

s'exercer qu'après la dissolution de la communauté; la reprise est impossible tant que la communauté dure. Quant aux propres, l'époux n'en reprend que la jouissance; or, la jouissance appartient à la communauté. Quant aux indemnités, elles comprennent les deniers propres que la communauté a perçus et qu'elle doit restituer; or, elle en est devenue propriétaire comme quasi-usufruitière, et elle ne doit en faire la restitution que lorsque sa jouissance cesse.

La femme peut-elle, pendant la durée de la communauté, prendre des mesures conservatoires pour garantir le paiement des indemnités qui lui sont dues par la communauté? Quand les reprises de la femme sont en péril, elle peut demander la séparation de biens, et dans le cours de l'instance la loi lui permet de prendre des mesures conservatoires. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur la séparation de biens. La loi autorise encore la femme à prendre des mesures conservatoires lorsqu'elle demande le divorce ou la séparation de corps (art. 270). Dans tous ces cas, la dissolution de la communauté est probable et imminente, les droits de la femme vont s'ouvrir; il est juste qu'elle les mette à l'abri des entreprises du mari contre lequel elle plaide. Mais, dans le cours ordinaire des choses, la femme peut-elle, tant que la communauté existe, prendre des mesures de conservation? La question se présente en matière d'hypothèques; nous l'ajournons.

502. L'époux qui réclame une reprise doit prouver que la reprise lui est due. C'est le droit commun. Il s'applique même à la reprise des propres; cela résulte de l'article 1404, qui établit une présomption de propriété au profit de la communauté, en ce sens que tout immeuble est réputé acquêt s'il n'est *prouvé* que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale avant le mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. Nous avons expliqué cette disposition en traitant de l'actif de la communauté. Quant aux indemnités que l'époux réclame, il doit prouver que les deniers à lui propres ont été versés dans la communauté: ce sont les termes de l'article 1433; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut,

notamment sur la question de savoir s'il y a une différence, en ce qui concerne la preuve, entre le mari et la femme (n° 457).

503. Les récompenses dues par la communauté aux époux emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté. Tant que la communauté dure, l'époux ne peut réclamer les intérêts de ce qui lui est dû (art. 1473). Les auteurs ne s'accordent pas sur les motifs pour lesquels les intérêts ne sont pas dus pendant la communauté et sur les motifs pour lesquels ils courent de plein droit après sa dissolution. Il faut appliquer, par analogie, aux récompenses que la communauté doit aux époux ce que nous avons dit des récompenses que les époux doivent à la communauté. Pendant le mariage, la communauté n'est pas débitrice, elle est propriétaire en vertu de son quasi-usufruit, et tenue seulement de restituer à partir de la dissolution; elle ne peut pas être tenue à payer les intérêts d'une dette qui n'existe pas. Pourquoi les doit-elle du moment où la dette existe? C'est que les indemnités font partie du patrimoine des époux, ce sont des biens propres consistant en deniers propres versés dans la communauté; or, les intérêts, de même que les fruits, appartiennent au propriétaire; ils doivent donc profiter à l'époux, par la même raison pour laquelle la communauté a droit aux intérêts et aux fruits des indemnités que les époux lui doivent: ce sont des biens pris dans la masse commune, d'une part, ou dans le patrimoine propre aux époux, d'autre part; or, les intérêts et les fruits accroissent la masse à laquelle les biens appartiennent (1).

N° 2. COMMENT S'EXERCENT LES PRÉLÈVEMENTS.

504. Nous supposons que la femme accepte; dans ce cas, les prélèvements sont une opération préliminaire du partage. C'est dire que les reprises se font par voie de prélèvement sur la masse. L'article 1471 règle la manière de faire les prélèvements. Il faut distinguer. Les biens

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 298, n° 133 bis.

qui existent en nature se reprennent en nature. Cela allait sans dire et, dans la réalité des choses, il ne s'agit pas d'une véritable reprise : l'époux était propriétaire pendant la communauté, il reste propriétaire après la dissolution; il ne peut pas s'agir d'exercer cette reprise sur l'argent comptant, sur le mobilier et sur les acquêts. Cela n'aurait pas de sens. La distinction que fait l'article 1471 est une suite de la rédaction incorrecte de l'article 1470; puisque le code considère la reprise des propres comme un prélèvement, il devait aussi dire que cette reprise ne se faisait pas comme se fait la reprise des indemnités. En définitive, il n'y a pas de distinction à faire; il faut laisser de côté les propres qui ne se reprennent pas et dire que les prélèvements se font d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté.

Quelle est la raison de l'ordre successif que la loi établit? Pourquoi, s'il y a de l'argent, l'époux ne peut-il pas prendre des meubles? et pourquoi ne peut-il prendre des immeubles que subsidiairement? L'époux qui a droit à une récompense est créancier : il *prélève* le prix, dit l'article 1433; or, tout créancier n'a droit qu'à une somme d'argent, il est donc naturel que l'époux prélève sur l'argent comptant ce qui lui est dû. Mais le numéraire qui se trouve dans la communauté peut être insuffisant pour remplir les époux de leurs reprises. La loi leur permet, dans ce cas, de se payer sur les biens meubles et immeubles qui composent la masse. Ici la loi s'écarte du droit commun; l'époux est créancier d'une somme d'argent, et la loi dit qu'il est payé en effets mobiliers ou immobiliers. Cela s'explique par la qualité de copropriétaire que l'époux a outre celle de créancier. Nous raisonnons en nous plaçant au point de vue de l'opinion commune, qui met les deux époux sur la même ligne et applique l'article 1471 au mari aussi bien qu'à la femme; plus loin, nous ferons nos réserves. L'époux est donc payé en meubles ou en immeubles. Pourquoi ne peut-il réclamer des immeubles qu'à défaut de mobilier? C'est que la loi a dû concilier son droit avec celui de son conjoint. Les immeubles sont considé-

rés comme les biens les plus précieux; s'il y en a dans la communauté, il est juste que chacun des époux en ait sa part; c'est leur droit de copropriétaire, et, sous ce rapport, le droit de l'époux copropriétaire l'emporte sur le droit de l'époux créancier. Toutefois le droit de l'époux créancier reprend sa préférence quand le mobilier est insuffisant; il se paye alors en immeubles, quand même sa créance absorberait tous les immeubles de la communauté. Cela est fondé en équité. Quelle est la cause habituelle des récompenses réclamées par les époux, et notamment par la femme? L'article 1433 le dit: c'est la vente de ses propres. Et si elle consent à vendre les immeubles qu'elle tient de sa famille, c'est pour venir en aide à la communauté dans la personne de son chef. Se dépouillant de ses immeubles dans l'intérêt de la communauté, il est juste que son indemnité consiste aussi en immeubles.

505. Quand la femme exerce ses reprises sur les immeubles de la communauté, la loi lui défère le choix des immeubles, ainsi qu'à ses héritiers (art. 1471). Quelle est la raison de cette disposition? Les auteurs ne s'accordent pas, et le dissentiment sur les motifs conduit à des controverses dans l'application de la loi. Il importe donc de les préciser. Dans l'opinion généralement suivie, on dit que le choix déferé à la femme est une conséquence des deux qualités qu'elle réunit en sa personne, celles de créancier et de copropriétaire des biens communs. A titre de créancier, elle peut saisir les biens; à titre de copropriétaire, elle peut choisir ceux qui sont à sa convenance (1). L'explication nous paraît insuffisante et même inexacte. Il est vrai que la femme créancière d'une récompense est aussi copropriétaire des biens compris dans la masse; mais ce sont deux droits très-distincts, et qu'il faut se garder de confondre. Quel est le droit d'un copropriétaire de biens indivis? Il peut demander le partage. Si, de plus, il est créancier de la masse partageable, peut-il choisir parmi les immeubles ceux qui sont à sa convenance pour se remplir de ce qui lui est dû? Non, certes; comme créan-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 362, § 511 (4^e éd.).

cier, il n'a d'autre droit que celui d'obtenir le paiement en deniers de ce qui lui est dû. Le choix que l'article 1471 défère à la femme est donc un droit exceptionnel (1); on peut l'expliquer comme exception, mais il faut se garder d'en faire la règle. La femme qui a une reprise y a droit d'ordinaire à titre d'indemnité d'un propre qu'elle a aliéné et dont le prix a été versé dans la communauté : l'équité veut qu'à défaut de remploi elle puisse prendre un immeuble en paiement de ce qui lui est dû. Et dès qu'on lui donne ce droit, on doit aussi lui déférer le choix, parce que tous les conquêts peuvent ne pas lui convenir; ce n'est pas elle qui les a achetés, c'est son mari; il est donc équitable de lui déférer le choix. C'est le motif que Bourjon donne : « Pour sa reprise, dit-il, la femme et ses héritiers ont d'abord le choix sur tous les effets de la communauté, parce que tout ce qui la concerne est du fait du mari et qu'elle n'a été que la spectatrice, et spectatrice muette, par état, de l'administration totale de son mari (2) »

506. L'article 1471 ne dit pas que la femme a le choix des meubles. Néanmoins tous les auteurs le lui accordent (3). En droit strict, il faudrait le lui refuser. S'il est vrai que le droit de choisir les effets, pour se remplir de ce qui lui est dû, est une exception, la disposition de l'article 1471 est par cela même de rigoureuse interprétation. Vainement dit-on qu'il y a analogie et, plus que cela, argument *a fortiori*; cela serait, qu'on ne pourrait pas étendre une disposition qui consacre une véritable anomalie en donnant au créancier le droit de se payer en tels effets qu'il lui plaît de choisir. L'analogie n'existe pas même. Il y a une raison d'équité pour donner à la femme le choix des immeubles. Quant aux meubles, qu'importe? S'ils ne conviennent pas à la femme, elle les vendra; les effets mobiliers ont un prix courant pour lequel on trouve toujours des acheteurs. Il n'en est pas de même des immeubles. On invoque la tradition. L'argument serait dé-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 bis I.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. I, p. 530, nos VI et VII.

(3) Toullier, t. VII, 1, p. 161, n° 185. Rodière et Pont, t. II, p. 346, n° 1078.

cisif s'il était certain que la loi a suivi la tradition en cette matière. Mais cela même est controversé et douteux, comme nous allons le dire. Lorsqu'il y a tant de raisons de douter, le plus sûr n'est-il pas de s'en tenir au texte?

507. Le texte de l'article 1471 soulève une autre difficulté; il commence par dire que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari; puis il ajoute : « Ils s'exercent pour les biens qui n'existent plus en nature, d'abord sur l'argent comptant, etc. » Faut-il conclure de là que l'article 1471 ne s'applique qu'au cas où la femme a des reprises à exercer du chef de ses propres aliénés sans remploi? La cour de Lyon a interprété la loi en ce sens; elle s'est attachée au texte qui, dit-elle, est tellement restrictif, qu'il est impossible d'étendre la loi à d'autres indemnités (1). Cette opinion n'a pas trouvé faveur; tous les auteurs la condamnent, et avec raison. Nous croyons aussi que la loi est restrictive, mais si l'on ne peut pas étendre les lois restrictives, et surtout les lois exceptionnelles, on a au moins le droit et le devoir de les interpréter. Que veulent dire ces mots de l'article 1471 : *pour les biens qui n'existent plus en nature*? Nous avons déjà répondu qu'ils sont inutiles aussi bien que le n° 1 de l'article 1470, auquel ils se rapportent : ils supposent qu'il y a lieu à prélèvement pour les propres qui existent en nature, ce qui n'est pas exact. Si ces mots sont inutiles, c'est bien mal interpréter la loi que d'y voir une condition. Il y a plus; alors même que l'on s'attache à la lettre de la loi, il faut encore écarter l'interprétation de la cour de Lyon. Quels sont *les biens qui n'existent plus en nature*, comme le dit l'article 1471? Ce sont les propres des époux qui ont été versés directement ou indirectement dans la communauté; car il ne peut y avoir de reprises que du chef des propres qui ont été employés au profit de la communauté. On peut donc dire, dans tous les cas où il y a lieu à récompense, que les biens n'existent plus en nature. C'est dire que l'article 1471 est général par le texte,

(1) Lyon, 3 mars 1841 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2378).

comme il l'est en vertu des principes. Nous n'invoquerons pas la tradition, puisque, en cette matière, on ne peut pas affirmer que les auteurs du code aient entendu suivre la tradition (1).

Il y a un arrêt de la cour d'Orléans en ce sens. Une femme commune s'était obligée solidairement avec son mari; elle demanda la séparation de biens, et, lors de la liquidation de la communauté, elle réclama une récompense du chef de l'obligation qu'elle avait contractée dans l'intérêt de la communauté. L'article 1431 lui assurait une indemnité, dans l'espèce. Mais le mari soutenait que c'était une simple créance qui ne lui donnait pas droit à un prélèvement. Les récompenses sont, en effet, des créances d'une nature particulière, et régies par des principes spéciaux; pour qu'il y ait lieu à récompense au profit d'un époux, il faut que des deniers à lui propres aient été versés dans la communauté (art. 1433); et, dans l'espèce, il n'y avait qu'un engagement consenti par la femme. C'était mal raisonner. Celui qui oblige sa personne, oblige ses biens; les biens de la femme étaient donc engagés dans l'intérêt de la communauté; partant on pouvait invoquer le principe dont l'article 1433 ne consacre que des applications: la communauté devait récompense à la femme, parce qu'elle tirait un profit de ses biens (n° 449). Restait à savoir si l'article 1471 était applicable à l'indemnité que l'article 1431 accorde à la femme. L'esprit de la loi, dit la cour d'Orléans, ne laisse aucun doute. On ne conçoit pas que la loi établisse des distinctions entre les indemnités auxquelles la femme a droit: pourquoi traiterait-elle la créance naissant de la vente d'un propre avec plus de faveur que l'obligation que la femme contracte et qui engage ses biens présents et à venir (2)?

508. Quand les prélèvements s'exercent sur les effets mobiliers ou immobiliers de la communauté, il se présente une difficulté de fait: à quel prix estimera-t-on les objets que l'époux prend en paiement de ce qui lui est dû? Les

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 343, n° 1075. Marcadé, t. V, p. 624, n° II de l'article 1472. Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 bis II.
(2) Orléans, 3 décembre 1857 (Daloz, 1858, 2, 165).

prélèvements sont une opération préliminaire du partage, ils se font donc contradictoirement avec le conjoint ou avec ses héritiers. Si les parties intéressées ne s'accordent pas sur la valeur des effets prélevés par l'époux créancier de la récompense, on recourra à une expertise (1).

509. L'ordre établi par l'article 1471 pour l'exercice des prélèvements reçoit-il des exceptions? Il n'y a pas d'exception dans la loi; on n'en peut donc admettre que si les principes généraux de droit y autorisent l'interprète. Il est de doctrine et de jurisprudence qu'il n'y a pas lieu au prélèvement en nature des immeubles quand ils sont impartageables. En effet, les immeubles qui ne peuvent pas se partager commodément et sans perte sont licites; par suite, il est impossible que l'époux créancier de la récompense les prélève, alors que sa créance ne lui donne droit qu'à une partie de l'immeuble; vainement lui attribuerait-on une partie indivise, puisque la licitation est nécessaire, ce qui aboutit à un droit sur le prix. L'exception est donc fondée sur un texte de loi (art. 1686) et sur ce principe que l'ordre établi par la loi pour les prélèvements ne peut être suivi alors que l'application de la loi est impossible (2). Cela suppose qu'il y a des parties intéressées qui contestent le prélèvement de l'immeuble impartageable. S'il n'y a pas de créanciers et si les conjoints ou leurs héritiers sont d'accord, il va de soi qu'ils peuvent consentir au prélèvement d'une part indivise dans un immeuble (3); l'article 1471 n'est pas une disposition d'ordre public, dès lors les parties sont libres de régler leurs intérêts comme elles l'entendent (4).

La cour de cassation semble admettre d'autres cas où le prélèvement ne peut pas s'exercer en nature sur des immeubles de la communauté. D'abord lorsque le prix n'en a pas été payé; le vendeur ayant l'action résolutoire, les immeubles sont exposés à être saisis par suite du privilège

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 361, § 511 (4^e éd.).

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 344, n° 1077. Rejet, 7 mai 1855 (Daloz, 1855, 1, 410).

(3) Orléans, 3 décembre 1857 (Daloz, 1858, 2, 165).

(4) Rejet de la cour de cassation de Belgique, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424).