

n'est inscrit, en faveur de la femme, sur les meubles de la communauté, dans les articles 2101 et suivants du code civil; nous ajouterons que la loi hypothécaire belge n'a fait que reproduire, sous ce rapport, les dispositions du code Napoléon. Voilà un premier point qui ne saurait être contesté. Le silence du code au titre des *Hypothèques* est décisif, car c'est là que devrait se trouver le privilège de la femme pour ses reprises, si la loi avait entendu lui en accorder un.

**531.** Les arrêts de 1853 et de 1854 se bornent à dire qu'il résulte des articles 1470, 1471, 1483 et 1493 que c'est à titre de propriétaire que la femme, de même que le mari et avant ce dernier, a droit au prélèvement préalable de ses *propres* lors de la dissolution de la communauté, et qu'ainsi l'actif de cette communauté ne se compose que du surplus des biens, prélèvement fait des *reprises*. Il suit de là, dit la cour, que la femme ne peut être placée sur la même ligne que les créanciers de la communauté et qu'elle doit être remplie intégralement de ses reprises avant que les tiers créanciers puissent faire valoir leurs droits sur l'actif de la communauté (1).

On peut opposer à cette argumentation une fin de non-recevoir. La cour oublie une règle d'interprétation qui est fondamentale, c'est que l'on ne doit pas faire dire au législateur ce qu'il n'a pas entendu décider. Il faut une loi qui donne à la femme une préférence à l'égard des autres créanciers (art. 2093). Et où la cour va-t-elle chercher cette loi? Dans des dispositions où il n'est pas question des créanciers. Les articles cités par la cour de cassation se trouvent dans la section V, qui a pour objet le partage de la communauté; les articles 1470 et 1471, qui sont le vrai siège de la difficulté, traitent d'une opération préliminaire du partage. Et que dit l'article 1470 qui ouvre la matière? « Sur la masse des biens, *chaque époux ou son héritier* prélève. » Ainsi les prélèvements se font entre les époux et leurs héritiers. Il est très-vrai que, pour les prélève-

(1) Cassation, 15 février 1853 (Dalloz, 1853, 1. 75); 11 avril 1854 (id., 1854, 1. 152).

ments, la femme est préférée au mari, puisque les prélèvements ont pour objet de former la masse partageable, et que le mari n'exerce ses droits que sur cette masse, donc déduction faite des reprises de la femme. Mais cela se fait entre époux, entre copartageants; le partage de même que les opérations préliminaires sont étrangers aux créanciers de la communauté. De ce que, pour ses prélèvements, la femme est préférée au mari, va-t-on conclure qu'elle est aussi préférée aux créanciers de la communauté? Nous répondons que c'est faire décider au législateur ce qu'il n'a pas entendu décider. En effet, il n'est pas dit un mot des créanciers de la communauté dans les articles qui concernent les prélèvements, il n'y est question que des époux. Si, entre époux, la loi donne une préférence au créancier des reprises sur le conjoint copropriétaire des biens communs, cette préférence peut-elle être étendue aux créanciers que la loi ne mentionne pas? Etend-on des causes légales de préférence? C'est cependant ce que la jurisprudence a fait pendant cinq ans; elle a commis un excès de pouvoir en créant une cause de préférence que la loi ignore. S'il était permis de procéder ainsi, on trouverait toujours des *causes légitimes de préférence* (art. 2092) : chaque interprète en créerait à sa guise, mais aussi chaque interprète serait législateur.

**532.** On dira que la loi n'avait pas besoin de mentionner les créanciers de la communauté en traitant des prélèvements. S'il est vrai que les prélèvements s'exercent à titre de propriété, il s'ensuit que la femme peut les exercer contre tous, car tel est le caractère du droit de propriété, droit absolu qu'il ne faut pas confondre avec un simple privilège. Il nous faut donc voir si la femme exerce ses reprises comme propriétaire. Le texte répond à la question. Il y a une reprise qui n'est que l'exercice du droit de propriété; aux termes de l'article 1470, n° 1, chaque époux prélève ses biens personnels *qui ne sont point entrés en communauté* s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi. Les prélèvements du n° 1, dit l'arrêt de 1858, s'exercent à titre de propriétaire et constituent une véritable revendication. En veut-on la preuve? Elle

est écrite dans la loi. En effet, d'après l'article 1402, l'époux ne peut prélever ou reprendre ses propres qu'à la charge de justifier qu'il avait la propriété ou la possession légale de ces biens antérieurement au mariage, ou qu'ils lui sont échus depuis à titre de succession ou de donation. Donc l'époux qui prélève ses biens personnels est un propriétaire qui revendique ce qui lui appartient. Ce droit absolu, il peut l'opposer à tous, par une raison très-simple : les créanciers de la communauté n'ont de droit de gage que sur les biens de la communauté ; or, les propres des époux, l'article 1470 le répète, ne sont point entrés en communauté ; donc les créanciers n'y ont aucun droit.

Est-ce aussi à titre de propriétaire que l'époux exerce les reprises proprement dites ? Car il importe de rappeler que le prélèvement des propres n'est pas un vrai prélèvement et ne constitue pas une véritable reprise. Nous l'avons déjà dit (n° 500), et cela n'est pas contesté ; on ne doit donc pas dire que si les reprises du n° 1 se font à titre de propriétaire, il en est de même de toutes les reprises, la loi les mettant toutes sur la même ligne. Ce serait très-mal raisonner. La reprise des propres est une revendication, la loi elle-même le dit (art. 1402). Les autres reprises ne sont pas une revendication, nous l'avons prouvé d'avance en établissant que la femme les exerce comme créancière ; nous allons compléter notre démonstration en établissant qu'elle ne peut pas exercer ces reprises à titre de propriété. Il s'agit du prélèvement que la femme fait du prix de ses propres aliénés et des autres indemnités qui lui sont dues par la communauté, quand celle-ci s'est enrichie aux dépens des propres de la femme. Est-ce là l'exercice du droit de propriété ? L'arrêt de 1858 répond : que la femme fait ces prélèvements à titre de créancière. En effet, l'action a alors pour cause une diminution du patrimoine de l'un des époux et un profit corrélatif fait par la communauté ; or, cette cause ne produit pas un droit de propriété sur des objets déterminés ; il en résulte, non une action en revendication, mais une créance et une action mobilière. En jugeant le contraire, la jurisprudence confondait les notions les plus simples, la différence qui existe entre les

droits réels et les droits de créance. Qu'est-ce qui caractérise les droits réels, et notamment la propriété, qui les comprend tous ? Le droit réel suppose, comme le dit l'arrêt de 1858, un objet déterminé dans lequel il s'exerce : conçoit-on le pouvoir de disposer de la manière la plus absolue d'une chose, alors que cette chose est indéterminée ? Cela est contradictoire dans les termes. La jurisprudence tombait dans cette contradiction en décidant que la femme de même que le mari exerçaient leurs reprises à titre de propriété. Prenons le cas le plus usuel : Un propre de la femme est vendu, le prix en est versé dans la communauté ; la femme a une récompense de ce chef. Quel est l'objet de son droit ? Sont-ce les espèces qui ont été versées dans la communauté ? Non, car elle ne les reprend pas en nature. Que reprend-elle ? Une valeur. Revendique-t-on une valeur ? Est-ce que le créancier qui agit contre son débiteur revendique ? La femme qui est créancière ne revendique pas plus que tout autre créancier. Vainement dit-on qu'à la différence des autres créanciers la femme s'approprie les effets de la communauté à son choix. Est-ce là une revendication ? Non ; celui qui revendique est propriétaire, tandis que la femme le *devient* seulement, après qu'elle a exercé ses prélèvements ; de même que tout créancier *devient propriétaire* par le fait du *payement*. Être payé ne veut pas dire revendiquer.

On a prétendu que le droit de propriété de la femme qui exerce ses reprises résulte des articles 1470 et 1471. Ces articles disent que chaque époux *prélève* ses reprises sur la masse : est-ce qu'un créancier *prélève* ce que son débiteur lui doit ? Les époux qui prélèvent ont le *choix des biens* : est-ce que le créancier peut, à son choix, prendre, parmi les biens de son débiteur, ceux qui lui conviennent ? Donc l'époux n'est pas créancier. Reste à prouver qu'il agit comme propriétaire. Pour le prouver on recourt à des fictions. C'est à raison de ses propres qui ont été versés dans la communauté que l'époux a droit à une indemnité ; les propres n'existant plus en nature, la loi, dit-on, y subroge les biens de la communauté. D'autres disaient que les biens de la communauté servaient de remploi à l'époux

qui a droit à une récompense. Qu'il y ait *subrogation* ou *remploi*, toujours est-il que l'époux exerce ses droits dans les effets mobiliers ou immobiliers de la communauté; il agit par voie d'*appropriation*, donc à titre de *propriétaire*. Dupin, qui porta la parole dans ce débat comme procureur général, se moque de cette transmutation d'un droit de créance en un droit de propriété, espèce de métempsychose juridique qui transforme un carré en cercle. Ceux qui ont imaginé ce tour de force ont oublié que la subrogation est une fiction, et qu'il n'appartient qu'au législateur de créer des fictions; ils ont oublié que le remploi suppose qu'un immeuble prend la place d'un propre sous les conditions déterminées par la loi; la loi ignore les remplois tacites aussi bien que la subrogation tacite; l'article même qui parle des reprises dit qu'il n'y a lieu à reprendre le prix des propres aliénés que lorsqu'il n'en a pas été fait remploi, donc la reprise n'est pas un remploi. Le texte et les principes repoussent donc ces suppositions tout à fait gratuites. Tout ce qui résulte des articles que l'on invoque, c'est que les reprises sont des créances d'une nature particulière; elles sont soumises à des règles exceptionnelles; nous en avons dit la raison. Mais de ce qu'il y a lieu de les prélever sur la masse, on ne peut pas conclure que l'époux est propriétaire des objets qu'il prélève par l'effet d'une subrogation ou d'un remploi également imaginaires.

**533.** Devant les chambres réunies de la cour de cassation, on n'insista pas trop sur le prétendu droit de propriété de l'époux qui exerce une reprise; l'argument avait été ruiné par les attaques de la doctrine. Le pourvoi parlait d'un droit d'*exclusion* à l'égard des créanciers, au profit de la femme, pour ses prélèvements sur les biens de la communauté. C'est une nouvelle preuve que toute cette théorie des reprises de la femme était extralégale; à chaque pas, ses défenseurs étaient obligés d'imaginer des préférences que la loi ignore, tantôt à titre de *privilege*, tantôt à titre de *propriété*, tantôt par *droit d'exclusion*. Qu'importe le mot? Le résultat est toujours le même et la loi repousse le fond des idées aussi bien que les formes

diverses qu'on lui donne. De quel droit *exclurait-on* les créanciers de la communauté des biens appartenant à la communauté? Est-ce parce que la femme a le droit de les prélever? L'arrêt de 1858 répond, comme nous l'avons déjà fait, que les articles 1470 et 1471 ne s'occupent que du partage de l'actif entre les époux et règlent uniquement les droits respectifs de ces derniers. Dérogent-ils en quoi que ce soit aux droits des créanciers? Non, car il n'est pas question des créanciers, et il va sans dire que les créanciers conservent leur gage sur les biens de leur débiteur.

Le pourvoi invoquait encore l'article 1483 pour en induire un droit d'*exclusion* ou de *préférence*. Cet article donne à la femme le bénéfice d'émolument, espèce de bénéfice d'inventaire qu'elle peut opposer à son mari pour toutes les dettes et aux créanciers pour celles dont elle n'est point tenue comme débitrice personnelle. Les reprises ne font pas partie de l'émolument jusqu'à concurrence duquel la femme est tenue. Or, dit-on, si l'on permet aux créanciers de concourir avec la femme sur les biens de la communauté, alors que la femme exerce ses reprises, elle sera obligée de venir à contribution avec eux, elle ne sera donc pas payée intégralement et, par conséquent, elle supportera les dettes au delà de son émolument, puisqu'elle les supporte sur ses reprises. La cour de cassation répond que l'exercice des reprises est une créance, par conséquent un droit de la femme sur l'actif de la communauté, tandis que l'article 1483 règle uniquement les obligations de la femme quant au passif en lui accordant, quand elle accepte, une espèce de bénéfice d'inventaire. Il n'y a donc rien de commun entre les reprises et le bénéfice d'émolument; de sorte que la première jurisprudence de la cour de cassation, en se prévalant de l'article 1483, faisait encore une fois décider au législateur une question qu'il n'avait pas pour objet de décider. C'est la plus vicieuse des argumentations, bien que ce soit la plus usuelle, quand on veut introduire des opinions nouvelles dans le code en les plaçant sous l'autorité du législateur.

**534.** Nous croyons inutile de continuer ce débat, déjà trop long (1). Un mot seulement sur le rôle de législateur que la cour de cassation avait pris dans ses premiers arrêts. Il est certain que si l'arrêt de 1858 est fondé sur les textes, sur les principes et sur la tradition, la première jurisprudence est une violation de la loi et un excès de pouvoir. La cour a donc fait la loi, en donnant à la femme un droit de préférence contre les créanciers de la communauté. Ce nouveau code civil valait-il mieux que l'ancien ? On peut hardiment affirmer que non. C'est, au contraire, sous la pression de l'opinion publique et pour rassurer les intérêts alarmés que la cour s'est donné un démenti solennel en refusant à la femme le droit de préférence que la jurisprudence lui avait reconnu presque unanimement. Sans doute, les droits de la femme sont dignes de la faveur du législateur, et il en a tenu compte en lui donnant une hypothèque légale. Mais les intérêts des créanciers sont plus favorables encore, car l'intérêt des tiers c'est l'intérêt général. Il y a des créanciers qui traitent avec le mari sur la foi de sa richesse mobilière ; or, la femme augmente le crédit du mari en consentant à l'aliénation de ses propres et en versant le prix dans la communauté ; elle engage par là les tiers à traiter avec son mari ; viendra-t-elle ensuite opposer à ces mêmes créanciers son droit de reprise ? c'est-à-dire reprendra-t-elle, sous forme de prélèvement, les biens qui ont contribué à rassurer les créanciers ? Dupin a dit que le droit de reprise ainsi entendu serait un droit de surprise. C'est un bon mot, mais c'est aussi un mot juste (2).

N° 6. NATURE DU DROIT DE REPRISE.

I. Est-ce un droit mobilier ?

**535.** Quelle est la nature du droit de reprise ? Est-ce un droit mobilier ? Ou est-ce un droit immobilier quand le

(1) Voyez l'excellente réfutation que Colmet de Santerre a faite de l'ancienne jurisprudence (t. VI, p. 292, nos 132 bis III et suivants).

(2) Réquisitoire de Dupin (Dalloz, 1858, 1, 17). Colmet de Santerre, t. VI, p. 297, n° 132 bis XIII.

prélèvement s'exerce en immeubles ? Il nous semble que, dans l'opinion consacrée par la dernière jurisprudence de la cour de cassation, la réponse ne saurait être douteuse. Elle est fondée sur le principe que la femme n'a qu'un droit de créance ; or, tous les droits de créance sont mobiliers, parce qu'ils tendent à mettre dans les mains du créancier une somme d'argent, c'est-à-dire une chose mobilière ; on peut donc appliquer aux reprises cette vieille définition : *Jus est mobile quod tendit ad mobile*. Toutefois la question est controversée. Constatons d'abord quel est l'intérêt pratique du débat, si l'on applique aux reprises les principes qui régissent les droits mobiliers. La veuve qui a un droit de reprise dans une première communauté se remarie sous le régime de la communauté légale ; son droit de reprise entrera-t-il dans l'actif de la communauté ? Oui, puisque c'est un droit mobilier ; si donc la première communauté se liquide et que la femme prélève ses reprises en immeubles, ces immeubles entreront en communauté, parce que la femme les reçoit à titre de reprise, c'est-à-dire de droit mobilier. De même si la femme ou le mari font un legs universel de leur mobilier, le légataire aura droit aux reprises, alors même que, lors de la liquidation de la communauté, les reprises s'exerceraient par un prélèvement sur les immeubles. Il n'y a qu'une restriction à faire à cette décision : la volonté des parties contractantes fait leur loi, et l'intention du testateur fait aussi loi pour l'interprétation de ses dispositions ; il faut donc avant tout voir ce que veut le disposant et ce que veulent les parties (1). C'est le droit commun.

**536.** Dans l'opinion qui a régné pendant cinq ans dans la jurisprudence sur les reprises de la femme, la nature des reprises dépendait du prélèvement. La femme étant censée les exercer à titre de propriétaire, son droit était considéré comme mobilier quand elle prélevait des meubles, et comme immobilier quand elle prélevait des immeubles. Un arrêt rendu par la chambre des requêtes, sous l'empire de la nouvelle jurisprudence, réfute dans des

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 358, § 511, et les arrêts cités plus bas.