

pour procéder avec elle à la liquidation de ses droits. La simple signification du jugement ne constitue pas un commencement d'exécution. Toutefois on ajoute une restriction : il en est ainsi *en général*. Cela suppose des exceptions (1). Quand y a-t-il exception? On ne le dit pas, donc c'est le juge qui décidera en fait. Lui abandonner l'appréciation de l'exception, c'est le rendre maître de la règle, de sorte qu'en définitive tout dépend de lui. Ne serait-ce pas là la raison de la diversité de jurisprudence en cette matière?

N° 4. DE LA NULLITÉ POUR DÉFAUT D'EXÉCUTION.

I. Caractère de la nullité.

258. L'article 1444 dit : « La *séparation de biens* est nulle si elle n'a pas été exécutée. » Il s'est élevé de nombreuses contestations sur cette nullité. Avant tout il en faut déterminer le caractère. La loi ne dit pas que la procédure est nulle, ni que le jugement est nul, elle annule la séparation. C'est la même expression dont elle se sert en parlant de la séparation volontaire : elle la déclare nulle. Il suit de là que la nullité n'est pas une nullité de procédure, laquelle doit être proposée avant toute défense au fond ; c'est une exception péremptoire, que les parties intéressées peuvent proposer en tout état de cause (2). Cela est aussi fondé en raison. Dans l'esprit de la loi, la séparation non exécutée n'est pas sérieuse ; elle équivaut donc à une séparation qui n'a, d'autre cause que la volonté des parties. C'est dire qu'elle est radicalement nulle ; tout est nul.

Il y a sur ce point un excellent arrêt de la cour de cassation. La nullité, dit la cour, ne s'applique pas limitativement au jugement de séparation de biens, la loi dit que la *séparation est nulle* ; cette expression marque que le législateur n'a pas seulement eu en vue le jugement, mais

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 398, notes 34 et 35. § 516 (4^e édit.).

(2) Bordeaux, 22 janv. 1834 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1862). Aubry et Rau, t. V, p. 400 et note 40, § 516.

encore les procédures faites pour l'obtenir, c'est-à-dire l'instance introduite par les parties ; c'est donc cette instance qui est annulée comme si elle n'avait jamais été introduite. On objectait l'article 156 du code de procédure, aux termes duquel les jugements par défaut doivent être exécutés dans les six mois de leur obtention, sinon ils seront réputés non avenus. La cour répond que l'article 156, loin de contrarier l'interprétation qu'elle donne à l'article 1444, la justifie. En effet, le code de procédure ne considère que les *jugements*, et se borne à dire qu'ils sont réputés non avenus ; tandis que l'article 1444 s'exprime tout autrement, et décide en termes généraux et absolus que la *séparation est nulle*. La cour de cassation ajoute des considérations qui touchent au principe fondamental en cette matière ; à ce titre, nous les reproduisons. Il faut laisser de côté les règles de droit commun établies par les articles 156 et 397 du code de procédure, parce que la demande en séparation de biens est régie par des dispositions spéciales qui dérogent au droit commun. Telles sont les formalités prescrites pour la publicité et pour l'exécution du jugement. Le législateur les a établies principalement en faveur des créanciers du mari, afin qu'ils puissent déjouer les fraudes que les époux voudraient commettre à leur préjudice. C'est dans cet esprit qu'il faut interpréter la nullité de la séparation prononcée par l'article 1444. La loi entend remettre les parties dans l'état où elles étaient avant la demande ; par conséquent elle annule cette demande et toutes les procédures dont elle a été l'objet. Si, comme le prétendait le pourvoi, la loi n'annulait que le jugement en laissant subsister les procédures antérieures, il s'ensuivrait que la femme pourrait, à son gré, en reprendre les errements. Ainsi quand le jugement serait devenu caduc, à défaut d'exécution dans la quinzaine, la femme pourrait, après des mois et des années, reporter sa demande en justice sur une simple citation et faire prononcer la séparation dans le délai de quelques jours, sans nouvelle publicité, donc à l'insu des créanciers, qui doivent croire que la séparation est abandonnée. Par là on rendrait illusoires toutes les garanties que la loi a

introduites en faveur des tiers, et la loi donnerait elle-même un moyen légal d'é luder ses dispositions. L'esprit de la loi et le texte protestent contre une pareille interprétation (1).

259. On a soutenu devant la cour de Gand que la nullité est d'ordre public. Berlier dit, en effet, dans l'Exposé des motifs, que les formes prescrites pour arriver à la séparation de biens sont réclamées par l'ordre public. Cela est vrai en ce sens qu'elles sont établies dans l'intérêt des tiers; ce qui est un intérêt général, et partant d'ordre public si l'on prend cette expression dans le sens le plus large. Mais de ce que les motifs qui ont fait établir les formes intéressent les tiers, il ne suit pas que la nullité soit d'ordre public. On entend par là une nullité absolue que l'intérêt de la société réclame et à laquelle, par conséquent, les parties intéressées ne peuvent pas renoncer. Tel n'est pas le caractère de la nullité prononcée par l'article 1444. Il est vrai que les tiers, en général, sont intéressés à l'observation des formalités légales, mais quand les formes n'ont pas été observées, ce ne sont plus tous les tiers qui ont intérêt à la nullité, ce sont seulement les tiers qui ont traité avec les époux. Par conséquent, la nullité est demandée dans un intérêt particulier, et non dans un intérêt social (2).

De là résulte une conséquence très-importante. La nullité étant d'intérêt privé se couvre, tandis que si elle était d'ordre public, elle ne se couvrirait pas. Elle se couvre par la renonciation, chacun pouvant renoncer à ce qui est établi dans son intérêt. Après le délai de quinzaine, le jugement est caduc, comme dit la cour de cassation, s'il n'a pas été exécuté. Le mari, au lieu de se prévaloir de la nullité, laisse exécuter le jugement contre lui, ou il reconnaît à sa femme la qualité de femme séparée, en lui laissant l'administration et la jouissance de ses biens personnels. C'est renoncer tacitement au droit qu'il a d'opposer la nullité de la séparation. La femme aussi peut renoncer au droit d'opposer la nullité de la séparation, comme elle

(1) Cassation, 11 juin 1823 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1862), et 3 avril 1848 (Daloz, 1848, 1, 89).

(2) Gand, 27 avril 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 301).

peut renoncer à la séparation elle-même en ne l'exécutant pas : son intérêt seul est en cause dans cette renonciation. Si elle exécute le jugement après le délai de quinzaine, si elle reprend l'administration et la jouissance de ses biens, elle ne peut plus dire que le jugement est caduc. Elle pouvait considérer la séparation comme non avenue, elle la considère, au contraire, comme valable; donc elle renonce à la nullité, comme elle en a le droit. Les créanciers sont très-intéressés à ce que la séparation soit annulée; mais cet intérêt n'est qu'un intérêt privé, auquel ils peuvent renoncer, et ils y renoncent si, après la quinzaine, ils concourent à l'exécution du jugement; on n'exécute pas un acte dont on veut demander la nullité. Telles sont la doctrine et la jurisprudence (1).

II. Qui peut opposer la nullité.

260. La nullité peut être opposée par tout tiers intéressé. Cela résulte du caractère de la nullité : établie pour sauvegarder les intérêts des tiers, il est naturel que les tiers puissent la faire valoir. Tels sont, avant tout, les créanciers du mari. La loi les a surtout en vue quand elle prescrit des formes qui tendent à empêcher les séparations simulées et frauduleuses; donc quand ces formes n'ont pas été remplies, les créanciers du mari doivent avoir le droit d'opposer la nullité.

L'application du principe soulève une question qui est controversée. Faut-il distinguer entre les créanciers antérieurs à l'exécution tardive et les créanciers postérieurs à cette exécution? La cour de cassation s'est prononcée en faveur de la distinction. Elle part du principe que la nullité de la séparation est fondée sur une présomption de collusion frauduleuse entre les époux, au préjudice des créanciers du mari; or, peut-on dire que les époux ont voulu léser des créanciers qui n'existaient pas encore (2)? Cela nous paraît décisif, en ce sens que les créanciers ne

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 400, notes 42-44, et les arrêts qu'ils citent.

(2) Rejet, 1^{er} juillet 1863 (Daloz, 1864, 1, 66). Troplong, t. I, p. 397, n° 1368. En sens contraire, Rodière et Pont, t. III, p. 634, n° 2159.

peuvent pas former en leur nom l'action en nullité. Autre est la question de savoir si les créanciers du mari, quelle que soit la date de leurs créances, peuvent opposer la nullité au nom du mari, leur débiteur. Si le mari a ce droit, il faut aussi permettre à ses créanciers de l'exercer, c'est le droit commun; et le droit commun est aussi que les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur, quand même leur créance serait postérieure. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1166 (t. XVI, n° 396).

On pourrait nous objecter qu'en ne permettant pas aux créanciers postérieurs d'agir en nullité en leur propre nom, nous leur appliquons les principes qui régissent l'action paulienne (t. XVI, n° 460); or, l'action en nullité de l'article 1444 n'est pas l'action paulienne, les créanciers ne doivent pas prouver que la séparation est frauduleuse; ils n'ont qu'une preuve à faire, c'est que les formalités légales n'ont pas été remplies. Cela est vrai, aussi n'avons-nous pas invoqué les règles de l'action paulienne; mais il reste vrai de dire que l'action des créanciers est fondée sur un préjudice; si la date de leurs créances prouve qu'ils ne peuvent pas être lésés par l'exécution tardive, ils n'ont pas le droit d'agir.

261. Le mari a-t-il le droit d'opposer la nullité de la séparation de biens résultant du défaut d'exécution ou de l'exécution tardive? Il faut distinguer les rapports des époux entre eux et leurs rapports avec les tiers. On admet assez généralement que le mari peut opposer à la femme la nullité de la séparation. L'article 869 lui donne expressément ce droit quand la nullité est fondée sur l'inobservation des formes prescrites pour la publicité de la demande et du jugement; le code de procédure met le mari sur la même ligne que les créanciers. Cette assimilation peut-elle être étendue à la nullité de l'article 1444? Le code civil ne dit pas qui peut agir en nullité; il faut donc appliquer les principes généraux de droit. L'article 1444 n'entend-il sauvegarder que les intérêts des créanciers du mari? Tous ceux qui sont intéressés à combattre la séparation ont le droit d'agir en nullité, donc le mari aussi bien que les

créanciers. Vainement dit-on que le mari ne peut se prévaloir de la présomption de collusion frauduleuse pour attaquer la séparation; nous répondons que l'action en nullité de l'article 1444 n'est pas l'action paulienne, elle se fonde uniquement sur l'inobservation des formes. Le mari, intéressé à maintenir la communauté, peut donc opposer à la femme que la communauté subsiste, puisqu'elle n'a pas été légalement dissoute (1).

262. La question est plus douteuse en ce qui concerne la femme. Ce qui le prouve, c'est que de bons auteurs ont changé d'avis: Aubry et Rau, après avoir enseigné que la femme ne peut se prévaloir de la nullité à l'égard de son mari, se sont ralliés à l'opinion contraire dans la dernière édition de leur excellent ouvrage. Nous préférons leur première opinion. La décision de la question dépend du caractère de la nullité. Lorsqu'une nullité est d'ordre public, tous ceux qui ont intérêt à agir le peuvent; la loi provoque, en quelque sorte, toutes les personnes intéressées à attaquer l'acte, parce que l'intérêt de la société exige que l'acte soit annulé; on ne distingue pas, dans ce cas, entre les parties et les tiers, on ne distingue pas entre celui qui est en faute et celui qui n'est pas en faute. Il en est autrement quand la nullité n'est pas d'ordre public: étant d'intérêt privé, il faut voir en faveur de qui elle a été introduite; ceux-là seuls peuvent agir (2). Or, quel est le caractère de la nullité de l'article 1444? Nous avons répondu à la question en enseignant, avec la doctrine et la jurisprudence, qu'elle n'est pas d'ordre public (n° 259); dès lors il faut décider que la femme n'a pas qualité pour se prévaloir de la nullité, car ce n'est certes pas dans son intérêt qu'elle a été introduite. Ce qui a compromis cette opinion, ce sont les mauvaises raisons que l'on a données pour la justifier. La femme ne peut opposer la nullité, dit-on, parce qu'elle provient de son fait, et la femme ne peut

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 399 et note 37, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 240, n° 92 bis VIII. En sens contraire, Dutruc. *De la séparation de biens*, p. 173, n° 227. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nos 1851 et 1852.

(2) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 107, n° 72.

exciper de sa négligence (1). Ce ne sont pas là des motifs de décider. Si la nullité était d'ordre public, on devrait permettre à la femme de l'opposer, fût-elle en faute.

Les raisons que l'on allègue à l'appui de l'opinion contraire nous paraissent d'une faiblesse extrême. On dit qu'il doit y avoir égalité entre les époux ; que le mari pouvant se prévaloir de la nullité à l'égard de la femme, la femme doit avoir le même droit à l'égard du mari. Pourquoi y aurait-il égalité là où la situation n'est pas la même ? On oublie que la femme demande la séparation contre le mari ; il est donc naturel que le mari ait le droit de maintenir la communauté, tandis que l'on ne comprend pas que la femme vienne opposer la nullité d'une séparation qu'elle a poursuivie. On objecte encore que le maintien ou la dissolution de la communauté dépendra du caprice du mari, alors qu'il importe que la position soit fixée et que l'on sache s'il y a communauté ou s'il y a séparation de biens. Nous répondons que cette incertitude règne toujours quand un acte est sujet à nullité, aussi longtemps que la nullité n'est pas prononcée : ceux qui ont le droit d'agir peuvent le faire pendant tout le temps que la loi leur accorde ; on ne dira pas pour cela que l'annulation dépend de leur caprice, car l'exercice d'un droit n'est pas un caprice (2). Nous ajouterons que, dans l'espèce, l'incertitude ne régnera pas longtemps en fait, car la nullité peut être couverte : elle le sera par le concours du mari aux actes d'exécution du jugement ou aux actes que la femme fait en qualité de femme séparée de biens (n° 259).

263. Les époux peuvent-ils opposer la nullité aux tiers ? Dans notre opinion, la femme ne peut pas plus se prévaloir de la nullité à l'égard des tiers qu'à l'égard de son mari ; il y a une raison de plus pour repousser la femme, c'est que les formes dont l'inobservation entraîne la nullité ont été introduites dans l'intérêt des tiers ; eux seuls peuvent donc, en principe, se prévaloir de la nullité. Quant au mari, si on lui reconnaît le droit d'opposer la nullité, il

(1) Odier, t. I, p. 387, n° 362. Taulier, t. V, p. 132.
 (2) Aubry et Rau, t. V, p. 299, note 38, § 516. Troplong, t. I, p. 398, n° 1373. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n° 92 bis 1X.

faut le lui accorder à l'égard de tous, la loi et les principes ne permettant pas de faire des distinctions.

La question est très-controversée. Chaque auteur a son système. Les uns refusent, dans tous les cas, aux deux époux le droit d'opposer la nullité aux tiers. Ils invoquent le principe que nul ne peut se faire un titre de sa fraude ; or, dit-on, quand le jugement de séparation n'a pas été exécuté, il y a nécessairement fraude de la part des époux (1). Cela est trop absolu ; la nullité n'est pas fondée sur la fraude, elle est fondée uniquement sur l'inobservation des formalités prescrites par la loi. D'autres auteurs distinguent. Les éditeurs de Zachariæ permettent au mari d'invoquer la nullité contre les tiers qui auraient traité avec la femme comme séparée de biens ; ils refusent ce droit à la femme, bien qu'ils lui reconnaissent le droit d'opposer la nullité au mari. Troplong a une autre distinction (2). Nous croyons inutile d'entrer dans la discussion de toutes ces opinions ; le principe que nous avons posé, si on l'admet, suffit pour les réfuter.

En fait, la nullité sera le plus souvent couverte. Nous empruntons quelques exemples à la jurisprudence. Un arrêt de Grenoble refuse à la femme le droit d'opposer la nullité de l'article 1444, puisque c'est elle qui doit faire exécuter le jugement et qu'elle ne peut exciper de sa négligence. Puis la cour ajoute que la femme, dans l'espèce, avait toujours pris la qualité de femme libre en ses biens depuis le jugement qui avait prononcé la séparation ; ces actes avaient été passés en présence et du consentement de son mari ; c'était une exécution du jugement, et, par suite, les deux époux avaient renoncé, en exécutant la séparation, au droit qu'ils pouvaient avoir de l'attaquer (3).

Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Colmar. Les époux invoquaient la nullité de la séparation contre un tiers à qui la femme avait cédé le mobilier par elle recueilli dans la succession d'une sœur. Cette vente était

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 635, n° 2159.
 (2) Aubry et Rau, t. V, p. 399 et note 39, § 516. Troplong, t. I, p. 398, n° 1375.
 (3) Grenoble, 8 avril 1835 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1856).

valable, en supposant que la femme fût réellement séparée de biens; elle prétendait, de concert avec son mari, que la séparation était nulle comme n'ayant pas été exécutée conformément à l'article 1444. La cour répond que la nullité n'est pas d'ordre public, qu'elle n'est introduite qu'en faveur des créanciers qui ne concourent pas à la liquidation; la cour semble donc refuser au mari aussi bien qu'à la femme le droit de se prévaloir de la nullité contre les tiers. Mais, dit l'arrêt, dans tous les cas la nullité peut être couverte, soit par les créanciers, soit par les époux; or, les époux avaient procédé à la liquidation de la communauté après l'expiration du délai légal; ils avaient par là renoncé au droit d'opposer la nullité de la séparation, car on n'exécute pas un acte que l'on veut attaquer (1).

§ IV. Des droits des créanciers du mari.

264. « Les créanciers du mari peuvent intervenir dans l'instance sur la demande en séparation pour la contester » (art. 1447). Pourquoi la loi donne-t-elle aux créanciers le droit d'intervenir? On répond que l'article 1447 est l'application de l'article 1166 : les créanciers exercent les droits du mari en intervenant dans l'instance pour compléter la défense qu'il oppose à la demande de la femme (2). Cela n'est pas tout à fait exact. Quand les créanciers exercent les droits de leur débiteur, on suppose que le débiteur lui-même ne les exerce pas. Or, lorsque la femme demande la séparation contre le mari, celui-ci est nécessairement en cause, et il a le plus grand intérêt à se défendre; dès lors la présence des créanciers serait inutile si l'on suppose que le mari se défend de bonne foi. Mais le mari peut être d'accord avec sa femme pour faire une séparation simulée et frauduleuse; c'est pour veiller à ce que la séparation ne se fasse pas en fraude de leurs droits que les créanciers interviennent. Le texte même du code indique que telle est la pensée du législateur; l'article 1447

(1) Colmar, 8 août 1820 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1988).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 250, n° 96 bis.

commence par donner aux créanciers du mari le droit d'attaquer la séparation de biens prononcée en fraude de leurs droits, puis il ajoute que les créanciers peuvent même intervenir dans l'instance; leur intervention a donc pour objet d'empêcher une séparation frauduleuse; mieux vaut prévenir la fraude que d'avoir à l'attaquer quand elle est consommée. C'est par des motifs analogues que la loi donne aux créanciers le droit d'intervenir au partage (art. 882).

265. Quand les créanciers interviennent, ils sont parties en cause et, à ce titre, ils peuvent interjeter appel. Il a été jugé qu'ils ont ce droit alors même qu'ils ne sont pas intervenus (1). Dans ce cas, ils agissent en vertu de l'article 1166, en exerçant le droit de leur débiteur. Cette disposition est générale, elle ne fait d'exception que pour les droits exclusivement attachés à la personne du débiteur; or, la faculté d'interjeter appel n'est pas un de ces droits moraux que le débiteur seul peut exercer; c'est un droit essentiellement pécuniaire, et, dans l'espèce, c'est une garantie que les créanciers doivent avoir pour qu'ils puissent défendre leurs intérêts en justice, afin de prévenir une séparation frauduleuse; mieux vaut prévenir la fraude par l'appel, que de devoir la combattre par une nouvelle action.

266. Quels créanciers peuvent intervenir? La question est de savoir s'il faut un intérêt né et actuel. Telle est la règle quand le demandeur réclame l'exécution d'un droit; on ne peut pas exécuter un droit éventuel. Mais celui qui a un droit éventuel peut faire les actes conservatoires. La loi le dit du créancier conditionnel (art. 1180). Or, l'intervention n'est qu'un acte conservatoire, elle tend à éclairer la justice, à prévenir une fraude que la femme, de concert avec son mari, veut surprendre au juge. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2).

267. Aux termes de l'article 1447, « les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits. »

(1) Poitiers, 6 juillet 1824 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1903).

(2) Rejet, 27 juin 1810 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1730).