

§ III. De la procédure.

239. La procédure est étrangère à notre travail ; toutefois il y a des exceptions. Nous avons dû traiter de la procédure en divorce et en séparation de corps à cause du lien intime qui existe entre cette procédure et le droit. Il en est de même de la séparation de biens ; nous allons dire les motifs des règles spéciales que la loi établit en cette matière ; les conséquences qui résultent de leur inobservation sont graves : c'est la nullité. Ce serait donc donner une idée incomplète de la matière que de se borner aux principes du pur droit civil ; nous n'entrerons pas dans la discussion des questions de procédure, mais nous devons au moins exposer la doctrine admise par les auteurs et consacrée par la jurisprudence.

240. La femme, en matière civile, ne peut jamais ester en jugement sans autorisation de son mari (art. 215). Mais quand il s'agit de poursuivre la séparation de biens contre le mari, on conçoit que la loi n'exige pas l'autorisation maritale ; elle n'exige pas même l'autorisation de justice proprement dite, c'est-à-dire celle du tribunal. Aux termes de l'article 865 du code de procédure, « aucune demande en séparation de biens ne pourra être formée sans une autorisation préalable que le président du tribunal devra donner sur la requête qui lui sera présentée à cet effet. Pourra néanmoins le président, avant de donner l'autorisation, faire les observations qui lui paraîtront convenables. » Ainsi le président remplace le tribunal, et son autorisation tient lieu de celle du mari ; la loi ajoute que l'autorisation ne peut être refusée. Pourquoi doit-elle être donnée à la femme qui la demande ? Parce que la femme exerce un droit, et un droit qui tient à l'essence de la communauté ; dès lors il fallait lui permettre d'agir et, par suite, il était inutile de s'adresser au mari ou au tribunal. Si le président intervient, c'est d'abord pour couvrir l'incapacité de la femme ; puis il est appelé à faire des observations à la femme, dit l'article 865. Une demande en séparation qui ne serait pas fondée jetterait la désunion

dans la famille. Le président doit donc s'enquérir des motifs pour lesquels la femme demande la séparation, et lui donner, à ce sujet, les conseils que la prudence commande (1).

On a prétendu qu'outre l'autorisation du président, que l'article 865 exige comme mesure *préalable*, la femme devait obtenir l'autorisation *définitive* de son mari. La jurisprudence a repoussé cette interprétation, contraire au texte comme à l'esprit de la loi. Si l'autorisation du mari était requise, la loi n'aurait pas fait intervenir le président pour autoriser la femme ; et si la loi veut, en principe, que la femme soit autorisée, c'est que le mari peut refuser l'autorisation ; quand il est forcé de la donner, il est inutile de la demander. Il ne s'agit que d'une formalité, et il est dans les convenances que le président la remplisse plutôt que le mari (2).

L'autorisation requise pour couvrir l'incapacité de la femme est, en général, spéciale ; elle n'habilite la femme qu'à faire l'acte pour lequel elle est accordée. Il n'en est pas de même de l'autorisation que le président donne à la femme pour agir en séparation. La cour de cassation a jugé que cette autorisation habilite la femme à agir à tous les degrés de juridiction ; il y a plus ; la cour de Bruxelles a décidé que la femme pouvait, en vertu de l'autorisation du président, poursuivre l'instance en liquidation de ses droits, cette instance étant une suite nécessaire de la demande en séparation (3). La raison juridique est que l'autorisation n'est que de forme, elle ne peut être refusée ; dès lors il est inutile de la renouveler.

241. Ce n'est pas seulement l'introduction de la demande en séparation qui est soumise à des règles spéciales. Toute la procédure est gouvernée par des règles particulières. La raison en est que l'expérience de tous les temps atteste que les séparations de biens ont souvent pour but

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 616, nos 2122 et 2123. Lyon, 22 mars 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1719).

(2) Rejet, chambre civile, 15 juillet 1867 (Dalloz, 1867, 1, 321), Gand, 26 décembre 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 286).

(3) Arrêt précité (note 2) et Bruxelles, 27 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 242).

de frauder les créanciers, en leur enlevant le gage qu'ils ont dans la dot de la femme. La loi devait veiller à ce que la séparation fût sérieuse, et donner aux créanciers le moyen de la combattre si elle a pour objet de les frustrer. Les témoignages abondent malheureusement quand il s'agit de fraude; et, chose remarquable, ces plaintes sont surtout fréquentes dans ce qu'on appelle le bon vieux temps. « On sait, dit Poullain du Parc, que *presque toutes les séparations de biens sont collusoires* entre le mari et la femme, à l'oppression des créanciers. » Les séparations, dit Bourjon, étant *presque toujours* des épouvantails dont les débiteurs injustes se servent pour écarter leurs créanciers et mettre leurs meubles à couvert de la poursuite de ces derniers, sont regardées comme peu favorables (1). Berlier constate l'abus dans l'Exposé des motifs; en parlant de la séparation de biens, il dit : « Ce mot ne pouvait être prononcé sans rappeler les fraudes qui se sont trop souvent pratiquées à ce sujet; mais il n'était pas possible de rejeter toutes les séparations de biens parce qu'il y en a eu quelquefois de frauduleuses : de quelle institution n'a-t-on pas abusé? » Il est certain que l'abus est devenu plus rare, précisément parce que la loi a multiplié les garanties en faveur des créanciers. Ceux-ci réclament souvent parce que leurs intérêts sont lésés par toute séparation, quoique faite de bonne foi; mais il est rare que la justice les écoute. Ne serait-ce pas une preuve que la moralité gagne, et que l'on se fait une étrange illusion sur le bon vieux temps?

N° 1. LA DEMANDE.

242. La demande en séparation doit être rendue publique. Quand la loi prescrit la publicité, c'est toujours dans l'intérêt des tiers; ils sont très-intéressés à la publicité de la demande en séparation de biens. La loi donne aux créanciers du mari le droit d'intervenir dans l'instance pour contester la demande de la femme (art. 1447). Il faut

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 67, n° 75.

donc qu'ils sachent que l'action est intentée. Ceux-là mêmes qui ne sont pas encore créanciers, mais qui voudraient traiter avec le mari, ont intérêt à savoir qu'une action en séparation est formée contre lui; car si la séparation est prononcée, elle a effet à partir du jour de la demande (art. 1445). Par suite de cette rétroactivité, la femme peut attaquer les actes du mari postérieurs à l'introduction de la demande; les tiers doivent donc être prévenus afin qu'ils puissent sauvegarder leurs intérêts. Voilà pourquoi la loi veut que la demande soit publiée par la voie des journaux; c'est la publicité de prédilection des temps modernes, elle est bien plus efficace que celle qui se fait par voie d'affiche dans les auditoires des tribunaux.

243. Quelles sont les formes prescrites pour la publicité? Nous renvoyons sur ce point aux articles 866-868 du code de procédure. L'article 869 ajoute : « Il ne pourra être, sauf les actes conservatoires, prononcé, sur la demande en séparation, aucun jugement qu'un mois après l'observation des formalités ci-dessus prescrites. » Un temps moral est nécessaire pour que les créanciers, avertis par la publicité de la demande, recueillent les renseignements qui leur permettent d'apprécier si la demande est sérieuse, ou si elle est faite en fraude de leurs droits. Si la demande pouvait être jugée immédiatement, on favoriserait la fraude; le tribunal déciderait sans être éclairé par l'opposition des créanciers. Il est vrai que la loi permet aux créanciers d'attaquer la séparation prononcée en fraude de leurs droits, alors même qu'ils ne seraient pas intervenus dans l'instance; mais il vaut mieux prévenir une séparation frauduleuse que d'être obligé de l'annuler (1).

L'article 869 sanctionne l'observation de ces formalités par la peine de nullité, laquelle peut être opposée par le mari ou par ses créanciers. Quand l'intérêt des tiers est en cause, la loi prononce d'ordinaire la nullité, parce que l'intérêt des tiers c'est l'intérêt public. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

(1) Toullier, t. VII, 1, p. 46, n° 49. Rodière et Pont, t. III, p. 620, n° 2131.

244. Pothier dit que le juge ne doit prononcer la séparation qu'après que la femme aura fait la preuve des faits qui servent de fondement à sa demande. C'est le droit commun, et c'est aussi le droit commun qui détermine la nature des preuves. Il y a cependant une exception. Quand, en matière civile, le défendeur reconnaît la légitimité de la demande, le demandeur obtient gain de cause, puisque l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1356). Est-ce que l'aveu du mari suffirait pour faire admettre la séparation? Non. Quand même, dit Pothier, le mari aurait avoué les faits qui servent de fondement à la demande de la femme, le juge ne doit pas moins exiger que la femme en fasse la preuve. C'est une conséquence du principe qui prohibe les séparations volontaires. La séparation ne pouvant se faire du consentement des parties, il est nécessaire, pour éviter la collusion entre le mari et la femme, que les faits soient justifiés par la femme, indépendamment de l'aveu du mari. L'opinion de Pothier est consacrée par le code de procédure (art. 870)(1).

N° 2. DU JUGEMENT.

245. « Toute séparation de biens doit, avant son exécution, être rendue publique » (art. 1445). Pourquoi la loi prescrit-elle la publicité du jugement qui prononce la séparation? Pothier en donne une raison qui est décisive. La séparation de biens apporte un changement considérable dans l'état de la femme; elle reprend la *libre* administration de ses biens mobiliers, c'est-à-dire qu'elle est affranchie de la puissance maritale pour tout ce qui concerne l'administration de ses biens; elle peut en disposer, elle peut s'obliger sans autorisation du mari ou de justice. Elle reprend de plus la jouissance de ses biens et, par suite, le mari en est privé. Les tiers qui traitent avec le mari ou la femme ont grand intérêt à connaître les changements que la séparation produit dans les droits du mari et dans

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 515. Aubry et Rau, t. V, p. 394, note 21. § 516.

l'état de la femme. De plus, les créanciers du mari ont le droit d'attaquer la séparation qui aurait été faite en fraude de leurs droits. La publicité du jugement qui prononce la séparation les avertit. Enfin, les créanciers peuvent attaquer l'exécution du jugement si elle se fait en fraude de leurs droits. C'est encore un motif pour donner la plus grande publicité à la sentence du juge, qui les met en demeure de veiller à leurs intérêts (1).

246. Le mode de publicité est déterminé par l'article 1445, complété par l'article 872 du code de procédure. D'après le code civil, le jugement doit être affiché dans la principale salle du tribunal de première instance et, de plus, si le mari est marchand, banquier ou commerçant, dans la salle du tribunal de commerce du lieu de son domicile. Le code de procédure ordonne l'affiche au tribunal de commerce, alors même que le mari n'est pas commerçant, parce qu'il est nécessairement en relation avec des marchands, qui ont intérêt à savoir s'il est commun en biens ou si la communauté a été dissoute. De plus, le code de procédure exige l'affiche dans les chambres d'avoués et de notaires, parce que, par la nature de leurs fonctions, ils sont appelés à donner des conseils à ceux qui traitent avec le mari. Il y a cependant une lacune dans l'article 872. La demande en séparation doit être rendue publique par la voie des journaux, tandis que la loi ne prescrit pas l'insertion dans les journaux du jugement qui prononce la séparation. C'est un oubli du législateur, car il n'y a aucun motif de différence entre le jugement et la demande. De fait la publication du jugement a lieu par la voie des journaux; mais comme la loi ne la prescrit pas formellement, on ne pourrait pas prononcer la nullité pour inobservation de cette formalité, la peine de nullité ne pouvant s'étendre par voie d'analogie (2).

247. L'article 1445 prononce la nullité de l'exécution à défaut de publicité du jugement. Faut-il étendre cette sanction à l'inobservation des formalités prescrites par l'article 872 du code de procédure? Il y a un motif de dou-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 517. Demante, t. V, p. 241, n° 93.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 241, n° 93 bis I et II.

ter, c'est que l'on n'étend pas les nullités. En matière de procédure, il est de principe qu'aucun acte ne peut être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi (art. 1030). Toutefois ces doutes n'ont pas prévalu, et avec raison. Il faut d'abord écarter l'article 1030, qui ne concerne que les *actes de procédure*; on ne peut pas qualifier ainsi l'affiche dans un tribunal et l'insertion dans les journaux. Puis l'article 872 du code de procédure et l'article 1445 du code civil ne forment, en réalité, qu'une seule et même disposition, ayant un seul et même but, la publicité. Conçoit-on la peine de nullité sanctionnant l'un des éléments de publicité, tandis que l'autre serait sans sanction? Ces raisons ne seraient peut-être pas suffisantes; il y en a d'autres qui sont décisives. L'article 872 ajoute à la fin : « Le tout sans préjudice des dispositions portées en l'article 1445 du code civil. » Or, l'article 1445 ordonne la publicité du jugement à peine de nullité de l'exécution; cette nullité frappe donc toute inobservation des formes prescrites pour la publicité, celles de l'article 1445 complétées par celles de l'article 872. On peut encore invoquer les termes mêmes de l'article 872, qui sont conçus dans une forme irritante et, par conséquent, impliquent nullité. Telle est la jurisprudence (1), ainsi que la doctrine (2).

248. La séparation de biens résultant de la séparation de corps doit-elle être rendue publique? Aux termes du code de procédure, article 880, un extrait du jugement qui prononce la séparation doit être publié *ainsi qu'il est dit dans l'article 872*. Est-ce sous peine de nullité? La cour de cassation met la séparation de biens résultant de la séparation de corps sur la même ligne que la séparation de biens poursuivie par la femme; et, en théorie, cette assimilation est parfaitement exacte, au moins en ce qui concerne la publicité du jugement; il y a identité de raison si l'on admet que le jugement rétroagit dans les deux

(1) Voyez, entre autres arrêts, Caen, 15 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1779), et Amiens, 25 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1777). Comparez *Pasicrisie*, 1861, 2, 301 en note sur réquisitoire de l'avocat général Donny.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 396 et note 26; Rodière et Pont, t. III, p. 625, n° 2143.

cas. Même abstraction faite de la rétroactivité, l'intérêt des tiers exige la publicité (t. III, n° 339). Mais la question de nullité présente une difficulté spéciale. L'article 880 ne fait que renvoyer à l'article 872, et l'article 872 renvoie à l'article 1445 du code civil. En peut-on conclure, comme le fait la cour suprême, que l'article 1445 est applicable à la séparation de corps (1)? Cela nous paraît douteux; toutefois nous admettons la nullité, parce que l'article 872 l'établit implicitement, comme nous venons de le dire (n° 247).

N° 3. L'EXÉCUTION DU JUGEMENT.

249. Le jugement qui prononce la séparation de biens doit être exécuté, sous peine de nullité, dans le délai et dans les formes prescrits par l'article 1444. C'est encore une règle spéciale à notre matière. D'après le droit commun, celui qui a obtenu un jugement est libre de l'exécuter quand il veut, il peut accorder un délai au défendeur; la loi s'en rapporte, à cet égard, à l'intérêt des parties. Pourquoi en est-il autrement du jugement de séparation? Il doit être exécuté dans la quinzaine et de la manière que la loi détermine, sinon tout est nul. C'est que le législateur craint les séparations simulées et frauduleuses. S'il y a réellement péril pour la dot ou pour les reprises, la femme se hâtera d'exécuter le jugement, afin de prévenir la dissipation complète de la communauté et des biens du mari. Mais si, au lieu de hâter l'exécution, la femme n'agit point, que doit-on conclure de son inaction? C'est que sa dot et ses reprises ne sont pas en péril; la séparation n'est donc pas sérieuse, elle peut cacher la fraude; la femme pourrait s'entendre avec son mari pour tromper les tiers par l'apparence d'une communauté réellement dissoute, sauf à leur opposer ensuite la dissolution quand ils voudraient agir contre la communauté. La loi prévient ces fraudes en exigeant l'exécution immédiate et sérieuse des jugements (2).

(1) Rejet, 14 mars 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1792).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 236, n° 92 bis I.