

qui appartient au vendeur; ce qui anéantirait le droit de l'époux et l'obligerait à se contenter d'une part dans le prix; autant vaut ne pas exercer le prélèvement en nature, sauf à provoquer la vente d'objets mobiliers ou immobiliers appartenant à la communauté. Ceci est moins une question de droit qu'un règlement d'intérêts; s'il convient à l'époux de prendre un immeuble sujet à l'action résolutoire, aucun principe ne s'y oppose, car la vente, quoique sujette à résolution, est translatrice de propriété; l'immeuble appartient donc à la communauté et, par suite, la femme, qui a le choix des immeubles, peut le prendre en paiement de son indemnité. Aussi la cour de cassation ne considère-t-elle pas le cas comme une exception véritable; c'est un motif qu'elle allègue à l'appui de la décision qu'elle a rendue dans une espèce où l'immeuble était impartageable. Il est inutile d'insister sur un autre considérant du même arrêt; c'est encore un motif à l'appui de la solution donnée par la cour à la question de savoir si l'arrêt attaqué avait violé la loi en refusant d'admettre le prélèvement en nature dans un cas où l'immeuble était reconnu impartageable (1). La seule conséquence juridique que l'on puisse déduire de l'arrêt est qu'il n'y a pas lieu au prélèvement en nature quand la licitation est nécessaire; ce qui revient au principe tel que nous l'avons formulé: l'article 1471 reçoit exception quand le prélèvement en nature est impossible.

**510.** Une autre difficulté a été soumise à la cour de cassation. Les héritiers de la femme demandaient à prélever un immeuble de la communauté en paiement d'une récompense qui lui était due pour prix d'un propre; le mari leur objectait que, d'après l'article 1471, ils ne pouvaient prélever les immeubles que subsidiairement, qu'ils devaient avant tout exercer leur reprise sur le mobilier. Cela est impossible, répliquaient les héritiers; vingt-deux ans se sont écoulés depuis la dissolution de la communauté, le mari survivant n'ayant pas fait inventaire, comment pouvons-nous savoir s'il y avait des effets mobiliers et si

(1) Rejet, 7 mai 1855 (Dalloz. 1855, 1, 410).

ces effets existent encore? Alors le mari demanda à faire preuve par témoins de la consistance du mobilier composant l'actif de la communauté. La cour de Caen rejeta cette prétention: comment permettre la preuve testimoniale au mari quand il pouvait et qu'il devait, en vertu de la loi, faire inventaire, ce qui lui donnait une preuve authentique de l'existence et de l'importance du mobilier? Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet. La cour a décidé que les héritiers ne peuvent être renvoyés à exercer le prélèvement sur le numéraire et sur le mobilier de la communauté, puisque rien ne constatait qu'il y eût du mobilier ou de l'argent comptant, le mari n'ayant pas fait constater par un inventaire la consistance du mobilier. Il y avait encore impossibilité légale. Il est vrai que la loi permet aux héritiers de la femme de faire preuve de la consistance du mobilier non inventorié par témoins et même par commune renommée; mais c'est un droit pour eux et non une obligation, et le mari ne pouvait pas se prévaloir d'un droit établi contre lui. En définitive, il y avait impossibilité légale d'exercer le prélèvement sur le mobilier, en ce sens que la preuve légale par l'inventaire était impossible par la faute du mari (1).

**511.** Autre est la question de savoir si le prélèvement en effets mobiliers ou immobiliers est une obligation que la loi impose aux époux. La question est controversée en doctrine et en jurisprudence. A notre avis, la loi donne un droit à l'époux créancier de la récompense, droit exceptionnel et de faveur auquel il peut, par conséquent, renoncer, pour s'en tenir au droit commun. L'époux est créancier d'une indemnité, c'est-à-dire d'une somme d'argent; d'après le droit commun, il peut exiger d'être payé en numéraire; en effet, aux termes de l'article 1243, le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou plus grande. L'article 1471 déroge à cette règle: est-ce par défaveur pour l'époux créancier d'une récompense? Cela est impossible, car les

(1) Rejet, 1<sup>er</sup> décembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 122).

récompenses sont les plus favorables des créances (n° 504), et c'est à raison de cette faveur que la loi permet à l'époux d'exercer ses prélèvements en nature; c'est donc un droit qu'elle entend lui accorder, ce n'est pas une obligation qu'elle veut lui imposer. Niera-t-on que l'article 1472 contienne une disposition de faveur? Le texte même de la loi prouve qu'elle a voulu favoriser l'époux et surtout la femme, car, chose remarquable, le texte ne s'occupe que de la femme. Et que dit-il? Que le choix des immeubles est déferé à la femme et à ses héritiers. Conçoit-on que le législateur qui donne à la femme un droit exorbitant lui impose ce privilège comme une obligation? Cela est contradictoire et absurde. Quoi! dira la femme, on me permet de choisir les objets les plus précieux pour me payer de ma créance, et l'on me force de prendre des effets qui me sont inutiles et que je serai obligée de vendre? Il n'y a pas d'immeubles; tout le mobilier consiste en une riche bibliothèque, en une collection de tableaux, et l'on obligera la femme à prendre en paiement des livres et des objets d'art! C'est tourner contre elle un droit qui a été établi en sa faveur. Pourquoi ne pas permettre de renoncer à une faveur quand la faveur serait préjudiciable à la femme? et pourquoi ne pas lui permettre de revenir au droit commun (1)?

La jurisprudence des cours de Belgique est en ce sens (2), tandis que la jurisprudence française incline vers l'opinion contraire (3). Un arrêt de la cour de Paris, rédigé avec beaucoup de soin, essaye de prouver que la disposition de l'article 1471 est obligatoire pour la femme. L'article 1471, dit la cour, fait partie d'un ensemble de dispositions qui ont pour objet le règlement des indemnités auxquelles les époux ont droit. Ce sont des créances, il est

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 361, note 25, § 511. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Colmet de Santerre, t. VI, p. 289, n° 131 bis I.

(2) Rejet, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424). Liège, 16 novembre 1872 (*ibid.*, 1873, 2, 64).

(3) Rejet, 2 juin 1862 (*Dalloz*, 1862, 1, 420), dans le sens de notre opinion. En sens contraire, Metz, 10 avril 1862 (*id.*, 1862, 2, 141), et Paris, 24 juillet 1869 (*id.*, 1870, 2, 25).

vrai, mais elles sont d'une nature spéciale, et le recouvrement s'en fait aussi d'après des règles spéciales. La femme ne peut pas scinder ces règles, en prendre ce qui lui convient et répudier ce qui ne lui convient pas. L'article 1471 lui-même commence par une disposition dont le caractère impératif est incontestable: « Les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. » Si la première partie de l'article est impérative, conçoit-on que la seconde soit facultative? Il nous semble que la question est mal posée. Sans doute, les récompenses sont des créances d'une nature particulière, mais en quel sens et avec quel effet? Elles sont plus favorables que les créances ordinaires, notamment les reprises de la femme: c'est là la raison des articles 1470 et 1471. Les règles spéciales que la loi établit pour le paiement des récompenses sont-elles d'ordre public? Non, elles ont uniquement pour objet de garantir des intérêts pécuniaires. Dès lors peu importe que les articles 1470 et 1471 soient rédigés dans une forme impérative; ce ne sont pas moins des dispositions d'intérêt privé; de là suit que la loi doit permettre à l'époux d'en user selon son intérêt. Si la femme trouve qu'il est de son intérêt d'être payée en numéraire en renonçant au prélèvement en nature, elle en a le droit, car elle peut renoncer au bénéfice de l'article 1471 introduit en sa faveur, et réclamer le droit qui appartient à tout créancier.

**512.** L'application de la loi soulève une autre difficulté. De ce que l'article 1471 est facultatif, on a conclu que l'époux défendeur ou ses héritiers pouvaient empêcher le prélèvement en nature en offrant de payer la récompense en argent et même en faisant vendre des effets de la communauté jusqu'à due concurrence. Cela paraît logique, et cependant cela est en contradiction avec le texte et avec l'esprit de la loi. L'article 1471 donne un droit absolu à l'époux créancier d'une récompense, absolu en ce sens qu'il a le droit de se payer en effets de la communauté. Or, le droit serait dérisoire s'il dépendait du défendeur d'en arrêter l'exercice en offrant des deniers ou en provoquant la vente de biens communs. La cour de

Paris, dans l'arrêt que nous venons de citer en le critiquant, a raison de dire que le droit de l'époux, ainsi entendu, n'est pas un droit, puisqu'il ne pourrait être exercé qu'avec le concours de l'autre conjoint ou de ses héritiers. Mais elle a tort de dire que c'est là une conséquence du caractère facultatif de l'article 1471. Quand nous disons que cette disposition est facultative, cela signifie que c'est une faculté pour l'époux d'en profiter ou de revenir au droit commun; mais s'il déclare qu'il en veut profiter, son droit ne peut pas être entravé par une offre de deniers, puisque ce serait l'anéantir. Le texte ne donne pas de droit au défendeur, il ne donne de droit qu'au demandeur; c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de renoncer à une faveur que la loi lui accorde. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique en ce sens (1).

**513.** Il a été jugé que la femme peut stipuler, par contrat de mariage, qu'elle aura l'option d'exercer ses reprises en nature en prélevant des objets de la communauté, ou d'en demander le paiement en argent en faisant vendre des biens communs (2). Cela n'est pas douteux, puisque, dans notre opinion, la femme ne fait que stipuler une option qui lui appartient de droit. Il faudrait le décider ainsi, même dans l'opinion contraire à la nôtre; en effet, il s'agit d'un intérêt purement pécuniaire; or, les époux jouissent d'une entière liberté pour régler leurs intérêts comme ils l'entendent.

Est-ce à dire que les époux puissent, par contrat de mariage, renoncer au bénéfice de l'article 1471? A notre avis, la clause serait nulle, en tant qu'elle aurait pour objet d'abdiquer un privilège que la loi accorde à la femme à raison de sa qualité de femme commune. Nous allons dire quels sont ces privilèges; par cela seul qu'ils n'appartiennent qu'à la femme, elle ne peut y renoncer d'avance; ils sont de l'essence de la communauté, puisqu'ils sont la compensation du pouvoir absolu que le mari

(1) Rejet, 29 novembre 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 1, 69). Les auteurs sont divisés. Voyez les citations dans Rodière et Pont, t. II, p. 349, n° 1074, et dans Aubry et Rau, t. V, p. 362 et note 26. § 511 (4<sup>e</sup> éd.).

(2) Caen, 12 mai 1870 (*Dalloz*, 1872, 1, 196).

sous ce régime, et de la dépendance de la femme (1).

**514.** L'article 1471, en disant que les prélèvements s'exercent d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté, pourrait faire croire que la dette des récompenses est une dette des biens que la loi y affecte, tandis que les dettes, en général, grèvent tous les biens; ce qui conduit à une doctrine, aujourd'hui abandonnée, d'après laquelle les reprises s'exerceraient à titre de propriété. La cour de Caen l'a jugé ainsi; il est inutile d'entrer dans ce débat, nous reviendrons plus loin sur la question de principe. L'article 1471 y est tout à fait étranger; il règle uniquement l'exercice du droit de reprise; si le prélèvement se fait d'abord sur l'argent comptant, il n'en résulte pas que les meubles et les immeubles ne soient pas affectés de cette dette; de même, s'il y a du mobilier suffisant pour remplir l'époux de ses récompenses, on n'en saurait conclure que la dette ne grève pas les immeubles. A ce point de vue, il n'y a aucune différence entre les récompenses et les autres dettes; il est de l'essence de toute dette de grever tous les biens, sans distinction entre les meubles et les immeubles. La question a un intérêt pratique dans le cas où il y a un légataire du mobilier et un légataire des immeubles; le légataire du mobilier, en supposant qu'il supporte toute la reprise, pourra demander que le légataire des immeubles y contribue pour sa part. La jurisprudence est en ce sens (2).

**515.** Il y a cependant une différence entre la dette des reprises et les dettes ordinaires en ce qui concerne les droits qui appartiennent au créancier sur les biens. Celui qui oblige sa personne, oblige ses biens; il en résulte que les créanciers ont un droit de gage sur tous les biens de leur débiteur (art. 2092, 2093); mais ce gage s'évanouit par l'aliénation que le débiteur fait de ses biens; le créancier n'a plus d'action sur ceux que le débiteur a aliénés. Ce principe ne reçoit pas d'application à l'exer-

(1) Voyez les arrêts cités plus loin, n° 522.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 359, note 15. § 511 (4<sup>e</sup> édition).

cice des prélèvements. Supposons que la femme ait droit à une reprise; il n'y a pas de mobilier dans la communauté, la femme a le droit de prélever son indemnité sur les immeubles. Le mari peut-il anéantir ce droit en vendant sa part indivise dans les immeubles? La cour de cassation a jugé que le mari ne pouvait vendre sa part indivise qu'avec la charge des reprises qui l'affecte. Vainement disait-on que la loi ne donne aucun droit réel à la femme sur les immeubles de la communauté et que le gage du créancier s'évanouit par l'aliénation des biens. Il ne s'agit pas, dans l'espèce, du droit de gage; il s'agit de savoir quel est le droit du mari sur les biens lorsqu'ils sont grevés de la charge des reprises. Or, dans le système du code, les reprises s'exercent par voie de prélèvement; ce sont les biens qui restent après le prélèvement qui constituent la masse partageable. Si donc le mari vend avant que la femme ait fait ses prélèvements, il vend ce qui ne lui appartient pas, au moins jusqu'à concurrence du montant des reprises; la vente n'est donc valable que pour ce qui reste, déduction faite des reprises. En ce sens, la cour de cassation a raison de dire que le mari ne peut céder à des tiers plus de droits qu'il n'en a lui-même; s'il vend sa part indivise, il la vend grevée de la charge des récompenses (1).

N° 3. DES PRIVILÈGES ACCORDÉS A LA FEMME POUR L'EXERCICE DE SES REPRISSES.

**516.** La loi accorde certains privilèges à la femme pour l'exercice de ses reprises. Quels sont ces privilèges? Il y en a deux qui sont certains : la femme exerce ses prélèvements avant le mari (art. 1471). En cas d'insuffisance de la communauté, elle a de plus un recours contre le mari, tandis que le mari n'a d'action que sur les biens de la communauté (art. 1472). Le choix des immeubles que l'article 1471 attribue à la femme est-il aussi un de

(1) Rejet, 6 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 167).

ses privilèges? Nous reviendrons sur la question, qui est controversée; pour le moment, il suffit de constater que le rapporteur du Tribunat comprend le choix des immeubles parmi les faveurs que la loi accorde à la femme. Duveyrier dit aussi quelle est la raison de ces privilèges : « La privation absolue de pouvoir et d'influence qui a constamment éloigné la femme de tous les actes d'administration doit encore ici lui donner une faveur, une préférence dont la justice ne peut être contestée, et qui se réalise par trois moyens progressifs. » Le rapporteur énumère ensuite ces privilèges dans l'ordre suivi par le code. Ces faveurs se rattachent donc au système de la communauté légale, tel qu'il s'est formé dans les mœurs. Pendant la durée du régime, le mari est seigneur et maître, tandis que la femme reste étrangère à l'administration des intérêts communs, à ce point qu'on lui a même contesté sa qualité d'associée. Après la dissolution de la communauté, la situation change; le mari est responsable de l'exercice de son pouvoir absolu, il supporte toutes les conséquences de sa gestion; la femme, au contraire, peut s'y soustraire en renonçant; elle peut aussi accepter; si elle prend ce parti, la loi la met encore à l'abri de toute perte en lui donnant le bénéfice d'émolument, et elle assure l'exercice de ses reprises en les garantissant par des privilèges.

Le premier est le plus naturel : si les deux époux ont des prélèvements à faire, la femme exerce ses reprises avant celles du mari. Il se peut que les biens communs ne suffisent pas pour remplir les deux époux de leurs droits; quelle que soit la cause de cette insuffisance, on ne peut l'imputer à la femme, puisque, de droit, elle a été étrangère à l'administration de la communauté. Quand même la communauté serait suffisante, il y aura d'ordinaire un choix à faire; la loi veut que la femme puisse prendre les meilleurs effets ou ceux qui sont le plus à sa convenance. Nous avons d'avance justifié le choix des immeubles (n° 505); il s'agit des conquêts, c'est le mari qui les acquiert; il ne serait pas juste que la femme fût obligée de prendre des immeubles dont elle ne pourrait tirer aucun parti. Si les biens de la communauté ne suffisent point pour le paiement