

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. Duvyrier 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

des reprises de la femme, elle peut les exercer sur les biens personnels du mari. Cette préférence s'explique par la cause des reprises ; les propres de la femme ont enrichi la communauté ; le mari, qui en profite comme chef, doit administrer de manière que la femme retrouve dans la communauté les valeurs qu'elle y a mises. Il se peut que les biens communs ne suffisent point pour remplir la femme de ses reprises. Cela suppose une mauvaise gestion ou une gestion malheureuse, dont la femme ne peut souffrir, puisqu'elle y a été étrangère ; il lui faut donc une garantie pour la reprise des propres aliénés ou employés dans l'intérêt de la communauté ; cette garantie consiste dans l'action qu'elle a contre son mari, et dans l'hypothèque que la loi lui donne pour assurer le paiement des reprises (1).

**517.** La loi accorde ces privilèges à la femme pour toutes ses reprises. Au premier rang de ces reprises, figure le droit de prélever ses biens personnels qui ne sont point entrés en communauté (art. 1470, 1<sup>o</sup>). Est-ce à dire que la femme ait un privilège de ce chef ? Nous avons dit que c'est à tort que la loi place le prélèvement des propres parmi les reprises des époux : c'est tout simplement l'exercice du droit de propriété (n<sup>o</sup> 500) ; or, comme propriétaire, la femme ne saurait avoir aucune préférence sur son mari et, de fait, elle n'en a aucune. On ne peut pas dire qu'elle reprend ses propres avant le mari : qu'importe, si les propres existent, et si chaque époux peut reprendre les siens ? Bien moins encore peut-il être question d'un choix (art. 1471), et si la femme reprend ses propres, de quel droit aurait-elle un recours contre son mari ? Les privilèges de la femme confirment ce que nous avons dit, c'est que la reprise des propres n'est pas une reprise ni un prélèvement (2).

**518.** La priorité des prélèvements ne donne lieu à aucune difficulté ; nous avons déjà traité du choix des immeubles (n<sup>os</sup> 505 et 508). Reste l'action que l'arti-

(1) Duveyrier, *Rapport*, n<sup>o</sup> 39 (t. VI, p. 425). Troplong, t. II, p. 37, n<sup>o</sup> 1626. Colmet de Santerre, t. VI, p. 288, n<sup>os</sup> 129 et 130 bis.

(2) Marcadé, t. V, p. 623, n<sup>o</sup> II de l'article 1472.

cle 1472 donne à la femme sur les biens du mari. Il ne faut pas la confondre avec l'action en récompense. Celle-ci s'exerce sur les biens de la communauté, et, par dérogation aux principes généraux, l'époux se remplit de ce qui lui est dû en biens communs, et à son choix, quand il s'agit de la femme. L'action récursoire, au contraire, que la femme a contre son mari est une action ordinaire, elle est dirigée contre la personne et ne s'exerce sur les biens que lorsque le débiteur ne paye pas ; dans ce cas, la femme, de même que tout créancier, doit procéder par voie de saisie ; elle ne peut pas s'approprier les biens du mari et bien moins encore choisir les immeubles qui lui conviennent ; c'est une action ordinaire, tandis que l'action en récompense est soumise à des règles exceptionnelles (1).

**519.** La femme doit-elle faire inventaire pour jouir du bénéfice des articles 1471 et 1472 ? Il y a controverse ; la négative nous paraît certaine (2). L'interprète ne peut imposer des obligations ni créer des déchéances. Or, la loi ne dit pas que la femme doive faire inventaire pour l'exercice des privilèges qu'elle lui accorde en matière de récompense ; son silence est décisif. On peut donner d'excellentes raisons pour la nécessité ou l'utilité d'un inventaire. Comment constater l'insuffisance du mobilier de la communauté et de l'argent comptant quand les effets de la communauté n'ont pas été inventoriés ? Et comment la femme prouvera-t-elle l'insuffisance de la communauté quand elle exerce ses reprises contre son mari ? Mais les meilleures raisons n'autoriseraient pas le juge à prononcer la déchéance de la femme à défaut d'inventaire. La loi a soin de dire dans quels cas la femme est obligée de faire inventaire et de déterminer les conséquences de l'inobservation de cette formalité ; le juge ne peut pas ajouter à la loi ; tout ce que l'interprète peut faire, c'est de conseiller la confection d'un inventaire, afin de prévenir toute difficulté de preuve. Il y a des arrêts en sens

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 364, § 511 (4<sup>e</sup> éd.).

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 364, note 30. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Bruxelles, 12 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 34).

contraire qui s'appuient sur l'article 1483 : nous y revenons en traitant du bénéfice d'émolument.

N° 4. LE MARI A-T-IL LES MÊMES PRIVILÈGES?

**520.** On demande d'abord si le mari exerce ses prélèvements en nature et par voie d'appropriation. D'après le texte de l'article 1471, il faudrait répondre négativement. La loi commence par dire que les prélèvements de la femme s'exercent avant ceux du mari. Puis elle règle le mode d'exercer les prélèvements : « *Ils s'exercent d'abord sur l'argent comptant,* » etc. Le mot *ils* se rapporte aux prélèvements de la femme, dont il est question dans le premier alinéa. Ainsi l'article 1471 ne parle pas des prélèvements du mari, et comme cette disposition est exceptionnelle, on ne peut l'étendre au mari (1).

Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie (2), et nous l'admettons. La difficulté de texte porte sur le sens du mot *ils*. Grammaticalement il se rapporte aux prélèvements de la femme, cela est vrai. Mais le langage du code n'est pas toujours conforme aux règles de la grammaire ; le législateur français n'aime point les répétitions. Au lieu de dire : « Les prélèvements du mari et de la femme », il a préféré se servir du pronom *ils*. Ce qui semble indiquer que la seconde disposition est générale et s'applique au mari aussi bien qu'à la femme, c'est que l'article est partagé en deux alinéas, comprenant deux dispositions diverses. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Aux termes de l'article 1470, « chacun des époux *prélève* sur la *masse des biens* le prix de ses immeubles et ses indemnités ». Telle est la règle, elle s'applique au mari comme à la femme ; vient ensuite l'article 1471 qui règle la manière de faire les prélèvements. Y a-t-il une raison de distinguer, sous ce rapport, entre le mari et la femme ? Quant à l'appropriation des biens et quant à l'ordre dans lequel elle se fait, il n'y a certes aucune différence,

(1) C'est l'avis de Colmet de Santerre, t. VI, p. 290, n° 132 bis I.

(2) Rodière et Pont, t. II, p. 371, n° 1093.

en principe, entre les deux époux. *Prélever*, c'est prendre des biens en nature ; or, il y a dans toute communauté trois espèces de biens : du numéraire, des meubles et des immeubles ; il faut nécessairement que l'on sache dans quel ordre se feront les prélèvements : tel est le but de l'article 1471. Le but est général, donc la disposition doit l'être aussi. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait aucune différence entre le mari et la femme dans l'exercice des reprises. La femme a ses privilèges, que la loi prend soin d'énumérer : elle exerce ses prélèvements avant le mari, elle a le choix des immeubles, elle a un recours sur les biens du mari. Ces privilèges ont leur raison d'être, mais il n'y a absolument aucune raison pour établir une différence entre le mari et la femme quant à l'appropriation des biens et quant à l'ordre dans lequel elle se fait. Telle est aussi l'interprétation que le rapporteur du Tribunal donne à la loi, comme nous l'avons dit plus haut (n° 516).

**521.** Duveyrier place parmi les privilèges de la femme le choix que la loi lui attribue des immeubles de la communauté ; sur ce point, le texte paraît formel : « Le choix des immeubles est déféré à la femme et à ses héritiers. » Ce choix est une faveur, un privilège ; dès lors on ne peut l'étendre au mari, car on n'étend pas les privilèges. Il n'y a pas même analogie complète, sous ce rapport, entre le mari et la femme. Quelle est la raison des privilèges que la loi accorde à la femme ? Le rapporteur du Tribunal le dit : c'est qu'elle est exclue de l'administration ; ce n'est pas elle qui acquiert les immeubles, donc elle ne doit pas être forcée à prendre ceux qui ne lui conviennent pas. On n'en peut dire autant du mari. Il a acheté les immeubles selon ses convenances, ses besoins ou ses goûts : de quoi se plaindrait-il si on lui attribue indifféremment un de ces immeubles ? A son égard, le choix n'a point de raison d'être.

Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie. Elle s'appuie sur la tradition. Pothier commence par dire que lorsque la masse est arrêtée, la femme doit prélever dans les meilleurs effets de la communauté, à son choix, la somme à laquelle montent ses reprises. Puis il ajoute :

« Après ce prélèvement fait par la femme, le mari prélève pareillement, à son choix, dans les meilleurs effets qui restent de ladite masse, la somme à laquelle montent ses reprises. » Ainsi la seule différence que Pothier établit entre le mari et la femme, c'est que celle-ci choisit la première en prenant les meilleurs effets de la communauté, mais le mari a le choix dans ce qui reste<sup>(1)</sup>. Le code a-t-il reproduit la doctrine de Pothier? Non, il dit que les *prélèvements* du mari s'exercent après ceux de la femme, mais il distingue le *choix* du prélèvement; le choix, il ne le donne qu'à la femme, donc on ne peut pas l'accorder au mari. Vainement dirait-on que c'est argumenter du silence de la loi, ce qui est la pire des argumentations. C'est oublier qu'il s'agit d'un privilège, et en matière de privilèges, comme dans les exceptions en général, on raisonne toujours du silence de la loi, en ce sens qu'il ne peut y avoir de préférence légale sans texte.

**522.** Aux termes de l'article 1472, le mari ne peut exercer ses reprises que sur les biens de la communauté; il n'a pas d'action récursoire sur les biens de la femme en cas d'insuffisance des biens communs. La raison en est simple. Si la femme a un recours contre le mari, c'est que l'on suppose que l'insuffisance de la communauté est imputable au mari. Que si les biens communs ne suffisent pas pour remplir le mari de ses reprises, il ne peut se prévaloir du mauvais état de la communauté, que lui seul a administrée avec un pouvoir absolu, pour en rendre la femme responsable, puisque celle-ci est restée légalement étrangère à l'administration.

Le mari pourrait-il stipuler, par contrat de mariage, qu'en cas d'insuffisance de la communauté il aura un recours sur les biens personnels de la femme? Il a été jugé que cette singulière clause est nulle, parce qu'elle vicie la communauté dans son essence. Cela nous paraît d'évidence.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 701. Les auteurs, sauf Colmet de Santerre, et la jurisprudence sont en ce sens (Aubry et Rau, t. V, p. 361, note 22, § 511, et Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2424). Il faut ajouter la jurisprudence belge. Liège, 25 février 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 127), et Rejet, 29 novembre 1866 (*ibid.*, 1867, 1, 69); Bruxelles, 3 août 1847 (*ibid.*, 1847, 2, 193).

On se prévalait, devant la cour de cassation de Belgique, de la liberté dont jouissent les époux de régler leurs intérêts comme ils l'entendent; l'article 1387 ne fait d'exception à cette liberté que dans les cas où les conventions matrimoniales seraient contraires aux bonnes mœurs, on peut ajouter ou à l'ordre public, ou à une disposition prohibitive du code. Or, disait-on, l'article 1472, auquel la clause litigieuse déroge, est étranger à l'ordre public, et il n'est pas conçu dans des termes prohibitifs. La cour répond qu'il y a des dispositions qui sont virtuellement prohibitives, en ce sens qu'elles tiennent à l'essence de la communauté. Tel est l'article 1472. Le rapporteur du Tribunal dit que c'est une conséquence du pouvoir absolu dont le mari jouit sous le régime de communauté; or, ce pouvoir lui est accordé comme conséquence de la puissance maritale et de la subordination de la femme. Par compensation à ce pouvoir absolu du mari, la loi accorde à la femme certains privilèges, entre autres celui de l'article 1472 : la femme n'y pourrait pas renoncer par contrat de mariage, de même qu'elle ne pourrait renoncer à son droit d'option (art. 1453), ni à son bénéfice d'émolument. Par la même raison, le mari ne peut stipuler un privilège que la loi accorde à la femme contre lui : pourrait-il stipuler qu'il aura le droit de renoncer à la communauté? Non, certes. Par identité de raison, il ne peut se réserver un recours sur les biens personnels de la femme quand la communauté est insuffisante pour le remplir de ses reprises : ce serait faire porter à la femme la responsabilité d'une gestion qui lui est étrangère et affranchir le mari des conséquences de son pouvoir absolu. Veut-on que la femme soit responsable, il faut lui donner un droit égal d'administrer, ce qui est en opposition avec l'article 1389. Si elle est légalement exclue de l'administration par un motif d'ordre public, la conséquence qui résulte de cette exclusion sera aussi d'ordre public. Cela décide la question (1).

(1) Cassation, 1<sup>er</sup> décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 1, 3), et, sur renvoi, Bruges, 10 mars 1873 (*ibid.*, 1873, 3, 108); Gand, 29 avril 1874 (*ibid.*, 1874, 2, 394).

**523.** Nous avons dit que la femme n'est pas tenue de faire inventaire pour jouir des privilèges que les articles 1471 et 1472 lui accordent (n° 519). A notre avis, le mari n'a aucun de ces privilèges; mais, dans l'opinion générale, qui est aussi la nôtre, le mari a le droit de s'approprier, en biens de la communauté, notamment les immeubles, lorsque le mobilier est insuffisant. Faut-il, sous peine de déchéance, qu'il fasse inventaire pour établir l'insuffisance du mobilier? Non; par la raison, qui est décisive, que la loi ne lui impose pas cette obligation et ne le frappe pas de cette déchéance. Il y a un arrêt en sens contraire, mais les considérants témoignent contre la décision. Dans l'espèce, le mari était resté en possession de tous les biens de la communauté sans faire constater, par un inventaire, la consistance du mobilier. Cette négligence, dit la cour de Caen, doit avoir pour conséquence de faire *présumer* qu'il a trouvé dans la communauté des valeurs mobilières équivalentes aux reprises qu'il avait à exercer; la cour en conclut que le mari ou ses héritiers ne pouvaient exercer leurs reprises sur les immeubles. Ainsi la cour déclare le mari déchu d'un droit légal sur une présomption qu'elle a imaginée! C'est dépasser le pouvoir de l'interprète (1). L'arrêt a été cassé pour d'autres motifs; celui que nous signalons suffisait pour entraîner la cassation, car la cour violait l'article 1350, et elle subordonnait le droit que l'article 1471 accorde au mari à une condition que la loi ignore, en sanctionnant cette obligation par la peine de déchéance; ce qui constitue un excès de pouvoir.

N° 5. DES DROITS DE LA FEMME A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS.

**524.** La faculté que l'article 1471 donne à la femme de se payer sur les biens de la communauté, par un prélèvement avant partage, lui donne un droit de préférence à l'égard de son mari, pour ce qui concerne ses reprises; le mari est copropriétaire des biens qui composent la masse, mais il ne peut exercer ce droit qu'après les prélèvements

(1) Caen, 17 juillet 1857 (Daloz, 1859, 1, 491).

que sa femme a le droit de faire; de sorte que la créance de la femme l'emporte sur la propriété du mari. Rien de plus juste que cette préférence. Les reprises que la femme est dans le cas d'exercer ont leur cause dans l'emploi que la communauté a fait des propres de la femme dans son intérêt. Dans les rapports de la communauté avec les époux, on peut dire que les reprises qui représentent les propres n'appartiennent pas à la communauté; si elle en est devenue propriétaire en vertu de son quasi-usufruit, c'est à charge de restitution, il faut donc les déduire de la masse; c'est seulement après cette déduction que la masse partageable sera formée et que le mari pourra en demander le partage.

**525.** La femme jouit-elle aussi de cette préférence à l'égard des tiers créanciers? Il faut d'abord distinguer les créanciers du mari et les créanciers de la communauté. Quant aux créanciers du mari, il est certain que la femme peut leur opposer son droit de préférence. La raison en est simple et décisive: les créanciers n'ont d'autres droits que ceux du débiteur, au nom duquel ils agissent; ce sont les droits du débiteur qu'ils exercent; ils sont soumis, dans cet exercice, aux mêmes restrictions que le débiteur lui-même. Or, le mari n'a de droit sur les biens de la communauté que déduction faite des prélèvements de la femme; donc ses créanciers doivent aussi permettre à la femme d'exercer ses reprises, avant de pouvoir agir sur les biens communs; la femme, ayant un droit de préférence à l'égard du mari, l'a par la force des choses contre les créanciers du mari. Nous venons de dire (n° 515) que la femme peut exercer ses reprises sur les immeubles de la communauté, lorsque le mari a vendu sa part indivise dans ces immeubles; les acquéreurs sont des ayants cause du vendeur et n'ont d'autres droits que leur auteur. Si la femme peut opposer son droit de préférence aux tiers propriétaires, à plus forte raison peut-elle s'en prévaloir contre de simples créanciers chirographaires. Sur ce point, il n'y a aucun doute, et tout le monde est d'accord (1).

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 362 et note 27, § 511. Colmet de Santerre, t. VI, p. 291, n° 132 bis II.