Recueil de Marculf qui contient des actes privés(F.7,p.79 et 80; F.I7 p.86). On retrouvera dans ces deux documents le système des deux donations mises bout à bout, l'une à la suite de l'autre et faites chacune par un conjoint à l'autre. Cette forme d'interdonatio rencontrée fréquemment à l'époque Barbare nous met en présence d'un

Source : BIU Cujas

L'inspiration chrétienne et l'atténuation des prohibitions romaines à l'époque franque.

acte d'inspiration chrétienne. Le préambule de l'acte, notamment celui du praeceptum royal rappelle les textes de la génèse sur l'unitas carnis qui ont manifestement servi à cette époque à la construction de notre doctrine des biens entre époux. Ces textes et les documents de la pratique qui les soutiennent nous montrent donc que tout en subissant quelques restrictions , tout en recourant à des formes particulières, les donations entre époux n'ont pas cessé d'être pratiquées pendant toute cette période barbare . En outre, la forme la plus répandue et la plus en harmonie avec l'état moral de la population, c'est cette interdictio réciproque qui est le prélude de ce que nous rencontrerons plus tard, sous le nom de don mutuel.

Voilà l'état des choses aussitôt après les invasions. La législation romaine parait donc, au point de vue de ses prohibitions s'être estompée, et des tendances un peu différentes semblent l'emporter par l'application des formules barbares.

Sur la période qui suit, du XI ° au XII)° siècle, nous n'avons que très peu de renseignements. Au XIII° siècle, les coutumiers s'expliquent davantage sur cette matière. Tout d'abord, ils n'examinent pas le cas des donations entre vifs, probablement parce qu'en fait ces donations entre vifs n'auraient pas grand sens, car le mari est en possession durant le mariage de tous les biens de la femme et en jouit comme s'ils lui appartenaient, et que les aliénations des biens de l'un ou de l'autre se font en principe d'un commun accord. Quel intérêt alors peuvent avoir les époux à se faire une donation ?- Les biens de la femme donnés au mari ne changeraient pas de régime en réalité et il en serait de même des biens donnés par le mari à la femme . Il ne peut être question que de testament ou de donations à cause de mort, à supposer qu'on ne recourt pas à la forme du testament. Relativement à ces donations à cause de mort, le principe c'est qu'on peut par testament, laisser à sa femme autant et aussi bien qu'à toute autre personne, de la même manière, et selon la même quotité. Cf Pierre de Fontaines, " Conseil à un Ami" Ch.33 N° I4 : " Ce que l'on puet leissier à estrange " persone puet en leissier à un de ses enfanz, et à " sa feme meismes."

Les coutumiers du XIII° s. Pourquoi il n'y est pas question de donations entre vifs. Liberté de disposer par acte à cause de mort.

De même Beaumanoir, N& 366, s'exprime ainsi " Il est coustume bien aprouvée que li hons toutes " ces choses dessus dites puet leissier à sa fame ou " la fame a son seigneur ".

En principe, le mari ou la femme peuvent donc par testament, se laisser des donations de même

Source : BIU Cujas

Méfiance à l'encontre de la violence possible du mari pour obtenir de sa femme une libéralité.

étendue qu'ils peuvent les laisser à un étranger. Il y a pourtant une restriction apportée à cette règlé générale qui n'en modifie pas le sens doctrinal mais qui en modifie la portée pratique. Nous sommes encore, si beau qu'ait été le XIII° siècle, à une époque où la brutalité masculine n'est pas très adoucie; on redoute alors que la mari ne se serve de sa force physique, n'use de violences, pour obtenir de sa femme une donation qu'elle ne fera pas volontiers. Beaumanoir nous dit dans ce sens que le legs que la femme serait forcée de faire à son mari ne serait pas valable :"... Mais se la fame fescit tel lais en sa " pleine santé a son seigneur par force ou par menaces et il étoit bien prouvé des oirs à la fame, cis " lais seroit de nule valeur".

L'hypothèse a dû être si fréquente que certains coutumiers vont dans la protection plus loin que Beaumanoir qui se borne à dire que si on démontre la violence,la donation sera nulle. Les Etablissements de St Louis, (L.I ChP.II8), considèrent que ces violences sont la règle et interdisent à cause de cela à la femme de faire une donation à son mari (T.II Ed. Viollet, p.2I2, Ch.II8 : " De don entre home et fame" .) Il s'agit ici de la femme : " Fame ne puet " riens donner à son seignor en aumone (c'est à dire par disposition à cause de mort) tant come ele soit saine, que li dons fust pas estable ".. Le don si elle le fait, ne sera pas valable, et voici pourquoi " ; car, par avanture, ele ne li avroit pas doné " de son bon gré ne de sa bone volonté; ainz l'avroit " donné par crainte qu'il ne li en feist pis, ou por " le grant amor qu'ele avroit à lui. Et por ce, ne li " puet ele riens doner de son héritage ".

Le texte est un peu indécis dans sa réglementation. Après avoir déclarer que la femme ne peut rien donner du tout, il ajoute qu'elle peut lui donner avant de se marier ou à sa mort ou quand elle est malade à en mourir ou quand elle n'a aucun héritier mâle. " mais avant qu'ele l'aust pris, ele li puest " bien doner le tiers de son héritage,ou à sa mort, " ou quant ele seroit malade, por coi ele n'aust oir " mâle". En somme, nous ne sommes pas loin de la réglementation de Beaumanoir qui veut qu'on puisse démontrer, pour annuler la donation, qu'il y ait eu violences. Entendons bien que si Beaumanoir ou les Etablissements de St Louis apportent ces restrictions aux donations entre époux, il ne s'agit que de donations faites par la femme à son mari. Quand c'est le mari qui fait la donation à sa femme, on ne redoute pas les mêmes violences, et c'est le principe général de validité qui s'applique.

Source : BIU Cujas

Jusque là; rien ne semble établir dans nos auteurs que l'influence romaine se soit encore fait sentir. Beaumanoir déclare la donation valable, et s'il y a des cas où il annule cette donation, cela tient à des circonstances de fait. La prohibition des donations entre époux telle qu'on la rencontre dans la législation romaine n'existe pas encore.

Influence de la Renaissance du droit romain, au XIV è S: Le grand Coutumier de J. d'Ableiges les 2 traits caractéristiques du régime des donations entre époux- I° prohibition des donations- 2°- validité du don mutuel.

Mais au XIV° siècle, les choses se modifient; l'influence romaine s'est fait sentir; on trouve manifestement dans le Grand Coutumier de France de d' Ableiges deux dispositions, deux règles qu'il faut indiquer La première (Ch 32,L.II Titre du douaire) c'est la règle romaine : on ne peut rien léguer à son époux, ni rien lui donner à cause de mort : " Item nota secondum " consuetudinem parisiensem quod uxori vivae nihil le- "gare possum, vel in morte donare .." Ainsi, I° point- le mari ne peut léguer ni donner aucun bien à cause de mort à sa femme.
2°- point;" Possumus tamen invicam facere donationem " mutuam omnium bonorum; quaequidem donatio valet et " tenet :"Mais nous pouvons pourtant, alors que la donation entre époux est interdite,nous faire une donation mutuelle l'un à l'autre de tous les biens,et cette donation vaut " valet et tenet". Les deux époux peuvent donc se faire un don mutuel.

Voilà les deux traits qui vont désormais caractériser tout le régime appliqué chez nous: d'un côté, prohibition de la donation entre époux,mais d'un autre côté, à titre de transaction, don mutuel autorisé entre les deux époux. C'est la même attitude rencontrée dans la Somme Rural de Bouteiller (L.I Titre 69): " .. " se peuvent faire dons et amendemens entre les dessus " dicts lary et femme, que layement on appelle revestis " sement (le don mutuel prend le nom de revestissement " et sont ainsi appelés pour ce qu'autant en amende; " l'un que l'autre ".. L'un fait autant de donations à l'autre que son conjoint. D' Ableiges disait de même (p. 323) " ad hoc quod donatio mutua inter virum et " uxorem valeat, oportet quod sit aequalis et quod u- " troque sano stante sit facta ".

La même double règle est établie un peu plus tard par Jean Desmares et les Coutumes Notoires du Chatelet de Paris Jean Desmares (Décision 325 : "item " homs et fame conjoincts par mariage ne uent rien " donner l'un a l'autre en leur testament par voye " directe ou oblique combien qu'ils puessent faire en- " tre vifs don mutuel de leur meubles et conquets et " non autrement " Coutume du Chatelet de Paris, N° 589 " mary ne puet rien donner à sa feme en testament ou " autrement ne se font don mutuel soit à vie ou a héri- " tage,et soit meuble ou immeuble. Et s'ils le font,

Source : BIU Cujas

tout est nul; car ils ne peuvent faire contrat valable l'un à l'autre . Notissima ". La prohibition de donner ne s'adresse ici qu'au mari.

Tel est l'état de notre droit. Nous verrons dans quelle mesure toute cette doctrine s'est developpée depuis la rédaction des coutumes.

Nous savons qu'à partir su XIV° siècle s'est élaborée la législation applicable chez nous caractérisée par deux règles :I°- par l'interdiction de la donation entre époux; 2°- par la validité du don mutuel à titre exceptionnel. Il en est ainsi dans le Grand Coutumier de France de d' Ableiges, dans la Somme Rural de Bouteiller, dans les Coutumes Notoires du Chatelet de Paris et dans les Décisions de Jean Desmares. Il n'y a pas de doute sur l'établissement de ces règles générales.

Nous allons reprendre chacun de ces points.

I°- Les donations entre époux sous quelque forme que ce soit sont en principe prohibées.

Accentuation en droit coutumier de la prohibition romaine des donations entre époux.

Cette prohibition des donations entre époux se rencontrait déjà dans la législation romaine, et nos anciens auteurs coutumiers semblent bien croire que cette même prohibition a été inspirée chez nous par le droit romain; de fait, la date de son apparition coïncide avec celle où le droit romain exerça pleinement son influence sur notre droit coutumier (Guy Coquille, Inst. au Droit Français , Ed. in F°, P. 66 in fine)

Pourtant, s'il n'est guère douteux que la renaissance romaine ait été pour beaucoup dans l'avènement de la prohibition des donations entre époux chez nous, il est à remarquer que le droit coutumier a dû apprécier les raisons invoquées par la législation romaine pour la justifier, car il ne s'est par borné à la transporter chez nous, il a renchéri sur les solutions romaines dans le sens de l'extension et de l'affermissement de la prohibition; ainsi, si en droit romain les donations entre époux étaient originairement nulles, depuis Caracalla, elles sont pourtant valables lorsqu'elles ont été exécutées par le donateur et que celui-ci est mort sans les avoir révoquées . Même si l'on veut aller jusqu'à la législation de Justinien, et la chose est plausible puisque nous sommes après la renaissance irnérienne, on rencontre une Novelle I62 (Ch.I) qui va jusqu'à accepter que, même si la donation entre époux n'a pas été exécutée pendant la vie du donateur, néanmoins, cette donation peut être considérée comme valable, pourvu que le donateur ne l'ait pas révoquée. C'est une dernière atténuation au régime en vigueur depuis si longtemps.

Source : BIU Cujas

Cette règle s'applique d'ailleurs seulement a aux donations entre vifs et suppose pleinement valables les donations qui revêtent la forme des donations à cause de mort, ou bien encore qui sont des donations testamentaires. A y regarder donc d'un peu près, s'il est vrai que la législation romaine a manifesté quelque mauvaise humeur à l'égard des donations entre époux s'il était dans sa tendance de les juger défavorablement, il n'en est pas moins vrai que prohibition et révocabilité se sont sensiblement atténuées depuis le droit classique. C'est ce que les romanistes auraient pu enseigner aux Coutumiers . Ceux-ci non seulement l'ont accepté allègrement à partir des XIV° XV° et XVI° siècles, mais encore ils ont accrû la prohibition.

Son extension aux donations à cause de mort ou de testament.

Ainsi, on peut dire dès les XIV° et XV° siècles qu'on regarde chez nous comme nulles, non pas seulement les donations entre vifs comme à Rome, mais encore les donations à cause de mort ou les donations testamentaires. Quelques passages de nos anciens textes, les Coutumes Notoires du Chatelet de Paris, N° 58 : " Mari ne peut rien donner à sa femme en testament ou autrement"; ou encore l'article I56 de la Coutume de Paris de I5I0 ; les articles 282 et ss. de la Coutume de I580 sont encore formels dans ce sens.

Ce qui est interdit, ce ne sont donc pas seulement les donations entre vifs,mais toutes les donations, en y comprenant les donations testamentaires.

Raison de cette interdiction le souci du maintien du patrimoine familial.

La raison de cette rigueur croissante de la prohibition tient probablement à ,ce que, dans notre droit coutumier la prohibition n'a pas seulement comme à Rome pour but d'épurer l'affection conjugale en voulant qu'elle soit par dessus tout désintéressée (c'est ce que font valoir surtout les jurisconsultes romains),mais il a voulu aussi la prohibition,par souci du maintien du patrimoine familial. Ce souci apparait chez nous à partir des XIV°, XV°, et XVI° siècles. La législation romaine a trouvé un soutien dans cette tendance.

Les différents groupes de coutumes

C'est peut être à cause de ce sentiment nouveau que la portée de la prohibition est très variable à travers les pays coutumiers, Cf.Pothier(Donations entre époux et Dons mutuels,) distingue 3 catégories de coutumes.

I° Prohibition de tout avantage entre époux,direct ou indirect (Paris)

I°Catégorie : Elle comprend les coutumes les plus rigoureuses; ce sont celles auxquelles nous faisions surtout allusion: Coutume de Paris, Coutume d' Orléans et d'autres de la même région. Ces coutumes prohibent toute donation ou même plus exactement tous avantages entre époux, que ce soit des avantages directs ou que ce soit des avantages indirects. Elles n'admettent pas qu'entre époux, par suite du jeu de tel ou tel principe juridique, un seul des époux puisse s'enrichir

Source : BIU Cujas

au détriment de l'autre. C'est la raison qui a fait introduire à la même époque toute la théorie des récompenses. Il s'agit aussi bien de donations testamentaires que de donations entre vifs. Nous le verrons tout à l'heure dans l'article 282 de la Coutume de Paris et dans l'art. 280 de la Coutume d' Orléans Ajoutons que cette catégorie comprend le plus grand nombre de nos coutumes, elle ne présente, dans les conditions variées sous lesquelles la prohibition s'y établit, qu'une seule exception: celle du don mutuel.

2°-Prohibition des donations entre vifs,mais validité sous des variantes, des libéralités testamentaires.

2° Catégorie- Elle prohibe seulement les donations entre vifs,mais autorise les donations testamentaires. Elle offre quelques variantes, notemment celle-ci : Certaines coutumes autorisent les donations testamentaires quand il n'y a pas d'enfant comme par exemple la Coutume de Mantes, d'autres même quand il y a des enfants : Coutume de Chartes ou Coutume de Péronne.

Une autre variante dans ces coutumes consiste à autoriser à disposer au profit de son conjoint survivant, dans la même mesure qu'au profit d'un étranger (Coutumes de Péronne art.III,de Ponthieu T.II, art.24; Coutume de Dreux, T.XVIII, art.8I). D'autres au contraire autorisent la disposition au profit de l'époux, mais dans une mesure différente de celle dans laquelle il peut disposer au profit d'un étranger, et dans ce cas c'est pour restreindre le droit de disposer au profit de l'époux (Coutume de Reims, art.29I, Coutume d' Amiens T.V art.I06).

Extension de ce régime aux coutumes muettes sur les libéralités testamentaires.

Quand on veut faire un classement un peu rigoureux, on éprouve quelques hésitations pour placer les coutumes qui ont bien prohibé les donations entre époux entre vifs, mais ne se sont pas expliquées sur les donations testamentaires; ce silence relativement aux donations testamentaires devait-il être interprété comme entrainant prohibition de ces donations, ou au contraire devait-on le regarder comme permettant ces mêmes donations ?- On préfère en général, cette dernière interprétation, c'est la règle, c'est la liberté et dans les coutumes muettes, au sujet des donations testamentaires, on admet leur validité.

3°Coutumes admettant les donations entre époux,entre vifs sous certaines variantes.

3° Catégorie : La liberté y est encore plus grande. Ce sont les coutumes qui admettent la validité, non seulement des donations testamentaires,mais encore des donations entre vifs: les unes, parmi ces coutumes, admettent la validité des donations, à la condition qu'elles n'aient pas été révoquées par le donateur avant sa mort. C'est l'application de la règlementation romaine, (Coutume de Touraine).

Les autres au contraire admettent leur vali-

Source : BIU Cujas

dité, sans possibilité de révocation, aussi pleinement que vis à vis d'une personne étrangère (Coutume d' Angoumois, art 52). La donation est permise, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfant, en usufruit des meubles et du tiers des propres Cf. Coutumes de Montfort: de Noyon (T.XIII art.2I); celles de St Jean d' Angelys tit.8 art.I3);d'Auvergne (ChXIV, art 2), qui a ce caractère particulier d'admettre que le mari peut faire à sa femme une donation même entre vifs de tous ses biens, sauf la légitime des enfants, mais ne permet pas à la femme d'agir de même à l'égard de son mari. C'est la survivance de cette vieille crainte de brutalité masculine (Sic Bretagne, Laon, Troyes) .

A ce point de vue donc, le régime des donations entre époux est extrèmement varié. Cependant, le principe n'est pas douteux; on considère en général la disposition insérée dans la coutume relativement à la prohibition ou à l'autorisation de la donation comme étant de statut réel, parce qu'elle touche à l'ordre public. De sorte qu'un même époux peut avoir la faculté de donner ou de ne pas donner à son conjoint suivant que le bien qu'il veut lui donner est situé dans telle coutume ou dans telle autre.

Régime particulier de la C de Bourgogne admettant les donations entre époux si le contrat de mariage en décide ainsi.

Il reste enfin une coutume dont on a beaucoup discuté dans notre ancien droit: c'est la Coutume de Bourgogne (Ch IV, art 7). Cet article admet qu'une disposition expresse du contrat de mariage des deux époux peut autoriser les donations entre époux, alors que la Coutume s'y refuse. De droit commun, la question de prohibition ou de permission de la donation entre époux apparait donc comme rentrant dans la liberté de disposer de chacun; chacun pouvant se faire à lui même son statut particulier. On sent bien qu'il y a là quelque chose de singulier, puisque cette question est habituellement considérée comme d'ordre public. La règle de la coutume de Bourgogne est généralement considérée comme fâcheuse et écartée. Dumoulin, dans ses notes sur les Coutumes de France s'élevait contre cette faculté laissée aux époux, et il la déclarait " captieuse et licencieuse" N'empêche que malgré Dumoulin, cette faculté persista en Bourgogne et dura jusqu'à la fin de notre ancien droit. Il semble même que les habitants de cette province aient aimé à y recourir (Taisand, Commentaire sur la Coutume de Bourgogne.)

Au XVIII ° siècle Pothier connait fort bien la disposition dont nous parlons, et sans entrer en guerre contre elle comme Dumoulin, il se borne à déclarer que la disposition de la Coutume de Bourgo-

Source : BIU Cujas

gne est signulière et qu'il faut par consequent bien se garder de l'étendre en dehors du territoire de cette coutume.

Voilà en raccourci un tableau de l'état des choses en France relativement à ces donations.

Le régime des donations entre époux dans la Coutume de Paris.

Revenons à la catégorie la plus nombreuse de Coutumes, c'est à dire à celle qui en est le type: la Coutume de Paris ou celle d' Orléans.

La Coutume de Paris de I580 relativement à la prohibition contient 2 articles qui se rattachent à notre matière : les art. 282 & 283 :

Art. 282 :" Homme et femme conjoints par ma-
" riage constant iceluy, ne peuvent advantager l'un
" l'autre par donation faite entre vifs par testament
" ou ordonnance de dernière volonté,ne autrement, di-
" rectement ne indirectement, en quelque manière que
" ce soit, sinon par don mutuel tel que dessus."

Prohibition commune aux deux époux.

L'article a pour ainsi dire accumulé les formules pour faire entendre que la Coutume voulait cette prohibition la plus générale qu'il était possible. Cette prohibition s'applique d'abord aux deux époux, différant en cela de certaines coutumes comme celle d' Anjou.

de toute sorte de libéralité directe ou indirecte (présomption d'interposition de personnes)

En second lieu, elle prohibe toute espèce de libéralité entre vifs, testamentaire, ordinaire, de dernière volonté. Ainsi par exemple, un legs qui aurait été écrit dans un testament antérieur au mariage et qui se serait adressé à une personne qui n'était pas encore à cette epoque l'époux, deviendrait nul par le fait du mariage. Autre hypothèse, même une donation faite avec le consentement de l'héritier présomptif est considérée comme nulle . On signale un arrêt Duval du 9 avril I543 (Ferrière In I2 ,p. 243) qui a statué sur ce point et a établi définitivement la jurisprudence. Cette prohibition s'applique encore nous dit le texte à " tous avantages directs ou indirects". Directement, celà se comprend tout seul/ Mais qu'entend-on par donation indirecte ?- Tout d'abotd, une donation indirecte est une donation faite par une personne ou à une personne qui n'est pas l'époux, mais faite de telle manière que le bénefice en parvienne à l'époux. C'est par exemple une donation par personne interposée. De très nombreuses discussions se sont élevées dans notre ancien droit pour savoir par exemple si on devait considérer comme lulle la donation faite, non pas à l'époux, mais à une personne dont l'époux ou l'épouse est l'héritier présomptif, puisqu'à la mort du donataire actuel, l'époux ou l'épouse en aura le bénéfice.Tout de même, il n'est pas certain que ce bénefice lui en parvienne, puisque le donataire peut ne pas le lui transmettre. On a discuté longue -

Source : BIU Cujas

ment pour savoir s'il y avait lieu ici de présumer l'interposition de personne, de déclarer que, sans autre preuve démontrant que le bénéfice a été acquis, en fait à l'époux, la donation sera nulle. Il existe en effet des coutumes qui présument cette interposition de personnes (Coutume du Bourbonnais, art. 226 ; Coutume d' Auvergne , Ch.XIV, art 28, qui prohibe la donation faite par la femme au père ou à la mère de son époux). Des discussions nombreuses ont eu lieu relativement, non plus aux donations faites aux parents de l'époux, mais aux donations faites à des collatéraux du conjoint, et le souci de ne pas permettre des donations ainsi détournées à même fait ajouter en I580, à la Coutume de Paris son article 283 qui suit immédiatement celui que nous avons vu et qui s'applique aux enfants de l'époux et de l'épouse. Il ne s'agit plus ici d'un cas où le bénéfice pas serait vraisemblablement à l'époux ou à l'épouse. Il s'agit de donner à l'époux ou à l'épouse la même satisfaction de coeur qui si on le faisait bénéficier lui-même de l'avantage, en accordant cet avantage à ses enfants: " Ne peuvent les dits conjoints, donner " aux enfans d'un de l'autre d'un premier mariage, au " cas qu'ils, ou l'un des deux ayent enfans".
On écarte donc, comme bénéficiaires possibles,non pas les enfans communs,mais les enfans que l'autre époux pourrait avoir d'une précédente union: en donnant aux enfants du conjoint, on se dit que le donateur atteignait sensiblement le même résultat qu'en donnant à son propre époux.

Nous n'insisterons pas davantage sur cet art. 283 au sujet duquel on s'accordait dans notre ancien droit à trouver sa rédaction un peu ambigue, du moins dans sa dernière partie" au cas qu'ils ou l'un d'eux " ayent des enfans". L'interprétation a donné lieu à de nombreuses discussions. Un arrêt de I583 a fini par interpréter cet article en ce sens qu'on ne permet de faire une donation aux enfants de l'autre conjoint qu'à l'époux qui n'a lui même ni enfant du mariage actuel ni enfant d'un précédent mariage.

L'interdiction des contrats entre époux dans certaines coutumes.

Enfin, cette crainte d'avantages indirects dont il est question dans l' art. 282 a poussé même certaines coutumes à aller encore au delà de la prohibition de la Coutume de Paris et à interdir non pas seulement les donations entre époux, mais toute espèce de contrat quelconque, parce que ces contrats pourraient sous une forme détrounée procurer un avantage à l'époux. Il y a comme une présomption à la charge de tous les contrats. Il en est ainsi en Normandie (Ch. XV, art.40), dans la Coutume de Nivernais ((Ch XXIII, art.27; dans le Bourbonnais (Ch.X, art.

Source : BIU Cujas

226). On admet même parfois qu'il faut étendre cette règle à toutes les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Il y aurait comme une prohibition générale résultant du silence des coutumes. C'est ainsi que le décidait Dumoulin sur l'art. 256 de l' Ancienne Coutume de Paris, N° 5. Il interdit aux époux de faire entre eux aucun contrat " sans nécéssité ". Il n'ose pas prohiber tous les contrats, mais il faut, pour qu' un contrat soit validé qu'on démontre qu'il correspondait à une certaine nécéssité . La pensée des juris consultes était entrainée vers la rigueur. On verra tout le détail même de cette application rigoureuse dans les exemples donnés par Pothier (Traité des donations entre mari et femme, I° partie, Ch.2, art.I et ss , N° 78, et ss).

Ainsi, peu à peu s'est fondé progressivement, aggravé et étendu le principe qui prohibe les donations entre époux. Cette marche est bien en rapport avec celle qui a tendu à détourner lentement les biens entre époux de leur confusion originaire et à se rapprocher du régime de la séparation des patrimoines tel qu'on le rencontre dans les conceptions romaines. Les donations entre époux sont donc prohibées.

II- La validité du don mutuel.

II- Si les donations entre époux sont prohibées, il a fallu pourtant donner au sentiment populaire la satisfaction de valider une forme très répandue de donations entre époux qui est le don mutuel. On va voir d'ailleurs la portée d'application de ce don mutuel aller en s'affaiblissant peu à peu à mesure que ce souci de maintenir les biens dans les familles, va se developper ,que va s'aggraver la prohibition des donations entre époux.

L'inspiration originaire du don mutuel.

Le don mutuel tel que nous le retrouvons anciennement même dans nos anciennes formules franques est une donation faire réciproquement par un époux à l'autre de tout ou partie de ses biens au survivant; généralement, quand il n'y a pas d'enfant; ou bien en usufruit,ou bien en pleine propriété, ou bien encore avec, ajouté à l'usufruit, un certain droit de disposition,par rapport à la propriété,laissé à l'époux survivant au détriment de la famille. Ce qui domine dans ce don mutuel, c'est, comme le nom l'indique, l'idée de réciprocité: chacun des deux époux veut avantager également l'autre de manière que le survivant jouisse à lui tout seul de ce dont les deux époux auraient joui ensemble s'ils avaient vécu tous deux.

Adjonction des le XIV è S de l'idée d'égalité à celle de réciprocité.

Au XIV ° siècle, dès Bouteiller, se dégage une idée voisine de celle de la réciprocité, mais qui ne se confond pas avec elle, c'est l'idée d'égalité de la libéralité promise par chaque époux à l'autre . On ne veut pas que l'un dès époux ait vraiment plus

Source : BIU Cujas

d'avantages que l'autre à ce régime des donations réciproques, de peur d'y laisser place à un esprit de calcul, dont la vraie affection conjugale risquerait d'être la dupe. On se rattache à exiger pour la validité de la donation, non seulement qu'elle soit réciproque, mais encore qu'elle apporte à chacun des deux époux une masse de biens correspondante et de valeur égale.

Limitation progressive de la portée de don mutuel du XIV è au XVI° siècle.

Quant aux modalités même de ce don mutuel, elles sont encore à ce moment un peu incertaines. Ainsi dans les Coutumes Notoires du Chatelet de Paris (N°58) le don mutuel se fait encore ou " a vie" ou " par héritage" nous dit le texte, c'est à dire en attribuant l'usufruit à l'époux survivant, ou même en lui attribuant la pleine propriété. Ce don mutuel porte toujours, d'après cette Coutume Notoire du Chatelet de Paris ," ou sur les meubles de chacun des époux ou même sur les immeubles sous cette formule vague " ou aux meubles ou aux immeubles "; il faut bien discerner quelque chose de plus grave; les meubles, ce sont habituellement des choses communes: " aux meubles " cela peut s'entendre de sa part de communauté que chacun a droit d'attribuer à son conjoint. Quant aux immeubles, ce sont, la plupart du temps les immeubles propres. Cette formule générale semble donc permettre le don mutuel non pas seulement dans son application aux biens communs, mais dans son extension aux propres de chacun des époux. Si on remonte à un certain nombre de siècles en arrière, notamment aux Formules de l'époque franque, il en est en effet parfois ainsi.

Dans Jean Desmares (Déc.235) la portée est plus limitée puisqu'il s'agit ici seulement de meubles et conquêts, c'est à dire qu'on n'accorde expressément cette fois, que la possibilité d'une donation qui porterait sur des biens communs. D'ailleurs, dans Jean Desmares on ne trouve aucune indication sur le point de savoirsi la donation peut être faite en pleine propriété ou si elle doit se borner à l'usufruit.

Le principe d'égalité du don mutuel dans les coutumes redigées.

Quand on arrive aux Coutumes rédigées où alors la doctrine va se fixer avec plus de précision , on peut constater que la crainte de captation a décidément fait limiter la portée du don mutuel et accentuer la nécéssité de l'égalité des prestations. Il va devenir indispensable à la validité même du don mutuel que chacun des époux par ce don reçoive une valeur exactement correspondante (Pour le Commentaire de la Coutume de Paris, Cf. M.O Martin) Dans la Coutume de 1510, il n'y avait, sur le don mutuel que 4 articles: 155-156-157-158). La Coutume de 1580 est plus copieuse puisqu'elle en contient 9, art.280 à 288, et quelques uns d'entre eux ont été assez sensiblement modifiés.

Source : BIU Cujas

Le don mutuel dans la Coutume de Paris.

Examinons d'abord dans ces 9 articles quelles sont les conditions qui sont jugées nécéssaires à cette époque à la validité du don mutuel.

I°- Il faut que les personnes dont il s'agit soient mariées, et qu'elles vivent sous le régime de la communauté.

2°- Il faut qu'elles soient sans enfants au jour du décès du premier mourant.

3°- Enfin, il faut qu'elles soient également en santé.

Reprenons ces points :

'- Nécéssité un mariage alable et de l'existence d'une commu- auté entre poux.

I°- Le don mutuel est valable à la condition qu'il y ait entre les deux époux un mariage valable. On se contente cependant parfois d'un mariage putatif Le mariage putatif produit,au point de vue pécuniaire les effets qu'il aurait produit s'il avait été valable,et la validité de ce don mutuel est un de ces effets. Mais il faut que le régime des biens entre époux sous lequel ils vont vivre,soit le régime de communauté, et il faut que cette communauté dure jusqu'au jour du décès du premier mourant. Ainsi par exemple, si entre deux époux était intervenue, après que les époux se seront fait l'un à l'autre un don mutuel, une séparations de biens, le don mutuel serai condidéré comme perdant toute sa valeur, puisqu'il ne peut s'appliquer qu'entre gens vivant en état de communauté. On trouve une application de cette même idée dans la Coutume de Normandie. Celle-ci repousse le régime de communauté (art.4IO) et elle repousse aussi le don mutuel. Elle ne le considère pas comme valable, et comme d'autre part elle prohibe les donations entre époux, il n'y a, à la prohibition des donations aucun tempérament. Pourquoi cela ?- Quelle est la raison de cette nécéssité d'une communauté entre époux ?- Il est probable que cela tient à ce besoin d'égalité. Si le don mutuel peut porter sur les propres il pourra être inégal puisque les propres des deux époux ne sont pas nécéssairement de même valeur. On n'est pas sûr de l'égalité de la fortune de chacun tandis que si le don mutuel ne peut porter que sur la part de communauté qui est de la I/2, il va de soi que chaque conjoint donnera exactement la valeur de ce qu'il en recevra . C'est si vrai que des difficultés vont s'élever pour l'application de cette règle dans des cas où des clauses de communauté conventionnelle viendront altérer l'égalité. Ainsi, par exemple, nous connaissons la clause de forfait de communauté qui a pour but de donner à la femme en tout état de cause une certaine somme forfaitaire qui lui tiendra lieu

Interdiction de faire porter le d.m. sur les propres par souci d'égalité.

Difficultés soulevées par les clauses conventionnelles de communauté.

Source : BIU Cujas

de sa part dans la communauté. Cette somme forfaitaire pourra bien différer, soit en plus, soit en moins de la véritable moitié de la communauté. Alors doit-on dans ce cas, autoriser la pratique du don mutuel ?(De grande difficultés ont été soulevées sur ce point à cause de la règlo indiquée. Un arrêt du I7 juillet I580 admit néanmoins la validité du don mutuel en faveur de la femme dans un cas de forfait de communauté. Mais la solution fut loin d'être unanimement approuvée et laissa subsister beaucoup de difficultés(Ferrière, commentaire sur l'art.280 de la Coutume de Paris, N° 8, p.237). Pothier qui parait très fermement attaché à cette nécéssité d'égalité dit que le don mutuel sera nul si un des deux conjoints a auparavant, fut-ce par contrat de mariage donné une portion ou la totalité de sa part dans la communauté; ou bien encore si le contrat de mariage prévoit, pour chacun des deux époux des parts inégales dans la communauté (Traité de Pothier des donations entre mari et femme- Seconde partie - le don mutuel,N° I42, et I43).

Il y a cependant des coutumes qui sont moins farouches à ce point de vue et qui, tout en exigeant en principe que la part de chacun des deux époux soit égale dans la communauté, acceptent cependant, au cas où elle ne le serait pas, de réduire la quotité du don mutuel à la part la plus petite Dans cette mesure, l'égalité peut exister (Coutume de la Marche, art.290).

3°- Enfin, une autre condition résulte de notre texte: la condition de santé.

3°-Condition de santé (et parfois d'égalité d'âge) des époux.

D'après cette 3° condition, il faut que chacun des deux époux ait sensiblement une égale chance de survie. C'est ce qu'expriment les termes mêmes de l'art.280 de la Coutume de Paris. On peut remarquer, d'après cette lecture que les deux époux doivent être en santé : " Homme et femme conjoints "par mariage, estans en santé, peuvent et leur loist " faire donation mutuelle l'un à l'autre également " de tous leurs biens, meubles et conquests immeu- " bles, faits durant et constant leur mariage, et " qui vont trouvez à eux appartenir , et estre comm " muns entre eux à l'heure du trépas du premier " mourant desdits conjoints." D'où il résulte que si le don mutuel était fait par un des deux époux pendant la durée de la maladie dont il est mort, ce don mutuel serait considéré comme nul et, quelle qu'ait été la durée de cette maladie dont l'époux est mort.Cf. à ce sujet un arrêt important du I5 mars I586 et un autre du Ier septembre I6I2.

La Coutume de Paris dit que les deux époux doivent être en santé. Certaines coutumes

Source : BIU Cujas

vont même plus loin dans leur souci d'égalité et exigent que les deux conjoints soient sensiblement égaux en âge (Coutume d' Auxerre, art.222, Coutume de Bâr art.163).

4° Absence d'enfant des deux conjoints ou de l'un d'eux.

Enfin, il est une 4° condition formulée dans l'art.280. Il faut qu'il n'y ait pas d'enfant issus,soit des deux conjoints, soit de l'un seul des deux. La Coutume de I5I0 contenait seulement :" pour-" vu qu'il n'y ait d'enfants", et celle de I580 a ajouté :" soit des deux conjoints, ou de l'un d'eux "lors du décès du premier mourant". Cette condition s'examine donc au décès du premier mourant, peu importe la situation des deux parties au jour de la donation. Deux époux qui ont des enfants peuvent se faire un don mutuel pourvu que l'enfant soit mort avant que l'un des deux époux ait lui-même disparu. A l'inverse, si deux époux qui n'ont pas d'enfant se font un don mutuel, ce don mutuel ne sera valable que si postérieurement, pendant la durée du mariage, il n'est pas né d'enfant aux deux époux. La naissance d'un enfant révoque donc la donation antérieurement valable.

Inefficacité du consentement des enfants pour valider le don mutuel

La seconde rédaction de la Coutume a eu pour résultat de faire disparaitre l'incertitude qui pouvait exister sur le cas où les enfants ne seraient pas communs aux deux époux. Sous la coutume de I5I0, la condition de l'existence d'enfants était formulée brièvement,sans que la coutume s'y soit appesantie. On se demandait si l'intérêt contraire des enfants étant la seule raison de cette restriction, on ne pouvait la faire disparaitre au cas d'existence d'enfants, en exigeant le consentement de ces enfants au don mutuel. C'était une doctrine qui paraissait fort acceptable puisque Dumoulin admettait l'affirmative dans son Commentaire. Il y eut beaucoup d'hésitations sur ce point,qui furent tranchées par le texte de I580 et par des arrêts conformes du 25 mars I625 et du I4 mai I648. A partit de ce moment, il n'y eut plus de doute: le consentement des enfants ne validait pas la donation.

Possibilité pour les conjoints de subordonner le don mutuel à d'autres conditions.

Telles sont les conditions que la loi considère comme nécéssaires pour que le don mutuel soit valable. Ajoutons que ce sont là des conditions nécéssaires,mais rien n'empêche les parties de mettre à la validité de leur don mutuel d'autres conditions supplémentaires, celles qu'il leur plaira et qui serait de nature à aggraver la difficulté de la donation.

Nécéssité en pratique d'un acte notarié

Ce don mutuel, la forme n'en est pas indiquée dans l'article 280, et il ne semble pas qu'on lui en ait assigné une rigoureuse, puisque l' Ordon-

Source : BIU Cujas

Bien que la Coutume n'en parle pas.

nance de 1731 sur les donations, dans son art.46, affranchit le don mutuel des formes qui sont imposées aux autres donations entre vifs. Mais, malgré cette réserve de l'art.46 de l' Ordonnance de 1731, la doctrine relative au don mutuel exige pourtant qu' on fasse le don mutuel par un acte devant notaire dont il restera minute, afin d'empêcher les fraudes qui pourraient se produire, notamment les anti-dates. Il serait trop facile, quand un époux est mort de la maladie dont il était atteint, d'antidater la donation pour la rendre valable. On a voulu écarter cette fraude. C'est une règle que la doctrine et la pratique ont imposée sans qu'elle se rencontre dans le texte même de la loi(Cf. Pothier, Traité du don mutuel N° 169).

Nécéssité de faire ce don mutuel dans un même acte.

Pourtant, il y a une condition de forme qu'on est obligé de mentionner, bien que la loi n'en parle pas. Du moment qu'il s'agit d'un don mutuel, il va de soi qu'il faut que chacun des deux époux fasse distinctement sa donation; mais, pour qu'elle soit mutuelle, il est utile que les deux donations soient faites en même temps; il est même nécéssaire que cette double donation soit contenue dans le même acte . A ce point de vue, l'ancienne doctrine était assez rigoureuse (Cf. Dumoulin, art.325 de la Coutume d' Anjou). Mais l'opinion de Dumoulin, si elle était généralement acceptée, ne l'était cependant pas unanimement. Certains, comme Ricard, se contentaient de donations séparées, pourvu qu'elles soient conçues dans les mêmes termes, et équivalentes.

Insinuation de la donation.

La doctrine n'exigeait aucune autre condition de forme. On remarque dans l'art. 284 de la Coutume de Paris qu'il y est question de l'insinuation de cette donation,laquelle insinuation était une formalité jugée nécéssaire au moins au regard des tiers pour les donations entre vifs. L'art.284 suppose cette insinuation accomplie,, et à propos de la saisine du donataire, il déclare que la délivrance ne pourra être exigée qu'autant que l'insinuation aura eu lieu :" Un don mutuel de soi ne saisit, ains " est sujet à délivrance. Et pour estre valable, doit " estre insinuée dans les quatre mois du jour du " contrat; et l'insinuation faite par l'un d'eux, " vaut pour tous deux."

Là, il est question de cette insinuation seulement vis à vis du tiers qu'est l'héritier de l'époux C'est pour obtenir de l'héritier la délivrance du bien ainsi donné, que l'insinuation est indispensable. Le texte ajoute : " Après laquelle insinuation, ledit " don mutuel n'est révocable, sinon du consentement

Source : BIU Cujas

des deux conjoints ".

C'est un point sur lequel nous allons revenir dans un instant.

Autrefois, dans certaines coutumes, cette insinuation n'était pas exigée (Coutume de Poitou). Cela tient à ce que, dans cette coutume de Poitou, le don mutuel se présentait, non pas sous la forme d'une donation entre vifs, mais sous la forme d'une donation à cause de mort, et l'insinuation n'avait lieu de droit commun, que pour la donation entre vifs. Mais une Ordonnance du 5 Décembre 1622 imposa même dans cette province l'insinuation malgré le caractère douteux de la donation.

En dehors des règles que nous venons d'indiquer; il n'y a pas d'autre exigence pour la validité du don mutuel. On n'exige pas qu'il soit accepté, quoiqu'en principe la donation entre vifs ne soit valable que s'il y a eu acceptation; il a semblé que cet échange des donations équivalait à une acceptation.

Inutilité de la tradition. Inaplication de la règle Donner et retenir ne vaut.

De même on n'a pas besoin que la donation ait été accompagnée de traditinn. On sait que la donation entre vifs exige une tradition; c'est ainsi que se manifeste la grande règle " donner et retenir": cette règle ne s'applique pas non plus au don mutuel. La raison c'est que les objets qui sont laissés par don mutuel ne sont laissés qu'au jour de la mort de l'un des époux; jusque là; c'est aux deux époux qu'appartiennent les biens contenus dans le don mutuel. On ne comprendrait pas, que pendant la vie des époux la tradition fut faite à l'un d'entre eux. Il y a pourtant certaines coutumes dans lesquelles on exige pour la validité du don mutuel une autorisation maritale, puisque chacun d'eux jouit des biens communs et par conséquent en a la possession, comme pour tout acte de disposition. Voilà ce qu'on peut dire au sujet des formes.

Objet du don mutuel: meubles et conquêts immeubles -ordinairement en jouissance.

Quant à l'objet du don mutuel, il ne peut porter en principe, selon la formule de l'art.280 que sur les meubles et conquêts immeubles : " Homme et " femme ... peuvent et leur loist, faire donation mu- " tuelle l'un à l'autre également de tous leurs biens " meubles et conquets immeubles, faits durant et cons " tant leur mariage et qui sont trouvez à eux appar- " tenir et estre communs entre eux ... " Il faut donc que ce soit des biens communs; le texte le dit expressément. On ne peut donc pas donner par don mutuel des propres, et une des raisons qu'on allègue, c'est que l'égalité entre ces propres serait bien difficile à vérifier, tandis que chacun des deux époux donnant sa part dans les biens communs qui est nécéssairement

Source : BIU Cujas

égale à celle de l'autre, il n'y a pas d'erreur qui puisse s'introduire. On a d'ailleurs recours à une précaution assez usuelle pour bien fixer l'étendue du don dont il s'agit. Il faut faire un inventaire et une prisée que l'héritier peut contester. Art.288 " L'héritier peut demander à l'encontre dudit dona- " taire, que nouvelle prisée soit faite des meubles " par gens dont ils conviendront, pour être les dits " meubles prisez à la juste estimation autre que cel- " le faite par l'inventaire . Et en se faisant, le " dit donataire mutuel aura la jouissance desdits " meubles, sans qu'il soit tenu les faire vendre." Il est naturel qu'on accorde à l'héritier tous ces apaisements. Lorsque cette prisée aura été faite; lorsque le donataire aura reçu délivrance des biens, il en aura la jouissance pendant toute sa vie, mais cette jouissance peut n'être pas sans danger pour l'héritier, aussi, exige-t-on que le donataire donne caution pour les meubles qu'il pourrait aliéner ou dégrader, art.285 : " Le donataire mutuel ne gaigne " les fruits que du jour qu'il a présenté caution " suffisante, et demeurent les fruits à l'héritier; " jusqu'à ladite caution présentée. Laquelle caution " il peut présenter en jugement dès la première assi- " gnation." et même cette condition de caution est à cette époque jugée essentielle puisqu'on n'autorise- ra pas le donateur à en faire remise au donataire. C'est un point sur lequel la jurisprudence s'est prononcée, notamment Cf .Arrêt du II décembre I625 (rapporté au Recueil de Dufresne, T/ I Ch.70) . En principe comme le texte de l'art. 280 nous le dit, le don mutuel ne porte que sur la jouissance, l'usu- fruit. Pourtant, il y a certaines coutumes qui, quand il n'existe pas d'enfant, autorisent le don en plei- ne propriété. Depuis très longtemps, c'est un usage pratiqué, on en trouve trace dès l'époque des for- mules franques. Il a persisté dans certaines coutu- mes (Coutume d' Anjou, art. 321. 325. 327. Coutume du Maine ,art 334 *).

Absence de saisine pour le bénéficiaire du don mutuel.

Reste enfin cette règle déjà indiquée que le donataire qui a ainsi droit à la jouissance, n' est néanmoins pas saisi. Cela est écrit dans l'art. 284 :" Un don mutuel de soy ne saisit, ains est su- " jet à délivrance. Et pour estre valable, doit être " insinué dans les quatre mois du jour du contrat; " et l'insinuation faite par l'un d'eux vaut pour " tous deux ....."

Par conséquent, le donataire ne peut s'em- parer tout seul des biens donnés. Il faut qu'il de- mande la délivrance à l'héritier. Cette nécéssité est imposée pour que l'héritier puisse vérifier que

Source : BIU Cujas

les conditions de validité du don mutuel ont été bien remplies. Ici encore on trouve néanmoins quelques coutumes qui accordent au donataire la saisine Coutume du Bourbonnais, art.227). Mais ces coutumes là sont rares. Le droit commun est l'absence de saisine.

Frais, charges et dettes incombant au bénéficiaire du don mutuel.

Au moment où le donataire va demander la délivrance de son don, il sera obligé, pour être sûr de l'obtenir, de faire l'avance des frais d'obsèques et de funérailles, art.286 de la Coutume de Paris:"
" Le donataire mutuel est tenu advancer et payer les
" obsèques et funérailles du premier décédé, ensem-
" ble la part et moitié des debtes communes deues
" par ledit premier décédé. Lesquelles obséques et
" funérailles et moitié des debtes luy doivent estre
" desduits sur la part et portion dudit premier
" décédé. Toutesfois, n'est tenu de payer les legs
" et autres dispositions testamentaires."
Cet article 286 contient un règlement complet de la situation du donataire. D'abord, il devra payer les frais d'obsèques. Mais en outre, comme le don porte sur une universalité, sur la part du conjoint prédécèdé dans la communauté, ce don est grèvé des dettes qui grévaient cette portion du patrimoine du prédécèdé. Le conjoint prédécèdé n'avait droit à la I/2 des biens communs qu'à la condition de payer la I/2 des dettes. Cette charge doit donc grèver le donataire comme elle grèvait le prédécédé.

Il ne s'agit sûrement pas de payer au survivant quelque chose des dettes propres à l'époux prédécèdé. Ainsi, supposons que l'époux prédécédé soit le mari, il est grèvé sur ses propres du douaire;il ne pourra en aucune façon être question d'imputer quoi que ce soit du douaire sur la part de la femme donataire, parce que le douaire est une dette des propres du mari et non pas une dette de communauté (art.257).

Irrévocabilité du don mutuel sauf du consentement des 2 époux.

Ce don mutuel, une fois qu'il a été fait est irrévocable, ou plus exactement, il n'est révocable que du consentement simultané des deux parties c'est là une règle qu'il n'est pas nécéssaire de justifier puisqu'en acceptant une révocation unilatérale d'un acte qui a été simultané, on porterait atteinte à la volonté des parties . Mais ce n'est pas seulement une règle interprétative de la volonté des parties puisqu'on admet que les époux, au moment où ils se font cette donation, ne pourraient pas se réserver l'un ou l'autre, par contrat, la faculté de révoquer unilatéralement le don accordé. En somme, cela revient à dire que l'époux donateur perd relativement à l'objet de son don sa faculté de lèguer

Source : BIU Cujas

l'objet du don.

Si les deux époux sont d'accord sur une révocation, celle-ci doit être faite dans la même forme que le don. Voilà la règlementation assez précise que la Coutume de Paris a admise pour le don mutuel.

Conditions exceptionnelles auxquelles à Paris le don mutuel est possible, en présence d'enfants (dans le contrat de mariage de ceux-ci et si le survivant ne se remarie pas.

Reste un autre texte, l'art.28I, qui est singulier et prévoit une hypothèse un peu différente de la nôtre. Il a trait aussi au don mutuel. Nous savons qu'en principe le don mutuel n'est pas possible lorsqu'il y a des enfants. Encore en I5I0, dans la première rédaction de la Coutume, cette question de savoir si le don mutuel n'était pas possible s'il y avait des enfants était discutée puisque Dumoulin acceptait que le don mutuel fut valable lorsque les enfants existants y auraient consenti. L'art.28I a trait au cas où il y a des enfants et où les deux parents voufraient se faire cependant un don mutuel. Il y a dans l'art. 28I comme une survivance de la doctrine plus large qui avait été acceptée antérieurement; mais l'application en est beaucoup plus limitée. L'art.28I autorise le don mutuel réciproque et égal en usufruit au profit du survivant sur les meubles et conquêts communs, même s'il existe des enfants, moyennant deux conditions :

I°- Que les parents et les enfants fassent cette convention de don mutuel par le contrat de mariage des enfants. C'est au moment où ils marient leur enfant, que ce don mutuel doit être inséré dans le contrat, et les enfants doivent y consentir.

Pourquoi ne permet-on pas que ce don mutuel puisse se faire autrement ?- C'est parce que c'est dans le contrat de mariage de leurs enfants que les parents font à ceux-ci certains avantages: leur donnant une dot, promettent tel ou tel avantage. Ces avantages que les parents constituent, seront comme le prix, la récompense du consentement que ces enfants donneront au don mutuel. C'est là une raison de la loi. Faut-il pousser jusqu'au bout ce raisonnement et dire qu'il est nécéssaire pour la validité de ce don mutuel que les parents constituent une dot? L'art. 28I n'en dit rien du tout. Néanmoins, il y a une tendence restrictive dans la doctrine qui exige qu'une dot soit constituée .(Cf. Pothier, N° 267 et ss)/ Mais ce n'est là qu'une opinion de la doctrine et la question n'est pas encore,dans notre ancien droit, tranchée irrévocablement.

2°- condition: l'époux survivant ne béneficie du don mutuel qu'à la condition qu'il ne se remarie pas. C'est une exigence que nous n'avons pas encore rencontrée. Mais c'est un sentiment très répandu qu'il ne convient pas que le second conjoint conserve

Source : BIU Cujas

après son remariage les avantages qui lui ont été accordés par le premier. C'est un sentiment plus vif lorsque ce don mutuel n'est accordé qu'au détriment des enfants du premier lit Cf. art.28I :" Père et mère marians leurs enfans peuvent convenir que leurs dits enfans laisseront jouir le survivant de leurs dits père et mère, des meubles et conquets du prédécèdé, la vie durant du survivant, pourveu qu'il ne se remarient. Et n'est réputé tel accord advantage entre lesdits conjoints."

Lorsque ces deux conditions sont remplies, le don mutuel de l'art. 28I est soumis, pour sa validité, aux mêmes règles que celles que nous avons déjà examinées, à propos de l'art.280. L'art.28I n'est qu'une atténuation des règles habituelles du don mutuel pour le cas om il y aurait des enfants.

Telles sont les règles essentielles des donations entre époux lorsqu'on examine la législatior du Nord de la France.

Les donations entre époux dans le dans le midi. Application au midu ai XVIII° S du régime romain. Caractère révocable de ces donations.

Lorsqu'on se transporte dans la région méridionale, il est plus difficile de se rendre compte de l'état exact des choses. Il n'est point douteux qu'à la fin de notre ancien droit, au cours du XVIII siècle, on applique dans le Midi, le régime romain. Les donations entre époux sont révocables jusqu'à la mort du donateur. Lorsqu'elles n'ont pas été révoquées à la mort de ce donateur, elles sont considérées comme ayant effet et pleine validité, non pas seulement eu jour du décès,mais encore du jour même de l'acte de la donation. Cela est d'ailleurs conforme à l'art. 46 de l'Ordonnance de I73I (Cf.Inst. de Serre Professeur à Montpellier; L.II T.7 Ed,in 4° p.I35). On a même l'habitude dans la doctrine d'assimiler à ces donations entre époux,pour leur règlementation,les donations qui sont faites par le père à son fils en puissance. Ce sont deux situations que la doctrine a assimilées l'une à l'autre en les rapprochant.

Même solution dans le Pétrus.

Voilà l'état de choses pour le XVIII ° siècle. Si on se reporte à 7 siècles en arrière, c'est aussi la même solution qu'on trouve mentionnée dans le Pétrus (Pétrus, I.36) . Voici la formule : Donation inter virum et uxorem non valet, nisi sit dos aut donatio propter nuptias, aut nisi mortis tempore taeiturnitate aut spécialiter confirmetur "; la donation entre mari et femme n'est pas valable à moins qu'il ne s'agisse de la dot ou du bien de la donation propter nuptias(la dot peut être consti-

Source : BIU Cujas

tuée dans le Midi, après le mariage), ou encore à moins qu'au temps de la mort du donateur elle ne soit confirmée par le silence de celui-ci ou bien spécialement, ou expressément.

Hypothèse sur le régime pendant la période intermédiaire.

Ainsi donc d'un côté au XI° siècle, de l'autre côté au XVIII° siècle, il est sensible que la doctrine en matière de donation entré époux est la même dans le Midi de le France. Reste l'intervalle qui sépare ces deux dates extrêmes. Il est bien difficile de déterminer les mouvements de cette doctrine qui ont pu se produire pendant cette période. Il est à croire cependant: I° D'une part, que le souci du patrimoine familial, déjà rencontré dans le Nord à partir du XIV ° siècle, dût tantôt maintenir dans le Midi, tantôt même aggraver la révocabilité de la donation. Ainsi, c'est dans cette ligne que se trouve la Coutume de Montpellier de I204 (art.54, Ed. Giraud, p.6I). Voici ce qu'il dit :" la donation ou le testament fait par la femme au profit de son mari, n'est valable que du consentement des père et mère ou des proches de la femme ". sauf jusqu'au quart de ses biens. On voit le souci du maintien de la fortune des familles: pour que le mari puisse faire une donation à sa femme, il faut que ses proches y consentent Cependant, on accord à chaque époux le droit de laisser à l'autre, sans le consentement de ses proches, jusqu'au I/4 de sa fortune, quotité disponible dont on le fait profiter.

Appui fourni à la révocabilité par le souci du patrimoine familial.

Dans la Coutume de Toulouse, on ne rencontre rien à ce sujet.

Tendance populaire à valider la donation par un serment.

2°- Par contre, d'aprte part, et à l'inverse de ce que nous venons de dire, la faveur populaire, on pourrait même dire chrétienne, pousse, pendant cette période à plus de liberté, en introduisant l'usage d'ajouter à la donation un serment. Même ce serment devient si fréquent que la doctrine s'en émut et qu'on discuta vivement sur sa validité, sur l'irrévocabilité que la présence du serment devait nécéssairement ajouter à la donation . Les canonistes triomphèrent habituellement et par conséquent firent admettre la valeur confirmative du serment. Pour triompher, ils firent valoir qu'on se trouvait là dans un des cas où le serment pouvait modifier la loi civile. C'est en effet, une règle à peu près unanime que le serment permet de modifier la loi civile pourvu que la modification qu'on veut y introduire ne soit pas contraire aux bonnes moeurs. Or, il va de soi que le fondement de la prohibition civile n'est pas que la donation entre époux en soi, soit répréhensible au point de vue des bonnes moeurs, et dès lors, comme il s'agit seulement d'être bien assuré que le consentement des deux époux a été obtenu

Source : BIU Cujas

dans des conditions honnêtes, on estime que le serment suffit à l'établir.

Quoi qu'il en soit, il y eut entre canonistes une discussion assez longue, à laquelle ont pris part Guillaume de Cunéo, Baldo, Bartole, tous trois en faveur de la validité du serment et de la donation ; Paulus de Castro en faveur au contraire de la nullité de la donation et en même temps de la nullité du serment. (Décisiones Capellae Tolosanae, Q.261 où Aufrerius se prononce pour la validité de la donation et du serment- Gui Pape, Décisiones pour le Dauphiné, Q. 190 N° 5). La donation entre époux, grâce à ce serment a donc pris une vigueur qu'elle ne connaissait pas dans la législation romaine.

Le don mutuel au Midi, sa justification par le droit romain.

Enfin, 3° observation, même dans le Midi, et peut être bien en liaison avec la pratique du Nord, l'usage du don mutuel n'était pas inconnu, bien que les auteurs du Midi en parlent peu. On en trouve des exemples dans Cambolas pour la région de Toulouse (L. IV, Ch.43, N° 4, Ed in 4°, p.3I2). Cet auteur valide le don mutuel parce qu'il est égal et réciproque comme dans le Nord. Seulement, au lieu de se fonder sur des raisons de coutumes qui n'existent pas ici, il va chercher un appui dans la loi romaine (loi VII, §2 Digeste , de D.inter V. et U) qui fait allusion à un rescrit d' Hadrien. L'empereur aurait été consulté au sujet d'un don mutuel dont on voit que l'usage n'était pas inconnu à Rome.

Voilà ce qu'on peut dire au sujet des donations entre époux dans le Midi de la France, et nous en aurions fini avec ces donations entre époux s'il ne restait pas encore un point qu'il faut examiner.

L'influence des secondes noces sur l'effet des donations .

Le régime des donations entre époux, tel que nous le connaissons peut en effet être modifié dans le cas où l'époux survivant se remarie. C'est une éventualité dont nous n'avons pas fait état. Cependant, la question des secondes noces a toujours joué dans le droit romain ou notre ancien droit, un rôle important, et il intervient aussi en matière de donation.

Influence du second mariage sur la donation entre époux.

Il est facile de se rendre compte d'ailleurs qu'il ne peut guère en être autrement. Les entraînements que peuvent provoquer une nouvelle union, les risques pécuniaires que fait courir la création d'un nouveau foyer ont conduit à prendre des mesures de sauvegarde au profit des enfants du premier lit qui étaient exposés à voir leur patrimoine passer en

Source : BIU Cujas

d'autres mains . C'est pour cette raison que la législation romaine était déjà intervenur. Elle avait d'abord interdit à la femme de se remarier pendant la durée du tempus lugendi, pendant l'année de deuil Elle avait même sanctionné cette prohibition par certaines peines; notamment l'infâmie infligée à la femme qui se remariait avant l'expiration de ce délai. Ces peines ont été parfois appliquées en pays de droit écrit.

Solution du droit romain quant aux libéralités reçues par le survivant.

Mais, en écartant cette complication et en supposant que le mariage est intervenu plus d'un an après le veuvage, la loi romaine avait en outre édicté deux ordres de dispositions : tout d'abord, l'époux survivant qui a des enfants et qui se remarie, d'après la loi romaine, perd la propriété de tous les avantages qu'il a reçus du prédécédé, et ne conserve de ces avantages que la jouissance; la propriété passant immédiatement au mains des enfants du premier lit. On a pensé que c'était le meilleur moyen d'empêcher que l'époux remarié ne gaspillat le patrimoine qui devait revenir à ses enfants (Cf Loi Feminae, Code, V,IX De S.N, Const.3, année 382- Cf Loi generaliter, même titre du Code, Const.5, de 444, et Novelle 22, De S.N., Ch.22-26). L'époux qui se remarie n'aura plus que la jouissance des biens qui lui ont éte donnés, la nue-propriété appartenant aux enfants.

Restriction à la capacité de disposer au profit du second conjoint.

Puis, 2° ordre de dispositions sur le terrain plus précis des donations entre époux: l'époux survivant qui se remarie voit sa capacité de donner diminuée. Il ne peut faire donation sur son patrimoine propre à son second conjoint que dans les limites d'une valeur égale à celle que reçoit de lui l'enfant à qui il a assigné la moindre part, l'enfant le plus défavorisé. On ne veut pas que le second époux ait plus que l'enfant qui a le moins. (Loi hac Edictali, C.V.IX, Const.IO, année 469 - Novelle 22, Ch.27 et 28). Ajoutons d'ailleurs que dans la formule que nous avons indiquée, il ne faut pas entendre qu'il soit question des enfants exhérédés, lesquels n'ont rien du tout. Ils sont comme retranchés de la famille et ne comptent plus au nombre des enfants . Si le survivant donnait au second époux plus que la loi ne le permet, il y aurait lieu à retranchement jusqu'à dûe concurrence. Voilà l'étude de la législation romaine au moment même où se sont produites les invasions.

Persistance des idées romaines mais moins bien organisée dans

Si du Bas-Empire, on passe à la période postérieure, on constate que les textes romains postérieurs aux invasions ne relatent qu'une partie minime de cette règlementation, notamment celle qui

Source : BIU Cujas

la législation romaine après les invasions

se rattache au premier ordre de dispositions, et encore d'une façon assez confuse (Bréviaire d'Alaric, C. Théodosien, III,9, Const. de Arcadius et Honorius, Novelle de Théodore II, Chap.7) . Quant à la loi des Burgondes,les notions qu'elles nous présente sont à peu près semblables et pas plus étendues (T.XVI, Ch.2- T.XXVI, Ch.I). Il est vraisemblable que les choses ont continué a exister après les invasions,comme auparavant, mais tout de même avec une pratique moins soignée.

l' Hostilité des lois barbares contre le remariage de la femme. Le reipus et l'achasius dans la Loi franque

Si des textes romains, on passe aux Lois Barbares, on constate qu'elles sont en général peu favorables aux secondes noces, mais cette défaveur chez elle s'attache presque exlusivement à la femme; c'est moins la deuxième union que le fait pour la femme de passer entre les mains et sous la domination d'un second mari, aussi, obligent-elles en général le nouveau mari à récompenser la famille du mari précédent, notamment dans la Loi franque par le reipus, et obligent-elles la femme en même temps à fournir à cette famille du premier mari ce que la loi Salique appelle l'achasius, c'est à dire une portion de la dot qu'elle a reçue et qu'elle abandonne, comme rançon, à la famille du premier mari .(Loi Salique T.44, de reipus; Ch.I §7.) Il y a peu de chose dont nous ayons a faire état puisqu'il ne s'agit pas de donation.

Dispositions contradictoires de loi Wisogothique.

Si on parcourt la Loi des Wisigoths, on trouve des indications plus abondantes. Elle fait perdre parfois à la mère qui se remarie, et au profit de ses enfants, la part d'enfant en usufruit à laquelle elle a légalement droit sur les biens de son mari, d'après le loi Wisigothique. Il y a là une disposition du genre de celle que nous avons trouvée dans la Loi romaine (L.W.L.IV, T.I4). On constate que ce passage n'est pas parmi les passages récents de la loi Wisigothique. Il remonte à la rédaction d' Euric (N° 322).

Dans cette même loi Wisigothique, d'autres fois, quand il s'agit de biens donnés par le premier mari, la loi Wisigothique, au contraire, ne lui fait rien perdre par l'effet de ses secondes noces. Elle ne les perd que pour adultère, ou bien si elle mène une vie irrégulière après la mort de son mari sans s'être remariée. (Loi Wis. L.V.T 5) ici encore, c'est une disposition ancienne remontant à la loi d' Euric (N° 319). Tout cela en somme est assez peu de chose, et il n'est pas hasardeux de dire que la question dont nous nous occupons n'a pas préoccupé la législation de cette époque. Peut être bien que les secondes noces

Source : BIU Cujas

sont trop fréquentes pour qu'on ait pu lëur attribuer l'importance qu'on leur donnait à Rome.

Silence des formules franques. Vraisemblance de la disparition de la législation romaine.

D'ailleurs l'habitude de prévoir les secondes noces dans les donations ne semble pas non plus avoir persisté dans les textes que nous possédons pour la période franque . On rencontre bien peu de clauses de ce genre dans les formules ou dans les documents pratiques de cette période-(Formule de Marculf, L.I F.I2): praeceptum royal). Il y est question d'interdonatio; prélude du don mutuel postérieur, il n'est pas question dans cet acte d'un second mariage qui ne parait pas exercer d'influence sur le sort de la donation (Marculf,L.II F.7 Merkel= F.I6). Il n'y a rien non plus dans ces derniers textes qui puisse faire croire que l'attention des rédacteurs se soit portée sur ce point (Id. Thévenin N° I32). Il est probable que l' église, soucieuse du sort souvent misérable de la femme, n'a pas dû pousser à ce moment à maintenir la défaveur des secondes noces, bien qu'elle ait toujours manifesté quelque mauvaise humeur à leur égard. La règlementation romaine qui, d'un côté ne se retrouve guère dans les textes romains postérieurs aux invasions, et dont, d'autre part, il n'est pas question dans les formules de l'époque franque, a donc vraisemblablement disparu . Il en fut ainsi pendant la période pendant laquelle le droit romain sommeilla en Gaule et sur laquelle nous sommes assez dépourvus de renseignements.

Réapparition rapide de la législation romaine après la renaissance irnérienne.

Lors de la renaissance Irnérienne, la législation romaine antérieure semble au contraire avoir reparu assez vite. Non pas qu'elle lui soit antérieure; ainsi, dans le Pétrus,on ne rencontre rien à ce sujet; il ne parle que du tempus lugendi, c'est à dire du délai de viduité imposé aux femmes avant qu'elles ne puissent contracter une seconde union; c'est un point éloigné du nôtre. Ce texte de Pétrus ne s'explique que sur les peines qu'entrainent la violation du tempus lugendi. Mais, dès qu'on a dépassé cette période qui précède la renaissance Irnérienne, on voit les anciens textes romains réapparaitre.

Règlementation détaillée dans la Summa Frecensis et le Codi

Ainsi le passage assez long que la Summa Trecensis (Code, L.V.T.6 de Sec. Nupt.p.I42) consacre à la question,contient en deux bonnes pages, la législation romaine telle que nous l'avons exposée, une énumération très claire et très complète des diverses mesures qu'elles prevoyait. Ainsi, elle distingue déjà les peines qui résultent de la festinatio, c'est à dire le mariage dans le tempus lugendi, de celles qui frappent la simple affectio liberorum non servata la deuxième union qui se borne à ne tenir pas assez compte de l'affection qu'on doit aux enfants du pre-

Source : BIU Cujas

mier lit . Prenons seulement ce dernier cas dont nous nous occupons . Cette Summa Trecensis sépare très exactement les deux conséquences qui résultent des secondes noces : d'une part, la perte de la propriété des avantages matrimoniaux qui ont été concédés par l'autre époux, et 2°- l'interdiction de donner à l'époux nouveau plus d'une part d'enfant le moins prenant. La Summa Trecensis fait même remarquer à propos de ces deux conséquences que celles-ci s'appliquent tout aussi bien au mari qu'à la femme qui contractent une seconde union. Nous sommes là dans ce que les lois Barbares nous avaient déjà révèlé.

Cette règlementation qui est très nettement exprimée dans la Summa Trecensis a dû se rapandre dans la pratique puisque l'autre ouvrage qui nous renseigne pour cette période du milieu du XII° siècle, le Codi, qui est en relation très directe avec la pratique méridionale, emploie deux titres à nous renseigner; il est même plus copieux dans ces explications que la Summa Trecensis (Code,L.V,T.V et VI) On y trouve la même doctrine que celle rencontrée dans la Summa Trecensis, mais un peu plus abondamment exposée. Cette constatation dans les deux documents en question, et dont le dernier en particulier est né dans la région méridionale de la France, est assez significative pour nous.

Résistance de la loi romaine révélé par le silence de la coutume de Montpellier et l'hésitation de la coutume de Toulouse.

Pourtant, vers la même époque, la Coutume de Montpellier qui remonte à 30 ou 40 ans plus tard, ne dit plus rien de tout cela. La Coutume de Toulouse, toute proche de celle de Montpellier, contient au contraire un article intéressant (II° partie, T.III dont il faut donner connaissance. Cet article libère la famille du mari, vis à vis de la veuve qui a contracté une seconde union, de l'obligation qu'elle a de fournir à la femme, en attendant la délivrance de sa dot, tout ce qui est nécéssaire à son existence,:c'est à dire,le vivre et le couvert. Ce n'est pas surprenant puisque, par ce fait que la femme a contracté des secondes noces, c'est son second mari qui aura la charge de sa femme. Dès lors, il n'est pas nécéssaire de contraindre la famille du premier mari à la faire vivre. En même temps, elle prévoit qu'on doit tout de même, malgré le second mariage, restituer à la femme sa dot et son dotalitium, augment de dot ou douaire, sans établir aucune distinction suivant qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'enfant. Il semble que ces avantages doivent lui être fournis, même lorsqu'elles se remarie . On voit que d'un côté le silence de la Coutume de Montpellier, de l'autre côté, l'hésitation de la

Source : BIU Cujas

Coutume de Toulouse montrent bien que tout de même à cette époque, dans le milieu du Codi, plus encore que dans celui de la Summa Trecensis, il y a eu quelques résistances à la pleine application de la loi romaine. Les romanistes ont fait effort pour l'imposer. Mais d'autre part, ce n'est que sans entrainement que la Coutume de Toulouse a consenti à s'engager dans cette voie.

Cette indépendance relative de l'usage méridional vis à vis des textes romains au XIII° siècle a dû subsister assez tard, puisque encore au XVII° siècle, l'arrêtiste Cambolas rapporte des arrêts de I623 qui n'obligent pas la femme à donner caution pour ce qu'elle a reçu en jouissance, et dont la propriété reste aux enfants du fait même des secondes noces(Cf. Arrêts de Cambolas, L.IV, Ch.48, Ed. in 4° p.323 et ss).

Il parait résulter de ces remarques accumulées que, dans le Midi, la législation romaine relative aux secondes noces, reprit vigueur d'assez bonne heure, mais d'une manière boiteuse suivant les régions. D'autre part, elle se fit d'une façon assez tenace pour y être appliquée parfois même sans aucune réserve à la fin de notre ancien droit. C'est le point le plus certain auquel nous pouvons arriver que de constater qu'au XVIII° siècle la législation romaine a recommencé à être à peu près exactement appliquée dans le Midi, Serre(Inst.L.III,T.3 § 6 in fine) nous l'affirme; de même Soulatges sur l'article de la Coutume de Toulouse qui s'est trouvé aussi modifié par l'application de la législation romaine (p.357); enfin et surtout les Institutes d' Argou qui nous donnent la règle générale applicable dans toutes les régions du Midi (L.III Ch.I8,p.I90 et ss)

Pleine application de la loi romaine au XVIII° siècle au Midi; son renforcement par l' Edit des Mères ((I560)

En somme,la législation romaine réapparue dès le XII° siècle, a peu à peu progressé et a retrouvé son application complète et constante comme du temps du Bas Empire . Ajoutons d'ailleurs que cette application de la législation romaine fut singulièrement consolidée par un évènement dont nous parlerons plus loin, qui a eu son retentissement dans le Midi comme dans le Nord, l' Edit de I560, l' Edit des mères qui reproduisit la législation romaine et qui fut par conséquent très facilement acceptée dans le Midi. C'est néanmoins la législation romaine qui resta applicable, et sur les points où cet Edit en diffère, c'est la plupart du temps, la législation romaine qu'on continue à préférer au Midi. Voilà ce qu'on peut dire au sujet de cette question, d'ailleurs très délicate quand on veut y pénétrer un peu profondément.

Source : BIU Cujas

Les secondes noces au Nord Silence des coutumiers des XIII° et XIV° siècles sur la question.

En pays de coutumes, l'évolution ne fut pas tout à fait la même. De bonne heure on parait avoir été plus favorable qu'à Rome aux secondes noces . Ainsi la règle que nous avons indiquée et qui avait pour effet de prononcer l'infâmie contre la femme remariée avant l'expiration du délai de viduité , était tombée en déssuétude dans le Nord, et le tempus lugendi lui même avait complètement disparu.

D'autre part, nos auteurs coutumiers du XIII° siècle, qui généralement sont pourtant si complets sur les grands traits de notre droit à cette époque, sont muets sur la condition de la femme remariée, et à les lire on ne croit pas qu'il y ait de graves différentes résultant de ces secondes noces. Ce que nous disons du silence des auteurs du XIII ° siècle, on l'appliquerait aussi à ceux du XIV° et XV° siècle qui ne disent rien non plus . C'est en vain qu'on y chercherait quelque trace de la législation sur les secondes noces. On peut en conclure que la question ne semble pas avoir eu , dans le Nord un intérêt. On parcourait inutilement la coutume de I5IO, de sorte que pour les pays du Nord, il faut arriver au XVI ° siècle pour voir se produire un revirement complet dans la loi, grâce à l' Edit célèbre de I560 de François II, qu'on appelle souvent Edit des Mères, parce qu'il y est exclusivement question de l'incapacité qui frappe les mères remariées. On se rapelle qu'en I560, nous sommes à une époque où de nombreuses discussions intérieures ont aménè déjà de graves troubles sociaux. Nous sommes à la veille de la guerre religieuse la plus intense ; il en est résulté un certain relâchement des moeurs. On sait aussi qu'à cette époque une crise économique intense à bouleversé toutes les fortunes, de sorte que la stabilité des patrimoines s'est trouvée atteinte, et l'opinion publique d'accord avec la royauté se montra désireuse d'y voir remettre un peu d'ordre. C'est ce que constate le roi dans le Préambule même de cet Edit. Il constate que " ... les femmes veufves " ayans enfant ou enfans sont souvent invitées à " nouvelles nopces, et, non cognoissants estre " recherchées plus pour leurs biens que pour leurs " personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs " nouveaux marys, et souz prétexte et faveur de " mariage leur font donations immenses, mettans " en oubly le devoir de nature envers leurs enfans " de l'amour desquels tant s'en faut qu'elles " deussent eslongnrer par la mort des pères, qu

L' Edit des Mères de I560. Raisons qui l'expliquent.

Source : BIU Cujas

" les voyans destituez du secours et ayde de leurs
" pères, elles devroient par tous moyens, s'ecercer
" à leur faire le double office de père et de mère/"

Le roi constate les querelles, les dissensions que ces donations exagérées entrainent souvent dans les familles, et déclare qu'il veut y remédier. A la suite de ce préambule, viennent deux dispositions prises par l' Edit, qui sont d'ailleurs, ou copiées, ou tout au moins inspirées de celles du Bas Empire.

Dispositions de l' Edit concernant la veuve qui se remarie ; leur extension au veuf qui se remarie.

I°- Une première disposition décide que les veuves qui ont des enfants et qui se remarient ne peuvent pas donner à leur second mari plus que n'aura dans leur succession, l'enfant le moins prenant; c'est une disposition déjà rencontrée dans le droit romain.

2°- les mères qui se remarient ne peuvent pas donner à leur nouveau mari les biens qu'elles ont reçus de leur premier conjoint. Elles sont tenues de réserver ces biens à leurs enfants qui en deviennent ainsi, dès maintenant ,propriétaires.On remarquera que la dernière disposition est exactement applicable aussi bien au mari qui contracte des secondes noces qu'à la femme : " Le semblable voulons êstre gardé és
" biens qui sont venus aux marys par dons et libérali
" té de leurs défunctes femmes, tellement qu'ils n'en
" pourront faire don à leurs secondes femmes: mais
" seront tenus les réserver aux enfans qu'ils ont eus
" de leurs premières " ....

Cette extension au mari n'est exprimée que dans la seconde partie de l' Edit, c'est à dire dans celle qui touche à l'impossibilité de faire donation des biens venant du premier conjoint. Quant à la première disposition, elle semble au contraire réservées aux veuves seules, puisqu'il n'est question, dans la première partie de l' Edit que des veuves remariées, sans qu'on mentionne le mari.

On est confirmé dans cette opinion, par le texte de laseconde partie de l' Edit qui mentionne lui même expressèment le mari remarié. Néanmoins, malgré cette apparence, la jurisprudence a de très bonne heure accepté l'extension au mari qui se remarie de la première disposition aussi bien que de la seconde. Il y a eu sur ce point un grand nombre d'arrêts : (voir Néron, Ordonnances, Chopin, Mornac, Bacquet) Tous étendent les deux dispositions au mari. D'ailleurs, l' Edit déclare dans son préambule en revenir à la loi romaine et celle-ci ne réservait pas aux femmes les pénalités qu'elle infligeait; elle les appliquait indistinctement aux deux époux . La loi, Hac Edictali, prototype de la première disposition de l' Edit, s'appliquait aussi bien aux deux époux d'après le texte romain. Pothier (N° 357, traité du

Source : BIU Cujas

contrat de mariage) signale le fait et nous donne les raisons que nous venons d'indiquer.

L'Edit des Mères et l'art 297 de la Coutume de Paris.

Cet Edit, si important quant à ses conse - quences, avait été rendu par le roi François II à la suite de libéralité scandaleuses faites par une veuve, Mme d' Aligre au profit de son second mari M. de Clermont. L' Edit fut enregistré sans difficulté dans tous les parlements. Cela n'a rien d'étonnant au Midi où la législation romaine y était appliquée. Au Midi d'ailleurs l' Edit ne modifiait rien aux pratiques antérieures. Mais au Nord, il y produisit un changement considérable et même si généralement accepté par toute la population que la Coutume de Paris, dans sa rédaction de I580, inséra même un article 297 qui complète et amplifie l' Edit . Il ne le replace pas,mais y ajoute certaines dispositions.

Construction doctrinale à laquelle il donne lieu.

Voila les documents législatifs sur la question. Cet Edit des Mères et toute la règlementation relative aux secondes noces a fait l'objet, depuis I560, d'une véritable construction doctrinale assez abondante, dans le détail de laquelle nous ne pouvons nous attarder, mais dont il est cependant indispensable de donner quelque idée. Voici les trois traits principaux de cette construction.

I°- limitation du droit de disposer du conjoint qui se remarie.

I°- Tout d'abord, l' Edit prohibe de la part de la femme ou du mari qui se remarie la donation au nouveau conjoint de plus d'une part d'enfant. Cette prohibition des donations s'applique non seulement à l'encontre du mari bénéficiaire direct, mais encore à l'encontre de tous ceux qui touchent au mari : du père, de la mère, des enfants du second époux. La raison est toute simple: c'est qu'on considère en principe toutes ces personnes comme jouant le rôle de personnes interposées, comme étant destinées à permettre de faire passer au second époux des biens que la loi interdit de lui attribuer directement.

Application de cette limitation à toute espèce de donation.

2°- En second lieu, ce texte vise toutes les donations faites par l'époux remarié à son conjoint, quelles qu'elles soient; ainsi, même les donations rénumératoires faites en récompense d'un service rendu même les donations onéreuses, ce qui est le plus singulier; même les donations mutuelles. Il y a , à propos de ces dernières un arrêt célèbre du 23 mai I586 rendu en robes rouges et qui le constate.

Les donations qui sont ainsi atteintes peuvent avoir n'importe quelle forme : soit donation entre vif soit donation testamentaire. Elles sont atteintes, qu elles aient été faites avant les secondes noces ou qu'elles aient été faites durant le mariage . On interdit même les avantages qui résultent du jeu des conventions matrimoniales habituelles; ainsi un époux qui se

Source : BIU Cujas

remarie fait un contrat de mariage par lequel il concède un pricipût au second conjoint: ce préciput est considéré comme rentrant dans les prévisions de l'arrêt. On en juge encore ainsi lorsque, dans une communauté. les deux époux font un apport inégal ou lorsque l'un des époux, le mari, promet à sa seconde femme un douaire conventionnel qui est supérieur au montant du douaire légal. Dans tous ces cas, la disposition de l' Edit s'applique . Celà montre avec quelle sévèrité on a poursuivi les possibilités d'avantages faits au second époux.

3°- Lorsque les donations dont il s'agit sont supérieures à la mesure que l' Edit indique, c'est à dire à une part d'enfant le moins prenant, la donation n'est pas pleinement nulle, mais elle est en principe sujette à réduction.

Pour que cette réduction puisse être invoquée, il faut que l'époux qui se remarie ait eu quelques enfants d'un précédent mariage. S'il n'y avait pas d'enfants, le droit de disposer du premier époux resterait complet.

Survivance d'un enfant du Ier lit au jour où la donation aura effet.

Il faut même qu'un enfant du premier lit survive encore au jour où la donation aura son effet c'est à dire au jour du décès de l'époux qui se remarie.

Réduction des donations

Lorsqu'on se trouve dans les circonstances précises que nous venons d'indiquer, il y a lieu à réduction. La réduction pourra être demandée par un enfant du premier lit. Mais, qui va profiter de cette réduction ? -

Droit pour les enfants même du second lit de profiter de la réduction.

Quand il y a ouverture à réduction, tous les enfants en profitent, non pas seulement ceux du premier lit en faveur desquels existe le droit à la réduction, mais encore les autres enfants, ceux du second mariage. Il ne faut pas oublier que ces enfants du second mariage sont tout aussi bien que les autres les héritiers du parent donateur, de celui qui a convolé en secondes noces. De sorte que ce sera un calcul assez délicat à faire que celui du partage de cette réduction. Le partage s'opérera en tenant compte de tous les enfants quels qu'ils soient, à quelque lit qu'ils appartiennent. De plus, on comprendra parmi ceux qui prendront part à la réduction même les enfants qui auraient renoncé à la succession de leur parent remarié parce qu'on considère que sur cette réduction ces enfants sont investis d'une part, non pas par suite de leur droit de succession vis à vis du parent qui se remarie, mais du chef de l' Edit. C'est l' Edit qui est leur titre et pour se réclamer de cet Edit, il n'est pas nécessaire qu'ils aient accepté la succession de leur

Source : BIU Cujas

auteur.

Par l'application du même principe que cet Edit est un titre pour les enfants, ils ne sont pas tenus, comme des héritiers, des dettes que l'époux, dont ils sont les enfants aurait pu laisser. Cependant, malgré cette règle, on admet qu'il y a lieu de tenir compte entre les enfants, des différences que la loi établit en matière de succession. La part de chacun, dans la réduction sera calculée en tenant compte notamment du privilège d'ainesse, bien que ce privilège d'ainesse ne soit en rien mentionné dans l' Edit. Mais l'ainesse est une règle si au dessus des controverses à cette époque que l' Edit est tenu comme l'ayant sous-entendue.

Voilà en résumé l'ensemble de la doctrine élaborée relativement au premier chef de l' Edit, c'est à dire à cette disposition qui interdit à l'époux se remariant de donner à son conjoint plus que la part de son enfant le moins prenant.

Détermination des avantages sujets à réduction: tendance à étendre les solutions de la loi romaine.

II- La seconde disposition de l' Edit, celle qui prohibe à l'époux de ne rien donner à son second conjoint des avantages qu'il a reçus du premier, est tirée aussi de la loi romaine, notamment de la loi Feminae.

Que doit-on comprendre sous ce titre d'avantages qui proviennent de l'époux remarié de son précédent conjoint ? - Quels sont exactement ces biens dont il ne pourra pas faire donation à son second époux ?- Ici encore la doctrine s'est attachée à élargir en quelque sorte le domaine d'application de la règle. Ainsi, par exemple, on considère comme un avantage de cette sorte, même le douaire accordé à la femme, mais seulement dans le cas où ce douaire a éte donné en propriété car il dépasse le douaire coutumier qui est un douaire en usufruit. Il y a là un avantage spécial accordé par l'époux prédécèdé. On fera entrer dans cette catégorie même le préciput, bien qu'il soit un avantage résultant du contrat de mariage et que les avantages résultant du contrat ne soient pas en principe traités comme des donations.

Cela ne s'entend d'ailleurs que du préciput conventionnel, et non pas du préciput légal parce que l'époux n'est réputé faire avantage que de ce que la loi n'a pas directement prévu. La loi Feminae visait même autre chose. Elle visait, en dehors des biens reçus directement par l'époux de son conjoint antérieur, les biens que ce conjoint remarié aurait trouvés dans la succession d'un enfant prédécédé et qui seraient venus à celui-ci de l'autre conjoint. L'Edit ne parle pas de ces biens advenus d'en en-

Source : BIU Cujas

fant qui les tenait lui-même d'un époux prédécédé. Aussi, la doctrine rejette-t-elle en général cette extension. C'est un point sur lequel la jurisprudence méridionale est en contradiction avec les pays du droit coutumier, laquelle jurisprudence applique ici la loi Feminae. Tous ces biens donnés doivent donc être gardés par l' époux qui se remarie puisqu'il ne peut pas en faire donation à son nouveau conjoint, et le texte même de l' Edit dit que l'époux doit les " réserver " aux enfants communs. Il ne se borne pas à interdire à l'époux de les donner à son second conjoint, il ajoute que l'époux remarié doit les réserver pour les enfants du premier lit. Sur ce point, la doctrine a encore essayé d'une construction . On se demandait sur quoi il fallait juridiquement fonder cette obligation de réserver les biens aux enfants et on en est arrivé à cette conception que les biens donnés sont entre les mains de l'époux remarié comme chargés d'une sorte de substitution fideicommissaire au profit des enfants. L'époux remarié est le fiduciaire et doit les restituer aux enfants au moment de sa mort. Il doit les conserver jusque là, selon la règle communément suivie dans les substitutions.

Obligation pour le conjoint qui se remarie de conserver les biens pour les enfants. Construction du droit de ceux-ci sur l'idée de substitution fidéicommissaire.

Cette notion de substitution implique, et on a tiré de là de nombreuses conséquences, cette autre idée que les enfants qui vont succéder à ces biens ne les tiendront pas en réaluté de l'époux qui les leur transmet aujourd'hui, mais de celui qui les avait donnés à charge de substitution. Les enfants seront donc, sur ces biens, les héritiers de l'époux prédécédé, et non pas ceux de l'époux qui s'est remarié. On voit les conséquences qu'on peut tirer de là. Ils reprendront ces biens comme propres du côté du premier époux.

De même, ces biens ne peuvent être ni obligés, ni aliénés par l'époux remarié et fiduciaire et même ce survivant ne peut, à propos avantager aucun des enfants auxquels ils doivent revenir, puisqu'il ne fait qu'exécuter la charge de transmettre ce qu'il avait reçu, cette charge ne comportant pas le droit de modifier la dévolution naturelle des biens . La loi romaine lui reconnaissait au contraire ce pouvoir.

De même encore puisque ces biens sont attribués à titre de substitution aux enfants du mariage précédent, il ne peut plus être question d'y faire participer les enfants du second mariage: ils sont donc exclus. C'est là l'application naturelle des principes indiqués.

Enfin, la substitution s'éteint par le

Source : BIU Cujas

prédécès des enfants.

Telle est la doctrine, un peu contournée, à laquelle a donné naissance cet Edit de I560. Elle constitue le droit commun dans notre droit coutumier, alors que c'est plutôt la doctrine romaine qui est appliquée dans les pays du Midi.

L'art.279 de la coutume de Paris Aggravation du régime de l' Edit en étendent l'indisponibilité aux conquêts provenant de la première communauté.

Nous avons parlé de l' Edit de I560 qui a modifié l'état des choses dans le Nord de la France au point de vue des donations que peut faire la veuve qui se remarie . Aux dispositions de cet Edit, pour la région parisienne s'ajoute, l'art.279 de la Coutume de Paris de I580 qui dispose : " Femmes "convolant en secondes ou autres nopces, ayant enfans " ne peut advantager son second ou autre subséquent " mary de ses propres et acquests, plus que l'un de " ses enfans. Et quand aux conquests, faits avec " ses précédents maris, n'en peut disposer aucune- " ment au préjudice des portions, dont les enfans " desdits premiers mariages, pourroient amender " de leur mère." ....

L' Edit se statue dans son second chef, pour les soumettre à une sorte de substitution au profit des enfants du premier lit, que sur les biens donnés au conjoint survivant par le prédécédé . Il ne s'agit que de ces biens, on ne veut pas qu'ils passent au second conjoint; l' Art.279 au contraire, s'applique non seulement aux biens qui ont éte donnés par le prédécédé au survivant, mais aux biens que le survivant trouve dans la communauté qui a existé entre le prédécédé et lui, biens qui forment sa part dans cette communauté. Ces biens, le survivant ne les tient pas du conjoint prédécédé, mais de la vie commune à laquelle il a participé et des fruits et économies de laquelle il est co-propriétaire; et c'est parce qu'on n'avait pas le même scrupule à autoriser le survivant à en disposer que l' Edit de I560 ne le visait pas. L'art.279 décide au contraire, qu'ils seront traités sensiblement de la même manière que les biens donnés par le conjoint prédécédé.

Cet article 279 comprend à le lire deux parties: une première qui se rattache au premier chef de l' Edit, c'est à dire à l'interdiction faite à la femme qui convole en secondes noces, de laisser à son second mari ses propres et ses acquêts pour une portion supérieure à la part de l'enfant le moins avantagé.Cette première partie, nous pouvons la laisser de côté puisqu'elle ne répète que le premier chef de l' Edit de I560. Mais il faut nous arrêter sur la deuxième partie assez longue et qui s'occupe des conquêts faits avec le

Source : BIU Cujas

précéd nt mari :" Et quand aux conquest faits avec " ses précédents maris n'en peut disposer aucune- " ment au préjudice des portions dont les enfans "desdits premiers mariages, pourroient amender de " leur mère. Et néanmoins succèdent les enfans des " subséquents mariages aux dits conquests avec les " enfans des mariages précédens, également venant " à la succession de leur mère. Comme aussi les en- " fans des précédents lits succèdent pour leurs " parts et portions aux conquests faits pendant et " cnnstans les subséquens mariages. Toutesfois si le " dit mariage est dissolu, ou que les enfans du pré- " cédent mariage décèdent, elle en peut disposer " comme de sa chose. "

Le premier fragment de cette deuxième partie décide que l'époux remarié ne peut disposer de ses conquêts au préjudice de la part que les enfants du premier lit peuvent y réclamer. En effet, quand le conjoint survivant viendra à mourir, les enfants du premier lit trouveront dans sa succession, non seulement ses biens propres, mais encore la part que le survivant avait recueillie dans la communauté. A cette part, les enfants du premier lit prendront chacun leur portion, et c'est en songeant à elle qu' on interdit à l'époux de priver les enfants du premier lit, pour la donner au second époux, de la portion qui leur reviendrait . Mais l'atteinte au droit de disposer du conjoint se limite à cette portion.

Il n'aurait pas été juste de priver complètement l'époux survivant du droit de disposer de tout ce qui lui revenait de la communauté . Si le second mariage a fait naitre des enfants, ceux-ci auront comme ceux du premier, droit de participer à la succession de leur mère et par conséquent aux conquêts qu'elle a retirés de sa première communauté, qui sont confondus dans sa succession. S'il y a lieu de protéger les enfants du premier lit contre la privation de la part qui leur revient du premier mariage il serait exagéré de défendre à la mère de disposer de la part de ses conquêts qui reviendra aux enfants de son second mariage, pour les donner par exemple à son second mari. Voilà la distinction que fait l' art.279 entre la part qui revient aux enfants issus du premier lit, et la part qui revient à ceux qui sont issus du second lit.

Extension de cette indisponibilité.

Ceci dit, il convient de remarquer qu'il n'est question, dans le passage que nous venons d'analyser, que des conquêts. D' ordinaire, quand on parle de biens de communauté, ce mot est accompagné par cet autre mot " meubles ". Le terme conquêts ne

Source : BIU Cujas

s'applique strictement qu'aux immeubles acquis pendant la durée de la communauté. On s'est demandé s'il y avait lieu, dans ce texte, de maintenir au mot conquêts son sens réduit, et de permettre à la femme de disposer de la portion mobilière qu'elle prendrait dans la communauté. Cette interprétation restrictive a été acceptée encore au siècle. Mais, vers la fin du XVII° siècle, un arrêt du 4 mars I697, dpu aux conclusions de Daguesseau changea la jurisprudence et soumit au même régime tous les biens meubles et conquêts immeubles provenant de la communauté. On y fait même rentrer, non seulement les biens acquis par les deux époux durant la communauté, mais encore plus généralement tous ceux qui avaient été apportés par l'époux et qui étaient tombés en communauté par application du droit commun, que ce soient des meubles ou des immeubles ameublis (Pothier, Contrat de mariage ,N° 63I).

Voilà qui revèle le tendance à accroitre la portée de cet article 279.

Interprétation large du terme " dis pour " visant l'interdiction faite à la demme.

La femme ne peut donc donner à son second mari aucun des biens de la première communauté qui doivent constituer la part des enfants du premier lit. Le texte va même un peu plus loin dans sa formule ; il dit qu'elle n'en peut disposer. Or, la femme pourrait être tentée de disposer de ses biens que pour les donner à son second mari. Cet acte de disposition qui ne s'appliquerait pas dans l'espèce à son second mari, lui est interdit comme les autres. On a craint que la femme ne se livrât à ce second calcul: les acquêts et immeubles dont elle ne peut disposer au profit de son mari, elle les vend à un autre et en donne le prix à son second mari de la main à la main. On n'a pas voulu que cette fraude fut possible, c'est pourquoi on les a rendus indispobibles en interdisant à la femme de les aliéner. Voilà la règle, telle qu'elle se présente.

Sanction de la disposition de l' art.279. Distinction suivant que la disposition est faite au profit du mari ou d'un tiers.

Si on suppose que la femme a contrevenu à cette disposition, quelle est la sanction qui prévoit l'art. 279, ou tout au moins la jurisprudence qui s'y rattache ?-

Dans ce cas, l'acte de disposition, soit au profit du second mari, soit au profit d'un tiers,- à quelque titre que ce soit est considéré comme nul-. L'aliénation faite par la femme n'est pas valable. Ici une petite difficulté est soulevée sur le point de savoir si, cette nullité étant ad-

Source : BIU Cujas

mise, il y a lieu de l'appliquer à l'opération toute entière ?- La raison de douter c'est que les conquêts ou meubles du premier mariage ne sont destinés aux enfants du premier lit que pour partie, puis que les enfants du second lit viennent au partage, au même titre que les enfants du premier lit. La nullité qui n'a pour but que de protéger les enfants du premier lit ne doit elle pas se borner à la part de biens revenant aux enfants du premier lit, en laissant valable l'aliénation pour la part qui revient aux enfants du second lit. - La question fut, dans notre ancien droit très vivement discutée . La jurisprudence du Chatelet de Paris, en conformite avec l' art.303 de la Coutume d' Orléans qui avait été rédigée trois ans après l'art.279 et qu'on regardait comme en donnant un commentaire, fait une distinction. Elle distingue suivant que l'aliénation dont il s'agit est faite au mari ou bien à un tiers. Si elle est faite au mari, la tentative de frande est plus manifeste et on décide que cette aliénation sera nulle pour le tout. Au contraire, si la disposition a été faite au profit d'un tiers, elle ne serait annulée que pour la part dont les enfants du premier lit auraient bénéficié". C'est la solution de Pothier (N° 636 et ss):

Interdiction à l'époux qui se remarie d'exclure les enfants du Ier lit des bénéfices de la seconde communauté.

C'est dans le même esprit qu'on interdit à l'inverse à l'epoux qui se remarie de réserver exclusivement aux enfants du second lit les bénéfices de la communauté qui va s'établir entre les deux seconds époux. On ne veut pas que la mère du premier lit par exemple, ne pouvant pas donner aux enfants du second lit les conquêts faits pendant le premier mariage, veuille en quelque sorte prendre sa revanche en excluant les enfants du premier lit, des bénéfices postérieurs possibles provenant de la seconde communauté. C'est une règle qui s'ajoute à la précédente et qu'on fait rentrer dans la seconde partie du même article.

Toutefois, ces deux règles protectrices qui se complètent l'une, l'autre cessent dans deux cas:

I°- Lorsque le second mariage a été dissous et que la donation est postérieure à la dissolution. Dans ce cas on estime que le danger d'influence d'un époux sur l'autre a cessé et qu'il n'y a plus lieu de protection particulière. 2°- Lorsque au moment de la mort de l'époux remarié tous les enfants du premier lit sont eux-mêmes déjà morts. Il est tout naturel de ne plus tenir compte de cette disposition lorsqu'ils n'ont plus besoin de cette protection.

Application de l' art.279 au mari qui con-

Enfin, on pourra constater que la formule même du texte ne parle que de la femme qui convole en secondes noces. On s'est alors demandé s'il n'y avait

Source : BIU Cujas

tracte une nouvelle union.

pas lieu de traiter de la même manière le mari qui, après avoir perdu sa première femme, en épouse une seconde. La jurisprudence a décidé dans notre ancien droit cette extansion.

Voilà ce que dit l'art. 279 dont la disposition est un peu complexe, mais dont on comprend la raison d'être quand on le rapproche de l' Edit de I560 dont il complète la règlementation.

L'existence de cet article 279 dans la Coutume de Paris nou montre bien que l'opinion publique à cette époque était assez favorable aux dispositions de l' Edit de I560. Ce n'est pas en effet la royauté qui a fait insérér cet article dans la Coutume, ce s sont toutes les classes de la population qui sont intervenues, et même, si on se reporte au procès verbal de la Coutume de I580, il se borne à dire que cet article 279 a été admis comme coutume nouvelle " de l'avis de toute l'assistance ". Telles sont les dispositions ainsi prises dans notre ancien droit tant au Midi qu'au Nord, relativement aux secondes noces.

Sous la Révolution , la loi du 27 Nîvôse ,an II, art.I7 et 6I, a abrogé implicitement d' Edit de I560. Les dispositions tant de l' Edit que de la Coutume ne sont pas passées intégralement dans notre Code Civil puisque seul l'art.I098 en tient lieu.

Nous en avons ainsi fini avec l'histoire des donations, et d'une façon plus générale avec l' histoire des biens entre époux. Nous pouvons constater,à travers toutes les péripéties que nous avons parcourues, que ce n'est en somme qu'au XIII° siècle que chez nous, la société conjugale parait s'être le mieux retablie en un système d'égalité, de participation mutuelle des deux époux, jointe à une coordination bien règlée du rôle respectif de chacun des deux époux. Depuis cette époque lointaine, sous l'influence des traditions romaines restaurées, du développement de la richesse, d'un indivudualisme plus égoiste, notre organisation conjugale s'est avancée vers un régime de séparation des intérêts propres de chaque époux, vers un accroissement du pouvoir marital, une augmentation de la subordination de la femme et en même temps vers une protection plus rigoureuse de ses intérêts pécuniaires.

Depuis la Révolution, quelques changements se sont produits qui nous ont parfois ramenés un peu vers notre point de départ, mais la tendance générale n'est pas sensiblement différente. C'est

Source : BIU Cujas

probablement à cause de ce mouvement des pays du Nord vers une séparation plus accentuée des intérêts que les deux régions de la France, sont devenues moins dissemblables et plus voisines de l'uniformité non seulement légale mais pratique et de fait.
Le XX° siècle voit s'accentuer cette tendance. Ainsi le régime dotal depuis la guerre est moins pratiqué dans le Midi qu'auparavant, tandis que, dans le Nord la communauté se retire parfois devant le régime de séparation de biens.

II ° PARTIE

LES TRANSMISSIONS A CAUSE DE MORT

Les différentes questions qui se posent. I° La dévolution des biens.

Cette étude des transmissions à titre gratuit et à cause de mort constitue comme la réponse historique, à plusieurs questions successives :

I°- A supposer qu'un homme vienne à mourir, à qui ses biens vont-ils passer ?- Chez nous, c'est en principe la loi qui le décide . Mais tout en décidant quels sont ceux qui légalement auront vocation héréditaire, notre loi autorise le de cujus, par un acte de sa volonté, à modifier cette dévolution. La réponse à cette question, à qui les biens vont-ils passer ,?, c'est la théorie de la dévolution des biens. Rien que par ce qu'on vient de dire on peut constater que cette théorie de la dévolution des biens prise dans son ensemble comprend elle-même deux parties:

a)- Tout d'abord de quelle manière, sous l'inspiration de quels mobiles la loi a-t-elle ainsi dressé le tableau des successibles et leur ordre de vocation?, puis, b)- en second lieu, à supposer que le de cujus estime qu'il doit modifier cette vocation, puisque la loi lui en accorde le droit, par quel procédé et dans quelle mesure cette volonté du de cujus peut-elle modifier le tableau légal des vocations héréditaires ? - Tout cela, ces deux parties, l'une relative à la dévolution légale, au tableau qu'elle dresse et aux raisons qui ont poussé à cet établissement, l'autre relative au droit pour le de cujus de modifier ce tableau rentrant dans la théorie de la dévolution.

II- Lorsqu'on a ainsi répondu à la première question, à qui vont les biens du de cujus ? il

Source : BIU Cujas

II- La transmission et l'acquisition de la succession.

s'en présente une seconde: Comment s'opérera, au profit du bénéficiaire, la transmission du patrimoine du de cujus?- A quel moment aura-t-elle lieu?- De quelle manière interviendra-t-elle ?- Quelle obligation assume le bénéficiaire tant vis à vis des créanciers que vis à vis de ceux que le de cujus a voulu gratifier ?- Ou encore si on suppose qu'au lieu d'un seul bénéficiaire, il y en a plusieurs sur le même pied au point de vue de la dévolution, comment en fera-t-on entre eux le partage des biens de l'hérédité, y aura-t-il lieu d'en préférer tel ou tel ?- Comment enfin, répartira-t-on, non pas seulement l'actif, mais le passif de cette succession entre ces bénéficiaires ?- Il y a là tout un ordre de questions assez différentes de celles signalées pour la dévolution. C'est l'histoire de l'acquisition de la succession.

Voilà les parties principales qu'on peut distinguer dans cette question de la transmission des successions.

Nous commencerons par l'étude de la dévolution en laissant de côté tout ce qui se rattache à la transmission du patrimoine, et même il sera prudent de ne pas avoir la pensée d'examiner complètement l'histoire de cette dévolution.

Nous commencerons par l'examen de la dévolution légale en laissant pour plus tard la dévolution volontaire, celle qui résulte de l'expression du désir du de cujus.

Chapitre I

LA DEVOLUTION DES BIENS DU DE CUJUS

HISTOIRE DE LA DEVOLUTION LEGALE DU PATRIMOINE DU DE CUJUS DEPUIS LE MONDE ROMAIN JUSQU' A NOS JOURS

Il importe d'ailleurs de bien nous rendre compte de l'état de cette dévolution légale dans le monde romain au moment des invasions. Il nous faut prendre connaissance de cet état des choses, puisqu'on sait bien, qu'au moment des invasions, c'est en somme la population romaine qui forme la plus grande partie des habitants de ce pays et qu'il y a des chances pour que les règles romaines aient exercé une influence prépondérante sur le développement juridique du pays tout entier.

Les principes de la dévolution légale romaine bien établis , nous rechercherons quels troubles ont

Source : BIU Cujas

dû apporter à ce régime les invasions; quels usages différents pratiquaient les Barbares nouvellement installés, et dans quelles mesures ces troubles sociaux ont pu modifier les anciennes règles de dévolution légale pratiquée par les Romains.

Du régime romain de la dévolution légale.

Le principe de l'unité de la succession.

Le I° trait essentiel de la législation romaine, c'est ce qu'on appelle le principe de l'unité de la succession. On sait que la propriété individuelle à Rome s'applique également à tous les objets qui constituent une richesse . Tous ensemble sont groupés suivant la conception romaine dans le patrimoine de la personne; sans que les Romains aient jamais distingué selon la nature des biens, ni selon leur origine. Dans ce même patrimoine, sont confondus, au point de vue héréditaire, les terres, les troupeaux, les exclaves; les richesses mobilières: l'or, l'argent,les créances. Tout cela fait partie du même titre du patrimoine du de cujus, et sans que la loi romaine se préoccupe même de la manière dont ces biens sont entrés dans le patrimoine du de cujus. Peu importe, relativement à la dévolution, que tel bien de son patrimoine lui provienne d'une acquisition personnelle faite pendant sa vie, ou qu'il lui provienne de ses ancêtres paternels ou maternels, ou qu'il soit le résultat d'un don de fortune. Tout cela aux yeux des Romains n'a aucune importance. Les mêmes règles de dévolution héréditaire s'appliquent à tous ces objets quelle que soit leur destination . Ainsi par exemple, on ne rencontre aucune différence entre des armes qui chez certaines peuplades sont attribuées aux mâles, des bijoux attribués aux successibles féminins ou des immeubles ou des troupeaux. Tout cela va aux mêmes successibles désignés de façon abstraite, indépendemment de toute considératinn d'origine et de nature des biens; chaque objet ne représente dans le patrimoine que sa valeur d'échange et elle est dévolue indistinctement quel que soit l'objet qui la représente.

Le principe de la liberté testamentaire absolue.

2°- Dans la législation du successible qui va prendre la place du de cujus dans son patrimoine, la loi à Rome s'éffaçait en quelque sorte devant la volonté exprimée du de cujus. Elle souhaitait même que le de cujus lui même fasse connaitre son désir, et la dévolution légale n'intervenait que dans le cas où le paterfamilias n'avait pas manifeste sa volonté dans son testament. Et quandil l'avait manifestée, il n'y avait aucune limite à l'exercice de cette volonté. La liberté testamentaire était absolue. Cette liberté

Source : BIU Cujas

testamentaire dans toutes les grandes constructions romaines n'était au fond qu'une des apllications de la toute puissance du paterfamilias dans la famille romaine. La famille romaine a son unité autour du paterfamilias qui la représente toute entière. La loi lui permet de disposer à son gré de tout le patrimoine familial et de désigner lui même son successeur ou en le faisant entrer avant sa mort dans sa familias par l'adoption, ou bien, sans l'y faire entrer, en l'instituant par testament. On lui reconnait même la faculté d'exlure de son patrimoine qui il veut, soit par l'émancipation, soit par l'exhérédation. La loi romaine n'a apporté à cette liberté d'autre correctif que la quarte légitime ou l'obligation de recourir à certains procédés d'exhérédation. Tel est le second trait de cette organisation.

Le fondement agnatique de la succession ab intestat.

3° trait, qu'à défaut de testament c'est la loi qui fixe la dévolution de la succession. Comment la fixera-t-elle ?- Quel est cet héritier ou ce groupe que les règles de la dévolution vont investir ?- La réponse est en apparence la même que partout: celui qu'on investira dans la succession sera le plus proche parent. Mais cela ne suffit pas, il reste encore à dire qui est considéré comme le plus proche parent ?- et c'est ici qu'ontervient le 3 è trait de la loi romaine. C'est un trait qui remonte aux origines mêmes de Rome, et qui, malgré toutes les retouches que la loi lui a fait subir , n'a jamais complètement disparu avant Justinien. Ce trait, c'est que les Romains ne tiennent compte en principe que de la parenté agnatique, c'est à dire de la parenté paternelle, celle que créé la subordination à la même puissance. Ce n'est pas à proprement parler le lien du sang qui réunit les parents, c'est qu'ils font tous partie de la même domus, sont tous soumis à la même puissance, ou bien qu'ils pourraient l'être si l'ancêtre commun vivait encore.

Les Romains ne connaissaient donc, en matière de dévolution qu'un seul ordre de parenté, la parenté paternelle. La parenté maternelle n'engendrait en principe aucun lien civil ni aucun droit de succession

Il y aurait beaucoup à dire pour expliquer ce trait particulier de la législation romaine, mais, quoi qu'il en soit, il est certain que l'agnatio a gouverné la société romaine jusqu'à la Novelle II8 de Justinien. A cette époque, tout d'un coup, et par un acte législatif, Justinien a substitué à l'ancienne parenté agnatique, la parenté cognatique, celle qui résulte des liens du sang; la parenté purement naturelle, tant maternelle que paternelle, celle qui unit l'enfant à son père et à sa mère. C'est le lien du

Substitution par Justinien de la parenté cognatique à l'égnatique

Source : BIU Cujas

comme dans la succession legitime.

du sang qui désormais détermine le tableau de la dévolution.

Toutefois, si la Novelle II8 semble avoir complètement et subitement renversé l'état de chose ancien, on sent tout de même qu'il serait exagéré de dire qu'il en fut ainsi, car les revolutions chez les romains sont plutôt des évolutions. En réalité, on peut constater à travers toute l'histoire du droit romain que cette domination exclusive de la parenté paternelle s'est peu à peu altérée; que la parenté par les femmes, la parenté par le sang; la cognatio a subi au contraire, un lent mais continu mouvement d'ascension, s'est vu assigner une place de plus en plus grande grâce aux efforts successifs soit du prêteur, soit même des empereurs. Ce sont eux qui ont fait à la cognatio une part de plus en plus grande et ont crée, à côté de la parenté légitime, celle qui résultait de la subordination à la puissance paternelle, une parenté prétorienne dont la place a été de plus en plus considérable.

Les précédents de la réforme de Justinien. Les progrès en droit prétorien et impérial de la parenté cognatique.

Lors des invasions germaniques, si le principe agnatique subsiste encore dans le monde Romain, il est fortement atténué. La vocation héréditaire a déjà été accordée à bien des parents que le regime légal ancien aurait exclus . Ainsi la bonorum possessio unde liberi, a, de bonne heure été accordée aux descendants émancipés, puis, plus tard la bonorum possession unde légitimi, fut accordée aux anciens agnats émancipés ayant perdu, par leur émancipation, leur droit de succession. Il faut signaler aussi les changements apportés relativement aux droits de la mère à la succession de ses enfants, (Sénatus-consulte Tertullien), puis (Sénatus consulte Orphitien), au droit de succession accordé aux enfants dans la succession de leur mère . Ainsi, peu à peu, tous ces gens qui n'appartiennent pas à l'ancienne familias et qui ont pouttant vocation héréditaire légale, sont devenus assez nombreux pour attirer la conception première et pour peser d'un poids assez lourd qui entrainera la chute de tout l'ancien système romain.

Ceci dit, étant données ainsi les grandes lignes des règles de la dévolution en droit romain, il reste, à se placer en face du groupe des successibles et à examiner dans quel ordre chacun des parents y a été placé.

Les différents ordres d'héritiers.

Dans l'application du principe indiqué, les divers parents n'étaient pas reliés au de cujus aussi étroitement les uns que les autres,

Source : BIU Cujas

et on a été amené à créer entre eux un ordre de préférence.

I°- Les heredes sui et necessarii, les liberi.

Le I° ordre comprend les descendants, c'est à dire ceux que la mort du paterfamilias rend sui juris: les enfants non émancipés, les petits enfants nés d'enfants prédécèdés. C'est le premier groupe qui, dans la dévolution légétime originaire prend le nom d'héredes sui et nécéssarii héritiers qui se succèdent à eux mêmes, parce qu'ils sont déjà considérés comme co-propriétaires du patrimoine auquel préside leur paterfamilias. Ce sont, à côté d'eux, ceux qu'on appelle les liberi, c'est à dire les enfants émancipés, mais de l'émancipation desquels le prêteur ne veut plus tenir compté afin de leur réserver comme au sui, leur part dans le patrimoine de leur parent.

Enfin, depuis le Sénatus-consulte Tertullien, et le Sénatus consulte Orphitien rendu sous Marc-Aurèle et Commode, il faut y ajouter la femme et ses enfants.

Après ce I° groupe, à défaut de jui juris et de liberi, viennent les agnats.

2° Ordre: les agnats et en droit prétorien les légitimi.

Le 2° ordre comprend donc les agnats, c'est à dire les collatéraux qui sont issus d'un ascendant même commun et qui aruaient par conséquent été sous la même puissance de cet ascendant mâle commun s'il avait vécu assez longtemps pour le permettre. Les agnats n'ont jamais été émancipés c'est à dire séparés de la famille agnatique à laquelle ils appartiennent. Voilà pour le droit civil.

Mais le droit prétorien a placé lui aussi à côté des agnats, les legétimi qui ne sont autres que des agnats ayant subi une capitis déminutio.

Dans ce groupe des agnats, la règle, c'est que le plus proche en dégré exclut le plus éloigné. Rappelons que d'une part, la proximité du dégré s'apprécie pour le succesible au jour où s'ouvre la succession ab intestat, et cette proximité du degré est calculée en remontant du de cujus jusqu'à l'auteur commun pour redescendre de celui-ci à son successible en comptant un degré par génération C'est le système de l'échelle double. Les frères et soeurs sont au deuxième degré, les oncles et neveux sont au 3° degré, les cousins germains au 4°; le grand oncle et le petit neveu au 5° etc.... Ce mode de computation a cet avantage de permettre de fixer exactement le degré de proximité de chacun, même quand le de cujus et le successible ne sont

Source : BIU Cujas

pas exactement de la même génération l'un que l'autre

3°- les cognats en droir prétorien; rang inferieur qu'il convient sans la succession

3°- Le droit prétorien a , après l'ordre des agnati, étzbli une sorte de 3° ordre, les cognats, Il a crée la bonorum possessio unde cognati qui comprend tous les parants paternels ou maternels par le sang, qu'ils soient émancipés ou restés dans leur famille d'origine. Ces cognati ne peuvent venir que jusqu'au 7° dégré. Il ne faut pas oublier que le droit prétorien ne les appelle éventuellement à la succession et ne les place qu'à un rang fort modeste. Ils sont exlus par tous les agnats quel que soit le degré de ceux-ci et ne viennent qu'à défaut de parenté civile.

Droits de la mère à la succession de ses enfants en droit impérial. Le S.C. Tertullien conditions auxquelles est subordonnée la vocation de la mère.

De même encore le droit impérial un peu avant d'appeler les enfants à la succession de leur mère a commencé par appeler la mère à la succession de ses enfants, et encore à l'origine du Sénatus-Consulté Tertullien, la mère n'a-t-elle vocation qu'à la condition d'avoir le jus liberorum, c'est à dire si elle a un nolbre d'enfants suffisant, variant suivant qu'elle est affranchie ou ingénue. Il faut en outre qu'elle se soit mise en souci de ses enfants en leur faisant désigner, s'ils sont encore impubères, un tuteur. La mère d'ailleurs est appelée à la succession de ses enfants naturels tout aussi bien qu'à celle de ses enfants légitimes, car tous les enfants, vis à vis de la mère sont considérés comme légitimes.

Mais ici encore il faut remarquer que si la législation impériale fait faveur à la mère de l'appeler à la succession de ses enfants, elle ne la place pas à un rang bien élevé: elle ne viendra à cette succession qu'à défaut de descendants au sens général Peu importe qu'il s'agisse de sui sous la puissance paternelle du fils ou de liberi, c'est à dire d'enfants émancipés. A défaut de descendants, la mère ne viendra à la succession qu'après le père qui aurait émancipé son enfant .Si le père ne l'avait pas émancipé, l'enfant ne serait pas sui juris et il n'y aurait pas ouverture à succession. Mais dans le cas contraire, le père, en qualité de manumissor viendra encore avant la mère. D'après la législation impériale, on fera encore passer avant elle le frère consanguin, c'est à dire le frère du père. Elle viendra donc seulement en concours avec la sueur consanguine ou le frère utérien. Elle ne sera préférée et ne viendra seule à la succession que lorsqu'il y aura des agnats et cognats à un degré inférieur à celui que nous venons d'indiquer. La faveur faite à la mère n'est donc pas encore bien considérable. (Cf. Ulpien, - 26 § 8).

Source : BIU Cujas

4°. Le B.P unde vir et uxor

4°- Enfin, le droit prétorien à défaut de tout parent, soit agnat, soit cognat, mère ou fils, établit encore un dernier ordre; c'est le mari ou la femme, chacun respectivement. l'un vis à vis de l' autre. Il a établi pour eux une dernière bonorum possessio qui ne doit pas fonctionner bien souvent, qu'on appelle bonorum possessio unde vir et uxor et qui fait préférer le mari ou la femme au fisc.

Désuétude de la succession des gentiles.

Tel est le tableau des successibles pendant le cours de l'empire. Nous avons négligé un troisième ordre qui est encore mentionné dans les auteurs de l'époque classique, mais qui n'y est mentionné que pour mémoire: ce sont les gentiles, membres de la gens; à l'époque à laquzlle nous la plaçons, la gens a disparu depuis très longtemps ; même à l'époque classique la succession des gentiles était devenue sans application. Elle souffre d'ailleurs d'assez grandes difficultés ; ce qui nous pousse à les négliger.

Absence de tout privilège de masculinité ou d'ainesse.

En principe, entre tous ces ordres de successibles dont nous venons de déterminer le dégré de proximité, il n'y a ,dans la législation romaine aucune autre raison de préférence. On ne préfère l'un à l'autre que eu égard à la proximité du degré.

En droit romain, il n'y a ni droit de primoginéture au profit de l'ainé, ni préférence de masculinité au profit des mâles vis à vis des femmes Cela est vrai, mais pourtant au commencement de l' Empire et même à la fin de la république, un certain courant législatif a poussé à créer une incapacité de la femme. qui s'est traduite par le Sénatus -Consulte Vélléien. Ce même courant, défavorable à la femme, a poussé à cette époque à faire à égalité de degré, quand il s'agit des agnats, exclure les femmes par les mâles. Cela ne s'est produit d'ailleurs que au délà du dégré de frère et soeur consanguins, et c'est une exclusion qui ne s'est traduite que par l'effet de la jurisprudence, sous l'influence du voisinage des pratiques auxquelles nous faisions allusion: les mâles sont préférés aux femmes : voconiano ratione ; par application des mêmes principes qui avaient suggéré la loi Voconia, celle-ci déclarait les femmes incapables de recevoir des donations ou legs, d'une certaine importance (Gaius, III § 4)

Restriction apportée à la capacité des femmes par la loi Voconia et le jurisprudence.

Pour compléter ce tableau des successibles il conviendrait d'ajouter tout ce qui s'applique à l'affranchi, mais nous le laisserons de côté car cette législation s'appliquera peu par la suite. Nous n'avons plus a ajouter que deux observations relativement à ce tableau.

Source : BIU Cujas

Observation concernant la succession de l'ascendant.

I°- C'est que dans le droit Civil, dans la loi des XII Tables, on a pu remarquer que l'ordre des ascendants n'est pas normalement indiqué. En fait d'ascendants, on ne parle que de l'ascendant manumissor, qui a émancipé, pour lui donner un droit de succession comme prix de son émancipation. Si on ne mentionne aucun autre ascendant, c'est parce que si l'ascendant antérieur qui pourrait prétendre à la succession de son descendant était encore vivant, le descendant ne laisserait pas de succession puisqu'il serait sous sa puissance, et qu'on ne laisse pas de succession quand on n'est pas sui juris. Pour que le de cujus laisse une succession, il faut qu'il été émancipé et alors l'ascendant tiendra son titre héréditaire, non pas de sa qualité d'ascendabt, mais de sa qualité d'ascendant manimissor qui lui fait accorder un privilège par le prêteur. L'attention des jurisconsultes romains n'a en réalité jamais été attirée sur la succession de l'ascendant par suite même du fonctionnement de la famille agnatique.

Absence de représentation dans la succession du droit civil, à l'effet de succéder.

La 2° observation a quelque lien avec la précédente. Dans la loi des XII Tables, il n'est pas question de représentation, c'est à dire du droit accordé à un successible de gagner un ou plusieurs degrés en prenant la place d'un parent qu'il représente, qui est prédécédé et dont il aurait été l'héritier. Ainsi, par exemple, un fils étant venu à mourir, c'est un petit-fils né de lui qui prétend à la succession de son grand- père, et, pour se faire mettre au lieu et place de son père prédécédé, il le représente, c'est à dire sera appelé à la succession de ce grand père en même temps que les frères et soeurs de son père, quoiqu'il soit d'un degré plus éloigné qu'eux.

Dans le droit civil romain, il ne peut en être question et voici pourquoi. Dans l'ordre des agnats, c'est à dire de ceux qui ne sont pas nécessarii, qui ne sont pas actuellement sous la même puissance, on admet que le plus proche exclut le plus éloigné, sans par conséquent accepter pour qui que ce soit d'entre eux, le bénéfice de la représentation. Et dans l'ordre des sui, des descendants pour lesquels la représentation est la plus nécéssaire, elle est en fait inutile par suite d'une autre règle, c'est qu'on considère comme suus c'est à dire comme héritier immédiat du de cujus, celui qui se trouve dans une situation telle que la mort du de cujus va la rendre sui juris. Or, quand le fils du de cujus vient à mourir, le petit-fils du de cujus, fils du fils prédécédé, se trouve

Source : BIU Cujas

sans avoir au dessus de lui d'autre ascendant que le grand-père. Il est sous la puissance immédiate du grand-père et à la mort de celui-ci, il devient sui-juris, et comme tel acquiert, est investi de son propre chef de la qualité d'héritier. Le petit-fils n'a donc pas besoin pour succéder à son grand-père d'invoquer le principe de la représentation.

Pourtant, dans les explications que nous donnons, nous exagérons un peu. Les Romains, s'ils ne semblent pas avoir organisé spécialement la représentation, en ont cependant tenu compte, non pas dans ce qu'on appelle la représentation à l'effet de succéder qui n'est pas nécéssaire pour les petits enfants, mais dans la représentation à l'effet de partager. En effet, il serait tout à fait inique, aux yeux même de la loi du sang de considérer chacun des petits enfants comme ayant les mêmes droits que leur oncle et tante. Quand on veut faire le partage, on considère les petits enfants nés de fils prédécèdé comme ne formant à eux tous qu'une tête et ne devant prendre qu'une seule part de la succession, tandis que, si on voulait appliquer rigoureusement le principe, on devrait dire que chacun des petits enfants aurait droit à lui tout seul, dans la succession du grand-père à une part égale à celle de ses oncles et tantes.

La représentation à l'effet des partages.

Les Romains ont compris qu'il y aurait là une iniquité, Ulpien (XXVI,2), déclare que les petits enfants issus du même père prédécèdé, n'ont droit ensemble qu'à une part égale à celle de leur père. La représentation fonctionne ici à l'effet de partager. On notera aussi, quand Ulpien dit cela qu'il ne considère pas cela comme une règle contenue dans la loi. Il nous avertit que c'est par "équité" qu'on en décide ainsi aequum est de sorte que les Romains n'ont pas traité la représentation comme un droit mais plutôt comme une faveur exigée par l'équité . Cette seconde remarque se rapproche de la première parce que dans les deux, c'est le mécanisme de la famille romaine qui justifie la solution.

Tel est le système romain résumé dans son ensemble.

La réforme de Justinien Nov.II8 substituant la cognatio à l'agnatio.

En 543, après toute une longue évolution, Justinien, dans sa Novelle II8, a tout d'un coup substitué le principe de la cognatio à celui de l'agnatio, et il a dressé tout un tableau nouveau de dévolution, dont nous voulons seulement rappeler les grandes lignes. Il établit 4 classes de successibles. Antérieurement, nous connaissions les sui et les liberi, en second lieu les agnats et legitimi, enfin, les cognati, le mère ou l'enfant et l'époux.

Justinien décide que la première classe

Source : BIU Cujas

1° ordre; les ascendants- admission de la représentation.

de successibles comprendra les descendants quels qu'ils soient, quelle que soit leur origine, avec le jeu de la représentation qui est devenue indispensable maintenant que toutes les règles relatives à l'agnation ont été détruites par ce changement.

2°- ascendants paternels et maternels avec frères germains.

En second lieu, comme 2° ordre il place les ascendants paternels et maternels du premier degré père et mère, qui concourent dans son tableau avec les frères et soeurs germains, c'est à dire ceux qui sont frères et soeurs de père et de mère: ce sont les collatéraux privilégiés élevés en quelque sorte au dessus de leur classe de collatéraux. On les place sur le même rang que les ascendants au point de vue héréditaire.

3°- frères et soeurs consanguins et utérins

3° En troisième lieu viennent les frères et soeurs consanguins ou utérins et les autres ascendants qui ne sont ni le père ni la mère.

4°- autres collatéraux.

4°- Enfin viennent les collatéraux .

Telle est la marche générale de l'histoire de la dévolution ab intestat en droit romain. Il y a cependant un point sur lequel nous devons nous arrêter un instant. Il n' est pas sans importance de voir ce que, de ces principes, ont conservé ou négligé les textes romains rédigés par les Barbares pour leurs sujets Gallo-romains. En d'autres termes il nous faut savoir quel est à peu près l'état de chose de cette législation romaine lorsque les invasions ayant eu lieu, les Gallo-Romains se sont trouvés en face de leur propre législation romaine.

Le régime romain de dévolution au moment des Invasions

Le régime successorel des Gallo-romains après les Invasions. Rappel du système de droit civil dans le Bréviaire d'Alaric (Liber Gaii)

Nous ne serons pas long sur ce point puisque les suggestions qu'on peut tirer du Bréviaire d' Alaric et de la Loi romaine des Burgondes ne sont pas considérables. La partie du Bréviaire d' Alaric composée d'écrits d'anciens jurisconsultes et qui constitue le jus, reproduit dans ses grandes lignes le système de la Loi des XII Tables (Cfª Liber Gaii ,II.8) . Gaius y signale les trois ordres de successibles: les sui avec représentation à l'effet de partager; à leur défaut l'agnat le plus proche, et sans aucune dévolution; c'est à dire en écartant définitivement l'ordre des agnats, lorsque le plus proche agnat n'accepte pas la succession, et dans cet ordre des agnats aucune représentation, même pour les descendants des frères et soeurs pour lesquels aujourd'hui, nous l'avons. Enfin, cet ordre des agnats

Source : BIU Cujas

comporte la réserve déjà signalée relativement à la femme au delà du degré de soeur consanguine: les mâles étant préférés aux femmes. Gaius ajoute les cognats à défaut d'agnats et ne parle pas des gentiles.

Le droit de succession dans la ligne maternelle dans le Bréviaire d' Alaric(Sent. de Paul)

Si du Liber Gaii nous passons aux Sentences de Paul (IV.VIII.9.IO), nous y trouvons la même liste de successibles avec l'absence de représentation au profit des neveux. IL y a cette différence avec le Liber Gaii, que les Sentences de Paul mentionnent ,le Sénatus-consulte Tertullien, c'est à dire le droit de succession de la mère à ses enfants; cela tient simplement à ce que le Sénatus-consulte Tertullien existait à l' époque de Paul, et n'était pas encore appliqué à l'époque de Gaius. Nous sommes à la renaissance de ce droit de la mère dont l'accroissement va être la caractéristique la plus marquée de la législation postérieure. Le droit de la mère est en effet l'objet de plus abondant des leges, c'est-à-dire des dispositions empruntées par le Bréviaire d' Alaric tant au Code Théodosien qu'aux deux autres Codes et Novelles postérieurs. Les deux Sénatus Consultes le Sénatus-consulte Tertullien et le Sénatus-consulte Orphitien, ce dernier plus tardif que le précédent (I78, sous Marc-Aurèle et Commode) sont reproduits au Bréviaire d' Alaric dans une constitution de 389, de Valentinien, Théodose et Arcadius, au Code Théodosien (V.I. Const. 4). On y remarque que cette constitution de 389, établit une législation plus favorable que celle du Sénatus-consulte Orphitien . En effet, elle appelle les petits-enfants par la mère à la succession de leur aieule maternelle, à supposer que la mère soit prédécèdée, tandis que le Sénatus-consulte Orphitien ne traitait que la succession de la mère elle-même et n'attribuait rien aux petits enfants au cas où la mère était prédécèdée. C'est là une extension importante.

Dispositions quelque peu obscures du Bréviaire sur le droit de la mère à la succession des enfants. Constitution de Constantin de 32I.

Quant au Sénatus-consulte Tertullien qui traitait des droits de la mère à la succession de ses enfants, la situation dans le Bréviaire d' Alaric reste plus obscure, bien qu'on y trouve retenue de préférence des frères consanguins à la mère par rapport au patrimoine de l'enfant (laquelle n'était pas emntionnée dans les Sentences de Paul) Cf. Constitution de Valens, 369 (C. Théodosien, V.I. Const. 2). Ici encore la législation est un peu différente de celle que nous indiquions, en ce sens qu'on étend la préférence à l'encontre de la mère, même aux frères adoptifs, alors que dans la constitution antérieure, on n'appliquait cette préférence qu'aux

Source : BIU Cujas

frères consanguins légitimes et en puissance ou maternels.

De même, et de tendance contraire, on trouve dans le Bréviaire d' Alaric une constitution de Constantin de 321, indispensable à connaitre à qui comporte deux choses: suppression au profit de la femme de la nécéssité du jus liberorum(même la femme sans autre enfant que celui de la succession duquel il s'agit elle pourra désormais réclamer la succession, mais sa part dans la succession de l'enfant ne pourra être que d' I/3, et elle ne pourra la réclamer que vis à vis de l'oncle paternel et des agnats plus éloignés.

Si la femme a le jus liberorum, au lieu d'exclure comme par le Sénatus consulte Tertullien , l'oncle paternel ou l'agnat, la femme devra concourir avec lui; de sorte que, en même temps que Constantin avait favorisé la femme en supprimant la nécéssité du jus liberorum, de même il avait réduit son droit en l'obligeant à subir le concours de l'oncle paternel et de l'agnat, et en n'accordant jamais à la femme que les 2/3 de la succession de son enfant (Code Th. V.I.I.) Il est probable que ces dispositions un peu minutieuses et contradictoires ont été alors pratiquées à cette époque puisqu'on les retrouve dans le Bréviaire d' Alaric et que la loi Romaine des Burgondes les contient aussi (Loi romaine des Burgondes, T.X; Ch. II-III-V)

Hostilité contre les secondes noces- développement du droit de la mère.

Enfin, et ce sera notre dernière remarque, on notera au Bréviaire d'Alaric (Ch. V.I. Const.8 de 426) encore un des traits de cette période, que tous les avantages indiqués, ne sont accordés dans leur plénitude, qu'à mère non remariée. C'est un exemple par où se traduit à cette époque la défaveur assez générale des secondes noces .

Voilà à peu près tout ce qu'on peut tirer d'un examen rapide des deux documents dont nous venons de parler. Cet examen n'est pas sans intérêt pour montrer non pas seulement la tendance défavorable aux secondes noces, mais pour faire sentir la grande place que tient à cette époque dans toute la législation des dévolutions, la condition héréditaire de la mère. Il semble bien que pendant cette période, ce soit sur elle que l'attention du législateur se soit surtout portée

Tel est l'état de chose qui nous apparait chez les Gallo- Romains lorsque l'invasion eut été accomplie. Le fait même de l'invasion a eu pour résultat de mettre en présence de cette législation romaine que nous connaissons, d'autres législations bien différentes, les législations barbares, et il nous faut rechercher ce que nous ont apporté ces lois barbares ralativement à la dévolution.

Source : BIU Cujas

Le régime de la dévolution dans les lois Barbares

Difficulté de dresser le tableau des successions chez les Germains. La question de la propriété individuelle.

Le tableau de la dévolution et l'histoire de cette dévolution chez les Germains est en réalité difficile à faire, parce que nous n'avons pas, dans les lois Barbares sur tous les points essentiels des renseignements complets et coordonnés.

D'autre part, pour bien comprendre la dévolution chez ces peuplades, il faudrait résolue une question plus grave et plus lointaine, celle de l'avènement de la propriété individuelle chez les Germains. Comment y aurait-il eu transmission héréditaire des biens appartenant à une collectivité, puisque la mort successive de chacun des individus qui la composent n'entraine pas la disparition de la collectivité et ne provoque par conséquent aucune vraie dévolution héréditaire ?-Cet avènement de la propriété individuelle , il est difficile d'en indiquer la date et le progrès précis puisqu'il ne s'est pas fait en un jour, et surtout il ne s'est pas fait pour toutes les richesses en même temps. Il est probable que certains biens qui étaient d'un usage plus personnel, ont commencé avant d'autres à être l'objet d'une appropriation individuelle: les vêtements, les armes, les parures, et par suite, qu'ils ont commencé plus tôt aussi à pouvoir être transmis héréditairement, et à donner l'occasion de dresser un tableau de dévolution. Tandis qu'au contraire la famille a dû conserver bien plus longtemps intacte sa propriété sur les objets d'un usage commun: terres, troupeaux. Même parmi chacune de ces catégories d'objets, il serait difficile de déterminer exactement la marche de la transmission héréditaire qui a dû être diverse et boiteuse, suivant la race et le développement économique et social de chacune ou même suivant la qualité de l'objet considéré, ainsi, pour les immeubles par exemple. Il est probable que cette appropriation individuelle a commencé par les parties construites: la maison, la cabane qu'on avait édifiée, parce que d'une part, la maison peut être aussi bien le résultat d'un effort individuel que d'un labeur familial, et incite naturellement ceux qui l'ont construite à la garder. D'autre part, toutes les terres cultivées qui servaient à l'alimentation commune ont dû apparaite plus longtemps comme étant la propriété de tous, à moins qu'il ne s'agisse de terres qu'un individu aurait personnellement défrichées; de sorte qu'il est impossible de

Source : BIU Cujas

tirer des conclusions générales relativement à la transmission héréditaire, puisque nous ne sommes même pas fixes sur le progrès régulier de l'appropriation individuelle.

Les traits généraux du régime barbare.

Bornons-nous donc à dégager des lois Barbares quelques observations fragmentaires qui nous serviront de jalons pour reconstituer en l'absence de textes complets, quelques traits de cette société si lointaine.

La pluralité des successions.

Le I° trait à relever, c'est qu'à l'encontre de la législation romaine, en opposition très nette avec elle, les législations germaniques au lieu du principe de l'unité de la succession, en sont encore au principe de la pluralité. Les biens, au point de vue de la dévolution, ne sont pas tous traités de la même manière. Il y a diverses catégories de biens, chacune constituant un groupe distinct dont la dévolution est fixée différemment. Le classement de ces diverses catégories et le tableau de dévolution afférent à chacune ne sont pas les mêmes dans les diverses peuplades barbares. Mais ce qui leur est commun ,c'est la dissociation des divers objets du patrimoine.

Nous avons indiqué que le trait caractéristique de la dévolution chez les peuplades germaniques, c'est la pluralité de successions . Cette pluralité se rencontre dans de nombreuses lois barbares, surtout dans celles qui sont les plus éloignées du monde romain et que la civilisation romaine n'a pas encore altérées. L'une des plus caractéristiques à cet égard est la Loi des Angles (Walter, Corpus Juris Germ. T. VI, p. 378). Elle commence par traiter distinctement de la succession du père, puis de la succession de la mère, parce que, généralement, les biens du père et de la mère sont composés d'objets différents. La dévolution est règlée différemment suivant qu'il s'agit de la succession aux terres, aux armes ou au droit de vengeance ces deux dernières successions attribuées au même groupe de successibles .(Il est question de cette succession au droit de vengeance au § 5 du même titre de cette loi); ou encore de la succession aux colliers, vêtements et autres ornements. La première catégorie de biens est réservée aux mâles, et la seconde aux femmes. Aussi bien, il vaut mieux en venir à quelques autres lois plus familières. Le même procédé de dévolution, quoique moins affirmé peut être, se retrouve dans les Lois Salique et Ripuaire.

La pluralité de successions dans la Loi des Angles Règlementation différente de la succession du père et de celle de la mère.

La succession dans la loi Salique (T. 59 de Alodis).

La Loi Salique contient un titre célèbre qui a pour rubrique " de Alodis" T.59). Il comprend un premier ordre de dispositions qui paraissent se rattacher à l'ensemble de la succession, puis une dernière partie

Source : BIU Cujas

Exclusion des femmes dans la succession à la terre Salica vel aviatica.

(§ 5) il est question seulement de la terre. Cette partie contient d'ailleurs une disposition très célèbre. Le législateur y dit que la succession de la terre ne va jamais, dans aucun cas, aux femmes et est réservée aux mâles: " De terra vero, nulla in muliere " hereditas non pertinebit, sed ad virilem secum (leg " sexum) qui fratres fuerint tota terra perteneunt ".

Quand il s'agit de la terre, il n'y a pas de succession pour la femme, et la terre appartiendra toute entière au sexe mâle, c'est à dire aux frères. Ce passage est bien significatif à notre point de vue, surtout si on le rapproche du texte de la Loi des Angles.

Disposition analogue dans le Ripuaire.

De même dans la loi Ripuaire, on constate exactement la même tendance au titre 56 qui suit exactement le même dessin que le titre 59 de la Loi Salique. Ici aussi, après quelques dispositions générales, il y en a une dernière qui a trait à la succession à la terre: " Sed dum virilis sexus extiterit, femina in " haereditatem aviaticam non succedet."

Tant qu'il subsiste un héritier du sexe masculin, la femme ne peut pas succéder à l'hérédité aviatique, c'est à dire à la terre qui vient des ancêtres. C'est encore la même conclusion que dans la Loi Salique.

Règlementation différente de la succession dévolue aux fils et aux filles dans la Loi des Francs-Chamaves.

Enfin, à côté de la Loi Salique et de la Loi Ripuaire, il existe un Capitulaire qui reflète les usages d'une portion de la tribu ripuaire et est connu sous le nom de Loi des Francs Chamaves (- de la région de Hollande, près des Bouches du Rhin et de la Frise) Au chapitre 42 on trouve un passage caractéristique : " Si quis Francus homo habuerit filios, haereditatem " suam de sylva et de terra sis dimittat et de mancipiis et de peculio. De materna haereditate similiter " in filiam veniat ". S'il y a des fils, il leur laissera sa terre, sa fôret, ses esclaves, son troupeau. Quant à la fille, on lui réservera la succession maternelle:(colliers, meubles, parures).

Atténuation à l'exclusion des filles dans la loi Burgonde.

Il est enfin intéressant aussi de signaler dans une autre loi, la dernière, qui a été beaucoup plus imprégnées par la civilisation romaine, la Loi Burgonde, les mêmes tendances, mais moins formelles. Le chapitre 5I, § 3, contient une disposition semblable à celle de la Loi des Angles relativement à la fille. Les ornements, vêtements maternels appartiennent aux filles, à l'exclusion des fils ou de la communauté des fils (on les suppose réunis en groupe, en société commune comme c'était alors l'usage). Il s'agit de tous les biens laissés par la mère décédée ab intestat. Si elle avait testé, les biens iraient à ceux qu'elle aurait désignés : elle en peut donc disposer .

Source : BIU Cujas

Dans cette même loi Burgonde, tout ce qui n'est pas ornements, vêtements dans la succession maternelle, va aux fils d'abord et seulement à leur défaut aux filles. Cf. T.I4 §I,P.52 : " Entre Burgondes, nous voulons qu'il soit observé que si quelqu'un n'a pas laissé de fils, la succession, tant paternelle que maternelle doit aller aux filles à la place des fils." Ici, il y a donc deux règles contenues dans une seule expression: la première, c'est que les fils succèdent d'abord à l'exclusion des filles, et 2°, s'il n'y a pas de fils , l'exclusion des filles par rapport à la terre et aux biens paternels ne persiste pas : elles sont admises à cette succession. A défaut de fils et à défaut de filles, la succession ira aux soeurs du de cujus ou aux parents les plus proches, sans qu'on en indique ici la liste.

Pour compléter le dépouillement de cette Loi Burgonde, on notera qu'elle contient des textes intéressants relatifs aux terres qu'elle qualifie de"sors ", c'est à dire aux terres appartenant originairement aux Romains et attribuées par partage à la suite des invasions, aux Barbares. Ces terres, comme celles provenant de la munificence royale, sont soumises à des règles particulières . Les terres données par le Roi, sont celles qui antérieurement appartenaient au fisc et qui avaient servi à désintéresser d'abord les Burgondes envahisseurs avant qu'on ait procédé au partage des terres des Gallo-Romains.

Confusion de la succession paternelle et de la succession maternelle et égalité de droits des frères et soeurs dans la loi des Wisigoths.

En dehors de ces Lois Franques et de la Loi Burgonde, il ne reste plus parmi celles que nous consultons habituellement que la Loi des Wisigoths que nous pourrions du reste négliger. Au L. IV qui traite de la succession aux biens (Ed. Zeumer, p. I2I et ss) on y verra d'une part que ce Livre débute par un premier titre copié à peu près exactement dans le Bréviaire d' Alaric et emprunté aux Sentences de Paul, et à l'Interprétation. Cela montre à quel point cette loi a été soumise à l'influence romaine. Puis un titre II, après avoir déterminé les parentés qui viennent à la succession, contient un grand nombre de dispositions où on remarque au contraire des tendances barbares, une confusion entre la succession paternelle et maternelle. On ne les distingue plus l'une de l'autre pour leur règlement. De même les frères et les soeurs sont, quant à leur vocation héréditaire, considérés comme égaux. Il n'y a plus de privilège de masculinité.

La Loi des Lombards enfin a suivi la même évolution que la loi des Wisigoths. Elle ne contient trace du passé plus ancien que quant à la succession au wergeld (Cf. Loi de Luitprand, Ch.XIII ,§ 7- M.G. ad us.S coI,

Source : BIU Cujas

p. 90.

Il est donc manifeste que chez les Germains la dévolution de certains biens, notamment de la terre, est réservée à certaines catégories de successibles: aux mâles, alors que d'autre biens sont attribués, par préférence aux femmes et qu'une dernière catégorie est dévolue aussi bien aux uns qu'aux autres.

Le principe de masculinité dans les lois Barbares, atténuation à l'époque mérovingienne - Réaction de la pratique contre cette " impia consuetudo".

Ce principe de masculinité qui est caractéristique pour la dévolution de certains biens est assez important dans les peuplades dont nous nous occupons, pour mériter qu'on s'y arrête un instant. Ce principe a une étendue variée suivant les lois qu'on examine. Il est surtout affirmé dans la Loi Salique " De terra vero nulla in muliere hereditas " non pertinebit ". Il y a ici exclusion complète de l'élément féminin de la succession, et on a déjà signalé que dans le Chapitre 56 de la loi Ripuaire, il en est de même : " sed dum virilis sexus extite- " rit, femina in haereditatem aviaticam non succédat La femme ne succède jamais à la succession de la terre. Chez les Angles, la chose est même encore plus affirmée puisque la succession à la terre ne va jamais qu'au proximus paternae generationis, sans qu'il soit question de faire arriver jamais la terre a une femme. Au contraire, même chez les Chamayes, on ne peut affirmer qu'il en soit ainsi puisque le texte que nous avons signalé ne parle que du concours entre fils et filles, et ne dit pas, qu'à défaut de fils les filles ne peuvent être appelées. Il est donc possible que l'exclusion des femmes n'existe qu'à égalité de dégré; c'est le cas de la loi Burgonde où on déclare expréssément qu'à défaut de fils, les filles pourront prendre leur part de la succession. Il y a donc des nuances entre ces différentes lois barbares. Il est à croire qu'à mesure que le temps a passé, ce principe de masculinité a été en s'affaiblissant, ce qui ne serait pas surprenant puisque dans la législation romaine, il n'était question de rien de semblable. Bien plus, aux siècles mérovingiens, on considère le privilège de masculinité comme étant inique. Une formule très célèbre de Marculf (L.II F.I2) révèle d'abord qu'à cette époque il dépend du père de modifier la règle des successions sur ce point : le père peut, par sa volonté rappeler sa fille à la succession sur le même rang que ses fils. C'est un acte de ce genre que contient la formule de Marculf: " Dulcissi " ma filia mea illa, ego illo diuturna sed impia " inter nos consuetudo tenetur ut de terra paterna " sorores came fratibus portionem non habeant."

Source : BIU Cujas

" A ma très douce fille ...." C'est une coutume ancienne, mais impie qui est établie chez nous et qui veut que sur la terre paternelle, les soeurs n'aient pas leur part comme les frères" C'est pour s'insurger contre cette coutume impie que le père de famille fait cet acte de rappel. Ce n'est pas par un acte récent que le principe de masculinité s'est introduit, c'est au contraire une tradition ancienne remontant très haut, à l'epoque paienne, au moment où le christianisme n'ayant pas encore exercé son influence, les coutumes ont souvent un caractère impie. Le père ajoute que tous ses enfants lui ont été donnés également par Dieu, et qu'il y a lieu de les traiter tous également. Il y a quelque résistance de la population, surtout dans les milieux chrétiens , au principe de masculinité. Mais il y a mieux encore, cette résistance existe non seulement dans la population, mais dans la loi elle-même qui vient à céder à son influence . Un Edit de Chilpéric de 561 à 584 (Capitulaire de Boretius Tr 4°, P.8; §3) se borne à maintenir le privilège de masculinité, mais seulement à égalité de dégré, c'est à dire à accepter le systeme de la loi Burgonde, alors que le système de la loi Ripuaire était beaucoup plus étendu :" simile modo placuit atque convenit ut si " quicumque vicinos habens, aut filios aut filias post " obitum suum superstituto fuerit, quamdia filii advi- " serint, terram habeant, sicut et lex Salica habet. " Et si subito filios defuncti fuerint, filiae simili " modo accipiant terras istas, sicut et filii, si vivi " fuisent aut habuissent. Et si moritur, frater alter " superstitutus fuerit, frater terras accipiant et non " vicini. Et subito frater moriens, frater non dereli- " querit superstitem, tume soror ad terra ipsa accedat " possidendam ".

Réduction du privilège de masculinité dans l' Edit de Chilpéric Préference à défaut de fils donné aux filles par rapport au vicini

Ainsi donc il nous convient de décider que si quelqu'un ayant des vicini, à laissé après sa mort pour lui survivre des fils ou des filles, tant que les fils vivront que la terre leur appartienne selon la loi salique. Voilà le privilège de masculinité et voici maintenant l'atténuation qui lui est apportée : " et si tout à coup les fils sont morts, les filles recevront de la même manière ces terres comme les fils les auraient prises s'ils avaient été vivants". Si le frère vient à mourir et laisse lui- même un autre frère celui-ci prendra la terre et la succession, et non pas les vicini. Si tout à coup ce frère venait à mourir sans laisser de frères comme héritier, alors ce sera la soeur qui viendra à la succession de la terre ". Le texte n'est pas sans offrir certaines difficultés d'interprétation, notamment sur le point de savoir ce que sont les vicini. Un point cependant n'est pas dou-

Source : BIU Cujas

teux, c'est que les vicini pouvaient succéder à la terre. C'est pour reculer l'avènement de ce droit de succession que Chilpéric à rendu son Edit. Originairement les vicini devaient venir à la succession aussitôt après les frères et avant les filles ou les soeurs. Chilpéric décide qu'avant de les appeler à la succession ,il faudra appeler les filles : il préfère celles-ci aux vicini, à défaut de fils. Puis dans une hypothèse voisine quand il s'agit de la succession du frère, et non du père ou de la mère, l' Edit de Chilpéric a ce but identique d'écarter de la succession du frère les vicini, non seulement quand ce frère laisse un autre frère comme successible, ce qui était la règle autrefois, mais encore lorsque ce frère ne laisse qu'une soeur pour lui succéder , laquelle était originairement écartée par les vicini. La question de savoir qui sont exactement ces vicini est délicate; il est à croire que les vicini étaient des gens faisant partie de la même communauté rurale, sans être nécessairement de la même famille: c'est une succession qui provient du caractère encore collectif de la propriété à cette époque. Il n'en résulte pas moins que le privilège de masculinité apparait comme s'étant atténué ; c'est le même mouvement que nous avons rencontré dans les Formules.

Persistance du privilège de masculinité.

Ce principe de masculinité a donc tendance à s'atténuer, mais il a survécu sous cette forme atténuée pendant les siècles de la décadence carolingienne, et il est possible que la pratique de ce privilège se relie à celle du droit féodal que nous retrouverons au XIII° siècle. Le privilège féodal de masculinité n'est pas sans avoir eu de contact avec celui de l'époque franque.

La dévolution des bijoux, vêtements de la mère aux filles.

Le principe de pluralité de successions se rencontre non seulement dans ces hypothèses, mais encore dans d'autres applications, et nous en avons déjà rencontré une, celle de l'attribution des bijoux, vêtements, ornements aux femmes. Cette attribution de la succession de la mère aux filles semble avoir elle aussi disparu des lois postérieures, on ne la retrouve plus dans les autres lois barbares. Mais si elle a disparu des lois, elle a ,en réalité survécu dans la pratique, et chose singulière il y a encore aujourd'hui en France des régions dans lesquelles ce principe,qui voudrait que les bijoux aillent exclusivement aux filles, est appliqué par exemple, dans la région Toulousaine, où il y a une vingtaine d'années on retrouvait des exemples de cette pratique. Les vieilles coutumes peuvent subsister pendant les siècles sans que la législation se doute de leur survivance .

Source : BIU Cujas

La distinction de la succession aux propres d'une part, aux meubles et acquêts de l'autre. Son apparition dans la Loi Ripuaire et la Loi Burgonde.

En laissant de côté ces deux applications, il y en a d'autres qui ont eu une forme plus éclatante encore et se sont trouver durer jusqu'à la Révolution. On peut en citer deux célèbres : I°- succession aux meubles et acquêts d'une part, et 2°- succession aux propres ou biens de famille d'autre part. Cette distinction entre les biens qui nous viennent de nos parents et ceux que nous avons acquis pendant notre vie, existe déjà dans le monde franc. On a pu remarquer les termes employés par la loi Ripuaire; quand elle parle de la terre, elle dit que la terre ne passe pas aux filles, mais elle ajoute un qualificatif à ce mot " terra aviatica" terre qui vient des ancêtres, semblant dire ainsi que la terre qui ne vient pas des ancêtres, mais est acquise par le titulaire actuel, échappe à ce principe de masculinité.

De même, la Loi Burgonde différencie au point de vue de la succession ce qu'elle appelle l'hereditas, c'est à dire, à proprement parler, la succession de famille, en designant sous le nom de sors, la terre nouvellement attribuée par le tirage au sort ou nouvellement donnée par le roi. Il y a donc dans les lois barbares comme le point d'attache de cette distinction qui prendra plus tard une grande importance.

Pratique contraire des donations entre fiancés ou époux dans la formule: la donation porte à la fois sur l'alodis et le comparatum.

En fait, dans les Formules, on peut constater deux choses, non pas contradictoires, mais qui ne sont pas en pleine harmonie: I°- Dans les donations faites par nombre d'époux ou fiancés à leurs fiancées ou leurs femmes , on distingue les biens suivant qu'il s'agit de bien acquis ou de bien de famille, ce dernier portant souvent le nom d'alodis - c'est le terme même de la Loi Salique- l'autre s'appelle le comparatum.

Cette appellation de l'alodis et du comparatum se rencontre dans presque toutes les donations de cette époque. 2°- Cependant, autre fait non concordant avec celui-ci c'est que dans ce même acte de donation, si on parle distinctement de l'alodis et du comparatum, il n'y a pas de doute que le donateur dispose aussi librement de l'alodis que du comparatum. Il n'y a pas semble-t-il à cette époque, au point de vue du droit de disposer de différence bien établie entre les deux sortes de biens. C'est plus tard que s'établiront les différences (Cf. Marculf.L.II.F.7 et I7, Zeumer, p. 7 86-87 F. Turonenses, I7 et I8 Zeumer p.I44-I45, F. Andegavenses ,4I Z.p.I8) ;Il faudra alors que, après le grand morcellement des exploitations romaines aux IX et X° siècles, se soit reconstituée

Source : BIU Cujas

comme unité foncière la communauté de famille, qu'elle ait conscience de la durée de son établissement, de son droit d'intervenir pour régler rigoureusement elle-même la transmission du bien afin de n'être pas dépouillée par des étrangers, pour que se forme et s'épanouisse au XIII° siècle le régime des propres et des acquêts.

Le tableau des successibles sans les Lois Barbares

Un second trait de la succession qu'on doit signaler se rapporte à l'établissement du tableau des successibles : comment détermine-t-on ceux qui vont succéder ?-

Le fondement de la dévolution romaine est l'agnatio tempérée par la réforme du préteur et des empereurs qui ont fait à la cognatio, à la parenté par le sang, une place de plus en plus grande, mais encore réduite et subordonnée à l'époque des invasions.

La dévolution dans le monde germanique repose sur des principes différents de ceux de la législation romaine, dont il n'est pas facile de déterminer avec précision la formule.

Le titre de Alodis de la loi Salique- Ordre des héritiers.

On aura recours, pour essayer de la dégager au texte fondamental qui est celui de la loi Salique, à ce titre de " Alodis" qui constitue encore aujourhui presque une énigme. Il s'agit dans l'espèce d'un homme marié qui est venu à mourir: s'il a des fils, il n'y a pas de doute que ce sont ceux-ci qui sont ses premiers héritiers " si quis mortuas fuerit et fi- " lios non domiserti" . Si quelqu'un est mort et n'a pas laissé de fils, la succession va à la mère : " mater sua superfuerit, ipsa in heredita tem succe- " dat. La mère de qui ? - du de cujus. Il ne peut s- agir que d'elle, puisque c'est de la succession du de cujus qu'il est question . Il n'y a rien qui se rapporte à la femme de ce de cujus; il n'en est pas question. Cependant, nous savons par ailleurs que la femme a bien quelques droits sur le patrimoine de son mari. Mais ce n'était pas ici le lieu d'en parler. Le texte suppose que le défunt n'a pas eu de fils; s'il a eu des filles, vont-elles être exclues puisqu'elles sont omises, et la mère viendra-t-elle à leur place ?- La chose serait régulière. Il n'y a pas de raison pour préférer la mère à la fille puisqu'elles appartiennent l'une et l'autre au sexe feminin. On suppose peut être que le de cujus était resté dans le groupe familial auquel sa mère appartenait et dans ce cas la direction du groupe familial pourrait être accordée à la grand-mère de préférence à ses filles, belle-fille ou petites-filles, à raison de son âge. Il est tout de même singulier que la

A défaut de fils, la mère.

Source : BIU Cujas

femme du décédé n'y intervienne pas, puisque, dans la direction de ses enfants à elle, elle a bien son mot à dire.

Seconde singularité, à défaut de fils ou de filles, la mère seule est indiquée comme héritière; il n'est pas question du père. Est-ce que celui-ci n'hérite pas de ses enfants comme la mère ? On suppose que la loi n'en parle pas, son droit de succession était trop évident ou parce que le père était déjà mort. S'il n'avait pas été déjà mort, peut être que le fils du decujus n'aurait pas pu laisser de succession si l'on veut admettre que, comme à Rome, l'autorité du père subsiste sur les enfants mariés .

à défaut de mère le frère et la soeur à leur défaut les soeurs de le mère et à leur défaut, les soeurs du père.

Si le de cujus ne laisse pas de mère (§ 2) " Si mater non fuerit et fratrem aut sororem demise- " rit, ipsi in hereditatem succedant ."

A défaut de mère, ce serait donc le frère et la soeur qui viendraient à la succession.

S'il n'y a ni frère ni soeur du de cujus (§3) celle qui succédera sera la soeur de la mère, c'est à dire la tante maternelle. Rien dans le texte ne parle de la soeur du père. Il a fallu une addition postérieu re à la Loi Salique pour le mentionner:" si soror ma- " tris non fuerit, sic patres soror in hereditate suc- " cedat."

A défaut de soeurs de la mère (sui sont les premières héritières) la succession va aux soeurs du père. C'est une dispositi n qui n'était pas contenue dans la Loi Salique originaire. De même encore , il n'est pas question non plus; des frères soit du père, soit de la mère, c'est à dire des oncles; la loi ne semble pas leur reconnaitre vocation héréditaire car aussitôt après vient une disposition très générale : " Et inde de illis générationibus, quicumpe proximior " fuerit, ille in hereditatem succedat." A partir de là, ce sera celui qui sera le plus proche en génération qui viendra à la succession. Voilà tout le tableau de dévolution. Le moins qu'on en puisse dire , c'est qu'il semble singulier.

puis le plus proche en génération

Le tableau de dévolution dans la Loi Ripuaire. d'abord le liberi.

Si on se reporte à la Loi Ripuaire (T.56) on constate qu'elle reflète les mêmes tendances mais moins accentuées. Tout d'abord, au premier rang , ce ne sont plus seulement les filii qui succèdent; le tex te contient le mot de liberi qui a peut être une por- tée plus étendue que le mot de filii . Il est possible que sous ce terme il faille comprendre aussi bien les filles que les fils : " Si quis absque liberis defunc- " tus fuerit, si pater materque superstites fuerint " in haeridetatem succedant ".

puis le père et la mère.

A défaut de liberi (fils ou filles), il n'y a rien non plus relativement à la femme du de cujus.

Source : BIU Cujas

Mais, tandis que la Loi Salique appelait à la succession en ce cas seulement, la mère du de cujus, la Loi Ripuaire met le père et la mère sur la même ligne. Le père n'est plus passé sous silence comme tout à l'heure: " Si quis absque liberis defunctus " fuerit, si pater materque " ." Si le père et la mère survivent , ils succèdent, aussi bien le père que la mère.

" Si pater materque non fuerint, frater et " soror succedant". A défaut de père ou de mère, ce n'est plus seulement la mère qui succéde comme dans la Loi Salique, c'est le frère et c'est la soeur.

à leur défaut le frère et la soeur. puis la soeur de la mère et la veuve du père.

Enfin, à défaut de frères ou de soeurs du de cujus, c'est comme dans la Loi Salique la soeur de la mère, mais on y ajoute la soeur du père, alors que la Loi Salique ne prévoyait que la soeur de la mère: " Si autem nec cos habuerit, tunc frater et " soror matris patrisque succedant ". Ont voit que, pas plus dans la Loi Ripuaire que dans la Loi Salique il n'est question de frère du père ou du frère de la mère. Dans les deux lois, ils sont passés sous silence.

Comparaison entre ces deux lois.

L'examen de ces deux lois nous permet de dire que les particularités si obcures de la Loi Salique en matière de dévolution se retrouvent en partie dans la Loi Ripuaire, mais quelque peu amorbiés. Celle-ci écarte la préférence de la soeur de la mère par rapport à la soeur du père. De même elle écarte la préférence de la mère par rapport au père omis dans la Loi Salique: elle écarte l'exclusion ou l'omission des filles du de cujus. Mais dans sa liste, elle maintient, comme la Loi Salique l'omission des oncles tant maternels que paternels au profit des tantes.

Rapprochement entre le système de la loi Ripuaire et celui de la Novelle II8.

La loi Ripuaire égalise davantage la parenté maternelle et la parenté paternelle, Il n'y a plus de différence sensible entre ces deux parentés. Le tableau de la Loi Ripuaire, dans son ensemble se rapproche assez sensiblement de celui de la Novelle II8 qui met sur le même pied la parenté paternelle et maternelle, et préfère en principe les ascendants aux collatéraux, abstraction faite de la complication des ascendants et des collatéraux privilégiés.

La Loi Ripuaire à cause de cela devait par la suite se concilier assez facilement avec la loi Romaine.

Malgré le rapprochement final qu'on vient de faire avec la Novelle II8, il est cependant difficile de ne pas trouver à ce tableau de dévolution germanique une couleur bien particuliere. Elle est une atténuation par rapport à la Loi Salique. Les adoucisse-

Source : BIU Cujas

ments apportés à celle-ci sont sans doute le résultat de l'ambiance romaine, la loi Ripuaire étant de rédaction bien postérieure à la Loi Salique. C'est probablement bien plutôt la Loi Salique qui nous révèle les véritables tendances du monde germanique en matière de dévolution. Ce qui caractérise le plus la loi Salique, c'est une préférebce marquée pour la parenté maternelle. C'est le point qus nous retiendrons et sur lequel nous allons donner quelques explications.

Préférence donnée par la Loi Salique à la parenté maternelle.

Le témoignage de Tacite.

Cette observation est en concordance avec un passage connu de Tacite dans sa " Germanie ", Ch.20 :" " Sororum filiis idem apud avunculum, qui apud patrem, " honor. Quidam sanctiorem artioremque hunc nexum san- " guinis arbitrantur, et in accipiendis obsidibus magis, " exigunt, tanquam ii et animum firmius et donum latius " tenant..." Les fils des soeurs entourent leur oncle maternel, le frère de leur mère, de la même vénération que leur père. Il y en a même certains qui considèrent ce dernier lien (entre les enfants et leur oncle maternel) comme plus saint et plus étroit que celui qui les relie à leur père, si bien que quand les Romains prennent des otages, ils prennent de préférence les oncles maternels comme si ceux-ci retenaient plus fermement le coeur de la parenté et exerçaient une influence plus lointaine sur toute la maison.", il ajoute, tellement il est surpris lui-même de cette constata - tion: " Heredes tamen successoresque sui cuique liberi" et pourtant malgré cela chacun a pour héritier et pour successeur ses propres enfants". Il a eu la pensée que, logiquement, la succesion aurait dû aller de l'oncle maternel, à ses neveux et non à ses enfants, et cependant, ce sont les enfants qui succèdent et il n'y a pas de testament: " et nullum testamentum " ... A défaut d'enfants, le degré le plus rapproché succède : les frères ou les oncles paternels ou maternels : " Si libe- " ri no sunt, proximus gradus in possessione frates " patrui, avunculi". " Patrui et avunculi" c'esst à dire oncles paternels et oncles maternels ne semblent pas non plus d'après Tacite, subir une différence de traitement . Dans l'ensemble ce texte indique donc un respect traditionnel superieur pour les parents maternels, mais il reconnait que cette préférence ne vas pas jusqu à se traduire dans le tableau de dévolution de la succession.

Il y a un point de contact manifeste entre les constatations faites par Tacite et la Loi Salique, mais la Loi Salique accentue leur caractère. On a tenté d'expliqué la place toute particulière réservée à la parenté maternenne en disant qu'elle était une survivance dans le monde germanique d'une période où la

Source : BIU Cujas

parenté maternelle aurait été la seule base de la famille de ce qu'on appelle en sociologie, le régime matriarcal. C'est d'ordinaire par la parenté maternelle que le lien de parenté à commencé à se manifester. Les Germains ont peut être connu cette phase où il n'y avait de parenté reconnue que la parenté maternelle., mais ils sont néanmoins, au moment de leur évolution où nous les saisissons plus loin, puisque le régime des successions, bien que faisant faveur à la parenté maternelle, n'exclut pourtant pas la parenté paternelle.

En tout cas, par comparaison avec le régime romain, le second trait du régime germanique de dévolution c'est au moins qu'il tient compte de la parenté des deux côtés: parenté paternelle et maternelle, et peut être même plus de la parenté maternelle à l'origine. Ce serait probablement à une époque plus récente que la parenté paternelle se serait introduite, de sorte que l'évolution de tout le droit germanique aurait été l'inverse de celle rencontrée dans la loi Romaine où la parenté paternelle est seule prise en considération.

Le système de computation germanique: les parentèles.

Comment au sein de cette double parenté maternelle et paternelle vont se fixer les degrés de proximité de chacun des successibles par rapport aux autres ?- Le système de calcul qu'emploie le monde germanique est différent su système romain, c'est le système des parentèles, et non celui du degré.

Remarquons d'abord, que dans la lecture que nous avons faite soit de la Loi Salique, soit de la Loi Ripuaire, nous n'avons pas trouvé dans nos lois barbares de formule générale indiquant à quel principe se rattachait la loi germanique pour le calcul de la proximité. Le texte germanique détermine par ordre de préférence quelques parents proches, mais ils sont en réalité très peu nombreux: le père (dans la rédaction postérieure de la loi Salique,) la mère, le frère ou la soeur, la tante et l'oncle, mais sans donner la clef du classement que les lois barbares établissement entre eux. Cette Loi Salique comme la Loi Ripuaire elle-même, n'a songé à classer que ceux qui habitent ensemble, dans la même maison et qui font partie de la même communauté familiale. C'est dans le sein de la domus seulement qu'il était utile d'indiquer alors l'ordre de successibilité. Cette domus très peu étendue venant à s'éteindre, il n'y a plus de classement qui nous soit révèlé. Y a t-il même lieu à répartition individuelle ?- ou bien tout le patrimoine de la domus éteinte ne revient-il pas ou en bloc à la parentèle la plus proche ou, pour les

Source : BIU Cujas

biens individuels, à ceux qui, dans la parenté s'en saisissent?- Pourtant, la loi Salique, comme la loi Ripuaire ajoute " : quicumque proximior fuerit, " ille in hereditatem succedat ". et se rattachant à un critérium de proximité qu'elles ne nous font point connaitre: "au délà de cette parenté, ce sera la plus proche qui succèdera ." La liste hiérarchique des successibles n'a due être dressée avec quelques précisions qu'assez tardivement. Au début, lors que la domus s'éteint toute entière, c'est peut - être un peu au hasard des circonstances qui sont répartis ces biens ou qu'ils sont occupés. Le rôle originaire de la parenté en déhors et au delà de la domus est en effet bien différent, c'est un simple rôle de protection ou de responsabilité collective quand à la suite d'un meurtre on vient à s'en prendre à la parenté toute entière. Dans ce cas, la question de proximité ne joue pas un grand rôle et est assez peu soulevée. Pour qu'un ordre héréditaire rigoureux successif soit venu à s'établir, il a fallu que peu à peu à ce droit de vengeance, se soit subtitué le wergeld, somme d'argent de ceux qui ont à se plaindre en tant que parents, sont amenés à se répartir; même durant un temps appréciable, le wehrgeld, est, pour une grande partie, dévolu collectivement à toute la parenté.

Tout cela est encore assez insuffisamment règlé à l'époque de la rédaction des premières lois barbares. Le principe dont nous allons nous occuper a donc dû insensiblement s'élaborer avant d'être formulé expressément.

Dévolution de la succession aux parentèles successives jusqu'à la 5 ème.

Le système des parentèles forme à l'époque barbare la base de la succession du régime germanique. On appelle à succéder l'un après l'autre et jusqu'à épuisement total, tous ceux qui appartiennent à une même descendance, ce qu'on appelle la génération, le bloc de tous ceux qui remontent à un même ancêtre commun, et qui constituent, eu égard à cette descendance commune, une parentèle. Ainsi, par exemple, les descendants du de cujus qui remontent jusqu'à lui constituent ,par rapport à lui, la première parentèle qui exclut dans le partage de la succession du de cujus, tous les autres parents. Tant qu'il existera des descendants, quel que soit la proximité ou l'éloignement de leur degré, on les préferera aux autres, parce qu'ils sont de la première parentèle. Ce résultat pour les descendants est bien simple et concorde avec celui donné par la législation romaine, mais ici les descendants sont traités ainsi, parce qu'ils constituent la première parentèle.

Source : BIU Cujas

Ce système des parentèles va s'appliquer de la même manière dans tous les autres cas. La première parentèle épuisée, on va appeler la seconde: le père ou la mère du de cujus et tous ceux issus du père ou de la mère: frères et soeurs, les descendants des frères et soeurs, aussi loin qu'on puisse aller. C'est seulement quand il n'y aura ni frères ni soeurs qu'on recourra à la troisième parentèle, c'est à dire à tous ceux qui descendent de l'aïeul.: frères et soeurs du père ou de la mère, c'est à dire oncles et tantes du de cujus ; puis les descendants de l'oncle et de la tante; c'est à dire les cousins germains du de cujus ou les enfants des cousins germains. La troisième parentèle épuisée , on remontera à la 4° parentèle, au bisaïeul et à tous ceux qui descendent de lui. On ira ainsi jusqu'à la conquième parentèle, c'est à dire au trisaieul et à tous les descendants de celui-ci.

Le geniculum.

Cette 5° parentèle est mentionnée dans la Loi Ripuaire qui, au titre 56, arrête la parenté au quintum geniculum, c'est à dire à la 5è articulation. Ce terme de geniculum provient d'une comparaison assez grossière à laquelle les Germains aimaient à recourir. Ils figuraient les descendants successibles en comparaison avec le corps humain : le père et la mère résidant dans la tête, les enfants sont placés dans le cou, les descendants des frères et soeurs dans l'épaule; les arrières descendants dans l'articulation du coude, et qui viennent ainsi dans le poignet, les phalanges; il y en a eu jusque dans les ongles. Ainsi se justifie ce terme de geniculum.

Cette image ne peut servir en réalité que pour la domus ou à peu près, puisque au délà de la domus, il faudrait remonter jusqu'à à un ascendant plus élevé que le père.; or, puisque celui-ci réside dans la tête, il est impossible d'imaginer quelque chose au dessus de la tête où seraient placés les aieuls et leurs descendants. Cette image avait dans doute cours avant qu'eut été organisée la succession au profit de la sippe, de la parentèle succession, qui est en effet plus tardive.

Vestiges du système des parentèles dans quelques lois barbares. La succession au reipus dans la Loi Salique.

De preuves de l'existence de ce système des parentèles dans le monde barbare, il n'y en a pas beaucoup. Cependant, on peut la tirer de quelques lois dont la plupart sont plus récentes que celles que nous avons étudiées, mais réfèrent à une société plus purement et plus complètement germanique, moins touchée que nos populations gauloises par les influences romaines. On la retrouve dans les lois nordiques, ainsi dans la loi Suèdoise de Upland (Beauchet N.R.H.D. 1903;p.613) , dans

Source : BIU Cujas

certains documents frisons (M. Fliniaux, Thèse 1906 le système des parentèles, p. 63 et ss). On peut même en rencontrer des applications dans la Loi Salique (Titre 44"de Reipus"). Le Reipus est une sorte de compisition, d'amende qu'il est d'usage de donner au cas de secondes noces. Le second mari de la femme qui veut se remarier doit payer cette amende aux parents du premier mari, et la loi Salique nous indique quels sont,parmi les parents du premier mari, ceux qui vont y avoir droit, et dans quel ordre. Elle nous indique donc l'ordre de proximité de chacun, par rapport à la succession au reipus. On verra d'abord que le premier qui est mentionné, c'est le nepos, le fils de la soeur, parcequ'ici encore on trouve la préférence accordée aux parents maternels : " Si nepus sororis filius fuerit " senissimus, ipse cos accipiat "; s'il existe un neveu, un fils de la soeur du premier mari, c'est lui qui devra succéder.

A défaut du fils de la soeur du premier mari, on appellera, selon le système des parentèles, le descendant du fils ou plutôt de la fille de la soeur, le fils de la nièce, toujours en tenant compte de cette préférence pour l'élément féminin , c'est à dire le petit- neveu, et le texte continue ainsi, mais ne va pas au délà du petit-neveu dans la parentèle du neveu. Probablement parce qu'il est peu vraisemblable qu'aucun petit-neveu ait, à cette époque un âge suffisant pour pouvoir exercer le vengeance s'il y a lieu. Il n'y a donc personne en fait, au délà du petit-neveu. A qui va aller alors la succession ?- A son défaut, on prend le fils de la cousine du côté maternel , c'est à dire celui qui appartient à la parentèle maternelle suivante, le descendant de la tante. A son défaut, se sera le descendant de celui-ci, en suivant encore la même parentèle. Cette liste de dévolution s'accorde donc très bien avec ce que nous indiquions comme étant le système des parentèles. Ce n'est pas que la Loi Salique formule sur ce point une règle générale, mais on peut dire que cette succession est probablement inspirée par le principe que nous avons indiqué

Le système des parentèles dans la loi Lombarde.

De même, il y a un texte significatif dans les Lois Lombardes, d'une rédaction relativement assez récente qui correspond à un état social resté encore très germanique (N° 153 de la Loi de Rotharis) où il est question des degrés de parenté. Les parents succèdent per graduum et parentelam, par degré dans chaque parentèle . Il ajoute même une explication qui nous édifie maintenant que nous savons ce que c'est qu'une parentèle, en disant que

Source : BIU Cujas

chaque parent des pretendus successibles devra pour prouver sa prétention indiquer le nom de l'ascendant dont il est issu, et son adversaire sera mis en demeure de faire de même, et on déterminera lequel des deux doit l'emporter sur l'autre, d'après le degré de l'ascendant dont chacun des deux descend. C'est donc le principe de la parentèle.

Cette loi des Lombards, qui a eu un développement doctrinal assez important en Italie , a donné naissance à des commentaires dans lesquels le commentateur ajoute souvent comme glose au texte, une formule d'action et suppose un procés que le texte a pour but de trancher.

Ici, les formules d'action ajoutées au texte indiqué concrétisent entre les deux parents rivaux la solution, et préfèrent celui qui descend de l'avius à celui qui descend du biavus, c'est à dire du bisaïeul. Il n'est donc guère douteux que ce système des parentèles ait été adopté d'une façon habituelle dans le monde germanique. La parentèle la plus proche exclut la parentèle la plus éloignée.

La parentèle la plus proche exclut la plus éloignée.

On n'en a pas assez dit quand on a constaté ce premier résultat.

Détermination de la vocation héréditaire au sein de chaque parentèle.

Ce système des parentèles a besoin d'être compliqué, parce que, dans le sein d'une même parentèle, il convient encore de fixer le dégré de chacun et de déterminer l'ordre de préférence dans la vocation de chacun des successibles héréditaires. Comment s'y prend-t-on ? -

Préférence donnée au parent le plus proche de l'ancêtre commun.

Dans le sein de la parentèle; la vocation appartient d'abord à l'ancêtre commun et à son défaut au parent le plus proche de l'ancêtre commun, quel qu'il soit. Il en est ainsi notamment dans la loi Salique (T.59) et dans la Loi Ripuaire (T. 56). On se rappelle que dans le tableau des successibles, la mère est préférée aux frères et soeurs, c'est à dire aux descendants d'elle, parce qu'elle est l'ancêtre commun.

De même encore toujours dans le même texte, l'oncle ou la tante sont préférés aux cousins germains, c'est à dire à leurs propres descendants. On peut poursuivre ainsi des exemples bien plus loin. Tel est le principe: on préfère le plus ancien qui se rapproche le plus de l'ancêtre commun. Le plus ancien exclut de la succession son descendant.

Chez nous, nous appliquons bien la même règle de préférence exclusive, mais ce principe est tempéré, sinon écarté, lorsqu'on se trouve en ligne descendante, et exceptionnellement, lorsqu'on se

Source : BIU Cujas

trouve au début de la ligne collatérale, au profit des petits-enfants en face de leur oncle ou tante, ou au profit des descendants des frères et soeurs. C'est le résultat de ce qu'on appelle le principe de la représentation. Lorsqu'un des successibles d'un degré vient à décéder et qu'il survit d'autres successibles du même degré, on dit que le décédé du même degré qui laisse une postérité, peut être utilèment représenté par ses descendants qui viendront à sa place bien qu'ils ne soient pas du même degré, et concourront à la succession avec les survivants d'un degré antérieur à eux et par suite, préférables à eux de droit commun. Ainsi, à la succession du grand-père, on appelle les fils ou les filles mais en même temps que ceux-ci, on appelle aussi les petits-fils d'un autre fils prédécédé, bien que ceux-ci soient d'un degré postérieur par rapport à la proximité, aux fils ou aux filles. Il en est de même pour les descendants des frères et soeurs en concours avec les frères et soeurs survivants. Il en est ainsi dans la Novelle II8, et encore aujourd'hui, on appelle les petits - fils d'un fils prédécédé sur le même pied que leur père qu'ils représentent.

Pourquoi a-t-on porté ainsi atteinte à la règle qui préfère le degré le plus proche ?- C'est sans doute pour respecter la volonté probable du de cujus qui a connu ses petits- enfants, et n'a pas voulu les faire souffrir de ce qu'ils sont orphelins et à cause de ce malheur les priver de la part qui leur reviendrait naturellement dans sa succession. C'est en somme un sentiment de pitié qu'on comprend fort bien pour des parents très proches.

Ajoutons cette observation, c'est que si on prend le système des parentèles tel qu'on l'a indiqué, il semble bien en harmonie avec l'idée de représentation. Il a pour caractère essentiel d'attribuer le bénéfice de la succession à une souche, c'est à dire non pas individuellement à tel successible mais à toute une série de descendants d'un même ascendant. On peut bien préférer certains de cette série, les plus anciens aux autres, quand ceux qu'on écarte auront leur tour à la mort de leur ascendant qui leur transmettra le patrimoine commun qu'il a recueilli pour eux, mais il serait contraire à cette sorte d'investiture collective de toute la souche, d'écarter à jamais du partage une branche par l'effet d'un accident comme la mort d'un membre de la série, la rupture d'un anneau de la chaine. On appelle le descendant pourvu qu'il soit de la souche; s'il est de la souche, cela suffit à justifier sa vocation, le petit-

Source : BIU Cujas

fils est de la même souche que les autres fils.

Absence du principe de représentation chez les Germains; conséquence possible du caractère collectif de la succession au profit de chaque génération.

Si bien,que quand on s'attache au système des parentèles, il semblerait logique de s'attacher aussi au système de la représentation que nous retrouverons au Moyen-Age. Beaucoup de Coutumes ont même été poussées par l'adoption du système des parentèles jusqu'à accepter le principe de la représentation à l'infini, tellement les deux systèmes paraissent en effet résulter de la même inspiration. Malgré tous ces raisonnements, le monde germanique en principe n'a pas admis la règle de la représentation. Il s'en est tenu rigoureusement au principe de la proximité du degré. Quand on est à l'intérieur de la parentèle, seuls succèdent les survivants du degré le plus proche; le résultat, c'est que les petits-enfants qui sont du 2° degré du prédécédé, sont exclus lorsqu'il subsiste encore des fils au premier degré; ces petits-fils ne viendront jamais à la succession que si tous les fils sont morts, que si tout le premier degré de descendants a disparu et que vocation appartient au second degré.

Cette rigueur nous semble difficile à comprendre et on peut se poser la question de savoir comment il se fait que les Germains en soient venus à ce résultat ?- La chose ne comporte pas d'explication certaine. Ce qu'on peut dire, c'est qu'il y a probablement là, une application du caractère collectif de la génération que composent tous ceux qui sont à un même degré de descendance. Dans ce monde très groupé, la direction de la famille, et par suite la possession de ses biens, car on ne distingue pas ces deux choses, appartient en bloc collectivement à la génération toute entière, à tous les frères et soeurs par exemple, peu importe quels sont ceux qui la représentent, qu'il y en ait beaucoup ou peu, c'est leur groupe et leur groupe seul qui gouverne. Tant qu'il en reste un de cette génération celle-ci demeure en fonction dans sa personne, c'est lui qui sera seul à avoir la succession. C'est seulement lorsque la génération toute entière aura disparue,que l'administration passera à celle plus jeune qui doit lui succéder.

Il y a même des peuplades qui ont poussé si loin de raisonnement de dévolution collective par génération, qu'à la mort d'un frère elles admettent que sa succession doit aller, non pas aux enfants de celui-ci, mais à ses propres frères tant qu'il en subsiste un, parce qu'en réalité il n'y a pas, du fait de la mort d'un frère, ouverture à la succession. Tous ces frères étaient les représentants collectifs d'une même génération et la dis-

Source : BIU Cujas

parition de l'un d'entre eux n'a pour résultat que de diminuer le nombre des dirigeants mais ne provoque aucune véritable transmission, même partielle. L'enfant n'est appelé à prendre possession des biens de son grand-père qu'en même temps que sa génération, c'est à dire que ses cousins germains. C'est un état de chose qui a été observé chez un certain nombre de peuplades (Cf. Viollet, Institutions politiques, p. 246- Mémoire sur la Tanistry- Mémoires Acad. Inscriptions et Belles Lettres, T/ 32-II,P. 275). L'auteur s'explique sur ce régime en le trouvant appliqué dans certaines régions de l' Irlande. Chez nous même on en rencontre quelques survivances en Poitou (D'Epinay N.R.H.D. 1896 ,p.477 - Garraud : le viage ou le retour dans le vieux coutumier de Poitou , Bul de la Sté des Antiq. Ouest, 1921, p.747 à 786).

Le conflit entre le principe germanique de non représentation et l'idée romaine contraire dans la Loi Burgonde.

Le principe de non représentation se rattache peut être à ces notions de succession collective par même degré de descendance qu'on rencontre parfois chez certains peuples primitifs; en tout cas, il a été admis par les Germains. Ici encore on est embarassé pour en donner des preuves très précises. Il en est en effet de cette non représentation comme de beaucoup d'institutions; elles sont au fond de l'âme de ces populations et pourtant n'apparaissent que très rarement dans leurs lois, parce qu'on juge inutile de les rappeler. On ne les trouve pas expressément formulées dans les lois barbares, mais souvent sous entendues (Cf. Loi Burgonde, T.78, et 75). Le titre 78 § 2 suppose que le père meurt en possession de tout le sors qu'il aurait eu à diviser entre ses enfants. Cette propriété du sors donne lieu à de très nombreuses décisions dans la Loi Burgonde. Le père meurt en possession du sors qu'il n'a nullement divisé entre ses enfants comme il était coutume de le faire. Ce sont les fils survivants qui vont seuls se le partager, et ils excluent les petits-fils d'un fils prédécédé; le père laissera le sors à ses fils survivants; quand aux petits-fils ,ils n'y succèderont pas " T.78- §2 "Illam vero partem, quam pater cum filiis dividendam " habuisset, super stitibus filiis derelinquat et " nepotes in eam partem non succedant". Le § I au contraire vise une hypothèse un peu plus complexe : le père a déjà attribué à chacun de ses enfants, sa part dans le sors. Il a fait en leur faveur ce que nous appellerions un partage d'ascendants. Puis l'un de ses enfants vient à mourir sans enfant et le père reprend durant sa vie, la part qu'il avait attribuée à ce fils prédécédé. Le bien, à la mort du père pour cette part qu'il a retrouvée dans la succession de

Source : BIU Cujas

son fils prédécede, sera reparti, nous dit le texte, selon les règles de la representation, c'est à dire, le petit fils d'un autre frère prédécédé pourra prendre la part qui serait revenue à son père. T.78 § I" si pater cum filiis sortem suam diviserit et " postea mori filium vivo patre contigerit in filiis " pater voluntate filii integram usufructuario jure " vindicet portionem quam inter filios et nepotes " ita moriens dimittat ut quanti nepotes en uno filio " fuerint qui patrem non habent, portionem patris " sui vindicent qualem pater eorum habiturus erat." On voit le conflit fragrant entre l'ancienne notion de non représentation et l'idée de représentation qui s'introduit dans cette Loi Burgonde . Pourquoi cette solution et cette divergence ?- C'est la transaction que l'influence romaine a pu obtenir.

Réaction chrétienne et romaine à l'époque mérovingienne contre la non représentation. L'Edit de Childebert II

Le titre 75 admet de même, exceptionnellement le petit-fils en concours avec la fille, mais avec la fille toute seule, sur la part qui vient du grand-père . Cette Loi Burgonde nous montre bien que l'influence romaine favorable à la représentation et l'influence chrétienne se sont exercées de bonne heure pour battre en brèche le principe germanique de la non représentation et introduire quelques applications du principe contraire de la représentation. Cette tendance à introduire la représentation qu'on relève dans la loi Burgonde s'est manifestée durant toute l'époque mérovingienne. Il existe un Edit de Childebert II de 596 (Cap. Boretius, p.15, Cap.I) qui ordonne expressément la représentation : Ea condi- "tione servata; ut nepotes ex filio vil ex filia " qui patre vil matre superstite mortui fuerint, inte- " gra de relus avi vel aviae quam fuerant pater eorum " vel mater, si vivissent, habituri percipiant por- " tionem "; on devra respecter cette condition que les petits-fils qui sont nés du fils ou de la fille déjà morts, prennent la part qu'auraient prise leur père ou leur mère s'il avait vécu. Voilà la représentation formellement introduite par l' Edit de Childebert II.

Cet Edit ne vas pas sans quelques difficultés; on a discuté sur la portée pratique qu'il avait eue. Il est possible en effet, qu'il ne soit guère appliqué qu'aux régions burgondes par lesquelles la Loi Burgonde indiquait déjà ce changement dans les meours . On doute de la portée génerale de l' Edit parce que, postérieurement à lui, nos Formulaires des VII et VIII ° siècles contiennent encore des formules de rappel par le grand-père des petits-enfants à sa succession . Si le grand-père est obligé de rappeler les petits-enfants à sa succession, c'est probablement

Les formules de rappel à succession.

Source : BIU Cujas

qu'ils n'y viendraient pas sans cela. C'est donc que l' Edit de Childebert n'était plus appliqué, car autrement le rappel du grand-père aurait été superflu. Ces formules de rappel sont assez nombreuses dans les recueils, pour qu'on puisse en conclure qu'elles ont été fréquentes dans la pratique, d'un usage si habituel qu'on peut penser que c'est présicément à cause du peu de durée d'application de l' Edit de Childebert que les rédacteurs des formules ont cru devoir insérer ce rappel dans leur recueil (Formules de Marculf II- IO et II; F. de Tours, 22 - VII° S- Merkel 24, VIII° S. - F. Lindenbrog ,I2, VIII° S).

Survivance du principe de non représentation.

Après avoir constaté d'une part, l'existence dans le monde germanique de la non représentation, et de l'autre la tendance de certaines lois barbares, sous la pression romaine et chrétienne, à admettre l'idée contraire à laquelle l' Edit de Childebert II tente de donner satisfaction, il faut donc reconnaitre que le principe de la non représentation a survécu à toutes ces tentatives. Ces très ancienne traditions ont probablement repris une vigueur nouvelle pendant la nuit des IX° et X° siècles, si bien que la non représentation n'a pas disparu et qu'au contraire elle s'est plutôt fortifiée. Nous la retrouverons à l'époque féodale et nous verrons qu'elle a généralement subsisté jusqu'à la rédaction des Coutumes au XVI° siècle, (T.A.C. de Normandie T.I2 de portione nepotis).

Nous avons étudié la dévolution héréditaire pendant la première partie de notre histoire; pour la population gallo-romaine d'un côté et les populations barbares de l'autre, ces règles sont restées pendant toute cette période franque relativement distinctes: il en a été ainsi jusqu'à la fin de cette époque, jusqu'au moment ou le principe de la personnalité des lois a disparu.

LA DEVOLUTION AU XIII° SIECLE.

Situation confuse de la société après la disparition de la personnalité des lois. Influence exercée sur la dévolution des successions par

A cette période a succédé un état de grande confusion, où la population d'origine différente oublie sa nationalité et se met à pratiquer des usages communs , voisins de l'une ou de l'autre des deux espèces de législations. A la suite de la défaillance du pouvoir central, chaque unité géographique quelconque d'une vallée, chaque bourgade s'est organisée par ses propres moyens pour assurer la sécurité et l'exploitation du sol nécéssaire à la subsistance, à la vie matérielle de ses habitants. De ce nouvel état

Source : BIU Cujas

la nouvelle conception " foncière" de la famille et l'établissement du régime féodal.

de chose est sortie une société qui se trouve reposer sur deux points d'appui essentiels; le 1°; c'est la famille qui a, dans ce milieu en proie à bien des désordres, une fonction de protection qui la rapproche de l'ancienne famille germanique beaucoup plus que de la famille romaine. La famille germanique se caractérisait, on le sait, par l'étroite cohésion, la soladirité qu'elle établissait entre tous ses membres en vue de la défense de chacun, en vue de la vengeance, de la poursuite et du paiement du wergeld qui la remplace, qu'il s'agisse des atteintes à la personne ou à la propriété. Mais en même temps, cette famille qui reste désormais stable sur le sol qu'elle exploite va prendre une couleur assez nouvelle, une couleur " foncière" que n'avait pas autrefois la famille germanique. Les membres d'une même famille vivent sur le même domaine, l'exploitent en commun, sont ainsi liés les uns aux autres par cette habitation, par ce travail en commun, en communauté comme on disait alors, autant que par les liens du sang. Ce domaine, qui est le fondement même de leur vie familiale, est naturellement la copropriété de tous les parents, et il va de soi que ceux-ci ne peuvent pas se désintéresser des règles qui gouvernent sa transmission héréditaire. La famille foncière va donc exercer son influence sur la transmission du bien, et en modifier les règles à son avantage.

Le 2° point d'appui, c'est le groupement féodal qui repose sans doute sur la fidélité personnelle, mais où cette fidélité personnelle ainsi que les services qu'elle comporte sont garantis par la possession de la terre qui devient aussi l' Assiette fondamentale du régime féodal. Pour la même raison que tout à l'heure, il était impossible que la société féodale se désintéressât de sa transmission héréditaire, de sorte que cette transmission va apparaitre comme fixée surtout en vue d'assurer l'exécution et la bonne prestation des services féodaux. Les principes de la dévolution de certaines parties du patrimoine, comme les biens de famille ou les fiefs vont être ainsi commandés par des nécessités que ne connaissait pas la période antérieure. Sans doute on tiendra toujours compte, pour établir le tableau de dévolution, à la fois de la volonté probable du de cujus, de la parenté par le sang et du degré de proximité de chacun, mais on sera amené à la superposition à ces règles, de principes un peu différents, quand il s'agira de certains biens. Nous pouvons donc constater, au début même de cette étude, que cette société va se trouver conduite par les circonstances

Le principe de la multipli-

a donner des applications nouvelles au principe barba-

Source : BIU Cujas

Cas des successions et ses applications.

re de la multiplicité des successions que nous avons déjà rencontré dans le monde germanique. C'est pour cela que notre étude sera divisée conformément à la multiplicité des successions en trois parties. Dans une première, nous fixerons la dévolution de droit commun, c'est à dire les règles de dévolution applicables aux meubles, aux acquêts, et d'une façon plus générale à tous les biens, qui ne sont ni des propres, ni des fiefs . Dans une 2 ° partie on dégagera les règles spéciales de dévolution applicables aux fiefs, et dans une 3°, celles qui s'appliquent aux propres. S'il y a bien des points communs à ces trois dévolutions, il est pourtant indispensable de les bien distinguer.

Les trois espèces de successions.

I- De la dévolution de la succession quand il s'agit des meubles et conquêts immeubles, ou plus généralement de la dévolution des biens qui ne sont ni propres ni fiefs.

Confusion de tableau de la dévolution chez Beaumanoir.

Quels successibles vont être appelés à cette dévolution ? - Au XIII° siècle le tableau de dévolution est loin d'être définitivement et clairement établi. Beaumanoir ne le dresse pas nettement, il omet d'ailleurs, quant à ce tableau, de séparer les trois catégories de successions et de biens que nous venons d'indiquer. Il les traite en même temps un peu confusément, sauf à indiquer pour chacun d'eux les traits qui lui sont particuliers. Dans chacun des trois tableaux de dévolution, il va de soi que les premiers successibles sont les descendants légitimes , ceux-ci excluent tous les autres héritiers, quel que soit d'ailleurs le degré auquel se trouvent ces descendants .

I°- Priorité des descendants légitimes.

Beaumanoir, au N° 474 nous dit :" Certaine
" chose est que tant comme l'on puet savoir qu'il soit
" nus drois oirs qui soit venus en descendant, soit
" masles soit femele, nus combien qu'il soit prochains
" qui soit de costé, n'en puet porter l'éritage ne
" les muebles se n'est par la reson de l'execucion au
" mort ". et Beaumanoir continue " .. s'il avient que
" j'aie freres et j'ai enfans et mi enfant ont enfans,
" et tuit li premier muerent avant que moi, fors que
" li derrain qui me sont ja ou quart degré de lignage
" en descendant, il en porteroient avant mon eritage
" et mon mueble ,- lequel meuble je n'avroie pas les-
" sié pour m'âme, que ne feroit mes freres ou autres
" combien qu'il me fust pres,liqueus m'apartient de
" costé ".

Le partage égal entre descendants

Le principe n'a pas dû être beaucoup contesté, et il est très clairement établi par Beaumanoir : les descendants passent les premiers quel que soit

Source : BIU Cujas

sauf certaines atténuations dans quelques coutumiers

le degré auquel ils se trouvent. La même règle est reproduite dans le livre de Jostice et de Plet (L.I2 T. 24 N° I5 et T. 6 § I) . Il y a entre les divers descendants partage égal, comme cela se produisait à Rome et en droit barbare. Beaumanoir ne l'indique que pour le vilenage; N° 466 : " Se vilenage vient à " enfans en descendant ou en escheoite, il n'i a " point d'ainsneece, ains en porte autant li mainsnés " comme li ainsnés ". Il en est de même pour tous meubles et acquêts.

On trouve la même remarque dans les Etablissements de St Louis, L.I; Ch.C XXXVI, Ed. Viollet, T. II, p.257 : " Quant hom costumiers a enfanz, soi ent fiz ou filles, autretant a li uns come li autres " en la terre au pere et à la mère, et tout autretant " es mueples et aschaz et es conquez, s'il les ont; " car borse à vilain si est patrimoines, selonc l'u- " sage de la cort laie..."

Voilà une allusion qui sent bien son origine romaine. Cependant, il y a parfois certaines atténuations à ce partage égal puisque dans les mêmes Etablissements de St Louis, quand il s'agit de nobles et non plus de roturiers, les meubles peuvent tous tomber à l'aîné, à la condition pour lui de payer les dettes de son père et l'aumône, c'est à dire ce que son père a laissé pour son âme. L.I, Ch.X, p.20 : " Et se einsi avenoit que li gentis " hom morust et alast de vie à mort sanz faire par- " tie à ses enfanz et il n'aust point de fame, tuit " si mueble seroient à l'ainzné, mais il rasroit " les detes son père et l'aumosne ...." C'est là une extension du régime de la garde féodale à la succession aux meubles et aux acquêts .

Situation de l'enfant sorti de la communauté familiale ; droit pour lui de succéder à charge de rapport.

Originairement, succèdaient seuls les enfants qui sont restés dans la communauté rurale dans laquelle ils sont nés et c'est encore la règle que nous indique le Livre de Jostice et de Plet, L.XII T.24 § I, p. 255) : " Uns hons et sa fame ont trois " enfanz, et en marièrent les deus; enprès li pères " et la mère morirent. Totes les remenances des cho- " ses mobles, et escheetes, et conquez,et patremoine " seront as derreniers enfanz, qui remaindrent sanz " partie ".

C'est là un effet de ce que cette famille était devenue tout autant une famille foncière qu' une famille unie par les liens du sang. Ajoutons, que si c'est là vraisemblablement la règle originaire, cependant déjà,dès cette époque, elle est battue en brèche par le principe romain contraire qui veut que les enfants succèdent même quand ils

Source : BIU Cujas

ont été émancipés, sauf à leur imposer en compensation de verser à la masse ce qu'ils ont pu acquérir au dehors, c'est à dire en réclamant d'eux le rapport. Dans les Etablissements de St Louis, on verra déjà trace de cette pratique, L.I; T.CXXXVI, p.258: " Et " se li hom costumiers avoit marié un de ses fiz et " une de ses filles, et il en aüst autretant à l' " hostel (c'est à dire à la maison commune) qui ne " fussent pas marié (et il se morust) et li marié " venissent à (ces qui seroient en) l'ostel (remains) " et demandassent partie en lescheoite, cil qu'il ser " roient en l' ostel, ne la lor porroient pas veer (r " refuser) par droit, mais il co vendroit as autres " que uns chascuns raportats ce qu'il avroit aü en " fraresche, fust terre, fust maison, fust denier " ou autres mueble ".

Il était d'usage, quand un enfant quittait la communauté, de lui remettre un petit pécule, une dot si c'était une fille. C'est ce petit pécule, cette dot qu'il doit rapporter: " Et se einsinc avenoit que " aucuns de ceux aüst amandé sa partie, qu'il i aüst " faite maison, ou vignes plantées en terre (ou il " n'avroit riens), tuit cil amendement ne retorne- " roient pas arriere en fraresche, mais l'en feroit " regarder par preudes homes la value de la terre, " combien ele valoit quant ele li fu donnée en mariage " et ce que il i avra mis li sera comté; et frares- " chera o les autres ..."

Il y a lieu à l'établissement d'un compte pour que celui qui vient ainsi à la succession ne rende exactement que ce qu'il avait reçu. S'il a accru la valeur de ce qu'il a reçu, on lui en tiendra compte; de même s'il l'avait détérioré, il devra fournir la différence. La règlementation n'est pas tout à fait celle du droit romain, puisque le rapport ne porte que sur ce que les enfants ont reçu et non pas sur ce qu'ils ont pu gagner par eux mêmes en dehors de la communauté. Beaumanoir signale aussi cet usage au N° 644 p. 321 et donne la même solution que les Etablissements de St Louis. Pourtant l'usage ancien qui voulait qu'on exclut de la succession les enfants partis de la communauté, a, malgré Beaumanoir et les Etablissements de St Louis, bien souvent subsisté. Ainsi, dans la région parisienne, au XIV° siècle et même encore au XV° siècle, le principe ancien est resté la règle: les enfants en principe ne viennent à la succession que quand ils sont demeurés dans la maison. Pour qu'ils puissent, étant partis, réclamer leur part, on exige qu'il y ait eu du de cujus une sorte de rappel, insérépar lui d'ordinaire dans le contrat de mariage de l'enfant, pour lui permettre,

Source : BIU Cujas

contrairement à la règle, de venir participer, bien que marié ou absent, au partage des biens, moyennant, rapport. Cf J. Desmares, Décision N° 236. Au fond, l'égalité complète de droit de succession entre ceux qui sont partis et ceux qui sont restés, ne sera le droit commun dans la région parisienne qu'à partir de la rédaction des coutumes.

Voilà la substance de ce que contiennent Beaumanoir et les Etablissements de St Louis et le Livre de Jostice et de Plet, relativement à ces descendants, quand il s'agit des meubles et conquêts.

Absence de représentation.

Nous n'avons rien dit sur la question qui se pose cependant, de la représentation des petits-enfants de leurs parents prédécédés. Il n'en est parlé nulle part et cette représentation n'est pas encore pratiquée. Nous retrouverons ce point là plus tard.

Vocation égale des parents paternels et maternels.

Arrivons maintenant aux ordres postérieurs aux descendants. Après ceux-ci, tous les parents, au point de vue de leur droit à la succession, sont placés sur la même ligne, qu'ils soient parents paternels ou parents maternels ; on ne les distingue que par leur degré de proximité . Dans le détail on constaté que parmi les parents, ceux qui viennent les premiers sont les père et mère à défaut de descendants. Beaumanoir au N° 493 nous dit : " Quant l'enfes muert " sans oir de son cors, ses eritages et ses aquestes " et si muebles revienent a son pere ou a sa mere " come au plus prochien, tout soit il ainsi qu'il eust " freres ou sereurs..."

2°- Vocation des pères et mères à défaut de descendants. origine germanique.

Même si le de cujus a des frères et soeurs, le père et la mère l'emporte sur ceux-ci. C'est une règle déjà rencontrée dans le monde barbare: la Loi Salique établit une règle de dévolution semblable, et le système germanique des parentèles aboutit au même résultat. La première parentèle comprend les descendants directs du de cujus, et la seconde parentèle est constitué par le père et la mère et leurs descendants, c'est à dire les frères et soeurs du de cujus et tous ceux qui en sont issus. Dans ce système, l'ancêtre d'où sont nés tous les successibles passe avant ses descendants. Il y a là une règle qui semble très naturelle si nous nous attachons aux origines germaniques que nous connaissons. En continuant la lecture de Beaumanoir, il est curieux de constater qu'il ne fait aucune allusion à l'origine germanique de la règle alors qu'il cherche la justification de ce principe dans la loi romaine où il est bien empêché de la trouver puisque le père ne peut jamais succéder à son fils qu'à titre d'émancipateur. Comment en serait-il autrement puisque, tant que l'enfant n'est pas émancipé, si son père vit toujours, il n'est pas

Source : BIU Cujas

sui juris et n'a aucun patrimoine auquel on puisse succeder. Il invoque comme justification celle que donnent les jurisconsultes romains pour expliquer, en ce qui concerne le père de la fille mariée, la reprise de la dot par le père après la mort de cette fille. Il déclare qu'il serait trop douloureux, quand le père est déjà frappé par la mort de sa fille, de lui faire perdre au surplus, son bien : " et male " chose seroit que li peres et la mere perdissent " leur enfan et le leur, car toutes voies est l'en " plus tost reconfortés d'une perte que de deux, et " plus légierement en doivent estre li peres et la " mere conseillié de donner à leur enfans..." Il a donc souci, par dessus tout de rattacher cette règle qui n'en vient certainement pas aux origines romaines et à la dot protectrice.

3° Confusion du système suivi par Beaumanoir pour les ordres suivants: Préférence donnée par lui aux aïeuls par rapport aux frères et soeurs; solution divergente d'une coutume se rattachant au système des parentèles. Nécéssité d'épuiser un ordre avant de passer à l'ordre suivant.

Jusqu'ici, nous n'avons rencontré en réalité aucune divergence de solution, ni aucune difficulté d'interprétation. Mais à aller plus loin, il en est différemment. Beaumanoir ne suit, en effet, en l'espèce, ni le système romain de la Novelle II8, ni le système germanique des parentèles. Le système romain distingue 3 ordres d'héritiers : descendants, ascendants, collatéraux. Il établit cette règle entre chacun des ordres en laissant de côté la distinction des collatéraux privilégiés - qui est un accident de la dévolution - qu'on doit épuiser chaque ordre avant de passer à l'ordre suivant : les ascendants ne sont appelés qu'à défaut de descendants, les collatéraux qu'à défaut d'ascendants, et dans chaque ordre, la préférence est donnée au plus proche du de cujus en degré. En principe Beaumanoir semble bien se rattacher à ce système. Mais dans l'application il s'en écarte sans aller au système des parentèles qui ne connait pas d'ordre; on sait que chaque ascendant, suivi de tous ses descendants, issus de lui, constitue une parentèle, et pour la dévolution on accorde vocation à tous les membres d'une parentèle avant de passer à la suivante ; la première, est la parentèle du de cujus (ses descendants), puis la parentèle du père et de la mère du de cujus (frères et soeurs), la parentèle de l'aieul et de l'aieule du de cujus (oncles et tantes) et ainsi de suite. La parentèle du père est la 2°, la parentèle du grand-père est la 3 °, etc.... Chaque parentèle doit être épuisée avant d'appeler la suivante, et dans chaque parentèle on préfère le plus ancien. Beaumanoir ne connait pas ce système, ou ne le connait pas bien, mais ce qui est singulier, c'est qu'il signale avec surprise, des coutumes qui paraissent le pratiquer, N° 495 : " Autrement iroit se je

Source : BIU Cujas

"n'avoie ne pere ne mere, ne oir qui fust issus de
" mon cors, et j'avoie aiol ou aiole.. Mes si mue-
" ble et mi conquest escherroient a mes freres ou
" a mes sereurs pour ce qu'il seroient trouvé un
" point plus pres tout soit ce de costé. Et ne pourq
" quant nous creons que coustume leur donne plus
" que drois, car nous entendons que, selond droit
" riens ne doit issir de droite ligne en descendant
" tant come l'en en truits hul vivant, soit en mon-
" tant soit en descendant..."

Voici en résumé ce que contient ce texte qui n'est pas très clair: à défaut de père et mère , une coutume, celle qui étonne Beaumanoir ,appelle les frères avant l'aieul, le grand-père ou la grand'mère et il ajoute : " coustume leur donne plus que drois" et elle les appelle, parce qu'ils sont un point plus proche que les aieuls. Ce résultat s'explique aisément en disant que les frères appartiennent à la parentèle du père puisqu'ils en sont issus, c'est à dire à la seconde parentèle. L'aieul et l'aieule ne sont au contraire, qu'à la troisième parentèle, tandis que les frères sont à la deuxième. Ainsi, le régime des parentèles fait préférer les frères à l'aieul puisqu'ils sont de parentèle plus rapprochée C'est ce principe, cette application que Beaumanoir critique dans la coutume, en déclarant qu'il n'est pas exact de dire que les frères et soeurs soient d'un degré plus rapproché que les aieul et aieule. Pour justifier la vocation qu'il voudrait attribuer aux aieuls par préférence aux frères et soeurs, il invoque le principe romain que chaque ordre de successibles ne peut être appelé qu'autant que l'ordre antérieur a été épuisé. Or, les aieuls font partie de l'ordre des ascendants, ils doivent donc être préférés aux frères et soeurs qui font partie de l'ordre des collatéraux. C'est le principe de la Novelle II8. Il pense si bien ainsi qu'il justifie cette préférence accordée aux représentants d'un ordre par rapport aux représentants de l'ordre suivant, en disant que si on ne l'accepte pas, on ne verrait pas pourquoi préférer le petit-fils à l'aieul, puisque tous deux sont, par rapport au de cujus au 2° degré, mais le petit-fils est au 2° degré des descendants, tandis que l'aieul est au 2° degré des ascendants. Si le petit-fils est préféré à l'aieul, c'est parce qu'on épuise l'ordre des descendants avant de passer à l'ordre des ascendants. De même, on doit épuiser l'ordre des ascendants avant de passer à l'ordre des collatéraux.

Ce même principe de retrouve au N° 496 in fine : " Et par ce puet l'en veoir que drois se prent pres de garder que riens n'isse de droite ligne de

Source : BIU Cujas

descendement , soit en montant, soit en avalant". Il s'agit de collatéraux: par cela on peut voir l'application de ce principe que rien ne doit sortir de la droite ligne, soit descendante, soit montante, avant que cette droite ligne ne soit épuisée. Rien ne doit aller aux collatéraux avant que les descendants ou les ascendants soient épuisés. Voilà un premier groupe de textes qui montre d'un côté une coutume qui semble s'inspirer du système des parentèles, et de l'autre Beaumanoir qui ne semble pas le connaitre, et qui se rattache assez étroitement au principe romain de préférence d'un ordre à l'autre jusqu'à épuisement.

Préférence de l'aieul et aieule aux neveux et nièces.

En appliquant le même principe, il préfère, au N° 496, l'aieul et l'aieule aux neveux et nièce : " Se je n'ai mon pere ne ma mere, ne nul " oir issu de mon cors, ne frere ne soreur, mes " j'ai aiol ou aiole et si ai neveus et nieces, et " j'aqueste et après je muir, mi mueble et mi con- " quest doivent avant venir à mon aiol ou à m'aiole " qu'a mes neveux ou a mes nieces, tout soient il " er un meisme degré de lignage ..." C'est l'application du principe que nous venons de developper. Mais il y a dans ce passage du N° 496 un dernier membre de phrase singulier; après avoir établi la préférence de l'aieul aux neveux et nièces, pour la justifier, il croit bon d'ajouter : " tout soient il en un meisme degré de lignage ", bien qu'ils soient tous au même degré de parenté, aieul et aieule d'un côté, neveux et nièces de l'autre; quand on y réfléchit, l'explication est singulière. Dans la computation romaine en effet, l'aieule est au second degré par rapport au de cujus, le père étant au I°-; quant au neveu, il n'est qu'au 3° degré. Dans le mode de computation romaine, pour calculer le degré de parenté du neveu, on remonte au père du de cujus, ascendant commun, et on descend du grand- père au frère qui constitue le 2° degré, puis du frère au neveu qui est au 3° degré. Comment peut-on dire alors que neveu et aieul soient au même degré, les neveux et nièces étant au 3° degré et l'aieul étant au second ? - La recherche n'est pas plus satisfaisante, Si on rapproche la solution de Beaumanoir du régime des parentèles; les neveux et nièces appartiennent à la parentèle du père du de cujus, puisqu'ils sont issus du frère, ils sont donc de la seconde parentèle. L'aieul et l'aieule constituent la tête de la troisième parentèle, de sorte que ce sont les neveux et nièces qui devraient être préférés à l'aieul. Le résultat est inverse de celui auquel même le mode romain. Mais, que l'on prenne l'un ou l'autre mode

Source : BIU Cujas

de computation, il est impossible de prétendre que neveu et aieul soient au même degré. Beaumanoir ici, applique le mode canonique de computation: ce mode, issu des usages germaniques se borne à compter les générations qui séparent de l'ancêtre commun celui des deux parents qui en est le plus éloigné. Le neveu est au 2° degré du grand-père et l'aieul est aussi au 2° degré par rapport au de cujus.

Concours admis par certaines coutumes entre l'oncle et le naveu.

Enfin, signalons un dernier passage au N° 500 où Beaumanoir nous dit d'une manière plus obscure encore : " Aucun païs sont la ou li nies partist à " l'oncle, mes ce n'est pas nostre coustume ".... Dans certaines régions , les neveux et nièces partagent avec l'oncle, mais ce n'est pas notre coutume: " Et chascuns doit savoir que si l'oncle est plus " prochains que li nies, car li niés est un point " plus aval, pour ce que il est fius du frere ou de " la sereur, et l'oncles demeure ou point que li pere " au neveu estoit.' L'oncle est plus proche du de cujus que le neveu qui est un point plus loin en descendant , puisqu'il est fils du frère ou de la soeur; " pour ce que il est fius du frere ou de la dereur " L'oncle, pour Beaumanoir est donc plus proche que le neveu. Or, dans le système de la computation romaine, l'oncle du de cujus est au 3° degré, et le neveu du de cujus est au 3° degré aussi. Si on faisait la même épreuve avec la parentèle, le neveu y apparaitrait dans la seconde, celle du père du de cujus et l'oncle dans la 3°, celle du grand-père. La solution de Beaumanoir est inconciliable avec le système romain et le système des parentèles. Elle n'est pas d'accord non plus avec la computation canonique: l'oncle est au 2° degré , étant issu du grand-père du de cujus et le neveu aussi puisqu'il se relie au de cujus par son propre grand-père qui est, vis à vis de lui, au second degré.

Impossibilité de concilier les solutions de Beaumanoir avec le système romain et avec celui des parentèles.

La conclusion est donc, que Beaumanoir n'applique, ni le système romain , ni le système germanique des parentèles, ni même celui du droit canonique, sans qu'on puisse préciser le principe auquel il s'est arrêté. Ce qu'il parait avoir au fond de sa pensée, c'est que les collatéraux sont à classer avec la génération descendante ou ascendante sur le plan de laquel le ils se trouvent. Le frère appartient à la génération du de cujus, la première, et le neveu qui est de la suivante, appartient à la seconde. Quant à l'oncle il est de la génération du père, c'est à dire au premier degré de la parenté ascendante. Cela se concilierait avec le N° 500.

Beaumanoir ne poursuit pas au delà de neveux et nièces, l'établissement de son tableau de dévolution

Source : BIU Cujas

mais il est probable qu'il préférerait le bisaïeul à l'arrière neveu, comme il préfère l'aïeul au neveu

Influence de la computation romaine dans Jostice et Plet.

Si de Beaumanoir nous passons à quelques autres auteurs du XIII° siècle, comme le Livre de Jostice et de Plet, on y reproduit plutôt la computation romaine. On distingue les 3 ordres , et on accepte le principe de la préférence des ordres jusqu'à épuisement, L. XII, Ch.5 § 3 ,p. 229) On y compte les degrés collatéraux selon le système romain en faisant allusion à l'échelle qui sert à dresser le tableau de dévolution. La plus grande partie des textes qui se rattachent à cette matière ont d'ailleurs été empruntés au Digeste. En somme, la computation des degrés est encore au XIII° siècle ,assez mal fixée. Il faudra faire quelques progrès dans le temps, pour que la règle adoptée s'affermisse.

Exclusion des bâtards à la différence des successions nobiliaires.

Cette dévolution ne tient compte en principe que de la parenté légitime, c'est ce que Beaumanoir nous affirme au N° 596 : " Bien sachent tuit cil qui " sont bastart et qui bien le sevent par la connois- " sance de leur mere ou en autre maniere, qu'il n'ont " droit en nul descendement;et s'il s'i mettent pour ce " que nus ne leur debat pour ce que l'en n'en set pas " la vérité, pour ce ne demeure pas qu'il ne le tie- " gnent à tort et contre Dieu et ou peril de leur ames. " Et s'il veulent fere ce qu'il doivent selonc Dieu, il " sont tenu de rendre a ceus qu'il sevent qui sont " droit oir et loiaus."

Beaumanoir est ici très ferme dans sa décision puisqu'il considère comme un malhonnêteté de la part des bâtards de recueillir une succession qui ne leur est pas destinée, et plus loin, (N° 597) il refuse aux parents le droit de laisser à leurs bâtards plus que leur soutenance. La législation de cette époque, inspirée du droit canonique, est très dure pour les bâtards, l'église tenant avant tout au respect du mariage C'est pour cela qu'elle prend cette attitude vis à vis de ceux qui l'on méprisé. Il en est autrement dans la législation nobiliaire qui se maintient par la suite à côté de la législation civile. Issue du droit germanique où la bâtardise n'est pas une tare et n'enlève aucun droit de succession, elle accepte fort bien la succession des bâtards, en ajoutant seulement que le bâtard aura son blason chargé de deux barres pour indiquer son origine irrégulière .

Dans tous les degrés successifs ainsi indiqués, le plus proche exclut le plus éloigné, à quelque parenté qu'il appartienne, qu'il s'agisse d'un aieul paternel ou maternel, quand il s'agit de meubles et conquêts Il n'y a donc, à cette époque, aucune trace de ce que

Source : BIU Cujas

Le principe de la proximité du degré dans chaque ordre

notre législation actuelle consacre dans le système de la fente (Cf. Beaumanoir, N° 494 et 496).

S'il y a plusieurs successibles de même degré, ils sont soumis au principe du partage égal, comme nous l'avons constaté dans le N° 466.

Enfin on remarque aussi qu'il n'y a aucun droit de succession même subsidiaire accordé à la femme, et cela n'est pas surprenant puisque nous savons déjà que la femme a des droits pécuniaires assez abondants avec le douaire et la part de communauté qui lui revient pour qu'il ne soit pas nécessaire comme à Rome de lui réserver la quarte du conjoint pauvre.

Voilà dans ses lignes essentielles la dévolution de droit commun applicable aux meubles et conquêts roturiers, et le tableau des successibles tel qu'on le dresse au XIII° siècle.

II. De la dévolution héréditaire des fiefs au XIII° siècle.

Le fief et ses caractères

Le fief est une terre noble donnée à charge de fidélité, c'est-à-dire contre la promesse faite par le preneur sous la foi et l'hommage de services personnels, de nature noble parce qu'ils ne sont pas d'ordre pécuniaire (ost, plaids, cour, aide). A cause même de cette obligation de fidélité qu'il y a à la base de la possession du fief, celui-ci ne devrait logiquement être transmissible, même par succession, que du consentement du suzerain qui est seul qualifié pour juger de la capacité du successible de fournir un bon et fidèle service. Cependant aussi haut que nous puissions remonter historiquement, nous n'avons pas d'exemple de fief intransmissible héréditairement. La transmission en ligne directe descendante est précisément un des traits qui distingue le fief de son ancêtre, le bénéfice. Il en est déjà ainsi au point de jonction du fief et du bénéfice, dans les Libri Feudorum (L.I.T.8) qui supposent une succession en ligne directe descendante. Nous sommes encore avec les Libri feudorum au X° ou XI° siècle. Par conséquent de très bonne heure, la transmission héréditaire du fief a dû être admise, et des conventions, des concessions ont limité originairement la faculté du suzerain de reprendre son fief au décès du vassal. On a connu deux types différents de concession: la concession faite à un tel et à ses hoirs qui comportait une dévolution héréditaire à tous les parents du concessionnaire, et celle faite à un tel et à ses hoirs de sa femme épousée, qui ne comportait que la dévolution aux descendants du premier concessionnaire.

Ancienneté de la transmission héréditaire du fief au moins en ligne directe descendante

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne

RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES P

Source : BIU Cujas

Peu à peu la succession au fief, moyennant la prestation de foi et de l'hommage par le successeur, et sans que le suzerain puisse refuser cette prestation de foi, est devenue un droit pour le descendant.

Reconnaissance plus difficile du droit successoral des collatéraux, le droit de rachat

La dévolution au collatéral du de cujus, même lorsque le collatéral descend du premier concessionnaire, a été bien plus tardive, et parfois même on l'a complètement écartée. Ainsi certains manuscrits ,la très ancienne Coutume de Bretagne déclarent qu'au cas d'absence de descendants, le fief " chet en la main de justice", les collatéraux ne venant pas à la succession. En tout cas dans bien des coutumes, les plus nombreuses, où la succession collatérale a été admise, on a considéré que ce droit accordé aux collatéraux était en réalité une faveur, et comme telle, qu'elle devait se payer et par conséquent, on a exigé une indemnité pécuniaire au profit du suzerain à la charge du collatéral. C'est le droit de rachat qui représente d'ordinaire une année de revenus du fief.

Exclusion fréquente des ascendants

Quant aux ascendants, ils ont été très souvent omis ou exclus de la liste des successibles, en Lombardie, par exemple, où les Libri Feudorum (L.II T.5) nous en donnent la preuve; en Angleterre. Quant à la France, la situation est plus complexe.

Il nous faut donc ici examiner distinctement comme pour les meubles et acquêts chacun de ces ordres de successibles et voir dans quelle mesure la dévolution leur est accordée et quels sont ses effets.

I. Descendants, Le principe de l'aînesse

I° D'abord viennent à la succession au fief, comme à la succession aux meubles et acquêts, les descendants qui priment tous les autres héritiers. Le droit de ces descendants est indiqué dans Beaumanoir, au N° 462. " Descendemens si est quant eritages descent de "pere as enfans ou d'aiol as enfans de ses enfans; si "comme il avient qu'uns hons a enfans et cil ont enfans "et li premier enfant muerent ains que leur aiol, si que "l'éritages descent de l'aiol as derrains enfans; ou "quant eritages descent de par la mere ou de par l'aiole. "Tous eritages qui ainsi vienent, l'en doit dire que c'est "descendemens".

Les règles de la dévolution aux descendants quand il s'agit du fief ne sont plus celles que nous avons rencontrées pour les meubles et acquêts: les successibles ne succèdent pas tous également: on donne la préférence à l'aîné; le droit d'aînesse s'est introduit dans la succession. Quant à l'application de la règle de l'aînesse, elle varie selon que le de cujus laisse filles et garçons pour lui succéder, ou ne laisse que des filles. La distinction est formellement faite

Source : BIU Cujas

par Beaumanoir.

Attribution exclusive de la qualité d'aîné au garçon quand le défunt laisse des enfants des deux sexes. Répartition de la succession entre l'aîné (chef manoir et part avantageuse) et les puinés

D'abord si le de cujus a laissé filles et garçons, la première règle c'est qu'on qualifie d'aîné le premier né des garçons; les filles ne sont jamais aînées quand il y a des garçons, même si elles sont nées avant le garçon. D'après Beaumanoir, au N° 465 l'aîné prend dans la succession au fief, hors part, le principal manoir, le chef manoir, et dans le reste de la succession, il prend ensuite les 2/3; le troisième tiers étant partagé également entre tous les autres descendants, sans distinction suivant que ce sont des garçons ou des filles: " Se eritages descent a enfans, "ou il ait oir masle, l'oirs masles ainsnés en porte "le chief manoir hors part et après, les 2 pars de chas- "cun fief; et li tiers qui demeure doit estre departis "entre les mainsnés egaument, autant à l'un comme a l'au- "tre, scient frere soient sereurs; et de leur parties "il vienent en l'homage de leur frere ainsné."

Chacun des puinés doit faire hommage pour cette part à son aîné, de sorte que l'aîné représente vis-à-vis du suzerain le fief tout entier, la succession féodale dans son intégralité; par ce règlement, les frères et soeurs puinés qui prennent leur part dans les fiefs ne la tiennent cependant qu'en arrière fief, puisqu'ils portent hommage, non au suzerain, mais à leur frère aîné.

L'aînesse quand le de cujus ne laisse que des filles

Quand il n'y a que des filles, l'aînesse continue à fonctionner, et dans ce cas, c'est l'aînée des filles qui joue vis-à-vis de ses soeurs le rôle que jouait l'aîné mâle. Elle prendra le chef manoir, et pour maintenir l'unité du fief, elle recevra aussi l'hommage de ses autres soeurs et elle portera l'homma- ge du fief tout entier au suzerain. Pourtant il y a une différence avec l'hypothèse précédente; le bénéfice attribué à l'aînée sera moindre, la fille aînée n'au ra pas le préciput des 2/3 des fiefs, elle aura seule- ment part égale, N° 464: " Quant eritages vient en des- "cendant, s'il descent a sereurs, l'ainsnee en porte "des fiés le chief manoir et li remanans si est partis "igaument à chascune; et vienent les mainsnées en l'homa- "ge de l'ainsnée sereur de tel partie comme eles en "portent; et l'ainsnée suers va a l'homage du seigneur de "sa partie d'eritage quèle en porte et des homages de "ses sereurs".

Le règlement reste le même que quand il y a filles et garçons avec cette seule différence que l'aî- née n'aura pas les 2/3. Cette règle, dans son applica- tion au cas où il n'y a que des filles, ne doit pas être très ancienne puisqu'elle est encore discutée,

Source : BIU Cujas

et Beaumanoir nous rappelle aux N°472 et 473 un procès qui eut lieu à cette occasion: on prétendait que faute de mâle, il n'y avait plus lieu à aînesse, et que par conséquent, entre soeurs, la succession devait être partagée également comme la succession aux meubles et acquêts. Une décision de justice écarta cette solution:

" Marie, gentius fame, proposa contre Jehane, sa sereur "mainsnée, qu'ele devoit avoir l'homage de li de la "moitié du fief qui leur estoit descendus de leur père "et de leur mere, et demandoit a avoir le chief manoir "hors partie.- L'aînée réclamait donc le chef manoir "comme préciput - A ce respondi Jehane qu'entre sereurs "n'avoit point d'ainsnée ce par quoi ele vouloit partir "en la meson et en l'eritage moitié a moitié, et venir "de sa partie a l'homage de son seigneur, et seur ce, se "mistrent en droit".

" Il fut jugié que Marie l'ainsnée suers en "portercit le manoir hors part et, de la moitié de l'au- "tre demaine, ele avroit l'homage de sa sereur mainsnée; "par quoi il apert que suers n'a ainsneece fors ou ma- "noir".

Obligation pour l'aînée de prêter foi et hommage au suzerain

Cette prestation de l'hommage que l'aînée doit ainsi faire au seigneur est due par lui sans que le seigneur doive la réclamer et recourir à une "semonce" N° 483. Elle doit être faite dans les 40 jours sous peine de saisie par le suzerain du fief jusqu'à ce que l'hommage ait été prêté. Beaumanoir ajoute même que cette obligation à la foi et à l'hommage ne se prescrit pas. A supposer qu'un très long délai se soit écoulé depuis l'ouverture de la succession, le seigneur aura toujours le droit de réclamer la foi et l'hommage; il pourra même se saisir du fief et en garder la jouissance durant un temps aussi long que celui pendant lequel le vassal a tardé à lui porter l'hommage. Voilà la réglementation de Beaumanoir qui est comme toujours très précise et très simple.

Règlementation de l'aînesse dans les Etablissements de St-Louis régime spécial des fiefs de baronnie

Les autres coutumiers du XIII° siècle sont à ce point de vue assez voisins de Beaumanoir. Les Etablissements de St-Louis édictent pourtant une distinction importante selon l'étendue, la nature ou la dignité du fief. Il y a pour eux (L. I. Ch. 26 " De baronnie de partir") deux grandes catégories de fiefs: les fiefs de baronnie qui possèdant un droit de seigneurie sont plus élevés en dignité et auxquels s'est ajouté une part de souveraineté. A cause de cette dignité supplémentaire, le fief de baronnie demeure impartageable, àmoins que le père n'ait fait lui-même le partage: " Baronie ne depart "mie entre freres, se lor peres ne lor a fait partie,

Source : BIU Cujas

"mais li ainznez doit faire avenant bienfait aus puisnez, "et si doit les filles marier.....".

Régulièrement l'aîné prendra le fief tout entier, conformément au principe de l'indivisibilité du fief. Pourtant comme ses frères et soeurs ont droit à quelques avantages, il devra, nous dit le texte, donner une récompense à ses puinés sous forme par exemple, d'une rente constituée sur telle ou telle terre, ou bien d'une somme d'argent, et quand il s'agit des filles, l'aîné devra les marier. La raison de cette différence, c'est l'importance du rôle public attribué à la seigneurie. Il faut à cette seigneurie comme à la couronne un seul chef. Cette distinction entre le fief de baronie et les autres ne se rencontre pas seulement d'ailleurs dans les Etablissements de ST. Louis; il y a bien d'autres provinces où on la trouve; en Normandie, où on classe dans une première catégorie les fiefs de haubert, de sergenterie et de baronie (T.A.C. T. VIII): Ces fiefs s'opposent aux "escheestes" qui sont les simples fiefs: De portione fratrum: miles primoginetus feodum lorice habebit. L'aîné aura dans son intégralité le fief qui comporte l'obligation à la cote de maille (fief de haubert", "et non partietur", et on ne le partagera pas. Les autres enfants se partageront en récompense les écheestes, c'est-à-dire tout ce qui n'est pas fiefs de haubert, qui peuvent en fait avoir une valeur pécuniaire même plus grande que le feodum lorice. Au § I s'il y a plusieurs frères appelés à la succession, et s'il n'y a qu'un seul fief de haubert, celui-ci ne sera pas partagé; le premier né l'aura à lui seul tout entier. Au § 4 est rappelé le principe du partage pour les fiefs autres que les fiefs de haubert; ni les fiefs de haubert, ni les sergenteries du duc ni les baronies ne seront partagés. Il en sera autrement des fiefs de simple vavasseur. C'est toujours la même distinction avec un langage un peu différent.

Distinction en Normandie entre le fief de haubert et le fief de vavasseur

On verra dans la suite du texte que quand il n'y a pas d'autres fiefs que le fief de haubert, et que par conséquent l'aîné ne peut pas allotir ses frères avec quelque terre, il est obligé de "fournir" à leur subsistance; de même il sera obligé aussi de marier ses soeurs. Voilà pour les baronies. Quand il n'y a pas baronie, les Etablissements de St-Louis se rattachent à la même règle que celle de Beaumanoir, c'est-à-dire que l'aîné aura les deux tiers, et les puînés se partagent à eux tout seuls le dernier tiers, L.I.T. X " De don de gentil home a ses enfanz et coment il doivent partir se li peres muert sans aus asener". La première partie de ce texte a trait aux meubles, quant au fief, il dit"

Le système de la tenure en parage dans les Etablissements de St-Louis quand il n'y a pas de baronie. Différence avec le système de Beaumanoir

Source : BIU Cujas

"... Et si li puisné li demandent partie, il lor fera dou tierz de sa terre par droit"...

Il devra leur donner le 1/3 alors qu'il se réserve à lui les 2/3. "... Et se ce est fiez enterins, li "ainznez ne sera ja fors garans aus autres en parage. "Et se einsi estoit que il ne lor baillast pas fié ente- "rin, si lor garroit il en parage...."

Voici une nouvelle explication que nous ne rencontrons pas dans Beaumanoir d'une manière précise. On fait une distinction selon qu'il y a un seul ou plusieurs fiefs dans la même succession. S'il y en a plusieurs, il pourra se faire qu'on allotisse non seulement l'aîné en fiefs, mais chacun des puinés en leur donnant à chacun un fief distinct. Dans ce cas, l'indivisibilité du fief n'y est plus intéressée. Les puînés lotis avec un fief entier porteront donc directement leur hommage au suzerain, et le frère aîné sera déchargé de l'obligation de garantie qu'il assumait quand il portait l'hommage de tous ses frères et soeurs au suzerain:" ... Et se ce est fiez enterins, li ainznez ne fera ja fors garans aus autres en parage..." Le parage est précisément cette organisation qui fait de l'aîné le représentant de tous ses puînés: " Et se einsi estoit que il ne lor baillast pas fié enterin, si lor garroit il en parage...." Il serait obligé de porter l'hommage du fief tout entier et de les garantir vis-à-vis du seigneur. Voilà une complication qui fait apparaître un mot nouveau, le "parage" qui est en effet une tenure par laquelle tous les enfants sont considérés comme égaux les uns vis-à-vis des autres, mais où cependant vis-à-vis du suzerain, l'aîné sert d'intermédiaire nécessaire Cf. de même T. 46 (p. 64) " De parageors" T. 47 (p.65) " De tenir en parage", T. 48 (P. 66) " De monstrer le lignage à son seignor et de tenir en parage sans rendre roncin de service". Cette tenure en parage ressemble beaucoup à celle de Beaumanoir, mais elle y introduit cependant un élément différent qui est l'égalité entre tous les frères. L'aîné n'est plus ici le suzerain de ses frères, et ceux-ci ne lui portent plus l'hommage, l'aîné se borne à représenter le fief vis-à-vis du suzerain, tandis que dans l'intérieur du fief tous les frères sont considérés comme égaux. Il y a là une atténuation de l'inégalité de condition que Beaumanoir admet et supporte encore entre l'aîné et les puînés.

Réglementations diverses de la tenure en parage dans les coutumes.

Cette tenure en parage est du reste fort variée, il y a même lieu de se méfier du mot puisqu'il n'a pas partout le même sens. Il prend un sens différent dans les Etablissements de St-Louis; et en Normandie où il

Source : BIU Cujas

s'y rencontre avec une organisation qui accroît au contraire le pouvoir de l'aîné vis-à-vis de ses puînés (Cf. Esmein, I4° Ed. p. I99 et 2I2). Le parage se rencontre dans le T.A.C. de Normandie (Ch. 45 et 46, p.38) et dans un autre texte qui se rattache à la Bretagne, l'Assise au Comte Geffroi de II85 (N.R.H. Droit français et étranger, I887, p. I2I Ed. Planiol) Le parage laisse à peu près subsister l'indivision du fief; dans certains cas même l'attribution d'une part faite aux puînés ne porte que sur la jouissance, le fonds restant entre les mains de l'aîné. Aussi quand un frère puîné vient à mourir et qu'il y a parage entre frères et soeurs, la part du fief, qui revenait à ce puîné, fait retour à l'aîné à la masse dont elle avait été temporairement séparée (Cf. Génestal, Bb. d'H. Droit Normand, II° série, Tome I. I9II).

Les Etablissements de St-Louis tout en acceptant dans l'ensemble la règlementation de Beaumanoir lui apportent des nuances que celui-ci ne paraît pas avoir dégagées.

L'aînesse dans Jostice et Plet et autres coutumes

Enfin le livre de Jostice et de Plet reproduit la distinction des Etablissements de St-Louis entre les baronies ou comtés et les simples fiefs (L. XII,t. VI, § 30, Ed. Rapetti, p. 236). Quand il y a plus de deux enfants, le préciput de l'aîné au lieu des 2/3 est ramené à la I/2. Si on voulait chercher d'autres exemples dans d'autres provinces, on verrai que cette quotité accordée au puîné a beaucoup varié suivant la région. En Artois, la part de l'aîné est plus élevée et va jusqu'aux 4/5 (Cf. Coutume d'Artois, T. 36 § 2). Cette institution a été très diverse quant à ses détails d'application suivant les régions. Nous retiendrons donc seulement qu'à cette époque, en matière de descendants, le principe qu'on applique plus ou moins rigoureusement, c'est le droit d'aînesse issu d'ailleurs certainement du principe d'indivisibilité du fief.

Justification de l'aînesse; le principe de l'unité du fief

Cette règle du droit d'aînesse, ce principe d'indivisibilité du fief nous ne l'avons pas rencontré dans le monde barbare, c'est donc une création de la période dans laquelle nous nous trouvons. De fait on saisit bien à travers des documents multiples que la transmissibilité du fief ne s'est établie en principe que sous la réserve du maintien qui apparaît comme nécessaire, comme la condition de la prestation d'un bon service militaire. En multipliant et en morcelant trop les fiefs, on aurait risqué de ne laisser à chacun des titulaires que des ressources insuffisantes pour entretenir un homme d'armes. De là bien des tentatives faites pour concilier cette nécessité de l'unité du fief

Source : BIU Cujas

avec le désir de faire participer tous les enfants à la succession de leurs parents. On a imaginé dans certains cas de faire désigner le soutien du fief par le père; d'autres fois on s'est arrêté à un système qui prévoyait l'accord des enfants qui auraient choisi le représentant du fief; enfin même on a accepté que ce serait le seigneur qui choisirait parmi les enfants celui qu'il préfère pour le représenter. Dans le Midi on a organisé un système de coseigneurie entre tous les enfants, on verra de nombreux exemples de ces tentatives dans Guilhermoz (Origines de la noblesse, p. 200 et ss;).

Les premiers témoignages de l'aînesse en France

Après bien des hésitations, on en est arrivé à cette dernière conciliation qui veut que ce soit l'aîné qui soit le représentant du fief. Cette dernière tentative a apparu d'abord dans la France de l'Ouest. Le premier document dans lequel ce droit d'aînesse est organisé chez nous est l'Assise au comte Geffroi de II85 fils de Henri II Plantagenet. Il est possible que Geffroy ait emprunté cette pratique, qu'il a imposée pour la première fois en Bretagne, à l'Angleterre, où le régime d'aînesse a été pratiqué dès le roi Henri Ier. En Angleterre, le régime du droit d'aînesse est même conçu d'une façon si générale et si absolue que dans Glanville, dont les écrits datent de la fin du XII° siècle, le père ne pourrait donner la plus petite partie de sa succession à l'un de ses fils puînés sans le consentement de son fils aîné, même dans le cas où la succession du de cujus contiendrait plusieurs fiefs. On dépasse ainsi dans l'application ce qu'exigerait le principe de l'indivisibilité du fief. Il n'est pas douteux qu'au XII° siècle en Angleterre, en Bretagne et en Normandie, la législation est déjà acquise à un droit d'aînesse rigoureux, qui a debordé en dehors du principe d'indivisibilité.

L'aînesse en Angleterre

Hypothèse sur les origines du droit d'aînesse antérieurement au XII° s.

La question des origines de ce droit d'aînesse n'est résolue par cette remarque que pour la période qui remonte jusqu'au début du XII° siècle ou à la rigueur jusqu'à la fin du XI° siècle. Pour la période antérieure à celle-là, que faut-il décider ? Rencontre-t-on quelque part ailleurs des traces de ce droit d'aînesse, ou au moins quelques faits qui permettent d'en prévoir déjà l'avènement ? Cf. Etude de M. Génestal, dans la Normania, Déc. I928. L'auteur tire de remarques ingénieuses sur les Coutumes du Nord de la France: Artois, Picardie et les régions avoisinantes, jointes à une étude minutieuse des règlements de succession que contiennent les historiens de Normandie depuis les X° et XI° siècles, cette suggestion que dès avant la conquête de l'Angleterre, dès le début du XI° et même peut-être au cours du X° siècle, se serait installé dans tout l'ouest de la

Source : BIU Cujas

France, en y comprenant même la région du nord sur une aire géographique continue qui irait du Pas-de-Calais jusqu'aux bords de la Loire, un régime dominé par le principe de la conservation de l'unité du patrimoine familial par le désir de maintenir à travers plusieurs générations successives la famille groupée autour d'un chef unique. C'est en effet une idée qui parait avoir profondément pénétré dans l'esprit de toute la population normande. Ce principe se serait par la suite au cours des siècles plus ou moins atténué et nuancé par l'effet de la conquête anglaise qui aurait contribué diviser la succession en deux portions: l'une contenant les biens d'Angleterre et l'autre les biens de Normandie, et qui aurait permis de faire leur place à quelqu'un des puinés.

Pour la période antérieure au commencement du XIIe siècle, la question reste bien incertaine; il n'est pas établi que le principe de l'aînesse ait déjà existé. Les pratiques dont on peut soupçonner l'existence, sont encore trop subordonnées au hasard des circonstances pour constituer une règle.

En tout cas, il n'est pas douteux que ces usages ont été d'abord pratiqués dans la région occidentale de la France d'où ils ont débordé sur les régions voisines telles que l'Orléanais, le Parisis, où ils ont pu se trouver en face d'un sentiment très net favorable au partage égal avec lequel il a bien fallu accepter des transactions variées, faisant tout de même une place à ces puinés qu'originairement on avait écartés.

Inconvénients du système de Beaumanoir par la multiplication des arrière fiefs

Le système de Beaumanoir était simple comme nous l'avons vu; il était clair et avait l'avantage de maintenir l'unité du fief, tout en accordant aux puinés une véritable propriété, transmissible comme toutes les autres. Cependant quand on l'examine de près, on s'aperçoit qu'il avait l'inconvénient de multiplier les arrières-fiefs et de ne maintenir au fief qu'une sorte d'unité de façade. De fait, au fur et à mesure que le temps passait, la jouissance divise de chacun des puinés devait consacrer un morcellement qu'on avait à l'origine voulu écarter. En outre, depuis le XIIIe siècle se développèrent les profits pécuniaires dans la pratique féodale en même temps que se réduisaient les services personnels du fief. Or , l'organisation de Beaumanoir amena à cette conséquence que les profits des aliénations faites par les puinés touchant leur part, se trouvèrent échapper au suzerain, puisque celui-ci n'était plus que l'arrière-suzerain, et tombèrent entre les mains du frère aîné qui s'était interposé entre les puinés et le suzerain primitif à supposer

L'ordonnance de 1209

Source : BIU Cujas

que l'aîné ait pu les réclamer et les obtenir. Aussi très rapidement, les suzerains se montrèrent-ils défavorables au régime de l'inféodation par l'aîné. Ils y avaient même presque toujours résisté puisqu'une Ordonnance de Philippe-Auguste de I209 ,(Layettes du Trésor de Chartes, Teulet I., p. 33I, N° 873) décida à l'instigation des barons, que les cadets ne relèveraient pas à l'avenir, pour leur part, de l'aîné, mais du suzerain lui-même, sans tenir compte de l'intermédiaire de l'aîné. L'ordonnance qui avait été rédigée à la suite des réclamations des suzerains dut provoquer des résistances, puisque Beaumanoir qui n'en fait pas mention au siège de la matière y fait probablement allusion dans une autre partie de son livre, aux N° I478 et I480, au chapitre "comment li fief pueent alongier et raprochier leur seigneur".... et n'applique l'Ordonnance que lorsque le puiné a reçu plus du tiers du fief au N° I478 il rappelle le régime de sous-inféodation expliqué ailleurs

" Quand li fies se part entre freres et sereurs en "descendant et li mainsné en portent le tiers, duquel "tiers il font homage à leur frère ainsné, il convient "que li tiers que li mainsné en portent deviegne arrière "fiés du seigneur, car se li fiés ne se pouoit alongier "du seigneur il convenroit qu'il vénissent à l'homage "du seigneur et il ne le convient pas du fief qui vient "en descendant, ainsen pueent et doivent li mainsné aler "à l'homage de leur ainsné ainsi "comme il est dit "dessus".

Ce N° I478 confirme ce que Beaumanoir a dit ailleurs. Mais un peu plus loin, le N° I480,il nous met en garde contre un danger: " Bien se gart li freres qui "fet partie à ses mainsnés, qu'il ne leur baille de chas- "cun fief que le tiers, car s'il leur en baille plus du "tiers, il pert l'homage de ses frères, et en ceste ma- "nière pueent venir li mainsné à l'homage du seigneur"...

Que l'aîné fasse bien attention de ne pas donner à ses puinés en totalité plus que le I/3, car s'il baille plus du I/3, il perd l'hommage de ses frères. L'ordonnance a dû laisser subsister en principe la réglementation que Beaumanoir nous a décrite, mais on a dû lui concéder que la sous-inféodation serait interdite. Dans le cas où au lieu d'attribuer à tous les puinés ensemble seulement I/3, on aurait dépassé cette proportion. En ce cas on juge impossible de s'en tenir au régime habituel. L'aîné ne portera plus l'hommage de tous; son autorité vis-à-vis de ses puinés serait insuffisante, chacun des puinés deviendra le vassal direct de son seigneur.

Cet exemple montre comment dès cette époque

Source : BIU Cujas

nos praticiens savaient atténuer l'application de certaines ordonnances contraires à des usages antérieurs formels. Sur la variété de la réglementation du partage dans nos diverses provinces et les changements qu'elle a subie, on trouvera une abondante documentation dans l'essai sur l'origine de la Noblesse de Guilhermoz (p. 202 à 210).

Absence de dévolution de l'aînesse en cas de répudiation de l'aîné

Reste une dernière observation à présenter. Dans l'attribution du droit d'ainesse, comme à Rome dans la succession des agnats, il n'y a aucune dévolution, c'est-à-dire que quand l'aînesse est attribuée à l'ouverture de la succession, à l'un des successibles, si celui-ci n'en use pas, s'il renonce le puiné le plus âgé ne peut pas réclamer qu'on lui attribue l'aînesse. Si celui qui avait droit à l'aînesse la refuse c'est parce qu'il avait probablement déjà reçu du de cujus plus que son droit d'ainesse ne lui aurait procuré, et comme en acceptant la succession, il aurait dû rapporter ce qu'il a reçu, il a préféré rester dans la situation dans laquelle le de cujus l'avait mis avant sa mort et renoncer à la succession. En autorisant le puiné à bénéficier des prérogatives de l'ainesse on aurait en fait toléré comme un double paiement de l'ainesse, l'un par le père avant sa mort, et l'autre après, au puiné, ce qui aurait désavantagé encore plus les puinés. Cf. Beaumanoir, N° 476 et 477: " En descendant de fief ne puet avoir qu'une ainsneece entre les oirs vivans et que ce soit voir, il est approuvé par un jugement qui ensuit".

N° 477: " Uns chevaliers , a son vivant, maria son ainsné fil et li donna de son eritage; après li chevaliers mourut. Il eut autres enfans et l'ainsnés qui mariés estoit esgarda qu'il ne feroit pas ce qu'il convenoit, s'il en vouloit porter, qu'il raportast ce que ses peres li avoit donné a mariage; et quant ses frères l'ainsnés après vit que ses freres ainsnés ne se trecit pas a l'ainsneece du descendement contre ses mainsnés, il requist à avoir l'ainsneece du descendement contre ses mainsnés. A ce respondirent li mainsné qu'il n'avoit ou descendement point d'ainsneece pour ce que leurs frères ainsnés qui venist a l'ainsneece s'il vousist, en avoit tant porté de l'eritage son pere qu'il se tenoit a paié de l'ainsneece; et pour ce il requeroient que li remanans fust partis egaument entre aus autant a l'un comme a l'autre; et seur ce il se mistrent en droit".

Enfin il resterait à parler de la question de la représentation au moins en ligne descendante. Nous la réserverons pour la fin de notre étude.

Supposons maintenant qu'il n'existe aucun

Source : BIU Cujas

Dévolution du fief à défaut de descendants l'Escheoit

descendant du de cujus, ni fils, ni fille, ni descendant direct. A qui le fief va-t-il être dévolu ? Pour parler le langage de Beaumanoir, N° 463, il y a "escheoite", c'est-à-dire succession collatérale: "Escheoite " si est quant eritages descent de costé par la défaute " de ce que cil qui muert n'a nus enfans, ne nul qui " de ses enfans soit issus, si que ses eritages eschiet " a son plus prochien parent si comme a ses freres, ou " a ses sereurs s'il n'i a nus freres, ou a ses oncles s'il n'a ne freres ne sereurs, ou a ses antains " s'il n'a ne freres ne sereurs ne oncles, ou a ses " cousins germains ou a ses cousines germaines s'il n'a " nul plus prochien, ou a son plus prochien parent " dedens le quart degré de lignage".

Vœation des freres soeurs, oncles, tantes, cousins germains

Ainsi donc les premiers à succéder au cas où il n'y a pas de descendant, ce sont les frères et soeurs, les frères d'abord, puis les soeurs ensuite, puis l'oncle et la tante, les cousins germains et les cousines germaines jusqu'au 4° degré. Le premier trait à signaler c'est que à la différence de la succession des descendants il n'y a plus de droit d'ainesse: tous succèdent également, N° 469: En escheoite de costé n'a point "d'ainsneece, ains en porte autant l'uns comme l'autres "et va chascuns de sa partie a l'homage du seigneur".

Les deux caractéristiques de l'aînesse sont donc écartées, la part avantageuse aussi bien que l'obligation pour les puinés de porter leur hommage à l'ainé et non pas au suzerain.

Absence d'aînesse privilège de masculinité

En second lieu, 2° caractéristique, s'il n'y a pas d'ainesse, à égalité de degré, le mâle exclut la femme . Cf. N° 463 où Beaumanoir fait passer les frères avant les soeurs, et N° 470 où il explique plus complètement la règle: " Li secons cas si est que sereurs par- "tissent au tiers du fief qui vient en descendant et " eles n'en portent riens du fief qui vient par reson " d'escheoite puis qu'il ait oir masle aussi prochain " du lignage au mort comme ele est....

Les soeurs n'ont droit à rien quand il y a successibles mâles de même degré: elles ne viennent à la succession qu'à supposer qu'il n'y a pas d'héritier mâle: " ... mes s'il ni avoit oir masle aussi prochain ele en puet porter l'escheoite".

A défaut de frères, ce sont donc les soeurs qui viendront à la succession. Ajoutons d'ailleurs que cette défaveur du sexe féminin vis-à-vis du sexe masculin ne rejaillit pas sur les descendants mâles issus d'une héritière collatérale du sexe féminin; à supposer qu'il n'y ait ni frères ni soeurs, et que la dévolution soit accordée aux descendants des frères et soeurs, les des-

Source : BIU Cujas

cendants des soeurs viendront au même titre que les descendants des frères, pourvu qu'ils soient eux-mêmes des mâles. N° 501 et 502, de Beaumanoir, en rappellant un procès qui s'est engagé sur ce point: " Nous veismes un " debat qu'uns eritages eschef de costé à pluseurs cou- " sins germains qui estoient venu de freres et de sereurs " et li cousin germain qui estoient descendu des freres " masles ne vouloient pas que leur cousin germain qui " estoient descendu des sereurs en portassent riens de " cele escheoite; car il disoient que se leur peres " vesquit et la mere de leur cousins germains, qui es- " toient freres et suers, et l'escheoite fust venue " a leur tans, li freres, qui leur peres avoit esté, en " eust le tout porté pour ce que l'eritages estoit de " fief, et sereurs ne partissent pas en escheoite de fief " quant il vient de costé. Et quand leur mere n'en por- " tast riens se leur peres et leur mere vesquissent, et il ne pueent demander part en l'eritage fors par la " reson de la mere, il disoient qu'a tort i demandoient " part a avoir....".

On lira tout le raisonnement de Beaumanoir et on y verra qu'il fut jugé: " qu'il partiroient a cele es- " cheoite de costé tout communaument comme cousin germain " Et par cel jugement puet l'en veoir que cil qui sont " en un meisme degré de lignage partissent as escheoites " de costé tout communaument, puis qu'il soient oir masle " non, se eles ne sont plus prochaines, fors en vilena- " ges ou en muebles, car en ce partissent eles aveques " les masles; et aussi partissent eles en descendement " qui vient de pere ou de mere, d'aiol ou d'aiole, en la manière qui est dite ci dessus en cest chapitre meisme".

Droit de rachat au profit du seigneur

Voilà la seconde règle applicable en matière d'escheoite de côté. Beaumanoir au N° 470 en mentionne une troisième.

Lorsqu'on est en présence d'un escheoite de côté le successible est obligé de payer un droit de mutation au suzerain, le droit de rachat. Ce n'est pas autre chose que la survivance de la vieille règle qui disait que la succession ne passe pas aux collatéraux et que les seigneurs reprennent le fief faute d'héritier. Peu à peu on en est venu à considérer que le seigneur pouvait autoriser la transmission du fief au collatéral et comme on avait besoin pour cela de son consentement, il était juste de lui en donner le prix.

Enfin souvent le fief est un bien de famille un propre. Quand il en est ainsi, il y a lieu d'appliquer pour sa transmission cumulativement les règles propres au fief et les règles spéciales aux propres.

Le Livre de Jostice et de Plet édicte les mêmes

Source : BIU Cujas

règles que Beaumanoir (L. XII. T.6. § 9. § I4 et L5: § 28 et 29, p. 232). Il y estaussi question du droit de rachat et même ce droit est chiffré comme valeur à une année de revenus.

Le système du parage dans les successions entre frères dans les Etablissements de St-Louis

Quant aux établissements de St-Louis, il semble que la règlementation soit un peu différente pour certaines escheoites. Pour les escheoites entre frères et soeurs, Ch. 23 et 24 (P. 33-34, Tome II, Ed. Viollet) " D'escheoites de frères": " Toutes escheoites qui " aviennent entre freres sunt à l'ainzné, puis la mort " au père se ce n'est de lor mere, ou d'aiol , ou d'ai- "ole; car l'en apele ces escheoites droites avenues".

Toute succession entre frères, par conséquent succession collatérale, en matière de fief, va à l'ainé lorsque le père est mort. C'est là une règle qui peut nous surprendre. Cependanton la rapprochera du régime de succession des descendants. Les Etablissements de St-Louis ordonnent alors le système du parage, dans lequel l'aîné est seul représentant du fief vis-à-vis du suzerain, alors que ses frères et soeurs sont considérés comme ses égaux. Cette représentation du fief par l'ainé est considérée comme entraînant une sorte de maintien de l'indivision du fief, malgré l'attribution d'une part à chacun, si bien que quand un des frères vient à mourir, on considère que la partie du fief que ce frère puiné a laissée fait retour à la masse, c'est-à-dire à l'aîné qui en est représentant. Ce parage se traduit d'ailleurs par la responsabilité de l'aîné vis-à-vis du seigneur. Cette garantie dure tant que vit l'aîné et ne cesse qu'au delà du degré de cousin germain.

La frarèsche

Il y a aussi à cette occasion une autre conséquence, c'est lorsque l'un des frères vient à mourir. La partie du fief qu'il détient étant censée faire retour à la masse du fief, il n'y a pour ainsi dire aucune mutation, si bien qu'au cas d'échoit entre frères, il n'y aura pas lieu non plus au rachat. Le rachat dans les Etablissements de St-Louis ne se fait pas avant la succession de cousin germain. Cette particularité de la succession entre frères s'appelle dans les Etablissements de St-Louis la "frarèsche", et il n'y a lieu à " frarèsche" que dans la succession avant cousin germain.

Absence de succession collatérale du fief en Bretagne.

La transmission des successions au collatéral n'est pas partout admise, notamment en Bretagne où on considère qu'à défaut de descendants il y a comme défaillance de successibles; le fief retourne en la main du seigneur qui en fera ce qu'il croit bon, ou ce que la coutume lui ordonnera (Cf. article de M. Jouon des

Source : BIU Cujas

Longrais sur deux traits caractéristiques de la Coutume de Bretagne, concernant les successions, Rennes 1926.

Limitation de la vocation héréditaire en collatéral au 4° degré d'après Beaumanoir

Ces collatéraux qui se trouvent succéder à défaut de descendants succèdent nous dit Beaumanoir (N° 463) jusqu'au quart degré de lignage, 4° degré de lignage. Au delà il n'y a plus de parenté suffisante pour qu'on admette la vocation héréditaire.

A quoi correspond ce 4° degré de lignage. Il ne s'agit pas ici du 4° degré selon le mode de computation romaine, car il correspondrait au cousin germain alors que Beaumanoir (N° 463) admet que la succession peut aller au delà. On peut se demander s'il n'y a pas là une application du système des parentèles, la succession allant jusqu'à la 4° parentèle, c'est-à-dire jusqu'aux descendants du bisaïeul, jusqu'au grand-oncle du père et aux cousins issus de germain du de cujus. La chose est possible, mais il est probable aussi et plus vraisemblable que Beaumanoir se rattache plutôt à la computation canonique qui ne compte les degrés que d'un seul côté, le plus long, en remontant jusqu'à l'ascendant commun. Ce mode de computation permettait d'aller bien plus loin dans la vocation héréditaire, qu'avec la computation romaine. Cette solution parait plus vraisemblable que celle qui se rattache aux parentèles dont Beaumanoir ne connait pas exactement le mécanisme. Mais si nous acceptons volontiers l'origine canonique pour ce passage, pour ceux au contraire précédemment étudiés, le mode de computation canonique est insuffisant pour expliquer tous les calculs que Beaumanoir nous présente (N° 500).

Les ascendants succèdent-ils au fief ? Silence de Beaumanoir et des Etablissements de St-Louis

En examinant successivement les divers ordres de vocation héréditaire, nous n'avons rien dit jusqu'à présent des ascendants. C'est qu'en effet Beaumanoir n'en parle pas et passe directement de la descendance à l'écheoite, c'est-à-dire des descendants aux collatéraux. En faut-il conclure que les ascendants ne succèdent pas au fief, n'héritent pas du fief ? Nous avons vu déjà pour les meubles et acquêts que Beaumanoir se rallie au système romain des ordres, où les ascendants excluent les collatéraux et leur sont préférés, et nous avons vu comment le régime des parentèles préfère les ascendants aux descendants du de cujus issus de lui. En est-il différemment en matière de fief ? La question est une des plus obscure. Si Beaumanoir semble bien appeler les collatéraux immédiatement après les descendants, il ne semble pas pourtant exclure les ascendants. Cf. N° 493 et 495. Nous avons déjà signalé le N° 493 à propos des meubles et acquêts et nous avons vu que Beaumanoir emprunte à la législation romaine les solutions qu'elle indiquait en matière de dot au profit du retour de la

Source : BIU Cujas

dot au père de famille survivant. Au N° 495, Beaumanoir rapproche les ascendants des autres successibles et même des descendants pour les mettre avec eux dans la ligne qu'il appelle ligne directe. Pour lui, il semble que les ascendants ne constituent pas une ligne distincte de la ligne directe. Celle-ci comprend d'abord la ligne directe descendante, puis la ligne directe ascendante en remontant, N° 495 in fine: "..... car nous "entendons que, selonc droit, riens ne doit issir de " droite ligne en descendant tant comme l'en entruist " nul vivant, soit en montant soit en descendant...." La passage n'est pas très clair. Beaumanoir déclare qu'on ne doit admettre aucun successible collatéral tant qu'il en reste un soit en montant, soit en descendant, c'est-à-dire dans la ligne directe. Il classe nommément et individuellement les ascendants en très bon rang non seulement pour les meubles et acquêts, mais aussi pour les propres. Mais il n'en parle pas distinctement pour les fiefs. Il est donc difficile de dire s'il faut appliquer aux fiefs le droit commun des acquêts ou au contraire l'écarter. Les Etablissements de St-Louis sont muets. Quant au Livre de Jostice et de Plet, il consacre au contraire la succession des ascendants, L. XII, T. 6 § I in fine (p. 231): " En montent, vet do fiz au père..." La succession remonte donc du fils au père. L'Echeoite du fils doit venir au père: " L'escheoite do fiz venir au père, se li fiz n'a enfanz; et " do fiz à l'eol et au beseol, et issint en conségance " giuque au sept beseaul"... Voilà un passage qui est loin d'exclure les ascendants puisqu'il les appelle jusqu'au 7° bisaïeul, et le texte ajoute: " et en ce n'a point de rachat". Il s'agit bien de fief, puisqu'il parle de rachat, lequel n'existe qu'en matière de succession féodale. Dans le livre de Jostice et de Plet, les ascendants succèdent donc au fief avant les "escheoites de côté", avant les collatéraux. D'ailleurs à la même époque on trouve d'autres traces d'une doctrine semblable dans le Grand Coutumier de Normandie du début du XIII° siècle: III^a, Dist° Ch. XXIII, N° 6, Ed. Tardif, p. 76 " Si vero fratres defuncrint et eorum linea redit ad patrem ex quo linee processerunb": Si les frères viennent à faire défaut et leurs descendants, on revient au père dont les biens sont sortis. Il y a donc succession des ascendants, avec cette différence ici que la succession des ascendants passe après la succession des frères et soeurs. N'empêche néanmoins que cette succession des ascendants est bien établie. Enfin signalons un arrêt des Olim de 1260 (Ed. Beugnot,

Vocation héréditaire des ascendants au fief dans Jostice et Plet et dans le G^d Cout. de Normandie

Source : BIU Cujas

D.I. Hist. Fr. I, p. 494) qui rapporte que le défunt étant mort sans héritiers descendant de lui, son père s'est fait recevoir à saisine; il a porté hommage entre les mains du seigneur puisqu'il était l'héritier le plus proche de son fils, et ainsi il offrit son hommage à son seigneur qui était le roi. Le père c'est-à-dire l'ascendant apparaît bien comme héritier du fief quand le fils de l'héritier n'a pas laissé de descendants. Il vient immédiatement après les descendants et il s'agit de fief." Ipso defuncto sine herede de corpore suo dom^{s}. Rotbertus, pater suus fecit se recipi ad saisinam sorelli, tanquam propinguior ipsi filio et inde obtulit homagium suum domino regi".

Au XIVe siècle, pour la région parisienne, le Grand Coutumier de France, L. II Ch. 30, p. 3II nous dit de même : ".... en succession de fief n'a point de " rachat quant il va en ligne directe, comme du père au " fils, ou du fils au père, ou à l'aïeul"... Ici on prévoit donc aussi la succession de l'ascendant, même de l'aïeul, et conformément à la terminologie de Beaumanoir, la succession de l'ascendant est comptée parmi les successions en ligne directe, ce qui explique que Beaumanoir ne parle que de la ligne directe et de la ligne collatérale (Cf. aussi L. II; Ch. 27 p. 295 in fine).

La règle feudum non ascendit et la règle propres ne remontent

L'ascendant semble donc venir à la succession du fief quant il n'y a pas de descendants. Mais cela ne va pas sans difficulté parce que dans notre ancien droit a été très répandu le vieil adage "feudum non ascendit" qui est accompagné d'un autre qui dit que "propre ne remonte", c'est-à-dire que les ascendants ne succèdent pa aux propres, pas plus qu'ils ne succèdent au fief. On retrouve cette conclusion dans la compilation la plus ancienne sur le fief, les Libri Feudorum (L. II. Ch.II et Ch. 50). Là la solution n'est pas douteuse; les ascendants ne succèdent pas au fief de leurs descendants, et la raison c'est que généralement les ascendants qui succèderaient au fief sont d'un âge qui ne leur permettrait pas de faire un bon service. On a pensé qu'il vaudrait mieux faire revenir le fief au suzerain qui choisirait un homme capable de rendre un service plus robuste.

Exclusion des ascendants de la succession au fief dans les Libri feudorum

Les glossateurs des Libri Feudorum insistent même sur cette règle. Jacobus de Ardizone, dans sa "Pars Tertia de successione feudi" dit que: "ascendentes vero non succedunt, les ascendants ne succèdent pas " cum successio parentum admittatur ratione tantum misera puisque la succession des parents n'est admise que pour une raison de pitié et non par la voix de la nature.

Même solution en Angleterre

Dans d'autres régions que l'Italie, la même

Source : BIU Cujas

solution est acceptée. Ainsi notamment en Angleterre, le Tractatus de Legibus et consuetudinibus regni Angliae de Glanville, de II87 à II89 (Ch. I. N° IO p.97) refuse, même à l'ascendant donateur, la faculté de recouvrer le fief qu'il a donné, lorsque le fils à qui il l'avait donné vient à mourir avant lui: " Nunquam naturaliter ascendit" et il en donne une autre raison de pure technique féodale; car on ne peut être à la fois "heres et dominus". Le raisonnement consiste à dire que le père en concédant le fief à son fils a dû probablement le lui concéder à titre d'arrière-fief, lui même restant suzerain par rapport à son fils. Celui-ci prédécédant, si le père héritait du fief il prétendrait cumuler sur sa tête le titre d'héritier et celui de seigneur, puisqu'il a conservé l'hommage de son fils. Or ce cumul est impossible. Il semble donc que Glanville n'a donné cette solution que pour ce cas particulier. Or le père aurait pu donner le fief à son fils, sans en conserver par devers lui la mouvance. Mais en Angleterre la doctrine unanime dépasse la portée du raisonnement de Glanville Bracton enseigne lui aussi cette solution exclusive des ascendants de I250 à I258 (De Legibet Consuet Angliae). Pour la justifier il s'en tire par une métaphore: le droit de succession c'est comme un poids qui descend après la mort, soit suivant la ligne directe, soit suivant la ligne transversale, c'est-à-dire collatérale, mais comme le poids il ne saurait jamais remonter. C'est là la solution acceptée en Angleterre. D'autres pays comme l'Allemagne n'ont pas suivi ce principe. Ni dans le Miroir de Saxe, ni dans celui de Souabe, on ne trouve exclus les ascendants.

On comprend en face de ces documents l'hésitation qu'il y a à prendre parti. Les ascendants semblent avoir été à l'origine exclus du fief. Mais au XIIIe ou au début du XIVe siècle, nos textes français reviennent sur cette décision et acceptent la vocation héréditaire féodale de l'ascendant. Cependant dans la période postérieure il en est de nouveau autrement et à partir du XIVe siècle les tendances originaires ont reparue chez nous et se sont imposées chez nous.

Reste à parler de la dernière partie des biens, c'est-à-dire des propres.

III. De la dévolution des propres.

Définition du propre

Ces propres sont les immeubles recueillis par le de cujus actuel dans la succession de ses parents, ou qui ont été acquis par lui à titre de parent à la suite d'un retrait ou d'une donation. Le droit barbare fait déjà la différence entre l'alodis et le comparatum.

Origine de la distinction

Au XIIIe siècle la distinction acquiert une importance capitale, et Beaumanoir au titre XIV, consacre en réalité

Source : BIU Cujas

Importance prise par les propres: mesures destinées à en assurer la conservation dans la famille

surtout ses développements aux propres. Il intitule d'ailleurs le titre "des héritages" mot qui correspond en général à propres. Cette institution des propres a eu chez nous une telle vogue qu'elle s'est introduite, non pas seulement dans toute la région coutumière, mais même dans certaines parties du Midi soumises au droit romain (Bordeaux, Agen , et généralement dans la région du Sud-Ouest). Ces propres sont soumis à des règles étroites de conservation. Ainsi l'aliénation entre vifs des propres, du bien de famille; n'est valable qu'avec le consentement des proches. C'est cette nécessité originaire du consentement desproches qui, en se dégradant, a abouti pour les aliénations entre vifs à l'institution du retrait, c'est-à-dire du droit pour un parent de prendre pour lui le marché de vente fait par un de ses parents quand il porte sur un bien propre. De même l'aliénation, à cause de mort, du propre est limité de façon assez étroite puisque le de cujus ne peut pas en disposer au-delà du quint. Les quatre quints appartient à la famille et doivent être transmis aux successibles. La transmission héréditaire du propre repose de même sur cette règle que celui-là seul a vocation héréditaire qui appartient à la famille et qui est dans la famille le plus proche parent du de cujus. On examine la parenté de chacun eu égard à chacun des biens, et eu égard au parent qui l'a mis dans la famille. C'est pour cela que la première régle qui gouverne la dévolution des propres est une règle bien connue qu'on formule en disant: paterna paternis, materna maternis, les biens paternels ne vont qu'aux héritiers du côté paternel, les biens maternels qu'aux héritiers du côté maternel. Beaumanoir nous donne de cette règle une application au N° 494: "

La règle Paterna paternis, materna maternis, complexité de son application aux propres avitins

" Si j'ai eritage de par mon pere et mes peres muert et
" après je muir sans oir de mon cors, mes eritages
" de par mon pere ne revient pas a ma mère, ainçois
" eschiet au plus prochien qui m'apartient de par le
" pere; neis s'il estoit ou quart degré de lignage, car
" ma mere est estrange de l'eritage qui me vient de par
" le pere, et aussi est mes peres estranges de l'eritage
" qui me vient de par ma mere...."

Voilà la formule de la règle paterna paternis, materna maternis. Cette règle qui constituele fondement même de la succession en matière de propres est assez simple lorsqu'on est en présence d'un propre naissant ou d'un propre qui ne remonte pas loin. Pour un propre naissant ,il sera facile de dire de quel côté il vient; quand le de cujus actuel meurt, on sait s'il l'a reçu de son père ou de sa mère, et l'application de la règle sera facile. Mais la question est plus com-

Source : BIU Cujas

plexe lorsqu'au lieu de propre naissant, il s'agit de propres avitins c'est-à-dire de propres qui ont déjà cette qualité de propres dans la succession du père ou de la mère du de cujus, puisque pour appliquer la règle il ne suffira pas de savoir si le propre est venu au de cujus du côté paternel ou du côté maternel, il faudra remonter à un degré plus élevé et savoir si le père l'avait reçu de son père ou de sa mère, et ainsi de suite. Il y a à tenir compte, dès qu'on dépasse le premier degré, non plus des deux ascendants du père et de la mère, mais des quatre ascendants, grand-père et grand' mère paternels et grand-père et grand' mère maternels, quatre branches pour chacune desquelles la parenté est distincte. Il faudra déterminer par quelle branche le bien a été acquis pour déterminer les parents qui y succèderont. C'est le seul moyen d'appliquer le principe.

De la propriété requise pour pouvoir succéder à un propre: Analogie avec la recherche de la parenté pour exercer le retrait. Nécessité d'être parent par la ligne et le côté

D'après le Livre de Jostice et de Plet est successible tout parent de celui dont la chose vient. Plus le propre est ancien dans la famille, plus il faudra écarter de parents soit de la ligne paternelle soit de la ligne maternelle par laquelle le propre est venu. Le système se complique au fur et à mesure que le propre est plus ancien dans la famille. Beaumanoir ne fait allusion qu'au père et à la mère, et par conséquent, dans sa pensée, n'envisage que les propres naissants. Cependant s'il ne pousse pas sa recherche au-delà, dans les textes relatifs aux successions, il est à croire que pour lui l'application de la règle exige la même distinction. Il serait erroné de dire que quel que soit le propre, on le classera paternel ou maternel sans remonter plus haut que ces deux ancêtres. Il y a lieu d'interpréter avec plus de finesse et de discernement l'exemple donné par Beaumanoir. En effe il emploie deux termes pour désigner la division en parenté paternelle et maternelle: il y a d'abord la ligne ou lignage, on est du lignage paternel ou du lignage maternel; au-delà il emploie les termes d'escheoit de côté. Non seulement on est du lignage paternel ou maternel, mais encore on appartient dans ce lignage à tel ou tel côté, c'est-à-dire qu'on se rattache à tel ou tel ancêtre antérieur; cette distinction suppose qu'on va pousser la recherche de l'origine du bien au-delà du lignage.

En outre Beaumanoir s'explique sur ce calcul ailleurs qu'en matière de succession, notamment à propos du droit de retrait. Le retrait est le droit attribué à un parent, lorsque son parend vend un bien de famille, de prendre pour lui le marché, d'expulser l'acquéreur, en lui en remboursant le prix, et de recouvrer ainsi le bien aliéné. Ce droit de retrait ne peut être accordé qu'à un

Source : BIU Cujas

parent qui appartient à la branche d'où vient le bien et qui serait capable d'hériter. Il y a donc lieu de déterminer ici aussi quels sont ces parents par rapport au bien aliéné. On est forcément ramené à une question analogue à celle qui se pose en matière d'héritage. Beaumanoir aux N° I364 et I365: " Des rescousses d'eritage " nous dit que le parent qui veut faire rescousse, c'est-à-dire opérer retrait, doit remplir deux conditions: il doit être tout d'abord du lignage du vendeur, c'est-à-dire si le bien est d'origine de la ligne paternelle, il doit être parent par la ligne paternelle, ou à l'inverse, si le bien est d'origine de la ligne maternelle. En outre, de celà , le parent qui veut faire rescousse doit être parent par lecôté d'où vient le bien, c'est-à-dire dans la ligne paternelle ou maternelle, parent par le grand-père ou par la grand'mère selon que le bien vient du grand-père ou de la grand'mère. Si le bien est dans la famille depuis plusieurs générations la recherche pourra devenir très délicate; Beaumanoir s'en inquiète et se demande comment le parent qui voudra exercer le retrait fera la preuve de sa parenté. Il établir alors une présomption que celui qui a prouvé qu'il était de la ligne doit être considéré jusqu'à preuve contraire comme étant du côté. C'est là une présomption, mais ce n'est qu'une présomption et si l'acquéreur voulant conserver le bien qui lui a été vendu, parvenait à démontrer que le retrayant bien qu'il soit de la ligne, n'est pas cependant du côté dont vient le bien, le parent ne pourrait plus exercer son retrait (N° I364: " Qui veut rescourre eritage, il doit prouver " deus choses, se cil veut qui l'eritage acheta: la pre- " mière chose si est qu'il doit prouver qu'il est du li " gnage à celui qui le vendi; la seconde chose si " est que l'eritages muet du costé dont il apartient au " vendeur,.... " au N° I365, Il rapporte un procès où on a fait jouer cette présomption: " A ce respondoit cil " qui vouloit rescourre qu'il vouloit bien prouver le " lignage, mes que l'eritages venist de son costé ce " ne pouoit il prouver, car li venderes avoit tenu " l'eritage par si lonc tans et cil dont il vint au " vendeur, qui ses peres estoit, qu'il n'estoit " nus vivans qui peust savoir le premier estoc dont " l'eritages vint,...." N° I366. Il fu jugié que se li " rescoueres, prouvoit le lignage et l'acheteres ne " prouvoit que l'héritage venist d'autre costé que du " costé dont li rescoueres appartenait au vendeur, si " rescoueres l'en porteront par la bourse....."

La règle est donc qu'en principe l'héritage ne va qu'à ceux qui sont non seulement de la ligne, mais

Source : BIU Cujas

encore de l'estoc, de ceux qui ont mis le bien dans la famille. Mais pour la commodité des transactions, on admet qu'on établira une présomption en faveur de l'estoc quand la ligne aura été prouvée. Voilà qui montre bien que Beaumanoir ne se borne pas à appliquer la règle paterna paternis seulement au premier degré en classant les biens seulement en deux catégories. Il pousse plus loin son analyse et va jusqu'à celuiqui a mis le bien dans la famille.

Des hérence à défaut de parent dans la ligne et le côté

Quoi qu'il en soit au sujet de l'application plus ou moins pénétrante et plus ou moins lointaine de la règle, on en tire cette conclusion que les patrimoines paternel et maternel sont complètement séparés. Cette réparation est si complète qu'à défaut de parents du côté d'où vient le bien, celui-ci tombe en deshérence, même s'il existe des parents d'un autre côté et de la même ligne. Les parents de l'autre côté ou de l'autre ligne ne succèdent jamais au bien du côté d'où ils ne sont pas. La règle est si sévère qu'on préfère ici déclarer la deshérence et attribuer le bien au seigneur plutôt que de l'attribuer à celui qui serait d'une autre ligne. Tel est le principe dont nous verrons quelques applications avant d'arriver à la seconde règle en matière de propres: " propre ne remonte".

La conséquence la plus frappante de la règle paterna paternis, c'est que lorsque les parents d'une ligne font défaut, les parents de l'autre ligne ne succèdent pas aux biens qui auraient été dévolus à la ligne défaillante. (N° 494 Beaumanoir). Cette conclusion sévère mais expresse, on la trouve aussi dans d'autres coutumiers comme l'Ancienne Coutume de Normandie qui diffère parfois dans sa doctrine de Beaumanoir. A la 3° Dist^on^, Ch. XXIII, § 8, on trouve la même affirmation: "Sciendum tamen est quod si hereditas descenderit ex parte patris et frater vel cognatus sit ex parte matris solummodo ad eum succedere non poterit cum a parentibus suis non descendat, sedad dominum fendi": Il faut savoir que dans l'hérédité qui vient du père, s'il reste un frère ou un cousin du côté de la mère, le bien n'ira pas à ce parent maternel ,puisqu'il ne vient pas de ses ancêtres, mais ira au seigneur . Pour le XIIIème siècle, dans la région parisienne voisine de celle de Beaumanoir on constate encore la même affirmation dans les Coutumes notoires du Châtelet de Paris (N° 92) : "se aucun se meurt qui a cousin de par son père et point de lignage de par sa mère, vel ecomtra les biens qui lui vinrent de par sa mère sont à son seigneur comme vacants et non pas à ses amis de par son père". C'est donc un point qui n'est pas douteux à cette époque : les deux lignages restent complètement étrangers l'un à l'autre. Il en est ainsi jusqu'à la Coutume de 1580 où l'article 330 attó-

Source : BIU Cujas

nuera l'état de choses antérieur et fera préférer les parents de l'autre ligne au fisc. Ils viendront donc comme derniers successibles.

De la règle propre ne remonte

Arrivons maintenant à la seconde règle "héritages ne remontent".

Sens primitif de la règle dans Beaumanoir : un descendant quelconque exclut les ascendants de la succession aux propres

Nous avons eu l'occasion de signaler le passage dans lequel Beaumanoir rapporte ce brocard (N° 493). Il le signale pour les propres après avoir examiné la succession des ascendants aux meubles et conquêts. On se souvient que Beaumanoir interprétait ce brocard "propre ne remonte point" en ce sens que jamais un ascendant n est appelé à succèder à un propre, aussi longtemps qu'il existe un descendant qui puisse y succéder, quel que soit d'ailleurs le degré auquel appartient ce descendant. En ce cas, les ascendants sont appelés après les descendants, mais avant tout héritier de côté, c'est-à-dire avant tout héritier collatéral . C'est ce sens au premier abord singulier, que Beaumanoir attache à la formule. Les ascendants succèderont donc aux propres avant les collatéraux; ils leur seront préférés, mais ils sont primés par les descendants. C'est la solution qu'on rencontre aussi dans d'autres coutumiers à peu près de la même époque, comme dans le grand Coutumier de

Solution analogue dans le grand Coutumier

France. L. II. T. 40. p. 369 après avoir dit : "Nota que le père, aieul ou aieulle héritent et sont plus prochains "que les frères du trépassé quant aux meubles et conquêts" ..le texte ajoute : "et les frères et seurs héritent "quant aux héritages de costé et ligne desquels ils trou- "vent au trespassé, mais, en toutes choses, l'aieul ou "l"aieulle héritent par devant cousins germains"...

On voit ici que la solution de fait que propose le Grand Coutumier de France est un peu différente de celle de Beaumanoir. Nous l'interprétons, en ce sens que si, selon la règle des parentèles, il appelle bien les aieuls et aieulles avant les cousins germains ou les oncles, en matière de propres cependant il parait préférer les frères et soeurs non seulement aux aieul et aieule mais même au père et à la mère. Il faut remarquer qu'à l'inverse, en matière de meubles et conquêts, on fait passer au contraire le père et la père avant les frères et soeurs. Ici donc le texte accepte volontiers la dévolution des biens aux ascendants, mais il l'organise d'une façon moins favorable au point de vue du détail même des préférences. Un peu plus tard, au cours du XIVème siècle, les Décisions de Jean Desmares (Déc.295) s'engagent dans la même voie et acceptant aussi la dévolution des propres aux ascendants, préfèrent, comme le Grand Coutumier de France, les frères et soeurs au père et à la mère. Si donc on peut discuter quant au rang à accorder à tel ou tel ascendant vis-à-vis de tel ou tel collatéral, il n'est nulle part question au XIII ème siècle, et même au début du XIVème d'écarter d'une manière générale de la succession les ascendants; par conséquent, la maxime "propre ne remonte", ne peut pas, à

Source : BIU Cujas

ce moment, avoir ce sens d'exclure les ascendants, comme on a été parfois tenté de le prétendre .

Nouveau sens de la règle à partir de la fin du XIV°siècle:exclusion des ascendants de la succession aux propre

Par contre si, chronologiquement, on fait un pas en avant, on s'aperçoit au cours du XIV° et XV° siècles que finit par triompher une doctrine toute opposée qui, elle, refuse toute vocation héréditaire aux ascendants, et prend le brocard dans son sens le plus rigoureux, on peut pour appuyer cette affirmation citer les Coutumes Notoires du Châtelet de Paris (N° 185) texte dans les Commentaires de Brodeau, second Vol. p.158)

Si aucun enfant va de vie à trépas sans hoirs de son corps tenant et possédant aucun sien propre héritage, iceluy propre héritage vient et descend de plein droit aux frères et soeurs survivant d'iceluy trépassé ou aux autres proches du lignage; et voici qui est plus caractéristique encore :"sans ce que père et mere d'iceluy enfant trépassé aient aucun droit et n'y puissent succéder (13 Sept.1382) Ici l'exclusion est complète au détriment des ascendants et au profit des collatéraux. Cette décision est datée du ler Septembre 1382.

De même encore au XV° siècle, le célèbre commentateur Masuer qui appartient à la région d'Auvergne dans sa Practica forensis de successione (N° 8) se borne à cette formule : "successio ascendentium de consuetudine sublata"; la succession des ascendants a été supprimée par la coutume. C'est cette pensée que l'art. 129 de la Coutume de Paris de 1510 traduit en disant : en ligne directe propre héritage ne remonte. De sorte qu'entre la doctrine du XIII° ou XIV° siècles et celle qui triomphe depuis le XV° siècle, il y a au point de vue de la vocation héréditaire des ascendants, une grande différence.

Hypothèse sur l'origine de la règle

Quelles sont les raisons de ce changement que nous venons de constater? A vrai dire, nous ne les connaissons pas et nous nous bornons à indiquer le fait sans pouvoir en donner une bonne explication. C'est là un point qui est obscur. Sur l'origine, le sens premier de cette formule "propre ne remonte" , la réponse est, elle aussi, obscure et incertaine. Cf. Truillé "Le régime successoral des ascendants", Thèse Paris, 1910 (page 68 et ss.) qui donne un grand nombre de textes relatifs à cette question.

Certains ont prétendu que cette règle "propre ne remonte" est issue de la législation féodale et représente pour les propres ce que représente la règle "feudum non ascendit" pour les fiefs: l'exclusion des ascendants de la succession tant aux fiefs qu'aux propres. Il y aurait eu une sorte de contagion qui, du fief, aurait atteint les propres, qui après avoir régi les propres féodaux, aurait régi tout aussi bien les propres roturiers. L'hypothèse reste douteuse, elle ne serait acceptable que pour les régions où a dominé la règle feudum non ascendit et ces régions ne sont pas très nombreuses : Il est d'autre

Source : BIU Cujas

part arrivé que la règle propre ne remonte a été appliquée dans les pays où on ne rencontre pas trace de la règle feudum non ascendit. En dehors de cette hypothèse, M. Trüillé revient à cette idée que propre ne remonte n'est pas autre chose que la traduction pratique vis-à-vis des ascendants de la règle déjà étudiée paterna paternis.

Les hypothèses où se pose en fait la question de la succession des ascendants aux propres de leur ligne sont assez peu nombreuses. D'ordinaire, les propres de sa ligne, l'ascendant les a autrefois reçus de ses parents et les possède tant qu'il existe; c'est lui qui les transmettra dans sa succession à ses descendants. Pour que durant la vie de l'ascendant ces biens l'aient quitté et soient venus aux mains d'un descendant dans la succession duquel l'ascendant voudrait les rechercher, il faut une manière d'accident : que l'ascendant s'en soit désaisi et les ait donnés à son descendant qui meurt prématurément ou que la donation au descendant provienne d'un ascendant plus lointain qui a gratifié son arrière descendant sans tenir compte du droit éventuel de l'ascendant intermédiaire qui réclame aujourd'hui la succession. Le type le plus courant, c'est celui de l'enfant doté et qui meurt sans enfant. Le droit de l'ascendant à reprendre le bien donné a toujours paru indiscutable et notre ancien droit a de bonne heure accepté la théorie du droit de retour qu'il trouvait déjà dans le droit,romain (Beaumanoir N° 493). En fait, le droit de retour suffit à régler la succession de l'ascendant aux propres de sa ligne, puisque c'est sensiblement le seul cas pratique où fonctionne la succession. Si la règle"propre ne remonte "avait été créée pour cette succession aux biens de la ligne, elle n'aurait pu régir que les cas qui échappent au droit de retour, c'est-à-dire que son domaine d'application eut été purement théorique. Comment expliquer dès lors que cette règle ait acquis une pareille notoriété? N'est-il pas plus vraisemblable de supposer que la règle a été faite pour écarter les ascendants des propres d'une ligne à laquelle ils n'appartiennent pas ? Sans doute, ainsi entendue, elle aurait fait double emploi avec la règle paterna paternis. Mais est-il interdit de supposer que cette redondance a paru nécessaire dans certains cas, par exemple, en vue de l'hypothèse si fréquente où le père ou la mère survivant prétend succéder à un bien originairement commun à tous deux, qui au décès du premier mourant a été mis au lot de l'enfant, a pris, chez celui-ci, la qualité de propre de la ligne du parent prédécédé et se retrouve à ce titre dans la succession de l'enfant qui meurt prématurément sans descendant, succession à laquelle est appelé le

Source : BIU Cujas

parent survivant? Cette hypothèse est fréquemment prévue dans notre ancien Droit(N.C. Paris art. 314 et 230); la prétention du parent survivant n'est pas sans être envisagée favorablement et, pour la rejeter, on comprend qu'on ait dû affirmer de nouveau avec vigueur et sous une forme différente la règle paterna paternis. C'est le sens que l'intervention de Dumoulin a restitué au XVIème siècle à la maxime "propres ne remontent". Au XIIIème siècle, il n'est incompatible avec aucune des solutions de nos coutumiers. Resterait à dire la raison de la déviation qui s'est produite aux XIV° et XV° siècles. Ne serait-elle pas due au regain d'influence de la législation féodale à cette époque, par suite de la poussée nobiliaire que nous avons souvent signalée ?

Le principe de la représentation

Nous aurions fini l'étude la dévolution héréditaire au XIIIème siècle si nous n'avions réservé cependant un point déjà signalé à propos des législations barbares. Dans le droit franc, on a constaté que le principe de la représentation, soit en ligne directe descendante soit en ligne collatérale, n'était pas admis. Qu'est-il advenu à l'époque où nous sommes de ce principe de la représentation dont nous n'avons parlé à propos ni des descendants, ni des collatéraux ?

L'absence de représentation dans les législations Barbares, sauf rappel par testament

En réalité, pour les siècles où nous sommes, il y a, relativement au principe de la représentation une grande incertitude et une grande variété de pratique, dans toute la France. Nous avons déjà dit, quand nous avons parlé du mode germanique de computation, du régime des parentèles, que ce régime présuppose en quelque sorte la représentation à l'infini, puisque dans ce régime le descendant de chaque parentèle est appelé précisément au rang qu'occupait l'ancêtre dont il est issu; il le représente, il est mis à sa place. De sorte, qu'on pourrait croire que l'adoption du régime des parentèles à dû mener à l'adoption du principe de la représentation. On sait cependant qu'il en est autrement pendant la période franque, puisque le principe de la représentation y est repoussé.

Silence des Coutumiers du XIIIème siècle. Absence de représentation dans la région parisienne sauf rappel

Au XIII ème siècle, on constate que dans nos auteurs habituels Beaumanoir, les Etablissements de Saint-Louis, le Livre de Jostice et de Plet, il n'en est pas question. Tous sont muets à ce sujet. Il est dès lors naturel de penser que le principe de la représentation a continué à cette époque à être repoussé, comme il l'était pendant la période franque. De fait au XIVème siècle, une Décision de Jean Desmares (Dec.238) repousse encore expressément la représentation :"Représentation n'a point

Source : BIU Cujas

pel par contrat de mariage

lieu en succession de ligne collatérale ni directe si ce n'était au cas que au traité de mariage que aucun ferait de sa fille ou de son fils, fut expressément dit et accordé que les enfants d'iceux fils ou fille issus d'iceluy mariage, ait lieu représentation en la succession de leur aïeul ou aïeule, père ou mère de leur père ou mère". Cette Décision de Jean Desmares semble bien établir qu'à cette époque, au milieu et à la fin du XIVème siècle, on en est encore au même point qu'à la période franque, puisque le principe de la représentation n'est pas appliqué, mais qu'on peut l'introduire dans la succession par une sorte de rappel. La seule différence entre la période franque et notre XIVème siècle c'est que le rappel, au lieu d'être inséré comme à la période franque dans un instrument à cause de mort, un testament , est inséré dans un contrat de mariage

Admission de la représentation en ligne directe dans la Cout. de 1510. Complément en 1580

Dans la région parisienne par conséquent, au XIVème siècle, la représentation n'est pas encore admise ; il en est de même au XVème (Sentences civiles du Châtelet de Paris 1395-1505 Oliv. Martin - ne contiennent aucun rappel). Elle ne l'a été qu'en 1510, au moment de la rédaction de la première coutume, par l'article 123. Il semble même que cet article ait été à ce moment assez vivement discuté. Le projet primitif rejetait la représentation "s'il na esté réservé en traittant le mariage", "après plusieurs raisons et remontrances faites sur le contenu audit article (du projet)....a été corrigé...". L'article 123 n'a admis la représentation que d'une façon incomplète et seulement en ligne directe. Mais afin de bien nettement consacrer le principe , on a ajouté au projet l'article 124 qui applique la représentation au droit d'ainesse. Ces deux articles ont été complètés en 1580 par les articles 319 et 320 qui ont établi le régime que nous avons aujourd'hui : l'application de la représentation en ligne directe, et en ligne collatérale pour les descendants de frères et soeurs seulement.

Telle est l'histoire de ce qui s'est passé dans la région parisienne. Mais on aurait tort de croire qu'il en a été de même dans tout le monde coutumier.

Large admission de la représentation dans les régions de l'Ouest

En effet, il apparait depuis longtemps dans d'autres parties de la France, un courant différent bien plus favorable à la représentation , notamment dans la région occidentale. Là on admet au contraire un système de représentation à l'infini, et il n'est pas aventureux de penser que ce régime de représentation à l'infini n'est pas autre chose que l'application poussée un peu plus loin du régime des parentèles. Il en est ainsi dans tout le Maine, l'Anjou, la Touraine, le Perche, ce principe de représentation bien plus étendu que chez nous, a duré dans ces régions jusqu'à la Révolution

Source : BIU Cujas

De même encore la Bretagne dans sa Très Ancienne Coutume admet la représentation même en ligne collatérale, "toutes les autres extraites..... sont parties testée à testée par coutume entre frères et soeurs, cousins et cousines, oncles, antes, nepveux et niepces, etc... (T.A.C. Planiol, N° 208 in fine, p. 210 - N° 220, p. 222). Toutefois, pour la Bretagne, une remarque s'impose c'est qu'il en fut probablement autrement pour les fiefs qui ont été soumis à l'Assise au Comte Geffroi. Ce règlement n'était imposé à l'origine qu'aux fiefs dont les propriétaires l'avaient accepté. L'Assise au Comte Geffroi repousse au contraire le principe de la représentation alors que par ailleurs il était généralement admis (Cf. Assise au Comte Geffroi, N.R.H.D. 1887, Ed. Planiol). Cette Assise au Comte Geffroi montre que le régime féodal fut assez hostile en général au principe de la représentation. La raison qu'on peut donner de cette hostilité, c'est que la représentation avait souvent pour effet de mettre à la tête du fief, ou mieux à la tête de l'unité féodale, dans les pays où le fief avait conservé son unité originaire, un homme très jeune à la place de son oncle qui était un homme fait, plus capable de maintenir l'autorité qui convient à un possesseur de fiefs. C'est peut être piur cela qu'en général le régime féodal a préféré ne pas admettre la représentation et appeler tous les fils sans tenir compte du petit fils issu du fils déjà mort. Nous pouvons vérifier cela aisément dans un pays voisin, sur l'histoire duquel nous sommes renseignés, la Normandie où on suit plus facilement l'histoire du conflit qui s'est produit ainsi entre les deux tendances adverses; celle qui venait du droit romain avec le principe de la représentation et qui rejoignait en même temps la doctrine des parentèles, et celle différente du monde féodal qui voulait écarter la représentation.

Exclusion originaire de la représentation en Bretagne; hostilité du droit féodal pour la représentation

L'exclusion de la représentation en Normandie

Le très Ancien Coutumier de Normandie, dansson chapitre XII (Ed. Tardif p. 13) rejette la représentation " filius licet postgenitus, heres propinquior est hereditatis patris sui quam nepotes, filii fratris sui primogeniti" : l'aîné des fils étant mort a laissé comme héritier un enfant mâle. Lorsque le père vient à mourir, l'ainesse, particulièrement importante en Normandie, eu égard à l'unité qu'a conservé le fief, ira non pas au petit fils issu du fils aîné, mais au puiné, le premier après l'aîné prédécédé. C'est bien le rejet de la représentation et on aperçoit nettement la raison de cette exclusion.

Pourtant il existait au moment où le T.A.C. employait cette formule, une jurisprudence contraire

favorable à la représentation, dont nous avons conservé trace dans quelques arrêts de l'Echiquier de Normandie. Un arrêt de 1224 traduit très expressément le principe de la représentation; mais dans cet arrêt il n'est pas nommément question de la représentation de l'aînesse, ce qui rend la question moins grave au point de vue du droit féodal.

En 1236, la jurisprudence change, probablement par application du texte de la Très Ancienne Coutume. C'est l'aîné des oncles qui devient l'héritier qui est responsable de la totalité du fief vis à vis du Seigneur, et exclut de cette primauté les neveux issus du frère aîné prédécédé. Presque à la même époque, quelques années après, est rédigée l'Ancienne Coutume de Normandie qui est chronologiquement postérieure à la T.A.C.

L'Ancienne Coutume de Normandie, rédigée de 1235 à 1257 rappelle qu'il existe en Normandie une ancienne coutume favorable à la représentation, mais que les choses ont changé et qu'il y a maintenant une coutume nouvelle contraire à l'application du principe de la représentation, coutume qu'on qualifiera par la suite de "mauvaise coutume". C'est entre cette coutume ancienne et cette "mauvaise coutume" récente que la lutte va s'engager. Toute l'histoire postérieure de la législation normande n'est que la dégradation successive de la mauvaise coutume, c'est-à-dire des règles qui excluent la représentation, si bien que sous une influence nettement romaniste s'est produit le retour insensible à la représentation, jusque vers 1263 et 1270 où la jurisprudence de l'Echiquier de Normandie prouve que le mouvement de retour est achevé et que la non représentation a définitivement échoué (Cf. Besnier: la représentation successorale en droit normand, Thèse Caen 1929).

Retour à la représentation en Normandie à la fin du XVIIIème siècle

On sait d'ailleurs que cette question a pris dans l'histoire de la Normandie une importance quasiment tragique à l'époque à laquelle nous nous trouvons, à l'époque de Jean Sans Terre, Après la mort de Richard Coeur de Lion, l'ainesse, c'est-à-dire le trône et tous les domaines féodaux auraient dû passer aux mains de Geffroy de Bretagne son frère puiné. Or, Geffroy était mort et laissait comme héritier son fils Arthur, qui se trouvait ainsi en conflit avec son oncle puiné Jean Sans Terre. Lequel des deux devait l'emporter : d'Arthur, descendant de l'aîné, qui ne pouvait venir que par représentation, ou de Jean Sans Terre qui s'autorisait du principe de la non représentation pour se faire attribuer l'ainesse à défaut de son frère plus âgé Geffroy ? Cette controverse juridique se compliquait de questions politiques Philippe-Auguste intervint en faveur d'Arthur qui fut

Importance politique de la question de la représentation

Source : BIU Cujas

assassiné sur l'ordre de Jean Sans Terre, celui-ci fut traduit devant la Cour des Pairs, et dépouillé de son domaine féodal en France.

On comprend l'importance de la question de la représentation soit en Bretagne, soit même en Angleterre, puisque le sort du pays dépendait de la solution qu'on s'accorderait à lui donner. En Angleterre, Glanville dans son Ch. VII, N° 3 déclare qu'il n'ose pas trancher la question, tant elle lui semble délicate, Quant à Bracton au milieu du XIIIème siècle, il fait lui aussi retour au principe de la représentation à l'infini (Bracton, Ed. Woodbine, p. 189). Mais Bracton écrivait à un moment où la question avait perdu son intérêt politique, puisque le conflit entre Jean Sans Terre et le roi de France était terminé.

L'histoire de la représentation a été ainsi pleine de graves incidents. Nous la retrouverons au moment de la rédaction des coutumes où cette fois le principe de la représentation triomphera dans la plupart des coutumes. Telle est la marche de la dévolution au XIIIème siècle jusqu'à la rédaction des coutumes.

LA DEVOLUTION DANS LES COUTUMES REDIGEES

Les transformations de la vie sociale après le 14e siècle.

On sait déjà qu'aux XIVème et XVème siècles, de grands évènements ont contribué à modifier la direction générale du droit en France. D'abord la guerre de Cent ans avec les dévastations qu'elle a entraînées, la dépopulation qui s'en est suivie, les déprédations des routiers qui parcouraient la France d'un bout à l'autre; voilà un premier fait qui ne pouvait ne pas avoir une grande influence sur toute la vie sociale.

Autre grand fait un peu postérieur et en sens tout à fait opposé. Après que la France se fut libérée de toutes ses misères, que la prospérité eut repris très rapide et abondante, tout à coup la découverte du Nouveau Monde, la conquête des pays lointains où l'or et l'argent abondaient, provoqua dans toute l'Europe et en France, après l'Espagne, un afflux considérable de métaux précieux, au point que l'assiette de la richesse en fut modifiée. La richesse mobilière qui jusque là était peu de chose, prit depuis cette époque un développement qu'elle n'avait jamais connu, et toute la société se trouva, avoir perdu une bonne partie de la stabilité qu'elle vait dans la période antérieure, En même temps les individus essayèrent de se dégager des entraves qui arrêtaient la circulation de la richesse et s'engagèrent dans une voie qui devait nous mener jusqu'à la Révolution et au monde moderne

Source : BIU Cujas

Quelles ont été les réactions qui ont suivi ces évènements sur le Droit privé ? Sans les rappeler en détail, il serait bon de déterminer quelles modifications elles ont pu entraîner dans le régime de la dévolution des successions.

L'infiltration du Droit Romain et la direction nouvelle de la législation

Au XIVème et au XVème siècles, alors que toutes les forces du pays sont employées à sa défense, l'infiltration continue du droit romain avec la complicité des praticiens a eu pour résultat de donner à toute notre législation une direction qu'elle n'avait pas connue. Le droit romain à cette époque est le droit d'une population orientée vers une forme sociale, commerciale en quelque sorte, où la fortune mobilière l'emporte de beaucoup sur la fortune immobilière, et ce droit romain convenait mieux que le droit plus ancien, au nouvel état de chose.

Influence de ces transformations sur la dévolution successorale. Tendance à revenir à l'unité de succession sur la base de la succession aux meubles et acquêts comme règle de droit commun

C'est pour cette raison que dans l'ordre de la dévolution héréditaire, la prépondérance va être accordée désormais à la succession aux meubles et acquêts, alors qu'auparavant la succession des propres et des fiefs paraissait devoir plutôt l'emporter. Désormais cette succession des meubles et acquêts dont on parlait autrefois subsidiairement devient au contraire ouvertement la règle générale et le droit commun. De plus en plus ont tendance à s'atténuer et à disparaître les règles particulières qui caractérisaient soit la succession aux propres, soit la succession aux fiefs. La tendance est manifeste à revenir à l'unité romaine de la succession en prenant pour base la succession des meubles et acquêts et à limiter les exceptions qui peuvent y être apportées; à rapprocher les diverses successions les unes des autres. Ce mouvement aurait pu aller très loin et conduire à la disparition de la succession aux fiefs, sinon de la succession aux propres. On n'est cependant pas allé jusque là, et la grande raison, c'est que le droit romain, en même temps qu'il a donné à cette société une législation plus favorable à la propriété mobilière, a servi aussi à consolider la structure technique du fief. Il a maintenu au fief, et par conséquent à la succession, une armature plus solide que celle qu'elle avait auparavant, et l'a empêché par là de disparaître.

Pour nous rendre compte de cet état de de chose, nous prendrons comme base la Coutume de Paris, sauf à indiquer les modifications qui lui ont été apportées. Quant à l'ordre dans lequel nous étudierons chacune de ces successions, nous suivrons celui de la Coutume de Paris, Nous verrons d'abord :

Source : BIU Cujas

1 - De la succession au fief;
2 - De la succession aux propres;
3 - De la succession aux meubles et acquêts

I - Dévolution du fief au cours du XVIème siècle, notamment dans la Coutume de Paris. -

Transformation de nature du fief à partir du XIV° siècle Raisons qui expliquent cependant le maintien de règles spéciales de succession

Depuis le XIIIème siècle, le fief a beaucoup évolué. A cette époque, il était la pièce maîtresse des grands services publics : guerre, police, justice étaient entre ses mains. Pourtant dès le XIIIème siècle sa dégradation commença; les croisades ont décimé la noblesse féodale, les roturiers se sont infiltrés et ont acquis de nombreux fiefs, si bien qu'au XIVème siècle, quand vint la grande crise de la guerre de cent ans, la noblesse féodale ne se trouva plus à la hauteur de sa tâche. Elle ne sût pas protéger le pays, il fallut que la royauté et la population tout entière prit en mains la protection du royaume. Le roi a une armée, il a une justice et ne laisse plus aux suzerains que la connaissance des causes sans importance.

Le fief aurait dû disparaître ; il n'a pas disparu pour cela, mais il a changé de nature. On a maintenu au fief ses profits, le prix des services qu'il ne rend plus désormais, la royauté a toléré qu'il en fut ainsi parce que c'était le moyen pour elle de rendre moins cuisante la dépossession des barons féodaux de leurs prérogatives publiques. Les juristes romanistes ont fait, de leur côté, du fief une annexe de la propriété foncière et l'ont muni de sanctionsparfois plus énergiques que celle que la législation romaine attachait à la propriété. A cause de tout cela le fief dans on organisation technique privée n'a pas beaucoup changé.

Mais alors, il y a une question subsidiaire à la quelle il faut répondre : pourquoi le mouvement qui a ainsi ramené le fief sur le plan du droit privé ne l'a-t-il pas soumis à toutes les règles du droit commun privé? Ainsi par exemple en matière de dévolution, pourquoi l'ainesse justifiée autrefois par la nécessité de l'unité du fief dans l'organisation du droit publie a-t-elle subsisté alors que la règle très formelle en droit privé c'est le partage égal entre tous les enfants ? Cela tient peut être à quelques causes générales, notamment à ce que la noblesse dans les derniers siècles, du XIVème au XVIème siècle a beaucoup périclité; ces siècles ont nui considérablement à sa considération et à sa fortune; la guerre de Cent Ans l'a décimée; l'incapacité militaire dont elle a fait preuve l'a déconsidérée; Elle s'est trouvée envahie souvent par des aventuriers, des coureurs de route, parfois par des profiteurs comme on en rencontre

Source : BIU Cujas

dans toutes les périodes de crise. La guerre de Cent Ans achevée, l'hostilité royale sous Louis XII s'est manifestée contre lle et a achevé de lui enlever son prestige. D'autre part, elle a été dépouillée de ses fonctions publiques et a perdu ainsi l'autorité qui s'attache à leur exercice. Elle a, sur ce terrain , été très avantageusement concurrencée par tous ces fonctionnaires royaux qui administrent le pays et sont d'origine roturière. De sorte que n'ayant plus ni prestige, ni autorité, elle pensa qu'elle ne pouvait compter pour subsister que sur l'éclat d'un train de vie large et riche. Or les circonstances ont fait aussi qu'elle s'est appauvrie dans une très large mesure. Au cours de la guerre, elle a subi les effets de la dévastation du pays et de son dépeuplement. Puis quand elle commençait à se relever, est intervenue une crise monétaire : L'accroissement des métaux précieux tout en revalorisant les possessions foncières , n'a pas eu un résultat durable puisque les profits, les rentes et les cens n'ont pas augmenté et la valeur des revenus nobiliaires en a été avilie. Le développement rapide de la richesse mobilière et du luxe de l'habillement, du mobilier , de l'habitation ont mis cette noblesse foncière hors d'état de lutter d'éclat avec la bourgeoisie commerçante. Elle a cru pouvoir maintenir sa situation en s'attachant à toutes les pratiques de nature à concentrer la fortune de la famille sur la tête d'un seul, et à permettre à ce privilégié de soutenir l'honneur du nom. Le droit d'ainesse était parmi quelques autres, une de ces pratiques. Voilà les quelques raisons qui peuvent expliquer que,les règles qui gouvernent la dévolution héréditaire des fiefs au XVIème siècle sont sensiblement les mêmes que celles que nous avons rencontrées au cours du XIIIème siècle. On les trouve mentionnées dans la Coutume de Paris (T.I. "Des fiefs", art. 14 à 19 - art. 27) et le Titre XV "Des successions", art. 310 - 324 - 331). Ce sont ces articles que nous allons nous borner à résumer en les classant.

La dévolution en ligne directe descendante

La dévolution de la succession en ligne directe descendante constituant toujours le premier degré héréditaire, comporte, s'il y a des garçons parmi les successibles, ce droit d'ainesse dont nous parlions.

Le droit d'ainesse

Le préciput de l'ainé comprend deux avantages distincts

1° - Le manoir

1° - l'octroi hors part d'un manoir, c'est-à-dire d'un cheteau, dont désormais l'étendue est fixée avec précision, ce qui ne se présentait pas encore chez Beaumanoir et autres écrivains du XIIIème siècle. Outre le chateau, on accorde la basse-cour attenante et en principe tout ce que contient l'enclos ou le jardin joignant le manoir. Cependant on ne veut pas que le fief tout entier y passe

Source : BIU Cujas

et on limite l'étendue de ce jardin à un arpent, tout en accordant à l'ainé la faculté de conserver le jardin tout entier, mais en donnant récompense aux puinés (art. 13). Si l'enclos contient un moulin, un pressoir, un four, ils sont acquis à l'ainé, comme en principe tout ce qui est dans l'enclos, à la condition que four, pressoir et moulin ne soient pas banaux. Si le four est banal, il donne lieu à des redevances qu'on ne veut pas laisser intégralement à l'ainé et qu'on considère comme faisant partie de l'ensemble de la succession. S'il n'y a pas de château, le préciput protera sur un arpent du fief que l'ainé choisira lui-même, là où il voudra (art. 14 et 18). Le préciput de l'ainé, loin d'être en défaveur, est considéré au contraire comme tellement nécessaire que ni le père, ni la mère ne peuvent l'enlever à leur enfant par un acte de dernière volonté. Ils ne peuvent pas établir au détriment de l'ainé l'égalité que la loi écarte. Comme conséquence, on n'autorise pas non plus l'ainé à renoncer par voie de renonciation à succession future, à sa prérogative; la renonciation ne serait pas valable. Voilà pour le premier avavantage accordé à l'ainé.

2° La part avantageuse

Le 2ème avantage est ce qu'on appelle la part avantageuse qui porte sur tout le reste de la succession, sur tous les fiefs en dehors du manoir et de ses annexes. Cette part est calculée comme le voulait le Livre de Jostice et de Plet, c'est-à-dire qu'elle varie suivant le nombre des enfants. Lorsqu'il n'y a qu'un seul puiné avec l'ainé, celui-ci a les 2/3, et le puiné ne prend que le dernier 1/3, déduction faite du manoir. S'il y a plus de deux héritiers, l'ainé ne prend plus que la 1/2 des fiefs, et l'autre 1/2 se partage également entre tous les puinés (art. 15 et 16). Le droit de l'ainé se trouve légèrement réduit par rapport à la coutume de 1510, On y verra que l'article 8 de la Coutume de 1510 lui accordait tout l'enclos, tout le jardin attenant au manoir, même s'il avait plus d'un arpent, sans aucune récompense, De même encore, nouvelle réduction, les règles indiquées relativement à la part avantageuse, ne fonctionnent qu'à la condition que les puinés ne soient pas réduits à une part trop insuffisante. L'octroi de la part avantageuse n'a lieu qu'à la condition que cet octroi ne porte pas atteinte à la légitime des puinés, ou bien encore à leur domaine qui joue souvent le rôle de légitime (art. 17).

La prérogative de l'ainé, comme Beaumanoir nous l'indiquait, ne comporte d'ailleurs aucune espèce de dévolution. Si l'ainé y renonce, celui qui vient après lui par ordre de naissance n'a pas droit de le réclamer. Il en était ainsi au N° 476 de Beaumanoir. On

Source : BIU Cujas

constatera que la même règle se rencontre, non pas au titre des fiefs dans la Coutume de Paris, mais au titre des successions, à l'article 310. Signalons cependant qu'il y eut sur ce point quelques divergences d'interprétation relativement à l'article 310 et à l'article 27. Ces deux articles ont été insérés pour la première fois en 1580, et ils ne concordent pas complètement l'un avec l'autre. L'article 27 parait refuser la dévolution seulement au cas où l'ainé aurait reçu du de cujus une donation et où ce serait l'importance de cette donation qui le pousserait à renoncer à la succession, de ses parents. C'était la raison qu'on faisait valoir pour interdire la dévolution de l'ainesse, on ne voulait pas qu'elle fut payée deux fois. L'article 27 ne parait refuser la dévolution que dans ce cas, tandis que l'article 310 est plus général. A la fin de notre ancien droit c'est l'interprétation générale de l'article 310 qui l'emporte; sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu donation, faite à l'aîné, du vivant du père, la dévolution est écartée.

Disparition de la supériorité féodale reconnue à l'ainé

Enfin le préciput, le manoir et la part avantageuse, sont à cette époque les seuls avantages accordés à l'ainé, c'est-à-dire que la supériorité féodale reconnue par Beaumanoir à l'aîné qui faisait de celui-ci le représentant non seulement de sa part, mais du fief tout entier vis-à-vis du seigneur, a disparu: tous les puinés vont à l'hommage du seigneur chacun pour la part du fief qui lui a été attribuée. La chose n'est pas très surprenante puisque l'indivisibilité et l'unité du fief n'ont plus aucun intérêt, la fonction publique du fief ayant disparu. C'est le principe nouveau. Il y a cependant d'après les textes mêmes de la Coutume de Paris une exception à cette règle au cas où il y a des filles parmi les copartageants (art. 35). Dans ce cas, l'ainé a droit de porter au suzerain l'hommage de ses soeurs en même temps que le sien, et les soeurs ne sont par conséquent pas obligées de le porter elles-mêmes directement, à moins que l'ainé n'ait omis d'user de son droit (art. 36). Cet article 35, on pourrait être surpris de sa rédaction puisqu'il ne parle pas seulement de la foi, mais aussi du relief : "Le fils ainé, en faisant la "foy et hommage au seigneur féodal, acquite ses soeurs de "leur premier mariage, tant de la foy qye du relief, où "il est deu relief, les noms et aages desquelles il est "tenu déclarer en portant la foy".

Le principe qui a persisté c'est cependant que, en matière de succession directe descendante, il n'y a jamais de relief ou de rachat. On ne paie pas de profit au suzerain. Or ici il est question à propos

Source : BIU Cujas

de l'hommage des soeurs du relief que l'ainé devrait porter. C'est là une règle exceptionnelle et qui n'a son application dans le ressort de la Coutume de Paris que pour une petite fraction, pour la portion du Vexin français qui touche à la Normandie. C'est le droit normand qui sur ce point à déteint sur le droit voisin. Ailleurs dans toute la région de la Coutume, la fille qui succède ne paie le relief que pour son second mariage si elle se remarie après avoir reçu le fief au cours d'un premier mariage (art. 37).

Transmission de l'ainesse par représentation

Enfin le droit d'ainesse est incorporé à la part de l'ainé et par conséquent il passe par représentation à tous ses descendants qui prennent cette part. On est arrivé à une époque où la représentation est admise et cette règle qui fait passer l'ainesse avec la part de l'ainé à tous ses descendants, par voie de représentation s'appliquera , même lorsque l'ainé prédécédé ne laisse pour le représenter que des filles; Cela n'aurait pas eu lieu auparavant (art. 324) . Voilà assez peu changée la règlementation de la dévolution du fief en ligne directe descendante lorsqu'il y a parmi les héritiers filles et garçons.

Droit d'ainesse n'a lieu entre filles

On se souvient que déjà quand il n'y avait que des filles, Beaumanoir apportait quelques modifications à la règle. Aujourd'hui, quand il n'y a que des filles, il n'y a plus d'ainesse entre elles, art. 19 : "Quand n'y a que filles venans à succession directe ou "collatérale, droict d'ainesse n'a lieu, et partissent "également".

La règle est d'ordre public, puisque ni le mère et la mère ne peuvent créer cette ainesse par acte de dernière volonté. Tout ce qui touche au droit d'ainesse est hors du pouvoir de dispositions de ceux qui y sont intéressés. Dans Beaumanoir, nous avons remarqué qu'il accordait à la fille ainée au cas d'ainesse le préciput et aussi la représentation de ses oeurs puinées vis-à-vis du seigneur. Il n'est plus ici question ni d'ainesse, ni de représentation. On notera que pour expliquer pourquoi l'ainesse disparait ainsi au cas où il n'y a que des filles, nos vieux commentateurs allèguent la raison qui justifie désormais l'ainesse; quand il n'y a que des filles, il ne peut être question de la splendeur du nom ou du souci de la gloire de la famille puisque les filles passent dans une autre famille.

La succession du fief en collatéral

A défaut de descendants du de cujus, la Coutume de Paris suivant l'exemple de Beaumanoir ne parle plus que de succession collatérale. La dévolution collatérale qui apparait aussitôt après est elle-même dominée

Source : BIU Cujas

par trois règles : 1° - C'est le plus proche en degré du côté d'où vient le fief qui exclut les plus éloignés, sans représentation.

2° - En succession collatérale et à égalité de degré, les femmes sont exclues par les mâles (articles 25 et 326).

3° - Art. 331, à égalité de degré entre les collatéraux il y a partage égal de la succession sans droit d'ainesse. L'ainesse n'existe pas en ligne collatérale. Loi encore pour justifier cette inexistence de l'ainesse en ligne collatérale, on ajoute que la splendeur du nom n'est en aucune façon intéressée. La raison n'est qu'à moitié valable, parce qu'on ne voit pas pourquoi on n'a pas supprimé aussi le privilège de masculinité auquel la splendeur du nom n'est pas toujours mêlée.

Ce sont là les seules règles à noter en matière de dévolution collatérale.

La question de la vocation héréditaire des ascendants. Dégradation progressive du Droit héréditaire des ascendants au fief: silence des coutumes.

Reste enfin la question de la vocation héréditaire des ascendants.

On sait quelles difficultés nous avons éprouvées déjà pour être fixé sur cette dévolution dans les siècles antérieurs. Nous avons pourtant constaté qu'au XIIIème et même au XIVème siècles; dans le Grand Coutumier de France, les ascendants n'étaient pas exclus, qu'ils y participaient après les descendants et avant les collatéraux. C'est un point d'ailleurs qui s'il est exact, n'est pas sans présenter quelque obscurité, à partir du XIVème siècle, on sait que les choses ont changé, le droit des ascendants a subi une rapide décadence. On le constate déjà dans Boutillier qui reproduit la maxime : le fief ne doit remonter de sa nature; c'est la traduction de la règle latine : Feudum non ascendit; Les textes relatifs à la succession des ascendants sont, pour la période qui suit, très rares et pourtant on peut dire que la dégradation du droit des ascendants s'opère si bien que c'est sans discussion dans les coutumes que les ascendants sont écartés. On ne dit nulle part que les ascendants ne succèdent pas, on se borne sans aucune explication à les omettre. On parcourait vainement tous nos anciens coutumiers, on ne trouve chez aucun d'eux mention du droit des ascendants à la succession au fief, Ni chez Pothier, dans son Traité des fiefs ou des successions, ni dans Lebrun, dans son Traité des successions, ni enfin dans le texte de la Coutume de Paris, il n'y a allusion à la vocation héréditaire de ces ascendants ou à leur exclusion. Personne n'en fournit d'explication, mais le silence est si complet qu'il n'y a pas de doute sur la solution.

Source : BIU Cujas

Arrivons à la seconde espèce de succession, c'est-à- dire à la succession aux propres.

II - Succession aux propres

Extension du domaine des propres

Depuis le XIIIème siècle, en même temps que s'est accrue et diversifié la richesse chez nous le désir de conservation du patrimoine de famille a fait accroître le nombre des biens réputés propres. Ainsi à l'époque de Beaumanoir, ne sont propres que les immeubles par nature. On leur a ajouté au XIIIème siècle les droits incorporels perpétuels comme les rentes foncières, Puis au XVIème siècle, on y ajoutait les rentes constituées qui n'ont pas besoin d'un immeuble sur lequel elles soient assises; enfin les offices. On admit même la subrogation d'un propre à l'autre en matière d'échange, de remploi. On admit la constitution d'un propre conventionnel. Il y a eu ainsi tout un mouvement d'extension dans le domaine des propres.

Quant à leur dévolution, héréditaire, on asiste ici à un double mouvement. Tout d'abord à l'organisation, à la systématisation de la législation spéciale aux propres qui s'est si solidement constituée qu'elle a duré jusqu'à la Révolution. Dans l'effort de systèmatisation, on assiste en même temps à une tendance à rapprocher la dévolution des propres de celle usitée pour les meubles et acquêts qui constituent le droit commun.

1° - D'abord l'organisation, la systématisation des règles de la dévolution des propres.

Importance croissante de la distinction des propres et acquêts. Tentative pour l'étendre au Midi

Jusqu'à la Révolution un régime spécial de dévolution a été jugé nécessaire et très favorable puisque non seulement aucune coutume n'a abandonné la division des biens en propres et acquêts, mais encore cette division et cette dévolution particulière de chacune des deux catégories de biens a été étendue même aux coutumes muettes. On cite notamment un arrêt célèbre d'Avaugourt, du 21 Juillet 1571, à propos d'une des règles des propres, la règle paterna paternis dans son application à la coutume de Chaumont en Bassigny; puis une décision du même ordre à propos de la Coutume de Chartres et dans l'interprétation de l'article 94 de cette Coutume.-

Il n'est donc pas douteux que la distinction des propres et acquêts a eu tendance à s'appliquer de plus en plus largement. Même l'esprit de conservation des biens dans les familles a poussé parfois à essayer d'introduire ce régime des propres dans le Midi où il n'existait pas. Les Romanistes l'ont tenté depuis

Source : BIU Cujas

longtemps puisqu'il en est déjà question dans la Glose. Le Midi résista. Au XVIème siècle, notre plus grand romaniste, Cujas, crut pouvoir tirer la règle de la succession aux biens par ligne d'un texte romain situé au Code (L.13, T. 6 "De legitimis heredibus" Loi 58 "de emancipatis". La tentative de Cujas est restée dans le domaine purement scientifique.

De même il a paru dans la législation royale un Edit célèbre, l'Edit des mères dû à Charles IX, en 1567 qu'il ne faut pas confondre avec l'Edit de 1560 qui limite le droit des veuves qui se remariaient, et qui est de François II. Cet Edit des mères fait pour toute la France, et même plus particulièrement pour le Midi, rejetait la succession par la mère aux biens de ses enfants qui leur seraient parvenus de leur père, en alléguant que la mère ne pouvait être appelée aux propres paternels par suite de la législation ordinaire des propres. Cet Edit fut peu apprécié, si bien qu'on le rapporta en 1729 Il n'eut de succès que dans la région de Toulouse (La Roche Flavin L.2, Art. 14) Lebrun, Traité des successions L.2, Sect. 1, Ch. II, N° 8 et 9).

Admission unanime au Nord de la règle Paterna Paternis ..Les 3 systèmes différents selon lesquels elle est appliquée

Laissons de côté le Midi où malgré toutes ces tentatives la division en propres et acquêts n'a pas définitivement pris pied. Arrivons à la législation du Nord, Dans le Nord, la règle paterna paternis est unanimement acceptée. Elle est le droit commun, mais elle est diversement interprétée. Les choses se sont un peu compliquées depuis Beaumanoir. Il y a en effet à cette époque au moins trois grandes catégories de coutumes : la 1° comprend les Coutumes souchères; la 2° les Coutumes de côté et ligne; la 3° les Coutumes de simple côté, qui diffèrent les unes des autres suivant qu'elles estiment nécessaire de remonter plus ou moins loin dans l'ascendance pour la recherche de la parenté.

Coutumes souchères

Les coutumes souchères ne donnent vocation héréditaire qu'à ceux qui peuvent établir qu'ils descendent de l'ancêtre qui a fait entrer le bien dans le patrimoine familial. On les rattache souvent à ces anciennes concessions faites "à un tel et aux hoirs de sa femme épousée".

Coutumes de ligne et de côté

Les coutumes de côté et ligne n'exigent pas que celui qui prétend à la succession démontre qu'il était descendant de cet ancêtre, mais qu'il était parent de cet ancêtre, par exemple parent collatéral, remontant pour l'ascendant commun à un degré plus éloigné que celui de l'ascendant qui a mis le bien dans la famille.

Coutumes de simple côté

Enfin les coutumes de simple côté se contentent de diviser la parenté en deux groupes :

Source : BIU Cujas

le groupe paternel et le groupe maternel , et dans chacun de ces deux groupes, pour les biens qui viennent de chacune de ces deux lignes, elles accordent vocation au plus rapproché, sans qu'il y ait lieu de rechercher à qui on doit l'entrée du bien dans la famille.

La 1ère catégorie de coutumes comprend par exemple les Coutumes de Melun (art. 264) de Dourdan (art. 116 à 118) de Mantes (art. 166-167), de Tours, (art. 287 et 288), de Montargis (Titre des successions art. 3).

La 2° catégorie de coutumes de côté et ligne sont très nombreuses, et c'est dans cette catégorie qu'il faut ranger celle de Paris (art. 326-329-330) de même la Coutume d'Orléans, et d'une façon plus générale le plus grand nombre de nos coutumes,

Enfin la 3ème catégorie de coutumes de simple côté comprend par exemple les coutumes de Metz (art. 50 titre des successions) de Sedan (art. 182) pour certains , celle de Chartres (art. 93). Sur cette division géographique coutumière, on peut se reporter à Guyné, auteur du XVIIème siècle dans son Traité Paterna paternis où ces questions sont traitées plus amplement que partout ailleurs (1698, p. 249-260).

Extension aux coutumes muettes du système de côté et ligne, malgré une tendance à leur appliquer le système de simple côté

Ceci établi et cette division acceptée, la doctrine du XVIIème et du XVIIIème siècle a beaucoup discuté pour savoir qu'elle devait être, d'entre ces trois catégories de coutumes, celle qui constituait le droit commun, dont on imposerait la règlementation aux coutumes muettes. Le plus grand nombre des coutumes rentrait dans la deuxième catégorie (côté et ligne). D'autre part, ces coutumes de côté et ligne contiennent la coutume de Paris. Il y avait là une double raison pour faire de ces coutumes le droit commun.

Pourtant pour donner quelques exemples de ces complexités notons que dès le début du XVII° siècle, Louet et Brodeau rapportent à propos de la Coutume de Chartres (art. 93) une série d'arrêts qui semblent incliner vers les coutumes de simple côté et non pas vers les coutumes de côté et ligne (arrêt des Enquêtes 19 Mars 1606; 30 Mars 1607; 24 Juillet 1618; 16 Février 1640). Certains arrêtistes ont tenté de généraliser et ont déclaré que ce sont les coutumes de simple côté qui sont de droit commun. Des hommes comme Lebrun rentrent dans ce sentiment (Succession, Livre II, Ch. I, Sect. 3, N° 3). Ils justifient cette tentative par deux raisons fort plausibles : a) En agissant ainsi, on retranche une infinité de procès parce que notamment dans les coutumes souchères les procès se sont multipliés ;

Source : BIU Cujas

b) la succession aux propres, et on sent là l'influence de la culture romaniste, n'est de droit commun que secundario parce que le droit commun originaire, c'est celui qui se rapproche le plus du droit romain et consiste à donner toute la succession aux proches parents sans distinction de ligne. Or la règle des coutumes de simple côté est plus proche de ce qu'ils considèrent comme le droit commun que les autres "primario". Pothier en arrive à la même doctrine (Ch. 2, Sect. 3, art. 4, p. 305, Ed. in 18).

2° Tendance à rapprocher la succession aux propres de la succession de droit commun

2° - En même temps que la règle "pater na paternis" généralise l'application de la maxime elle tend parfois à s'émousser et à se rapprocher de la division de la succession en deux lignes sans remonter jusqu'à l'origine antérieure des biens. Mais ce phénomène a été accompagné parfois dans notre ancien droit de mouvements un peu désordonnés et qui font saisir la lutte entre la tradition et le progrès. Ce même phénomène peut d'ailleurs s'observer aussi dans les variations internes de chaque coutume. Chaque coutume ne reste pas toujours semblable à elle-même, et le temps qui passe pousse chaque coutume à glisser de la règle souchère à la règle de côté et ligne et de celle-ci à la règle de simple côté. Ainsi la Coutume d'Orléans en 1509 est souchère, et en 1583 de côté et ligne (art. 324 et 325) (Pothier, Introduction à la coutume d'Orléans; Succession n° 31).

Glissement des coutumes vers une application moins rigoureuse de la règle Paterna paternis.

L'histoire de la coutume de Paris est plus complexe. En 1510, l'article 147 (en 1580 art. 326) semble déjà faire de la coutume une coutume de côté et ligne. Pourtant la doctrine a encore une tendance manifeste à revenir aux coutumes souchères. Louet et Brodeau règle paterna , paternis, Ch. 28, N° 5: "Tout le monde convient que dans l'ancienne coutume de Paris, les descendants de l'acquéreur étaient préférés à ceux de côté et ligne". La coutume de Paris était donc souchère autrefois. De même Guyné, 1° Décision p. 270. Nous avons d'ailleurs déjà signalé qu'en matière de retrait, la Coutume de Paris en est resté au point des coutumes souchères. Au XVIème siècle, Dumoulin soutenait l'opinion contraire et en 1580, comme on suit Dumoulin, on confirma le caractère de côté et ligne de la Coutume de Paris par l'article 329 qui interpète l'article 147 devenu dans la coutume de 1580 l'article 326. Voilà donc Paris en 1580 devenu à la suite de Dumoulin fermement coutume de côté et ligne.

Mais la pratique continue à résister C'est l'arrêt des Guibert, Octobre 1595 qui confirme ce caractère de côté et ligne de la coutume; malgré

Source : BIU Cujas

l'arrêt la tendance locale reste hostile à ce caractère de côté et ligne. Au cours du XVIIème siècle, les efforts de la pratique aboutissent à une sorte de mouvement de recul qui fait admettre qu'à égalité de degré, on préfér ra le descendant du premier acquéreur au simple collatéral ce qui est contraire au principe de côté et ligne (arrêt de Jacques Beaudoin, 27 Mars 1696) (Cf. Renusson, traité des propres Ch. II, sect. 15 et Guyné Paterna paternis 3° règle p.366). En 1646, la jurisprudence préférait même le descendant du premier acquéreur, si éloigné soit-i au simple collatéral, en s'appuyant sur le mot "réputé" q figure dans la rédaction de 1580 (Ferrière, Commentaire p. 414).

La tentative de ramener la Coutume de Paris à mi chemin entre la coutume souchère et la coutume de côté et ligne avorta. Mais elle donne la mesure de la résistance des hommes de tradition et montre la force du glissement général de la coutume qu'ils ne purent empêcher

De la présomption à appliquer pour déterminer la qualité d'un bien

C'est encore dans le même sens de rapprochement des propres et acquêts qu'en cas de doute sur la qualité d'un bien qu'on a fini par présumer qu'il devait être tenu pour acquêt. Au XVème siècle cependant Tiraqueau le considérait comme devant être regardé comme propre. Dumoulin était déjà d'une opinion opposée. C'est dans le même sens que faute d'héritiers aux propres, on appelle les héritiers aux acquêts à la succession par préférence au fisc, règle que Dumoulin a fait accepter sur l'article 330 (dans le même sens, Lebrun et Pothier, p. 312) arrêts du Parlement de Paris de 1587, 1588, 1589).

La règle propres ne remontent

Beaumanoir interprétait cette règle en ce sens seulement que les ascendants sont exclus par tous les descendants, quel que soit le degré de ceux-ci. D'autre part au XIV° et XV° siècle, cette formule tend à prendre un sens absolu en vertu duquel les ascendants ne succèdent plus du tout, en tous cas plus qu'après les collatéraux, ceux-ci étant appelés immédiatement après les descendants (Jean Desmares et Masuèr Cout. du Maine 1508 art. 254).

Réaction favorable aux droits de l'ascendant au XVI°S.

Au XVI° siècle la situation apparait au premier abord assez semblable. La Coutume de Paris de 1510 (art. 129 (art. 312, N.C.) se borne à dire "en succession en ligne directe propre héritage ne remonte". L'exclusion des ascendants de la succession aux propres est à cette époque parfois tirée du silence même de la coutume, alors que les ascendants y sont appelés expressément par elle à la succession aux acquêts. Néanmoins la première moitié du XVI° siècle est en réalité caractérisée par une

Source : BIU Cujas

réaction favorable aux droits des ascendants; on tente de rapprocher la succession de l'ascendant aux propres de la succession aux acquêts. On propose cette vocation héréditaire de l'ascendant d'abord pour un cas particulier. L'ascendant a doté sa fille qui lui a prédécédé, ou un fils a reçu une donation de ses parents et meurt sans postérité; on propose la reprise par l'ascendant du bien qu'il a donné, et cela malgré la règle propres ne remontent. On admet alors que ce droit héréditaire de l'ascendant pourra être considéré comme une exception à cette règle générale contraire; on maintient donc tout de même le principe de la règle propres ne remontent, mais si l'on maintient le principe, pour justifier cette exception, il faut une raison et on invoque que le bien en question ne peut pas vraiment être qualifié de propre. En effet le bien donné par un ascendant n'acquiert sa qualité de propre que parce que ce bien est censé donné en avancement d'hoirie. Or le prédécès du donataire fait évanouir cette idée d'avancement d'hoirie; il ne peut en être question quand la succession n'a jamais été ouverte au profit du descendant. Le bien ne doit donc pas être qualifié de propre et il doit être attribué à l'ascendant par application des règles de la succession aux acquêts. Le principe général de l'exclusion des ascendants de la succession aux propres paraît donc subsister, et certaines coutumes le reproduisent (Touraine, 1559, art. 311 qui proclame le principe "propres ne remontent" avec une exception formelle pour la donation faite par un ascendant).

Le droit de l'ascendant donateur

Dumoulin était au contraire favorable à la vocation générale de l'ascendant aux propres; il manifeste ce sentiment favorable de deux manières; d'une part sur l'art. 129 de la Coutume de Paris de 1510: " En ligne directe, en matière de succession, propres héritages ne remontent point". Il interprète "propres héritages" ne remontent point", comme s'il voulait dire que les ascendants ne succèdent pas aux propres qui seraient d'une autre ligne que la leur. Le père n'a pas vocation aux propres maternels, et la mère n'a pas vocation aux propres paternels. Ce sens peut être originaire, comme on l'a vu antérieurement, il le justifie en disant que l'art. 129 doit être interprété eu égard à celui qui le précède et où il est question non plus de propres mais d'acquêts. En acquêts, l'ascendant succède à tous les biens, sans distinguer entre biens paternels et maternels (Dumoulin, Commentaire sur l'art. 129 et sur la Coutume d'Artois, art. 107; Ed. 1681, T. I.

Faveur de Dumoulin pour le droit de succession des ascendants aux propres

Source : BIU Cujas

p. 888-889; T. II, p. 712). C'est pour enlever, en matière de propres, son caractère absolu à la succession des ascendants que l'art. 129 a été écrit: Les ascendants sont exclus en principe quand ils ne sont pas de la ligne d'où viennent les biens, dont il s'agit. " Parentes non excluduntur sui odio, sed per consequentiam patrominii, id est quo bona mansant in linea". "Les parents ne sont pas exclus par haine d'eux-mêmes, mais seulement pour que les biens restent dans la ligne". Si l'ascendant est dans la ligne, il n'est pas exclu.

Telle est l'interprétation générale que donne Dumoulin qui conduit à écarter le principe même de l'exclusion générale de l'ascendant de la succession. En même temps Dumoulin n'était pas très sûr, quand il formulait cette règle générale, de la faire triompher, et il avait raison. Un arrêt de 1554 venait en effet de refuser au Président du Parlement Le Maître, le retour de la dot de sa fille. Il ajoute donc à sa doctrine générale l'examen spécial du cas particulier de la fille dotée que l'adoption de l'interprétation générale qu'il propose aurait rendu superflu. Il examine comment on pourrait s'y prendre pour ce cas particulier afin d'accorder à l'ascendant donateur vocation héréditaire. Il reprend le raisonnement antérieur à lui que le bien donné par l'ascendant donateur n'est pas un propre. Il se rallie à la doctrine précédente. Il accepte la même solution pour le cas plus délicat où le père réclame dans la succession de son fils des biens que celui-ci aurait trouvés dans la succession du grand-père, à supposer que le père ait renoncé à cette succession. L'opinion de Dumoulin triompha complètement et sur ces deux points dans la Coutume réformée de 1580, mais dans la rédaction même, on se laissa aller à des formules un peu maladroites (art. 312 à 315).

Le droit de retour de l'ascendant donateur dans la Coutume de Paris

L'art. 313 a trait au cas particulier du retour à l'ascendant donateur, hypothèse à laquelle Dumoulin s'était attaché en dernier lieu, et dont est sorti l'art. 747 du C. Civ.: art. 315". Toutesfois succedent ès choses par eux données à leurs enfans, decedans sans enfans, et descendans d'eux". Voilà un premier article qui donne déjà raison à la prétention de Dumoulin.

L'art. 312 reproduit l'art. 129 " propres ne remontent par succession en ligne directe": " En succession en ligne directe, propre héritage ne remonte, et n'y succèdent les pere, mere, ayeul ou ayeulle". C'est donc la reproduction de l'art. 129 avec une addition qui ne paraît pas modifier l'exclusion générale des ascendants acceptée en 1510. Le maintien de cette exclusion générale des ascendants considérée comme un principe contenu dans l'art. 312, est en quelque sorte réconforté

Source : BIU Cujas

par le début de l'art. 313: " Toutesfois succedent és choses par eux données à leurs enfans....". La succession de l'ascendant donateur est bien présentée ici comme une exception au principe de l'art. 312. Le principe qui subsiste donc, c'est encore celui de l'exclusion générale des ascendants de la succession aux propres. On chercherait en vain dans le procès-verbal de la rédaction de la Coutume quelques éclaircissements sur l'intention exacte des rédacteurs. Or dès 1586, Chopin, dans son Commentaire sur la Coutume (II, 14) interprète cet art. 312 qui formule la règle générale comme s'il édictait au contraire la solution générale donnée par Dumoulin à savoir que les ascendants ne sont exclus que des biens qui ne sont pas de leur ligne. Le principe, pour lui, est désormais que les ascendants succèdent aux propres dans leur ligne. La formule de l'art."312 doit être interprétée en opposition avec le droit plus général de l'art. 311. On a voulu apporter seulement une réserve en ce qui concerne les propres qui ne sont pas de la ligne de l'ascendant. L'interprétation de Chopin fut unanimement reçue (Ferrière, Pothier, p. 204-225). Si on entend l'art. 312 avec ce sens, le début de l'art. 313 le "toutefois" est incompréhensible; pourquoi le présenter comme une exception par le mot "toutefois" alors qu'il n'est qu'une application du principe général contenu dans l'art. 312 ? Voilà une maladresse de rédaction puisque tout le monde était d'accord pour admettre la vocation générale héréditaire des ascendants aux propres de leur ligne, et leur vocation spéciale en cas de l'ascendant donateur.

Interprétation aboutissant à donner aux ascendants vocation aux propres de leur ligne

Revenons à l'art. 313. Il suppose que l'enfant donataire décède sans descendants avant l'ascendant donateur. On étend ce droit de retour au cas où le donataire aurait laissé un enfant mort lui-même avant le donateur. Par contre on refuse la vocation héréditaire à l'ascendant si l'enfant donataire avait laissé plusieurs enfants et si celui-là seul auquel le bien donné avait été attribué était mort sans enfant avant le donateur. Dans ce cas, on préfère à l'ascendant donateur les frères du premier bénéficiaire qui vivent encore au décès du post-donataire et sont eux aussi fils du donataire. (Ferrière sur art. 313; Pothier, Successions, p. 236).

L'application de l'art. 313 est plus délicate dans une série d'hypothèses qui vont révéler quelque imperfection technique dans la construction de nos juristes du XVIe siècle.

Difficultés d'application du droit de retour

Le grand-père a donné un immeuble propre à son petit-fils, le père de celui-ci étant vivant; le petit-fils meurt en laissant comme survivants son père et son

Construction imparfaite de la

Source : BIU Cujas

nature du droit de l'ascendant donateur

grand-père donateur; lequel doit succéder, du père ou du grand-père ? L'ascendant le plus proche est le père, mais si l'ascendant appelé tient sa vocation tout autant de sa qualité de donateur, que de celle d'ascendant successible, celui qu'il faudrait préférer ce serait peut-être le donateur. Il faut alors choisir entre cette qualité d'héritier le plus proche et celle d'ascendant donateur. Les Romains fondaient le droit de l'ascendant à reprendre le bien sur sa qualité de donateur et le faisaient passer avant l'héritier même de degré plus rapproché. Le retour était une sorte de condition mise à la donation et qui se réalisait. Notre ancien droit sur ce point veut que le droit de l'ascendant donateur soit un droit de succession. Il donne à l'ascendant la saisine héréditaire, lui impose l'obligation aux dettes et pourtant il préfère dans la succession du petit-fils le grand père donateur au père, bien qu'au point de vue des règles de la dévolution héréditaire, le père soit à un degré plus proche. Notre ancien droit n'a pas su prendre parti entre les deux qualifications dictinctes; tout en faisant de l'ascendant donateur un héritier, il lui a maintenu une préférence qui ne peut dériver que de la qualité de donateur.

Voilà pour ces art. 312, 313 dont l'intelligence n'est donc pas très facile.

Dégradation de la règle propre ne remonte

La Coutume de 1580 a ajouté à l'art. 313, un art. 315 qui complète la théorie du retour de l'ascendant. L'enfant a acquis un immeuble durant sa vie; il meurt laissant plusieurs enfants à l'un desquels est attribué le bien qu'il avait acquis. Pour cet enfant, le bien prend la nature de propre; or il arrive que l'enfant attributaire meurt lui-même sans enfant. Le propre va d'abord à ses frères et soeurs qui descendent de celui qui a mis le bien dans la famille. Mais s'il n'y a pas de frères et soeurs, on appelle l'aieul et l'aieule, le grand-père avant tous les collatéraux, c'est-à-dire avant les frères et soeurs de celui qui a mis le bien dans la famille: oncles et tantes du de cujus. C'est donc que les propres remontent, puisque voilà un propre qui va appartenir à un ascendant antérieur à celui qui a mis le bien dans la famille, alors que pour lui et ceux de son rang, le bien n'était pas encore un propre. Cet article a été inséré pour consacrer la doctrine extensive de deux arrêts du 9 Août 1572 et du 27 Juillet 1576. Tout cela montre la croissance de la vocation héréditaire des ascendants et la dégradation de plus en plus accentuée de la règle " propres ne remontent".

Reste l'art. 314 destiné à avantager une catégorie particulière d'ascendants; le père et la mère,

Source : BIU Cujas

que notre ancien droit aime à traiter différemment des autres héritiers.

Faveur spéciale faite aux père et mère et leur permettant de succéder à l'usufruit d'un propre de l'autre ligne

Voici l'espèce dont il s'agit, qui étend le principe que nous venons d'examiner. Supposons un époux ou deux époux qui ont acquis ensemble un immeuble pendant la durée de leur vie commune. L'un d'eux vient à mourir, Au décès du prémourant, l'immeuble se partagera entre d'un côté l'époux survivant commun, et de l'autre les enfants qui sont nés du mariage et qui prennent le part du prédécédé. Chez ces enfants, le bien devient un propre naissant du côté de l'époux prédécédé. Dans ces circonstances si l'enfant qui a reçu ce bien vient à mourir, avant que ne meurt le parent survivant, l'art. 314 dit que le parent survivant au cas où l'enfant ne laisse pas de descendants, aura droit à l'usufruit de ce bien. Or ce bien est vis-à-vis de l'ascendant survivant un propre qui vient de l'autre ligne il y a donc ici extension de la vocation héréditaire de l'ascendant à un propre de l'autre ligne. C'est un cas particulier que la loi a cru devoir régir à cause de la faveur qu'elle veut faire au père où à la mère.

Voilà la doctrine touffue et complexe de la Coutume de 1580 relative à la règle "propres ne remontent".

III. Dévolution des acquêts.

I° Vocation des descendants. Le principe d'égalité entre enfants

I° Dans cette dévolution, le premier ordre c'est toujours celui des descendants. La Coutume de Paris consacre cette vocation dans deux art. 302, 303 dont le principe essentiel est la règle du partage égal de tous les biens entre tous les descendants. C'est l'inverse de ce que nous avons rencontré pour la succession aux fiefs : " Les enfans héritiers d'un defunct, viennent également à la succession d' iceluy défunct, fors et excepté des heritages tenus en fief, ou franc aleu noble, selon la limitation mentionnée au tiltre des fiefs". La règle, c'est l'égalité, et non seulement cette règle de l'égalité est non seulement un principe que les coutumes désirent voir accepté entre descendants, mais c'est même une règle imposée par la coutume. Elle interdit d'abord aux parents de porter atteinte à cette égalité s'ils ont fait de leur vivant une donation à un des enfants. Celui-ci en effet ne peut venir à la succession qu'à condition de rapporter le bien, et les parents ne peuvent même pas par un acte exprès au moment où ils font la donation, dispenser le descendant du rapport. De même ils ne peuvent pas, par un legs favoriser un de leurs enfants au détriment des autres.

Caractère impératif de cette égalité

Source : BIU Cujas

L'exécution de ce legs se heurterait à l'art. 300 aux termes duquel on ne peut être à la fois héritier et légataire. L'art. 303 résume l'application de ces idées: " Pere et mere ne peuvent par donation faite entre vifs, par testament et ordonnance de dernière volonté, ou autrement en manière quelconque, advantager leurs enfans venans à leur succession l'un plus que l'autre". On voit la rigueur de notre vieille loi en matière d'égalité qui est en opposition catégorique avec le principe de la succession féodale et avec le droit d'ainesse. Ce droit d'aînesse, contraire au sentiment général du pays, a été de plus en plus en se dégradant jusqu'au jour où la Révolution l'a fait disparaître.

Réaction nobiliaire contre cette égalité; l'usage des renonciations

L'aînesse cependant correspondant à certaines aspirations de la population. Il faut reconnaître que la poussée nobiliaire des XIV° et XV° siècles n'a pas manqué d'utiliser à l'encontre de l'égalité et dans le même sens que l'aînesse, la possibilité de renoncer à une succession accordée à tous les héritiers, art. 307: " Néanmoins où celuy auquel on aurait donné, se voudrait tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité , la légitime réservée aux autres enfans". La renonciation à la succession qui permet à l'enfant donataire de conserver le bien qui lui a été donné a été admise de toute antiquité, même si la valeur de ce bien dépasse sa part dans la succession, à Rome; mais à Rome on ne parlait de renonciation qu'à une succession déjà ouverte. Chez nous, dès le XIV° siècle, on s'est attaché à valider les renonciations anticipées à une succession future et au profit de l'aîné dont on voulait grossir la part. Cette renonciation à succession future est obtenue par les parents dans le contrat de mariage d'un de leurs enfants, soit de la fille qui renonce, soit de l'aîné qui doit en profiter. Voilà la grave atteinte au principe de l'égalité dans les successions, car les parents peuvent user de leur influence pour obtenir de leurs enfants cette renonciation à laquelle ils n'auraient peut-être pas souscrit après la mort de leurs parents. Mais la coutume ne l'a jamais sanctionnée dans son texte; il n'y a aucun article qui révèle ces pratiques dans la région parisienne, alors qu'elles n'en ont pas moins été générales.

La représentation

La seconde règle de la Coutume de Paris relative à la succession des descendants, est, depuis le XVI° siècle, le principe de la représentation. Les petits-enfants ou arrières-petits-enfants prennent dans la succession la place de leur père ou grand-père prédécédé et succèdent en même temps que leurs oncles et tantes, bien qu'ils soient d'un degré postérieur. Ils ne sont pas exclus par les descendants du degré antérieur. La légis-

Source : BIU Cujas

Etat de la question avant la rédaction des Coutumes

lation germanique écartait cette représentation que la population gallo-romaine s'était efforcée de maintenir au moyen de rappels à succession. La pratique de ces rappels se poursuit pendant cette période obscure qui va du IX° au XIII° siècle; on en trouve toujours trace en I277 dans les Olim (II.29 p. 95 et ss.). Jean Desmares (N° 238) y fait encore allusion au XIV° s., mais la Coutume à cette époque n'en rejette pas moins le principe de la représentation en tant que loi impérative. La représentation est exclue dans la T.A.C. de Normandie et Jean Desmares dit qu'il en est de même dans la région parisienne (voir texte cité supra).

La représentation dans la coutume de Paris

Dans les Coutumes rédigées la représentation a été parfois expressément rejetée (Melun, I506, art.IOO). D'autres fois, probablement sous l'influence romaine, la représentation a été acceptée, elle l'a été complètement à Orléans, dès I509. La première rédaction de Paris, I5IO, art. I23 admet aussi la représentation, mais de façon limitée à la ligne directe (art. 3I9 de la rédaction de I580). Le procès-verbal témoigne qu'il y eut sur ce principe une véritable discussion. L'art. I49 déclare au contraire qu'en ligne collatérale, la représentation n'a pas de lieu. Il faut en arriver à la coutume de I580 pour que la théorie soit complétée et que la représentation en collatérale soit admise dans une certaine mesure et que tout l'organisme juridique soit constitué. La théorie est contenue en I580 dans les art. 3I9, 320 , et la doctrine qui en est issue est la même que celle d'aujourd'hui.

La représentation à l'infini en ligne directe

En ligne directe la représentation est admise sans restriction par l'art. 3I9: " En ligne directe, représentation a lieu infiniment et en quelque degré que ce soit. " Il n'y a de limitation ni quant au degré, ni quant aux conditions de fait où la succession a pu s'ouvrir.

Représentation à l'effet de succéder et R^on à l'effet de partager

Cette représentation agit d'abord à l'effet de succéder: le représentant prend exactement la place du prédécédé; s'il y a plusieurs représentants d'une même personne, ils sont appelés tous ensemble et partagent entre eux. A cette représentation à l'effet de succéder qui donne vocation héréditaire à des descendants d'un degré postérieur qui ne l'auraient passans elle, on oppose la représentation à l'effet de partager. Elle suppose que les héritiers ont déjà par eux-mêmes vocation héréditaire. Tous les enfants d'un de cujus étant déjà morts, la succession est dévolue au degré suivant, c'est-à-dire aux petits-enfants. Ceux-ci n'ont besoin d'aucune représentation pour avoir vocation héréditaire; on applique pourtant ici la représentation mais pour par-

Source : BIU Cujas

tager la succession entre les petits-enfants comme si les parents étaient encore vivants; on partagera par souches et non par têtes, bien que les petits-enfants aient vocation personnelle. Malgré le silence des textes, la doctrine était unanime sur ce point.

Représentation en collatérale à fin de succéder au profit seulement des neveux et nièces

La représentation en ligne collatérale était prévue par l'art. 320. Elle n'a lieu ici qu'au profit des neveux et nièces. Il n'est pas question de leurs enfants et descendants comme aujourd'hui dans l'art. 742 du C.Civ. En outre l'art. 320 est plus étroit que notre Code, puisque la représentation est limitée ici au cas où elle agit à l'effet de succéder, c'est-à-dire au cas où les représentants ont besoin pour succéder de la vocation héréditaire des représentés. Le texte dit en effet: " En ligne collatérale, représentation a lieu quand les neveux ou nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères et soeurs du décédé. Et au dit cas de représentation les représentants succèdent par souches". Par conséquent, s'il n'y avait plus ni frères ni soeurs du décédé, si les neveux et nièces étaient tous appelés à la succession et avaient vocation personnelle, le texte ne s'appliquerait pas. Il n'est donc plus question ici de la représentation à l'effet de partager comme en ligne directe. Si le degré suivant des successibles est appelé tout entier, ilspartagent par tête, art. 321: " Mais si les neveux en semblable degré viennent de leur chef et non par représentation, succèdent par têtes et non par souches, tellement que l'un ne prend non plus que l'autre ". Notre art. 742 admet au contraire la représentation en ligne collatérale exactement de la même manière et avec les mêmes effets qu'en ligne directe.

Diversité des coutumes quant à la représentation

Le reste de la France présentait sur cette matière une grande variété. En ligne directe, presque toutes les coutumes admettent la représentation. Quatre seulement l'excluent (Ponthieu, Boullenois, Artois, Hainaut); en ligne collatérale il y a plusieurs catégories de coutumes: la 1° rejette la représentation; la 2° (Paris) l'admet seulement au premier degré (neveux et nièces); la 3° l'étend aux descendants de ceux-ci; et la 4° l'admet à l'infini. On reconnaît tout de suite dans ces dernières coutumes celles issues de l'application du régime des parentèles (Maine, Anjou, Touraine, Perche).

La représentation collatérale n'est pas de droit commun. (arrêt du 15 Avril 1585). Elle n'est pas appliquée si la coutume est muette. Lamoignon (T. 41: art. 22 à 24) aurait voulu appliquer ici la Coutume de Paris.

Source : BIU Cujas

Nos commentateurs du XVII° et du XVIII° s. ont sur ces textes élaboré toute une doctrine de la représentation qui ressemble de trop près à celle pratiquée aujourd'hui pour que nous nous y arrêtions.

2° Vocation des ascendants à défaut de descendants

2° Faute de descendants, les ascendants succèdent, art. 311: "Père et mère succèdent à leurs enfans nés en loyal mariage s'ils vont de vie à trespas sans oirs de leur corps; aux meubles, acquests et conquests immeubles. Et en défaut d'eux, l'aieul ou l'aieule et autres ascendants".

pas de collatéraux privilégiés

Tous les ascendants succèdent donc au de cujus avant les collatéraux. Il n'y a pas chez nous de collatéraux privilégiés comme dans la Novelle 118, qui puissent concourir avec les ascendants. Les art. 340 et 341 excluent expressément la Novelle en appelant sur le même pied tous les frères et soeurs germains, consanguins et utérins. Les coutumes, sur ce point sont très variées: beaucoup adoptent les règles parisiennes. Pourtant certaines adoptent, même complètement la Novelle. Voir Pothier, Succ^{s} p. 273 et suiv.

Certaines coutumes comme Orléans (N.C. art.313) font quelques distinctions et appellent parfois certains collatéraux avec les ascendants comme Beaumanoir le faisait déjà. Ainsi, les frères et soeurs sont appelés à la nue propriété en présence des aieuls qui prennent l'usufruit.

Absence de fente

La Novelle 118 établit en outre la fente (C.Civ. 746) en vertu de quoi les ascendants succèdent par souches et dans chaque ascendance, l'ascendant le plus proche prend la part de la souche à laquelle il appartient. Rien de semblable dans la Coutume de Paris. La question fut posée au XVIII° siècle, et un arrêt solennel du 30 Mars 1702 proclama la vocation par tête et non pas par souche, même dans son application aux ascendants. L'ascendant le plus proche exclut tous les autres. La Coutume de Tours préfère cependant le système de Justinien.

3° Les collatéraux

3° A défaut d'ascendants, succèdent les collatéraux, le plus proche excluant le plus éloigné, art.325 et 329. Ici non plus, il n'y a pas de fente, sauf dans quelques coutumes comme Loudun, Bourbonnais et Reims etc.

Resterait à dire quelques mots sur deux articles de la Coutume de Paris, l'art. 338: " L'oncle succède au neveu avant le cousin germain", qui a pour but d'écarter la computation canonique et l'art. 339 prévoyant une hypothèse assez subtile.

Telles sont les règles essentielles de la dévolution dans l'ancien droit. Propres et acquêts sont restés distincts les uns des autres, mais avec une tendance à se rapprocher.

Source : BIU Cujas

Il faudrait examiner encore la dévolution en pays de droit écrit, d'après la Novelle II8 avec les certaines dérogations qui lui ont été apportées relativement à l'afnesse et à la masculinité, les idées nobiliaires ayant été plus répandues encore au Midi qu'au Nord; il faudrait voir aussi comment l'influence du Nord a dans certaines régions de l'Ouest fait accepter une division d'après l'origine des biens contrairement au droit de Justinien, par exemple à Bordeaux..... Le temps nous oblige à nous en tenir là.

F I N

-:-:-:-:-:-:-:-:-:-:-

Source : BIU Cujas