

les partages ne sont point considérés comme des titres d'acquisition, mais comme des actes qui n'ont d'autre effet que de déterminer la part indivise de chacun des copartageants dans la masse partageable, aux seuls biens qui, par le partage, tombent au lot de chacun d'eux. Pothier applique ce principe, qui est réellement une règle générale, au partage de la communauté. En conséquence, le mari est censé avoir acquis, pour le compte de lui seul et pour se remplir de sa part dans la communauté, tous les conquêts échus en son lot et en avoir toujours été seul propriétaire; il est censé, au contraire, n'avoir jamais été propriétaire, en son propre nom, pour aucune part, des biens échus au lot de sa femme et n'y avoir jamais eu d'autre droit que celui qu'il avait en sa qualité de chef de la communauté pendant le temps qu'elle a duré. Il en est de même de la femme (1).

Nous avons rapporté les termes mêmes de Pothier, parce qu'ils donnent la solution des difficultés que présente l'application du principe. On demande d'abord si le partage rétroagit au jour de la dissolution de la communauté ou au jour où l'indivision a commencé. La solution dépend du point de savoir si la communauté est une personne civile. Ceux qui admettent que la communauté est une personne morale, indépendante des époux, doivent admettre aussi que l'indivision entre époux ne commence qu'à la dissolution de la communauté, puisque jusque-là ils n'étaient pas copropriétaires. Nous avons enseigné, avec la plupart des auteurs, que la communauté n'est autre chose que les deux époux associés (t. XXI, n° 197); de là suit qu'ils sont copropriétaires des biens qui entrent dans l'actif de la communauté, du moment où ces biens sont acquis; partant le partage rétroagit à ce moment. C'est en ce sens que Pothier dit que chacun des époux est censé avoir *toujours* été propriétaire des biens échus dans son lot et n'avoir *jamais* eu la propriété des biens mis au lot de l'autre conjoint.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 431, notes 26 et 27, et les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 324, n° 149 bis II. Gand, 12 février 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 292).

En faut-il conclure, comme on le fait en matière de succession, que les droits réels consentis par le mari pendant la durée de la communauté viennent à tomber lorsque l'immeuble dont ils sont grevés est mis au lot de la femme? Pothier fait une réserve quant au mari: sauf le droit que le mari a eu sur les biens échus au lot de la femme pendant la durée de la communauté. Au premier abord cela paraît contradictoire. La femme est censée avoir été propriétaire et le mari est censé avoir été propriétaire, car le droit qu'il a sur les biens comme chef de la communauté est un droit de propriété. Cette contradiction apparente s'explique par un autre principe qui régit la communauté. Quand la femme accepte, et ce n'est que dans ce cas qu'il y a partage, elle est définitivement associée et commune; de sorte qu'elle est censée avoir concouru à tous les actes faits par son mari; elle a donc aussi été partie aux actes par lesquels le mari a concédé des droits réels sur les immeubles qui sont tombés dans son lot; et c'est ce concours qui les valide quand ensuite ces biens sont mis dans son lot (1).

§ II. Partage de l'actif.

19. L'article 1474 porte: « Après que tous les prélèvements des deux époux ont été exécutés sur la masse, le surplus se partage par moitié entre les époux ou ceux qui les représentent. »

Le partage par moitié reçoit deux exceptions. Quand les héritiers de la femme sont divisés, en sorte que l'un ait accepté la communauté à laquelle l'autre a renoncé, celui qui accepte ne prend que sa part héréditaire dans les biens échus au lot de la femme; le surplus reste au mari (art. 1475). Dans ce cas, le partage ne se fait pas par moitié, parce que l'acceptation ne se fait que pour une part.

La seconde exception est établie par l'article 1477, qui porte: « Celui des époux qui aurait diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans

lesdits effets. » Il n'y a pas de disposition dans tout le titre du *Contrat de mariage* qui donne lieu à plus de procès que celle de l'article 1477. La cupidité règne dans les âmes en souveraine, parce que les convictions religieuses et morales s'en vont. Faut-il s'en étonner quand ceux-là mêmes qui prétendent avoir le monopole de la morale se livrent tout entiers à cette vile passion? Il faut retremper le sens moral en le dégageant des croyances dont il a été jusqu'ici solidaire; de sorte que les sentiments moraux s'altèrent quand les croyances religieuses se perdent. L'avenir de l'humanité dépend de cette transformation de la religion : quand on voit la cupidité envahir le foyer de la famille et les hommes ne songer qu'à amasser de l'argent pour se vautrer dans la boue des jouissances matérielles, on serait tenté de désespérer. Heureusement que Dieu veille sur nos destinées; il viendra en aide à l'humanité et trouvera, pour la régénérer, les moyens qui échappent à la faiblesse humaine.

20. Quand y a-t-il *divertissement* ou *recel*? Ces mots impliquent une intention frauduleuse, celle de s'emparer d'effets qui appartiennent à la masse, pour se les approprier, au préjudice de ses copartageants. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute. L'article 801, qui contient une disposition analogue, est ainsi conçu : « L'héritier qui s'est rendu *coupable* de recélé, ou qui a omis, *sciemment* et de *mauvaise foi*, de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession est déchu du bénéfice d'inventaire. » Dire que l'héritier est *coupable* de recélé, c'est supposer qu'il a commis un acte illicite qui, si ce n'est pas un délit criminel, est au moins un délit civil. Voilà pourquoi l'article 801 ne se contente pas de l'omission volontaire d'un effet dans l'inventaire que dresse le successible; il ne suffit pas que l'héritier l'ait omis *sciemment*, il faut qu'il l'ait omis de *mauvaise foi*. C'est pour la même raison que l'article 1477 punit l'époux coupable de divertissement ou de recel en le privant de sa portion dans les effets divertis ou recelés. Comme on l'a dit, c'est la peine du talion. L'époux est puni par où il a péché : il voulait priver son conjoint ou ses héritiers de leur part

dans les objets qu'il a détournés pour se les approprier; la loi le prive de sa part dans lesdits effets.

La tradition est en ce sens et la jurisprudence l'a consacrée. On appelle *recel*, dit Pothier, l'omission *malicieuse* que le survivant fait, dans son inventaire, de quelques effets ou titres de la communauté. Pothier en conclut que les omissions ne passent pas pour recels, et ne sont pas sujettes aux peines du recel lorsqu'il n'y a pas lieu de les présumer malicieuses. Il dit ensuite dans quels cas il y a lieu de présumer l'omission frauduleuse (1). Nous croyons inutile d'entrer dans ce débat, il ne peut pas être question de présomptions légales; et quant aux présomptions de l'homme, la loi les abandonne aux lumières et à la prudence du magistrat (art. 1353); les distinctions auxquelles l'école se complaît sont tout à fait inutiles dans la pratique, les juges n'en ont pas besoin pour discerner la mauvaise foi.

La cour de cassation pose en principe qu'il faut l'*intention* et l'*action frauduleuses* (2), c'est-à-dire la volonté de s'approprier les effets divertis ou recelés, au préjudice du conjoint ou de ses héritiers. C'est ce préjudice que la cour qualifie d'*action frauduleuse*; il n'y a d'acte fait en *fraude* d'un ayant droit que lorsque cet acte lui est préjudiciable. On peut donc dire qu'il faut intention frauduleuse et préjudice. L'appréciation des faits dépend nécessairement des circonstances de la cause. C'est ce que la cour de cassation a décidé dans une espèce où la cour d'appel avait jugé qu'il n'y avait pas de détournement frauduleux ni de préjudice réel, quoique le mari, interpellé lors de la confection de l'inventaire, eût omis de déclarer des actions du chemin de fer de Strasbourg. Sur le pourvoi, il est intervenu un arrêt de rejet, fondé sur ce qu'il appartenait à la cour d'appel, comme juge du fait, de prononcer, par une appréciation des actes et circonstances de la cause, sur la question de savoir si le défaut de déclaration avait eu lieu de bonne ou de mauvaise foi et si, par conséquent, il con-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 688.

(2) Rejet, 16 février 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2199).

stituait ou non le recel prévu par l'article 1477; et cette appréciation est souveraine, elle ne tombe pas sous la censure de la cour de cassation (1).

Les tribunaux, à notre avis, se montrent parfois trop indulgents dans l'appréciation des faits. Dans une espèce jugée par la cour de Douai, la veuve avait omis de déclarer 26 actions du chemin de fer de Paris-Lyon, 6 actions d'une filature, une créance sur un comptoir, des diamants et des bijoux, enfin des vins fins. La veuve voulait certes s'approprier ces objets, puisqu'on les retrouva lors de son décès parmi ses biens. Mais, dit la cour, elle ne voulait pas dépouiller sa belle-fille, à laquelle ces objets revenaient. Ladite dame avait élevé sa belle-fille, l'avait mariée et lui laissa par testament la moitié de sa fortune. Ces faits-là excluent-ils l'intention frauduleuse? La cupidité n'est pas inaliénable avec un sentiment d'affection pour celui que l'on dépouille. Pour juger s'il y a eu appropriation frauduleuse, il faut considérer, non pas ce qui s'est passé après le divertissement, lors du décès de celui qui divertit, il faut apprécier ce qui se passe au moment même où le détournement a lieu. Le testament est une réparation du préjudice, mais n'empêche pas qu'il y ait eu préjudice. La cour de cassation prononça néanmoins un arrêt de rejet; ce qu'elle fait toujours quand la décision attaquée se fonde sur l'appréciation des faits de la cause (2).

21. Du principe admis par la doctrine et la jurisprudence suit que les faits de détournement doivent être personnels à l'époux ou à l'héritier contre lequel on demande l'application de la peine établie par l'article 1477. Que le délit soit criminel ou civil, peu importe; tout délit est essentiellement personnel. Si donc les effets avaient été détournés par des personnes appartenant à la famille de l'époux, sans aucune complicité de sa part, il n'y aurait pas lieu d'appliquer la peine de l'article 1477 (3). Toutefois, dans ce cas, le juge doit veiller à ce que la loi ne

(1) Rejet, 20 mars 1855 (Daloz, 1855, 1, 329).

(2) Rejet, 21 novembre 1871 (Daloz, 1872, 1, 189).

(3) Agen, 6 janvier 1851 (Daloz, 1851, 2, 52).

soit pas éludée; entre parents il est si facile de s'entendre pour dépouiller une autre famille! L'époux survivant laisse faire; si l'on ne découvre pas la fraude, il partage le bénéfice de cette espèce de vol; et si les faits sont révélés en justice, il proteste de son ignorance. La cour de Bruxelles n'a pas écouté ces mauvaises excuses, et elle a bien fait. Dans l'espèce, la veuve prétendait n'avoir pas personnellement diverti les effets de la communauté; mais il était prouvé qu'étant restée dans la maison mortuaire, elle avait souffert que les effets fussent divertis par des individus de sa famille et autres. Et lorsque, après ces soustractions, qui constituaient un véritable vol, l'inventaire fut dressé, elle ne fit aucune déclaration des effets détournés, réticence frauduleuse qui seule la rendait passible de la sanction pénale que la loi établit. C'était bien le cas d'appliquer la peine du talion (1).

22. L'article 1477 parle des *effets de la communauté* qui auraient été divertis ou recelés. Que faut-il entendre par le mot *effets*? Il comprend tout ce qui fait partie de la communauté, les meubles corporels et incorporels, même les immeubles; les auteurs du code se servent du mot *effets*, au titre du *Contrat de mariage*, pour désigner des immeubles (art. 1408). Quant à l'esprit de la loi, il ne laisse aucun doute: conçoit-on qu'une loi qui a pour objet de prévenir la spoliation de la communauté, en punissant les spoliateurs, leur permette de la dépouiller des immeubles en s'emparant des titres? Le but de la loi est général; pour l'atteindre, elle doit frapper tout détournement, quel qu'en soit l'objet (2).

23. L'article 1477 est conçu dans les termes les plus généraux; il ne distingue pas et ne limite pas la disposition en ce qui concerne l'époque à laquelle le détournement frauduleux a eu lieu; il suffit, d'après le texte, que l'époux ait diverti ou recelé. D'ordinaire, sans doute, la spoliation se fait après la dissolution de la communauté, mais la loi n'en fait pas une condition; et avec raison, car

(1) Bruxelles, 22 août 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 372).

(2) Poitiers, 17 juillet 1860 (Daloz, 1860, 2, 195). Comparez les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 427, note 12, § 519.

c'eût été, en quelque sorte, prêter la main à la fraude. Pendant la communauté, et alors surtout que la dissolution en paraît prochaine, l'époux malhonnête a mille facilités pour commettre des divertissements; il faut que le juge ait le pouvoir de les frapper. Qu'importe d'ailleurs l'époque à laquelle remonte la spoliation, elle continue après la dissolution de la communauté, puisque la masse est privée des objets divertis ou recelés. La cour de Poitiers, qui l'a jugé ainsi, constate que l'ancienne jurisprudence était unanime sur ce point (1).

Il y a des femmes qui abusent de la direction du ménage pour distraire à leur profit les économies qu'elles font sur les dépenses, si l'on peut donner le nom d'économies à de véritables soustractions. Une femme place, sous son nom de fille, entre les mains d'un tiers une somme de 3,500 francs provenant de prétendues économies faites dans son ménage; si c'étaient des économies, elles appartenaient par cela même à la communauté. Pour se mettre à l'abri de la peine prononcée par l'article 1476, la femme coupable prétendit avoir transporté cette créance à un tiers. Mauvaise excuse, car la femme n'avait pas plus le droit de céder la créance que de faire le placement de deniers qui ne lui appartenaient pas. La cour de Rennes lui appliqua la peine de l'article 1476 (2). Il arrive trop souvent que ces divertissements sont inspirés par un sentiment religieux très-mal entendu; la femme dépouille son mari, elle dépouille ses enfants pour donner à l'Eglise ou à des corporations: singulière religion que celle qui porte à voler! Et que dire des saints personnages qui se rendent complices de ces vols? La spoliation se fait parfois en grand, pour des sommes considérables; dans une espèce jugée par la cour de Bruxelles, la femme avait diverti une somme de 35,000 francs, par un prosélytisme exagéré, dit l'arrêt (3), disons mieux, par une conscience viciée. Et

(1) Poitiers (p. 29, note 2); Rejet, 5 avril 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2206). Aubry et Rau, t. V, p. 427, note 12, § 519, et les autorités qu'ils citent, et le tome IX de mes *Principes*, p. 399, n° 339.

(2) Rennes, 6 février 1862 (Dalloz, 1863, 2, 61).

(3) Bruxelles, 6 janvier 1868 (*Pasicriste*, 1868, 2, 74).

qui encourage les femmes à voler pour la plus grande gloire de Dieu?

24. Enfin la loi ne détermine pas les moyens par lesquels se pratique le divertissement. La cour de Poitiers dit très-bien qu'ils varient suivant les circonstances, la nature des biens auxquels ils s'appliquent, l'époque à laquelle ils sont pratiqués; pour atteindre la fraude, le législateur a dû laisser la plus grande latitude au juge. Quand l'époux veut soustraire des bijoux, de l'argent comptant, certaines valeurs, ou des meubles corporels, il suffit de les distraire ou de les cacher, soit pendant la maladie du conjoint, soit après sa mort; mais quand il s'agit de titres de rentes ou d'actions qui ne sont pas au porteur, de billets que l'époux n'a pas en son pouvoir, ou d'immeubles, comme dans l'espèce jugée par la cour de Poitiers, la soustraction manuelle n'est plus praticable. L'époux, dit l'arrêt, recourt alors à un ensemble de manœuvres, d'actes simulés et de moyens frauduleux: le but et l'effet sont les mêmes; les moyens sont même plus coupables quand la fraude est préméditée et lentement consommée, que lorsqu'elle se commet par une soustraction irréfléchie (1).

25. Cependant ce point a été l'objet de vifs débats devant la cour de cassation. Nous citons l'espèce la plus récente. Voici les faits. La femme demande et obtient la séparation de biens. Lors de la liquidation de la communauté, un tiers produisit deux titres par lesquels le mari se reconnaissait débiteur de 160,000 francs. Jugement qui condamna le mari à payer cette somme; le créancier prit inscription sur tous les biens de la communauté, puis il agit contre la femme pour la faire condamner à la moitié de la dette. Arrêt de la cour d'Angers, qui déclara la créance fictive et simulée, les prêts acceptés par le mari n'ayant été qu'un moyen frauduleusement concerté entre lui et le prétendu prêteur pour spolier la communauté par des dettes fictives. De plus, au cours de l'inventaire, le mari affirma qu'il n'avait rien diverti ni recelé, et il se

(1) Poitiers, 17 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 2, 195).

trouva qu'il avait fait avec un commissionnaire en grains des spéculations heureuses qui lui avaient procuré un bénéfice de 267,923 francs. Un jugement déclara le mari privé de tout droit dans les sommes par lui diverties.

Devant la cour de cassation, le mari produisit une consultation très-habilement faite de M. Labbé, professeur à la faculté de droit de Paris; mais il trouva un adversaire tout aussi redoutable dans le conseiller rapporteur, dont la cour consacra l'avis. Nous empruntons à la consultation et au rapport de M. Guillemard les arguments du pourvoi et les réponses qui y ont été faites. Qu'est-ce que le divertissement? C'est l'action de détourner de la masse un objet pour se l'approprier. Tel est aussi le sens vulgaire du mot. Pour qu'il y ait divertissement, il faut donc que la masse commune soit diminuée, et cette diminution doit être matérielle, physique. Or, dans l'espèce, le mari avait signé des actes d'emprunt, il n'avait rien distrait de la masse; à l'époque où la femme forma son action basée sur l'article 1477, la masse était intacte; donc il n'y avait pas de divertissement. Dans le sens vulgaire, non, dit le rapporteur; mais, dans le sens juridique, oui. Où est la différence, au point de vue du droit, entre le fait de soustraire 1,000 francs en espèces, ou en billets, et le fait de se reconnaître frauduleusement débiteur de 1,000 francs? La fausse dette aboutit au même résultat que la soustraction: la communauté devra payer 1,000 francs au faux créancier, elle se trouve appauvrie de cette somme par une dette fictive, aussi bien que par une soustraction matérielle. S'il y a une différence entre les deux faits, c'est dans le degré de culpabilité; la manœuvre frauduleuse, qui tend à rendre la justice complice de la fraude, est mille fois plus coupable que le vol matériel.

L'auteur de la consultation invoquait la tradition. Ce serait un puissant argument dans une matière traditionnelle, mais l'argument est d'ordinaire très-incertain, parce qu'il est rare que le droit ancien ait la fixité et la certitude que la codification a données au droit moderne. M. Labbé cite Lebrun et Ferrière; effectivement ces deux auteurs disent que si le mari feint des dettes de communauté, la

peine du recélé n'aura pas lieu contre lui, qu'il sera seulement tenu à des dommages-intérêts. Pourquoi le décidaient-ils ainsi? Uniquement parce qu'il n'y avait pas de texte et qu'il ne peut y avoir de peine sans loi pénale. Sous l'empire du code, le motif tombe et, par suite, la décision, puisque nous avons un texte qui donne au juge la plus grande latitude. Après tout, les dommages-intérêts aboutissaient au même résultat, puisqu'ils pouvaient équivaloir à la peine du recel; autant valait, dit Bourjon, appliquer directement la peine. Pothier est du même avis; ce qui, d'après lui, constitue l'essence du recélé, c'est l'intention; l'omission malicieuse dans l'inventaire est un recel, bien qu'il n'y ait pas de détournement matériel de la chose omise. On voit ce que devient la tradition quand on la considère de près. Reste l'esprit de la loi, qui est si évident que si l'on s'y attache, on ne comprend pas même cette controverse. Qu'est-ce que la loi veut punir et empêcher? Toute fraude ayant pour but et pour effet de porter atteinte à l'égalité du partage. La cour de cassation a donc bien fait de décider « que le divertissement et le recel prévus par l'article 1477 n'impliquent pas nécessairement un acte matériel et effectif d'appropriation; qu'ils peuvent aussi bien résulter de l'emploi de toute espèce de fraude que d'une soustraction de meubles, deniers ou valeurs, pour détourner au profit de l'un des époux une partie de la masse partageable; qu'il en est ainsi spécialement de la manœuvre ourdie par le mari pour se créer, sous le nom d'un tiers complaisant, un titre contre la communauté au moyen d'une créance simulée (1). »

Le pourvoi objectait encore que l'article 1477 punissait la fraude consommée, et non la tentative de fraude; or, la simulation d'une dette n'est qu'une tentative; le mari est libre de n'y pas donner suite, et il ne la consomme que

(1) Rejet, 13 août 1873 (Daloz, 1874, 1, 425). Comparez Rejet, 5 août 1868 (Daloz, 1873, 5, 106), et les autres arrêts cités par le rapporteur. Il faut ajouter un arrêt de cassation du 22 décembre 1874 (Daloz, 1875, 1, 125), qui a jugé qu'il y avait divertissement dans le fait du mari d'avoir fait inscrire au passif de la communauté une créance de 1,000 fr. fondée sur une dette simulée qu'il prétendait avoir acquittée et d'avoir constamment conclu devant la justice au maintien de ladite créance.

par le paiement de la dette fictive. La cour de cassation répond que la fraude concertée entre le mari et le tiers, prétendu prêteur, avait été exécutée. D'abord, le mari déclara à l'inventaire devoir au tiers, son complice, une somme de 166,000 francs pour emprunts contractés. Puis un jugement, rendu par suite de ce concert frauduleux, condamna le mari à payer, et inscription sur les immeubles fut prise par le créancier. S'il n'y eut pas paiement, ce n'est pas parce que le mari s'arrêta et se repentit, c'est parce que la femme lui opposa une résistance opiniâtre. La cour conclut qu'il y avait eu, non une simple tentative de divertissement, mais un divertissement accompli dans le sens légal du mot, puisque du moment où la dette fictive avait été déclarée et affirmée à l'inventaire par le mari, elle avait produit son effet en grevant les biens de la communauté et en diminuant juridiquement, dans la proportion de son importance, la masse de l'actif partageable.

Quant au second fait imputé au mari, celui d'avoir omis la déclaration d'une créance, il n'y avait guère de doute; le coupable lui-même avait voulu échapper aux conséquences de son délit, en consentant à ce que la somme de 267,923 francs, avec les intérêts, fit retour à l'actif de la communauté. Aveu tardif, dit la cour, qui n'a pas même le mérite de la sincérité; tout en reconnaissant sa réticence, quand il n'y avait plus moyen de la nier, le mari avait encore cherché à tromper la justice par de nombreuses réticences. La cour termine en disant que la loi et les tribunaux doivent se montrer sévères à l'égard du mari, détenteur de toutes les valeurs, titres et pièces de toute nature dépendant de la communauté, afin de réprimer des détournements qu'il a plus de facilité à commettre par sa position même de chef de la communauté.

26. Y a-t-il lieu d'appliquer la peine de l'article 1477 quand l'époux coupable restitue la chose qu'il avait divertie? D'après la rigueur des principes, il faudrait décider que l'époux encourt la peine dès qu'il a diverti ou recélé; le repentir ne détruit pas le délit une fois qu'il est consommé, et il est consommé dès que l'époux a employé une

fraude quelconque pour s'approprier des effets de la communauté⁽¹⁾. Mais cette rigueur n'a jamais été admise dans la pratique, on a toujours accepté le repentir de l'époux comme une excuse. La tradition est en ce sens; ce qui nous paraît décisif, puisqu'il s'agit d'une disposition de l'ancien droit. Écoutons Pothier, le guide habituel des auteurs du code : « L'époux qui a commis des recels peut, avant que les héritiers du conjoint en aient eu connaissance, éviter, par son repentir, la peine du recel, en rapportant les choses diverties; mais si le conjoint ou ses héritiers ont eu connaissance du recel, l'époux coupable ne peut plus éviter la peine, quoiqu'il ait représenté les choses diverties avant aucune demande formée contre lui. » On voit par le témoignage de Pothier qu'il s'agit d'une doctrine arbitraire fondée sur l'indulgence : pourquoi y a-t-il délit après que les parties intéressées en ont acquis connaissance, et pourquoi n'y a-t-il pas de délit tant qu'elles ne le connaissent pas? On chercherait vainement une raison juridique et morale de cette différence. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'intérêt même de ceux qui sont lésés par le divertissement commande l'indulgence, la preuve de la fraude est toujours très-difficile; il importe donc que l'époux coupable puisse réparer sa faute par son repentir⁽²⁾.

Jusqu'à quel moment le repentir est-il admissible? Cela est également arbitraire; il faudrait donc un texte de loi pour décider la difficulté. Dans le silence du code, on doit s'en tenir à la tradition. Pothier vient de nous dire que l'époux est admis à restituer les choses diverties tant que son conjoint ou ses héritiers n'ont pas connaissance du recel; dès qu'ils le connaissent, ils peuvent agir; et on suppose qu'ils agiront, puisqu'ils y ont intérêt. En ce sens il y a droit acquis pour eux, et un repentir tardif ne peut pas leur enlever ce droit. La cour de cassation s'est écartée de l'ancien droit en décidant qu'il y avait lieu à re-

(1) C'est l'avis de Glandaz, *Encyclopédie du droit*, au mot *Communauté*, n° 357; il est resté isolé. Voyez les autorités citées par Rodière et Pont, t. II, p. 384, note 1, et par Aubry et Rau, t. V, p. 428, note 15, § 519.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 690.

pentir tant qu'il n'y a pas de poursuite (1). Le législateur l'aurait pu décider ainsi, mais l'interprète n'a pas ce droit, à moins que la décision ne découle des principes; or, il s'agit d'une disposition qui est contraire aux principes, dès lors il ne reste qu'à suivre la tradition. Quand il y a poursuite, la restitution qui se ferait serait tardive; cela n'est pas douteux. Le demandeur a un droit acquis à ce que la peine soit appliquée, et la morale est d'accord avec le droit: ce n'est pas un repentir que celui qui se manifeste lorsque la justice menace de frapper le coupable (2).

Il se présente une difficulté particulière pour les héritiers de l'époux qui a commis le divertissement. Nous dirons plus loin que la peine de l'article 1477 leur est applicable; mais comme d'ordinaire ils sont de bonne foi, ils seraient très-intéressés à faire la restitution. Sont-ils admis à la faire? Il s'agit d'une réparation civile: les héritiers n'ont d'autre droit que leur auteur, et ils sont tenus de ses dettes. Il faut donc voir si l'époux coupable pouvait encore se repentir au moment où il est venu à mourir; dans ce cas, il n'y a aucun droit acquis pour la partie lésée; par suite, les héritiers peuvent, nous ne dirons pas se repentir, puisque nous supposons qu'ils ne sont pas coupables, mais du moins ils peuvent restituer ce que leur auteur avait diverti. Si, lors du décès de celui-ci, les parties intéressées avaient connaissance du recel, le coupable ne pouvant plus se repentir, le conjoint ou ses héritiers ont un droit acquis à l'application de la peine; partant les héritiers sont non recevables à la prévenir par la restitution des objets divertis. En définitive, les héritiers ne sont admis à restituer que dans le cas où les parties intéressées n'avaient pas acquis connaissance du divertissement (3).

(1) Rejet, 3 mai 1848 (Daloz, 1848, 1, 167). Dans le même sens, Agen, 10 janvier 1851 (Daloz, 1851, 2, 53).

(2) Rejet, 10 décembre 1835 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2219). Paris, 27 juin 1846 (Daloz, 1846, 4, 73). Rejet, 27 mars 1872 (Daloz, 1872, 1, 463).

(3) Paris, 5 août 1839 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2223). La décision est bonne, mais les motifs laissent à désirer.

II. Conséquences du divertissement.

27. Aux termes de l'article 1477, l'époux qui a diverti ou recélé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. C'est dire que les effets divertis appartiennent pour le tout au conjoint ou à ses héritiers; ces effets ne sont pas compris dans le partage. La disposition est générale, elle s'applique donc à tout divertissement. Cela a été contesté pour les dettes fictives que le mari crée à charge de la communauté. Dans l'espèce, le mari avait essayé de soustraire, par ce moyen, une somme de 160,000 francs à la communauté; la loi lui inflige la peine du talion. Si le mari avait réussi, il aurait eu toute cette somme et la femme rien; il a échoué, il n'aura rien, et la femme aura tout. Ce sont les paroles du conseiller rapporteur; la cour de cassation a consacré cette opinion, qui n'est que l'application du texte, en décidant que l'époux recéleur doit être privé d'une part égale à celle qu'il a voulu soustraire à son conjoint dans les biens de la communauté (1).

28. Il y a une autre application de la loi qui est également évidente, parce qu'elle résulte des textes. On suppose que le divertissement est commis par l'un des héritiers du mari succédant pour un tiers; il aurait eu un tiers dans les objets divertis: qui profitera de ce tiers dont il est privé à raison de son délit? Si son auteur avait diverti, la totalité de l'objet aurait été attribuée à son conjoint; il en doit être de même de la part que l'héritier coupable a dans la chose diverti. Ses cohéritiers n'y peuvent pas prétendre, car ils conservent leur part héréditaire dans la chose; il est vrai qu'ils en auraient été privés si le divertissement avait réussi, mais ils n'auraient été privés que de leur part, c'est donc seulement cette part qu'ils peuvent réclamer; quant à la part de l'héritier recéleur, elle passe au conjoint de leur auteur. Vainement les cohéritiers du recéleur invoqueraient-ils l'accroissement; on leur répondrait que la part de l'héritier qui renonce ne

(1) Rejet, 13 août 1873 (Daloz, 1874, 1, 425).