

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.

aura droit au préciput même en renonçant. Cette clause change entièrement la nature du préciput; ce n'est plus un prélèvement sur la masse partageable, puisqu'il n'y a plus de masse à partager; les biens qui composent la communauté restent confondus avec les biens du mari, c'est donc sur les biens du mari que la femme renonçante exercera le préciput; c'est dire qu'elle devient créancière du mari. De là une conséquence très-importante. Pothier dit que la femme aura action contre son mari en cas d'insuffisance de la communauté, alors même qu'elle accepte (1). Cela est très-logique. Puisqu'elle est créancière de son préciput, elle doit avoir les droits qui lui appartiennent à ce titre; or, la femme qui a une reprise contre la communauté a action contre le mari lorsque la communauté est insuffisante; ce droit appartient aussi à la femme qui a stipulé le préciput en cas de renonciation, puisque l'effet de cette clause est de la rendre créancière du préciput. L'article 1515 consacre implicitement la doctrine de Pothier; le deuxième alinéa porte: « Hors le cas de cette réserve, le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux précédé. » Donc, dans le cas de cette réserve, le préciput peut être exercé par la femme sur la masse partageable et sur les biens personnels du mari. C'est une argumentation *a contrario*, mais, dans l'espèce, elle s'appuie sur la tradition et sur les principes (2).

354. Aux termes de l'article 1515, le prélèvement du préciput se fait *en nature*. Est-ce à dire que les objets qu'il comprend n'entrent pas en communauté? Non, certes; ils font partie de la masse partageable, c'est-à-dire des biens communs; seulement l'époux préciputaire les prélève en nature s'ils existent encore lors du partage. Le mari a donc le droit de les aliéner; il peut même en disposer à titre gratuit, comme de tous les effets mobiliers de la communauté. Mais la femme pourra, dans ce cas, réclamer la valeur de son préciput, soit sur les biens de la com-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 448.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 413 et suiv., nos 182 bis IV et V, et tous les auteurs.

munauté, soit sur les biens du mari, si elle l'a stipulé en cas de renonciation (1). Le préciput est une stipulation conventionnelle; le mari ne peut pas enlever à la femme un droit que celle-ci tient de ses conventions matrimoniales, auxquelles le mari est partie contractante. Il faut donc concilier le droit du mari comme seigneur et maître avec le droit que le contrat donne à la femme.

355. L'article 1519 contient une application de ces principes. Il est ainsi conçu: « Les créanciers de la communauté ont toujours le droit de faire vendre les effets compris dans le préciput, sauf le recours de l'époux conformément à l'article 1515. » Puisque les effets compris dans le préciput entrent en communauté, il va de soi qu'ils sont le gage des créanciers; le mari peut les aliéner indirectement, comme il le peut directement. La loi dit que les créanciers peuvent *toujours* faire vendre les objets compris dans le préciput, sans doute pour marquer qu'ils ont ce droit, quand même la femme aurait stipulé le préciput en cas de renonciation: cette réserve n'empêche pas le préciput d'entrer en communauté et de devenir le gage des créanciers.

Quel sera l'effet de la saisie et de la vente des objets compris dans le préciput? L'époux préciputaire conserve son droit, mais, ne pouvant plus l'exercer en nature, il prélèvera la valeur. La femme aura même un recours sur les biens personnels du mari si elle a stipulé le préciput en cas de renonciation; c'est ce que la loi veut dire par ces mots: « sauf le recours de l'époux conformément à l'article 1515 (2). » L'article 1515 n'ouvre pas de recours à l'époux; il donne seulement à la femme une action sur les biens personnels du mari quand elle a stipulé le préciput en cas de renonciation; alors même qu'elle accepte, elle aura action sur les biens personnels du mari si la communauté se trouve insuffisante. Hors le cas de cette réserve,

(1) Marcadé, t. V, p. 717, n° I de l'article 1519.

(2) Rodière et Pont, t. III, p. 158, n° 1570. Les mots *conformément à l'article 1515* ont été ajoutés sur la proposition du Tribunal, pour réserver les droits de la femme renonçante (Loché, t. VI, p. 381, n° 12, sur l'article 129).

la femme, pas plus que le mari, n'a de *recours* si, à raison de la poursuite des créanciers, la communauté se trouve insuffisante pour acquitter la valeur du préciput; c'est une conséquence du principe que le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable. Les créanciers sont, en principe, préférés à l'époux préciputaire, parce que le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable, c'est-à-dire sur les biens, déduction faite des dettes; le préciput n'est pas une créance, il ne devient une créance que lorsque la femme l'a stipulé en cas de renonciation; dans ce cas, le droit ne s'exerce pas sur une masse partageable, mais sur les biens du mari; la femme est une créancière qui concourt, s'il y a lieu, avec les autres créanciers du mari (1).

§ III. Quand s'ouvre le préciput.

356. Le préciput est, en général, stipulé au profit de l'époux survivant (art. 1515). De là la conséquence formulée par l'article 1517 : « La mort naturelle ou civile donne ouverture au préciput. » La mort civile étant abolie en Belgique et en France, il en résulte que régulièrement le préciput s'ouvre par la mort naturelle. Il va sans dire que les époux peuvent stipuler que le préciput s'ouvrira lors de la dissolution de la communauté, par quelque cause que la dissolution ait lieu, les époux étant libres de faire telles conventions qu'ils jugent à propos (art. 1387). La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela est d'évidence (2).

357. Quand le préciput a été stipulé pour le cas de survie, la survie est une condition de l'existence du droit; lors donc que la communauté vient à se dissoudre par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, le droit au préciput ne s'ouvre pas; c'est ce que dit l'article 1518 du divorce et de la séparation de corps : « Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, il n'y a pas lieu à la déli-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 422, nos 186 bis I-III.

(2) Rodière et Pont, t. III, p. 137, no 1545. Rejet. 16 janvier 1808 (Daloz, t. VIII, 1, 105).

vance actuelle du préciput; mais l'époux qui a obtenu, soit le divorce, soit la séparation de corps, conserve ses droits au préciput en cas de survie. » Nous avons déjà dit qu'il suit de là que l'époux contre lequel le divorce ou la séparation de corps sont prononcés perd son droit au préciput (no 351). Quant à la séparation de biens, l'article 1452 porte qu'elle ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme, mais que celle-ci conserve la faculté de les exercer lors de la mort de son mari. Il en est de même si le préciput appartient au mari survivant, la raison de décider étant identique. La séparation de biens laisse subsister les droits des deux époux, mais quand ces droits sont conditionnels, ils ne peuvent être exercés que lorsque la condition de survie se réalise.

358. Reste à savoir ce que devient le préciput quand la communauté est dissoute par une autre cause que la mort. L'article 1518 répond à la question, mais d'une manière incomplète et dans des termes qui ont donné lieu à des interprétations diverses.

L'article 1518 ne prévoit qu'un cas, celui où la femme a obtenu le divorce ou la séparation de corps; elle conserve son droit au préciput, mais comme il n'y a pas lieu d'en faire la délivrance actuelle, la loi décide que le préciput reste provisoirement au mari, à la charge de donner caution. On suppose que la masse partageable est de 40,000 francs et le préciput de 10,000. Est-ce la somme de 10,000 francs que le mari conserve, en donnant caution? Non, car si l'on procédait ainsi, on se mettrait en opposition avec l'article 1474, d'après lequel l'actif se partage par moitié entre les deux époux; la masse étant de 40,000 fr., la femme prend 20,000 francs et le mari 20,000, en supposant qu'il n'y ait pas de préciput; quand il y a un préciput, la femme a droit de le prélever avant partage; elle prendra donc 10,000 francs, puis on partagera les 30,000 qui restent, ce qui donne à la femme 25,000 francs et au mari 15,000. Voilà comment se fait le partage quand la communauté se dissout par la mort. Elle s'est dissoute par le divorce : on la partage comme s'il n'y avait pas de préciput, puisqu'il n'y a pas lieu de le délivrer actuellement;

donc, en vertu de l'article 1474, la femme a le droit de prendre 20,000 francs. Si le mari retenait les 10,000 fr. qui constituent le préciput de la femme, celle-ci n'aurait que 15,000 francs dans le partage provisoire qui se fait après le divorce; elle n'aurait donc pas la moitié des biens à laquelle elle a toujours droit en vertu de l'article 1474; de sorte que le préciput, qui est un avantage pour la femme, tournerait contre elle. Cette interprétation de l'article 1518 serait contraire tout ensemble à la loi du partage égal et à la convention du préciput.

En réalité ce n'est pas là ce que la loi veut dire. Quand la communauté se dissout par le divorce, il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du *préciput*. Quel est ce préciput dont la délivrance est ajournée jusqu'à ce que la condition de survie se réalise? C'est l'avantage stipulé au profit de la femme; avantage auquel elle a droit si elle survit, mais qu'elle ne peut pas réclamer en cas de divorce, puisqu'il est incertain si elle survivra. Or, l'avantage ne consiste pas dans la somme entière de 10,000 francs stipulée dans la clause de préciput; en effet, cette somme se prélevant sur la masse partageable, dont la moitié appartient à la femme comme associée, il n'y a d'avantage que pour l'autre moitié; dans l'espèce, il se réduit, par conséquent, à 5,000 francs; ce sont ces 5,000 francs qui restent au mari lors du partage, où il prend 20,000 francs; si le préciput s'ouvre, il n'a droit qu'à 15,000 francs; il prend donc en vertu du partage 5,000 francs qui constituent le préciput de la femme, et qu'il devra lui remettre si elle survit. Pour que la femme ait une garantie de cette restitution, la loi oblige le mari à donner caution.

Il y a un cas dans lequel le mari retient la totalité de la somme comprise dans le préciput, c'est quand la femme a stipulé le préciput en cas de renonciation et qu'elle renonce; elle perd alors tout droit sur les biens de la communauté, il ne lui reste qu'une créance conditionnelle de 10,000 francs contre le mari. En attendant que la condition se réalise, le mari prend, pour mieux dire, il garde toute la communauté, y compris la somme qui constitue le préciput. Devra-t-il caution? Oui, puisque les termes

de l'article 1518 sont généraux, et quand la loi ne distingue pas, il n'est pas permis à l'interprète de distinguer. Le mari devra caution pour la somme entière comprise dans le préciput; en effet, en cas de renonciation, l'avantage que la femme retire du préciput est de toute la somme, puisque la femme renonçante n'a aucun droit à la moitié du préciput, moitié qui lui appartient seulement quand elle accepte. La femme ayant une créance pour le tout contre son mari, il est juste de lui donner une garantie pour le tout (1).

359. Jusqu'ici l'interprétation littérale de la loi ne présente aucune difficulté, elle se concilie avec les principes et elle est fondée en équité. Mais il y a une hypothèse que la loi n'a pas prévue, c'est le cas où le mari préciputaire obtient le divorce. La communauté se partagera toujours par moitié entre les deux époux si la femme accepte; et si elle renonce, il n'y a plus de question: le mari restant propriétaire de tous les biens de la communauté, son droit au préciput se confond avec le droit qu'il a sur les biens communs. Nous supposons que la femme accepte; il y a 40,000 francs à partager, elle prend 20,000 francs; dans cette somme est compris l'avantage de 5,000 francs qui résulte, pour le mari, d'un préciput de 10,000 francs. Sur ce point, il n'y a aucun doute, c'est la loi du partage égal consacrée par l'article 1474; la clause de préciput qui y déroge ne peut pas modifier le partage, puisqu'elle n'a d'effet que si le mari survit; tant que la condition est en suspens, le mari n'a aucun droit, et partant la communauté se partage, comme s'il n'y avait point de clause de préciput.

La femme prenant provisoirement les 5,000 francs qui constituent l'avantage préciputaire du mari, on demande si elle devra caution. Il faut répondre négativement, puisque la loi ne l'y oblige point et, d'après le droit commun, le débiteur n'est pas tenu de fournir une garantie au créancier. De là résulte une anomalie qu'il est très-difficile d'expliquer. La situation du mari qui a obtenu le di-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 419, n^{os} 195 bis II-IV.

vorce étant identique avec la situation de la femme qui l'a obtenu, pourquoi la loi ne donne-t-elle pas au mari une garantie qu'elle accorde à la femme? De bonne raison nous n'en connaissons pas pour expliquer cette différence. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la loi se montre plus favorable à la femme qu'au mari dans toutes les situations où leurs droits sont égaux. Le législateur, habitué à lui accorder des privilèges, lui en a donné un en matière de préciput, bien que ce privilège n'ait point de raison d'être.

Il y a une autre interprétation qui cherche à concilier l'article 1518 avec les principes. On suppose que la loi prévoit l'hypothèse où la femme a stipulé le préciput en cas de renonciation; elle est alors créancière pour le tout et le mari doit caution pour le tout. Dans cette opinion, il n'y a pas lieu de fournir caution pour le préciput ordinaire, pas plus au profit de la femme qu'au profit du mari (1). Il nous est impossible d'admettre cette interprétation, parce que le texte du code y résiste. L'article 1518 ne mentionne pas la clause exceptionnelle qui permet à la femme d'exercer son préciput contre le mari, et pour tout le montant de la somme dont elle devient créancière; ce n'est pas là un vrai préciput, c'est une créance qui s'exerce en dehors du partage; tandis que l'article 1518 prévoit le cas du partage de la communauté après le divorce et la séparation de corps. Nous ajouterons que l'opinion que nous combattons ne satisfait pas non plus l'équité. Elle oblige le mari de donner caution quand la femme renonce à la communauté et devient créancière. Pourquoi ne donnerait-elle pas cette garantie aux deux époux préciputaires pour le préciput ordinaire? Les circonstances dans lesquelles la communauté se dissout, le divorce et la séparation de corps, sont de telle nature que l'époux créancier a droit à une garantie contre l'époux débiteur. Seulement cette garantie aurait dû être accordée au mari aussi bien qu'à la femme. En définitive, la loi est incohérente; de là la diversité d'opinions qui règne dans la doctrine; le

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 501, notes 14-16, § 529, et, en sens divers, les auteurs qui y sont cités

législateur seul peut y mettre fin en comblant la lacune qui se trouve dans l'article 1518.

360. L'article 1518 ne prévoit pas le cas où la communauté est dissoute par la séparation de biens. Il faut donc appliquer le droit commun. Les deux époux conservent leur droit au préciput si, comme l'article 1515 le suppose, il a été stipulé au profit du survivant. Mais aucun d'eux ne peut demander caution, la loi ne leur donnant pas ce droit; et, d'après les principes généraux, le débiteur ne peut pas être forcé de fournir une garantie quelconque au créancier (1).

SECTION VII. — Des clauses par lesquelles on assigne à chacun des époux des parts inégales dans la communauté.

361. L'article 1520 dit que les époux peuvent déroger au partage égal établi par la loi. Il prévoit ensuite trois clauses qui font exception à l'égalité de partage. Ce sont les clauses usuelles que l'usage a introduites; il peut y en avoir d'autres, puisque les époux sont libres de régler leurs intérêts comme ils l'entendent; nous croyons inutile de nous arrêter à ces dérogations particulières, tout dépendant de la volonté des parties contractantes (2).

Demante dit que la dérogation à la loi du partage égal peut souvent être le moyen d'établir une égalité plus parfaite: quand l'un des époux a un talent ou une industrie qui contribuera principalement à la prospérité de la communauté, il est juste qu'il ait une part plus grande que celle de son conjoint dans les bénéfices (3). Il y a des raisons spéciales qui justifient certaines clauses de partage inégal; nous y reviendrons.

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 421, n° 185 bis V.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 504, note 1, § 530. Il faut ajouter, Rejet, chambre civile, 20 janvier 1875 (Dalloz. 1875, 1, 52).

(3) Demante, t. VI, p. 424, n° 187, et Colmet de Santerre, t. VI, p. 425, n° 189 bis 1.