

enseignée (1). On distingue, par conséquent, entre le mobilier présent et le mobilier futur. Quant au mobilier existant lors du mariage, il doit être constaté par un inventaire ou état en bonne forme (art. 1499); le mobilier qui échoit à la femme pendant la durée de la communauté doit aussi être constaté régulièrement par un inventaire; mais si le mari a négligé de le dresser, la femme est admise à prouver la valeur du mobilier, tant par titres que par témoins, et même par commune renommée (art. 1504). Nous admettons cette doctrine en ce qui concerne les preuves de droit commun; mais il nous reste quelque doute sur la commune renommée, preuve tout à fait exceptionnelle qu'il nous paraît difficile d'étendre, même par voie d'analogie.

**344.** Il y a un arrêt sur la question. La cour d'Angers distingue en ce qui concerne la reprise du mobilier qui échoit à la femme pendant le mariage; si la femme reprend le mobilier en nature, elle ne peut en prouver l'identité contre les tiers que par un inventaire ou un état authentique, parce que, dans ce cas, la femme exerce un privilège à l'égard des autres créanciers; tandis que si le débat existe entre époux, la femme peut se prévaloir de l'article 1504 (2). Cette distinction est extralégale; elle prouve combien il y a d'incertitude dans la matière des preuves. Il faut ou s'en tenir aux articles 1499 et 1504, sans distinguer contre qui se fait la preuve, ou appliquer les règles établies au titre des *Obligations*; mais on ne peut pas scinder les dispositions du code, et y introduire des distinctions: ce serait faire une loi nouvelle. Nous avons une autre réserve à faire contre la décision de la cour d'Angers. Elle admet que la femme peut reprendre ses apports en nature par privilège à l'égard des autres créanciers: c'est encore faire la loi. Où est-il dit que la femme a le droit de reprendre ses apports en nature? La tradition dit le contraire. Où est-il dit que la femme a un privilège? et y a-t-il un privilège sans loi?

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 496, note 6, § 528. Rodière et Pont, t. III, p. 122, n° 1523.

(2) Angers, 26 mai 1869 (Dal'oz, 1869, 2, 238).

SECTION VI. Du préciput conventionnel.

§ I<sup>er</sup>. Notions générales.

**345.** Le mot *préciput* vient de *præcipere*, prendre avant. Il suppose une masse commune que l'on partage, et sur cette masse l'un des copartageants prélève une certaine somme ou un certain bien. En matière de communauté, on donne le nom de préciput au droit qui est stipulé par contrat de mariage au profit de l'un des époux de prélever sur la masse certains objets avant le partage; on donne aussi ce nom aux choses mêmes que l'époux prélève (1). Le préciput *conventionnel* est celui qui est stipulé par convention. Dans l'ancien droit, il y avait aussi un préciput légal. Pothier en traite; plusieurs coutumes accordaient au survivant de deux conjoints nobles, vivant noblement, le droit de prélever, au partage de la communauté, les biens meubles dépendants de leur communauté, sous certaines charges (2). Par opposition au préciput *légal* ou coutumier, on appelait préciput *conventionnel* celui qui est établi par contrat de mariage. Il n'y a plus de préciput légal, de sorte que le mot de *conventionnel* est inutile; le préciput n'est pas plus conventionnel que les autres clauses par lesquelles les futurs époux dérogent à la communauté légale.

**346.** L'article 1515 définit le préciput en ces termes: « La clause par laquelle l'époux survivant est autorisé à prélever, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers en nature. » Il est presque inutile de dire que la loi n'est pas conçue dans un sens restrictif; elle donne comme exemple le préciput tel qu'il est ordinairement stipulé, mais en laissant aux parties le droit de modifier la clause comme elles le jugent à propos. Ainsi elles peuvent convenir que le mari survivant prélèvera sa bibliothèque, que la femme survivante pré-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 440.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 414 et suivants.

lèvera ses bijoux. Le contrat pourrait encore accorder un préciput aux héritiers de l'époux prémourant.

De même les choses stipulées à titre de préciput peuvent varier d'après les convenances et les goûts des parties contractantes; le code prévoit seulement la clause usuelle; au lieu de stipuler une somme, ou une certaine quantité de choses, les époux peuvent convenir que l'un d'eux ou le survivant prélèvera des meubles ou des immeubles spécialement désignés.

Enfin la condition de survie, quoiqu'elle soit ordinairement stipulée, n'est pas non plus de rigueur. Les époux peuvent convenir que chacun d'eux pourra prélever tels objets, quelle que soit la cause qui amène la dissolution de la communauté (1).

**347.** Le préciput déroge à l'égalité du partage, une des règles fondamentales de toute société. Il est donc de stricte interprétation; la loi ne l'a pas dit, comme elle le fait pour la clause de reprise d'apports (art. 1514), parce que cela résulte de la nature même de la clause. Quand elle porte que la femme survivante aura le droit de reprendre ses bijoux, il va sans dire qu'en cas de prédécès de la femme ses héritiers, quand même ce seraient ses enfants, n'auraient aucun droit au préciput; le préciput devient caduc dans ce cas, parce que la condition sous laquelle il avait été convenu fait défaut.

Les objets compris dans le préciput étant déterminés par la convention, on ne peut pas prélever des choses qui n'y sont pas comprises. Pothier en donne des exemples; s'il est dit que la femme reprendra ses habits, elle ne pourra pas prélever ses bagues et bijoux; si elle a stipulé le préciput de ses bijoux, elle ne pourra pas prélever ses habits (2).

**348.** Pothier dit que lorsque le préciput consiste dans une certaine quantité de choses, telles que les bijoux, les héritiers du prédécédé en peuvent demander la réduction s'il n'est pas proportionné à l'état et aux facultés des

(1) Duranton, t. XV, p. 211, nos 179-181.

(2) Rodière et Pont. t. III, p. 136, no 1543, et p. 135, no 1541. Duranton, t. XV, p. 213, no 182.

époux; il ajoute que l'on doit aussi retrancher du préciput les choses qui, pendant la dernière maladie du prémourant, auraient été acquises en fraude des héritiers, afin de grossir le préciput à leur préjudice (1). La plupart des auteurs rejettent la doctrine de Pothier. Il nous semble qu'il faut distinguer. S'il y a fraude, l'action des héritiers doit être accueillie: la fraude fait toujours exception. Mais si le préciput se trouve en disproportion avec la fortune des époux, on n'en peut pas admettre la réduction. Pothier enseigne, et il est généralement admis, que le préciput n'est pas une libéralité sujette à réduction, c'est une convention de mariage (art. 1516); or, les conventions forment la loi des parties; le juge n'a pas le droit de les réduire par des considérations d'équité, à moins que la loi ne lui en accorde le droit. On objecte qu'il ne s'agit pas de modifier le contrat, mais de le restreindre dans les limites que les parties avaient en vue en contractant. Cette distinction est contraire à la nature du préciput: quand le mari stipule le préciput de sa bibliothèque, il n'entend pas borner son droit aux livres qu'il possédait en se mariant, ni même à ceux qu'il serait raisonnable d'acheter d'après son état et sa fortune; le préciput se règle à la mort ou à la dissolution de la communauté, il va donc nécessairement en augmentant. L'augmentation est-elle excessive sans être frauduleuse, l'équité demanderait que l'on réduisît le préciput, mais l'interprète ne peut pas décider par voie d'équité. Pothier le fait souvent, nous l'avons dit bien des fois: les interprètes n'ont plus le droit qu'ils avaient sous l'empire des coutumes (2).

**349.** Le préciput est-il une libéralité? Aux termes de l'article 1516, « le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage. » En quel sens le préciput n'est-il pas assujéti aux formalités des donations? Cela suppose qu'il y a des formalités prescrites pour les donations qui ne doivent pas être observées pour le préciput,

(1) Pothier, *De la communauté*, no 441.

(2) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 499 et note 8, § 529.

alors même que l'on considérerait le préciput comme une libéralité quant au fond ; car si le préciput n'est pas une donation, il va sans dire que les formalités des donations ne sont pas applicables. Quelles sont les formalités des donations qui ne doivent pas être observées pour le préciput ?

La donation exige un acte authentique reçu en minute ; il en est de même du préciput, puisque c'est une convention matrimoniale, et le contrat de mariage ne peut être fait que par acte authentique.

La donation doit être acceptée d'une manière expresse par le donataire ; le préciput, en supposant même qu'il soit une libéralité, n'est pas soumis à cette forme, car il doit être fait par contrat de mariage ; or, les donations ne sont pas soumises à la condition de l'acceptation expresse (art. 1087).

Les donations d'effets mobiliers ne sont valables que si un état estimatif des objets donnés a été annexé à la minute de la donation. Faudrait-il un état estimatif pour le préciput, en supposant que ce soit une libéralité ? Non, car ce ne serait pas une donation de biens présents, puisque le préciput ne s'ouvre qu'à la mort ou à la dissolution de la communauté ; et l'article 948 ne s'applique qu'à la donation de biens présents, dont il a pour objet de garantir l'irrévocabilité.

La donation de biens immeubles doit être transcrite en vertu de l'article 939 ; si le préciput comprenait des effets immobiliers, serait-il soumis à la transcription, soit d'après le code civil, soit d'après notre loi hypothécaire ? Non, car l'article 939 ne s'applique qu'à la donation de biens présents, et la loi hypothécaire ne prescrit la transcription que pour les actes translatifs de droits réels immobiliers ; or, le préciput, en le considérant comme une libéralité, ne porte que sur les biens à venir, et il ne transfère pas la propriété à l'époux préciputaire (1).

En définitive, nous ne trouvons aucune formalité prescrite pour les donations dont le préciput serait affranchi,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 417, n° 183 bis II.

en supposant qu'il soit une libéralité. Que veut donc dire l'article 1515 ? Il a été emprunté à Pothier, lequel dit que le préciput est regardé plutôt comme une convention de mariage que comme une libéralité ; en conséquence, ajoute-t-il, il n'est pas sujet à la formalité de l'insinuation, laquelle était prescrite pour les donations dans l'ancien droit. Pour reproduire la pensée de Pothier, il fallait se borner à dire, comme le fait Pothier, que le préciput n'est pas une libéralité. La mauvaise rédaction de la loi a donné lieu à doute et à controverse.

**350.** Il s'agit de savoir si le préciput est une libéralité au fond, c'est-à-dire s'il est sujet à rapport ou à réduction. Le préciput est certainement un avantage pour l'époux préciputaire, puisqu'il prend avant part des effets dont il n'aurait eu que la moitié sans la clause de préciput ; donc il reçoit un avantage de la moitié des effets qu'il prélève sur la masse. Mais, dans la théorie du code, les avantages que les conventions matrimoniales procurent à l'un des époux ne sont pas considérés comme des libéralités (articles 1496 et 1527). Nous reviendrons sur ce principe. La loi y déroge-t-elle en ce qui concerne le préciput ? Le contraire résulte, à notre avis, du texte et de l'esprit de l'article 1516, qui est ainsi conçu : « Le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une *convention de mariage*. » En disant que le préciput est considéré comme une convention de mariage, l'article 1516 applique à cette clause la règle des articles 1496 et 1527 qui régit toutes les conventions matrimoniales ; que ce soit à tort ou à raison, peu importe, le texte est formel, et cela suffit pour décider la question. En effet, les *conventions de mariage* sont des conventions onéreuses dans la théorie du code, sauf quand il y a des enfants d'un premier lit ; ceux-ci peuvent demander la réduction des avantages que le contrat de mariage procure au conjoint de leur père ou de leur mère. Cela prouve qu'en réalité il y a un avantage à titre gratuit, donc une libéralité. Si la loi ne considère pas cet avantage comme une libéralité à l'égard des héritiers en général, c'est par faveur pour le mariage et les conventions matrimoniales.

C'est une espèce de fiction; la loi considère le bénéfice résultant du régime que les époux adoptent comme un bénéfice fait à titre onéreux, tandis qu'en réalité c'est un avantage gratuit. Donc peu importe que ce soit un avantage; la loi dit qu'il n'y en a pas, parce qu'il résulte d'une convention de mariage. Cela répond à l'objection que l'on puise dans le texte. L'article 1516 dit que le préciput n'est point regardé comme un avantage *sujet aux formalités des donations*; donc, dit-on, c'est un avantage au fond, et partant une libéralité. Mauvais argument qui se prévaut du silence de la loi pour faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit; en effet, l'article 1516 ajoute que le préciput est une *convention de mariage*, ce qui, dans la théorie du code, veut dire une convention à titre onéreux; donc le texte exclut l'idée d'une libéralité, sauf quand il s'agit des enfants d'un premier lit.

L'interprétation que nous donnons à l'article 1516 est confirmée par la tradition. Tout le monde convient, et cela est évident, que cette disposition est empruntée presque littéralement à un passage de Pothier que nous allons transcrire, afin que l'on en saisisse le vrai sens, car on l'a aussi mal interprété afin de faire dire à l'article 1516 ce qu'on voulait lui faire dire : « Quoique la convention de préciput renferme un *avantage* que celui des conjoints qui doit précéder fait au survivant, et qu'il soit regardé comme tel par rapport à l'édit des secondes noces (art. 1496 et 1527), néanmoins elle est regardée *plutôt comme convention de mariage que comme donation*; et, en conséquence, elle n'est pas sujette à la formalité de l'insinuation (1). » Ainsi Pothier avoue que le préciput contient un *avantage* que le prémourant fait au survivant : voilà la réalité des choses. Mais on regarde le préciput plutôt comme une convention de mariage que comme une donation : voilà la fiction légale. C'est bien dire qu'aux yeux de la loi le préciput n'est pas considéré comme une libéralité. Pothier applique cette fiction à la formalité de l'insinuation que l'ordonnance de 1731 prescrivait pour que

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 442.

les donations eussent effet à l'égard des tiers. Il en doit être de même des autres effets des donations. Pothier ne fait exception que pour le cas de secondes noces; le code admet aussi cette exception pour la communauté légale et pour la communauté conventionnelle (1).

**351.** Il reste une difficulté, et elle est sérieuse. L'article 1518 suppose que le préciput est stipulé pour le cas de survie : qu'arrivera-t-il si la communauté est dissoute par le divorce ou la séparation de corps? Une première question se présente, la seule qui nous intéresse pour le moment. Aux termes de l'article 1518, « l'époux qui a obtenu soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. » On en conclut que l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps sont prononcés perd son droit au préciput. Quoique cette interprétation soit fondée sur un argument *a contrario*, il est difficile de ne pas l'admettre : la disposition que nous venons de transcrire n'aurait plus de sens si l'époux coupable conservait aussi son droit au préciput. Reste à savoir pourquoi l'époux innocent conserve son droit au préciput, tandis que l'époux coupable le perd. La question implique la réponse : c'est une peine que la loi inflige à l'époux qui, par ses excès ou ses crimes, a donné lieu au divorce ou à la séparation de corps. Est-ce une application de l'article 299? Cet article porte que l'époux contre lequel le divorce est prononcé pour cause déterminée perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits par contrat de mariage. En est-il de même du cas de séparation de corps? C'est une des questions les plus controversées du code civil. Nous avons enseigné la négative : l'opinion contraire s'appuie principalement sur l'article 1518; cette disposition prononce aussi la déchéance d'un avantage, et il met la séparation de corps sur la même ligne que le divorce; ce qui semble décisif. La conséquence que l'on en déduit est que le préciput est une libéralité au fond.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 494, note 4, § 529, et les auteurs, en sens divers, qu'ils citent. L'opinion contraire est très-bien défendue par Colmet de Santerre, t. VI, p. 415, n° 183 bis I.

Nous n'admettons ni le principe ni la conséquence qui en résulte. Tout ce que prouve l'article 1518, c'est qu'il y a un avantage, dont la loi prononce la déchéance contre l'époux coupable, sans distinguer entre le divorce et la séparation de corps. La raison en est très-simple. En réalité, le préciput est un avantage; Pothier le dit, et le bon sens le dit aussi. Mais la loi ne le considère pas comme tel, pas plus que toute autre convention matrimoniale. C'est une fiction, mais toute fiction a ses limites. Or, celle des articles 1496 et 1527 n'a été établie qu'à l'égard des héritiers. Entre époux, et quand l'un se rend coupable d'excès et de crimes, il eût été absurde de maintenir la fiction; voilà pourquoi l'article 1518 abandonne la fiction pour revenir à la réalité. Mais de ce que la loi n'applique pas la fiction à un cas pour lequel elle n'était pas faite, on ne peut certes pas conclure que la fiction n'existe pas, le texte de l'article 1516 la reconnaît formellement, seulement il la limite aux héritiers: le préciput n'est pas sujet à rapport ni à réduction. La fiction ne reçoit pas d'application aux enfants d'un premier lit et elle n'est pas applicable entre époux. Telle est l'interprétation naturelle et, pour ainsi dire, la traduction des articles 1516 et 1518.

## § II. Sur quels biens s'exerce le préciput.

**352.** L'article 1515 dit que le préciput se *prélève* avant tout partage et qu'il ne s'exerce que sur la *masse partageable*, et non sur les biens personnels de l'époux prédécédé. Il y a donc une grande différence entre le *prélèvement* du préciput et le *prélèvement* des reprises de la femme quand elle est créancière de la communauté; aux termes de l'article 1472, la femme, en cas d'insuffisance de la communauté, exerce ses reprises sur les biens personnels du mari. Il n'en est pas de même du préciput: c'est un simple prélèvement sur la masse partageable. Il faut donc commencer par former la masse des biens qui doivent se partager entre les époux ou leurs héritiers. On procède d'après le droit commun. Les époux rapportent ce

qu'ils doivent à titre de récompense, ils prélèvent ce qui leur est dû au même titre; s'il y a d'autres créanciers, ces reprises se font par contribution. C'est seulement après que les dettes sont payées que les biens qui restent sont partagés, car il n'y a de biens que ce qui reste, déduction faite des dettes. Avant de procéder au partage, l'époux prélève le préciput. S'il ne reste rien dans la masse, c'est-à-dire si le passif excède l'actif, le préciput devient caduc, puisqu'il n'y a pas de biens sur lesquels il puisse s'exercer.

Il suit de là que le préciput n'a aucune influence sur le passif; les époux contribuent entre eux aux dettes comme s'il n'y avait pas de préciput. Et quant aux créanciers, ils exercent également leurs droits comme s'il n'y avait pas de préciput. La raison en est que le préciput ne comprend qu'une certaine somme, ou une certaine quantité d'effets mobiliers; or, les dettes ne sont pas une charge des meubles particuliers, elles grèvent l'universalité du mobilier, c'est cette universalité du mobilier qui constitue la masse partageable, après que les dettes en ont été déduites (1).

**353.** Le préciput étant un prélèvement sur la masse partageable, il s'ensuit que la femme ne peut l'exercer que lorsqu'elle accepte la communauté; si elle renonce, elle perd tout droit sur la masse et, par conséquent, sur le préciput qui en fait partie. C'est une différence notable entre le préciput et les reprises que la femme exerce à titre de récompense. Elle conserve ses créances contre la communauté, alors même qu'elle renonce; ces reprises ne sont autre chose que ses propres ou des indemnités qui lui sont dues parce que ses propres ont été versés dans la communauté; or, la renonciation n'enlève pas à la femme sa qualité de créancière, tandis que la femme renonçante cesse d'être femme commune; elle ne peut donc plus avoir de droit, à ce titre, sur les biens communs, et le préciput est un prélèvement sur ces biens.

Toutefois la loi permet à la femme de stipuler qu'elle

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 155, n° 1565. Colmet de Santerre, t. VI, p. 413, n° 182 bis IV.