

» guier, le 14 août 1567, pour Anne Spifane,
 » femme de Jean Moulmier (j'y étais présent), fut
 » dit qu'elle prendrait ses propres et son douaire, sans
 » charge des dettes faites par le mary. » Or, comment
 la femme prendrait-elle ses propres sans charge des
 dettes, si elle ne se payait pas par préférence sur les
 biens et effets de la communauté ?

1640. Mais voici autre chose. On sait que la
 clause de réalisation autorise l'époux à prélever,
 lors de la dissolution de la communauté, la valeur
 du mobilier réalisé (1); cette situation est en tout
 semblable à celle qui fixe ici notre attention : or, s'il
 est vrai que le mari ne puisse jamais faire son pré-
 lèvement par préférence aux créanciers de la com-
 munauté parce qu'ils sont ses créanciers person-
 nels, il est aussi reconnu que la femme exerce son
 prélèvement par préférence sur eux quand elle ne
 s'est pas obligée. C'est ce qu'enseigne Lebrun (2) et
 ce que nous établirons plus bas (3).

1641. Tout cela se confirme par une observation
 digne d'attention.

Supposons que le mari ait des propres : sa femme
 a hypothèque légale sur ces biens pour retrouver ses
 reprises, et, par cette hypothèque, elle prime les

(1) Art. 1503 C. civ.

(2) P. 328, n° 4.

(3) N° 1975, 1976.

autres créanciers, qui n'ont pas de droits antérieurs
 aux siens. Or, d'après l'économie de notre article et
 de l'art. 1472, les propres du mari sont le dernier
 objet sur lequel la femme peut exercer son recours
 pour être payée de ses reprises. Il faut qu'elle épuise
 préalablement les meubles et les immeubles de la
 communauté. Les meubles et les immeubles de la
 communauté lui sont donc plus étroitement engagés
 que les immeubles propres du mari. Mais, je le de-
 mande, quelle serait la sanction de ce droit de la
 femme sur les biens de la communauté, si elle n'avait
 pas un prélèvement par privilège sur les créanciers
 de la communauté ? Quoi donc ! elle aurait une hypo-
 thèque sur les propres du mari, dont l'assujettisse-
 ment envers elle est beaucoup plus éloigné, et elle
 n'aurait aucun droit réel préférable sur les meubles
 et immeubles de la communauté !! il n'est pas pos-
 sible d'admettre un tel résultat. La femme a une
 sorte de gage tacite ; le prélèvement privilégié en
 est la conséquence, et les créanciers, qui savent
 qu'elle aurait préférence sur eux s'il fallait recourir
 sur les propres du mari, doivent trouver tout simple
 qu'elle les prime sur les effets de la communauté,
 qui sont plus intimement tenus de l'obligation de la
 remplir de ses reprises.

Et puis, de quoi s'agit-il en dernière analyse ?
 de choses qui n'ont fait partie de la communauté
 que sous la charge du droit de la femme. Les créan-
 ciers de la communauté sont donc tenus de cette
 charge ; ils n'ont eu les biens de la communauté
 pour obligés qu'avec la condition qui les grevait.

1642. Notre opinion est consacrée, du reste, par un arrêt de la Cours d'Angers du 2 décembre 1830 (1), qui décide que la femme a le droit de prélever un conquêt de communauté par préférence aux créanciers de cette même communauté. Pour expliquer cette sage décision, il n'est pas nécessaire d'armer la femme du droit d'hypothèque légale (2); on pourrait peut-être éprouver quelque scrupule (3) de donner hypothèque légale à la femme qui accepte, sur les conquêts de communauté (4). Mais le droit de la femme peut se passer de l'hypothèque; il a une sanction plus forte: le prélèvement en nature par suite d'une charge inhérente, et un droit de délibération et de distraction.

1643. Si c'est la femme qui prédécède, ses héritiers jouiront du même droit qu'elle; moyennant un inventaire, ils pourront soustraire aux créanciers de la communauté le prélèvement des valeurs propres à celle qu'ils représentent (5). Ils héritent de son droit; ils prennent les choses dans l'état où elle les a laissées; ils profitent de la charge qui existait en sa faveur.

(1) Dalloz, 31, 2, 98.

Devill., 31, 2, 100.

(2) Pothier le fait, cependant, n° 757.

Mais voyez mon comm. *des Hypothèques*, t. 2, n° 433 *ter*.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 854.

(4) *Infra*, n° 1646, 1674 et 1800.

(5) Art. 1471, *in fine*.

1644. Et nous maintenons cette proposition, alors même que ces valeurs, laissées dans les mains du mari survivant, ont été apportées par lui, après inventaire, dans une seconde communauté.

Par exemple (1):

Louis épouse Françoise en 1830; le contrat de mariage stipule le régime de la communauté, dans laquelle la femme apporte une partie d'une somme d'argent dont le surplus lui reste propre. Françoise décède en octobre 1843, laissant un fils mineur. Inventaire des effets de la communauté en mai 1844; il n'est fait aucune liquidation. Plus tard, Louis se remarie avec Jeanne sous le régime de la communauté; il meurt en juin 1845, laissant un enfant de ce second mariage.

La veuve Jeanne prétendit que, dans l'inventaire, on devait comprendre tous les meubles et effets existants dans la maison conjugale, et cela, bien que l'inventaire de 1844 constatât que c'étaient là des choses appartenant à la première communauté: point qui, au surplus, n'était pas contesté.

Le tuteur de l'enfant du premier mariage s'y oppose. Ce serait, disait-il, une confusion nuisible aux intérêts de cet enfant; comment pourrait-il exercer son prélèvement en nature sur les meubles de la première communauté? ne serait-ce pas le réduire à la qualité de simple créancier et l'obliger à venir

(1) Je dois la connaissance de cette espèce à M^e Bergerie, notaire à Châtillon-sur-Loire (Loiret).

en concours avec les créanciers de Louis? Le tuteur voulait, en conséquence, qu'on se bornât à reconnaître par un récolement l'existence des meubles; puis à inventorier ce qui resterait comme étant de la seconde communauté.

Le récolement est fait : il constate l'existence en nature d'une partie des meubles et effets de la première communauté, plus deux pièces de vignes et terres, le tout présentant une valeur inférieure à la reprise à laquelle l'enfant du premier lit avait droit du chef de sa mère.

Le tuteur ayant voulu prélever toutes ces valeurs en conformité de l'art. 1470, de nouvelles difficultés surgissent : on conteste le droit de l'enfant du premier lit; on le conteste surtout au nom des créanciers. Mais, d'après ce que nous avons dit, il est évident que nulle objection sérieuse ne pouvait arrêter l'enfant du premier lit.

Était-ce les créanciers de la première communauté qui élevaient la voix? mais Françoise ne s'était pas obligée personnellement envers eux, et l'inventaire fait par son héritier en 1844 donnait à ce dernier le droit de n'être tenu que jusqu'à concurrence de son émolument, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du bénéfice retiré de la communauté après les prélèvements opérés (1).

Ou bien était-ce les créanciers de la seconde communauté? mais ces objets, dûment inventoriés, n'y

(1) *Suprà*, n° 1637.

étaient entrés que grevés du droit de prélèvement dont ils étaient affectés dans les mains du mari : les tiers, venus postérieurement, étaient donc tenus de respecter ce droit conservateur de la dot des femmes et des pactes du contrat de mariage.

1645. Voyons maintenant dans quel cas cesse la préférence de la femme sur les créanciers. Il y en a plusieurs.

Le premier a déjà été signalé par nous. C'est celui où la femme accepte sans faire inventaire, et où par conséquent elle est tenue sur ses propres (1).

1646. Le second a lieu lorsqu'un créancier de la communauté a hypothèque sur l'immeuble conquêt dont la femme prétend faire prélèvement. Cette hypothèque a été donnée par le mari, seigneur et maître de la communauté; en acceptant la communauté, la femme s'approprie cette convention : c'est donc le cas de la règle : *Quem de evictione tenet*, etc. (2). La femme qui ne veut pas être inquiétée par les hypothèques données par son mari sur les conquêts, n'a qu'à renoncer. Mais, si elle ne renonce pas, si elle reste commune (et elle reste telle, même dans le cas de l'art. 1483 (3), l'hypothèque conférée par le mari a une toute-puissance à laquelle son acceptation la

(1) N° 1636.

(2) *Mon comm. des Hypothèques*, t. 2, n° 453 *ter*.

(3) *Infrà*, n° 1730.

soumet. C'est ce que décidait l'art. 188 de la coutume d'Orléans, qui, après avoir consacré dans son art. 187 le droit de la femme de n'être tenue que jusqu'à concurrence de l'émolument, ajoutait : « Tou- » tefois l'action hypothécaire demeure toujours sur » l'héritage de l'obligé, *et conquêts immeubles faits » pendant la communauté* (1). » En effet, n'est-il pas vrai que, si le mari avait vendu un immeuble de la communauté, la femme serait sans action contre l'acquéreur (2) ? Si donc le mari a pu vendre, il a pu hypothéquer, et la femme doit respecter l'hypothèque aussi bien que la vente (3).

On pourra peut-être faire l'objection que voici : Quand la femme se paye sur un conquêt de la communauté, elle prend cet immeuble plutôt à titre de propriétaire qu'à titre de créancière (4). Or, par l'effet du partage, elle est censée avoir été propriétaire *ab initio*, et, cela étant, l'hypothèque du créancier doit nécessairement disparaître par suite de l'effet rétroactif des partages.

Mais bien des réponses se présentent à l'esprit pour écarter cette objection.

(1) Pothier sur cet article.

Lebrun, t. 1, p. 218, nos 23 et 24.

(2) Mon comm. des Hypothèques, t. 2, n° 453 *ter*.

(3) *Infrà*, n° 1674.

(4) Arg. de ce que dit Pothier, *Succession*, chap. 5, art. 2, § 1.

Suprà, nos 588 et suiv.

D'abord il n'est pas vrai que la femme soit *propriétaire ab initio* de l'immeuble même qu'elle prend en paiement : elle est propriétaire d'une somme d'argent, et elle ne prend cet immeuble qu'à titre de dation en paiement (1).

Et, en effet, comment prend-elle cet immeuble ?

Elle le prend avant partage ; elle le prend comme représentation d'une chose propre, non commune. Le partage ne porte que sur ce qui restera après le prélèvement (2). Est-il bien vrai dès lors qu'on puisse appliquer à cette dation en paiement la fiction de l'effet rétroactif, qui n'est attribuée par notre droit qu'au partage proprement dit (3) et aux choses que ce partage met dans le lot de chaque cohéritier (4) ? Il ne s'agit pas ici d'un lot : il s'agit d'un prélèvement à titre de propre. La combinaison des art. 1474 et 1476 conduit à ce résultat.

Enfin, si l'on effaçait l'hypothèque concédée au créancier par le mari, comment concilierait-on cet effet rétroactif avec le droit du mari, seigneur et maître de la communauté, et faisant acte légitime, quand il en aliène, ou quand il en hypothèque les effets ? Est-ce que dans toute société, et à plus forte

(1) *Suprà*, nos 390, 394, 397.

Infrà, n° 1649.

(2) *Suprà*, n° 399.

(3) *Id.*

(4) Art. 883.

Infrà, nos 1675 et 1803, je reviens là-dessus.

raison dans la société conjugale (1), l'hypothèque conférée par la société même, ou par le gérant de cette communauté, n'affecte pas la chose hypothéquée de telle manière que le partage ne saurait ébranler la charge? Est-ce que l'hypothèque ne subsiste pas, après le partage, entre les mains et sur le lot de chaque associé, tout aussi bien qu'avant le partage (2)? En effet, le propriétaire de chaque lot n'est-il pas censé avoir été représenté dans la constitution de l'hypothèque et y avoir pris part? Comment donc le partage pourrait-il l'en exonérer? N'est-ce pas le cas de dire : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repetat exceptio*? Ici la femme accepte la société. Elle est donc censée approuver et ratifier ce que son mari a fait comme représentant de la société : il lui est donc interdit de critiquer l'existence d'une charge que le mari a imprimée sur la chose commune avec un droit non contesté.

Toutes ces idées sont la démonstration de cette proposition de Pothier, qui ne saurait être mise en doute que par la plus étrange confusion d'idées :

« Observez, à l'égard de l'hypothèque des con-
 » quêts, une différence entre le mari et la femme.
 » Lorsque la femme est l'*obligée*, il n'y a de con-
 » quêts hypothéqués que ceux qui échoient en par-
 » tage à la femme. Mais, lorsque c'est le mari qui est
 » l'*obligé*, ils sont tous hypothéqués, tant ceux qui

(1) Pothier, *Communauté*, n° 752.

(2) Mon comm. de la *Société*, t. 2, n° 1065.

» échoient au mari que ceux qui échoient à la
 » femme, le mari, comme chef et seigneur de la com-
 » munauté, ayant eu le droit de les hypothéquer pour
 » le total (1). »

Pothier enseigne cependant que le créancier doit faire raison à la femme non seulement de ce qu'elle a payé à des tiers dont l'hypothèque était antérieure à celle du demandeur, mais encore de ce qu'elle s'est payé à elle-même pour ses créances sur la communauté, pour lesquelles elle a une hypothèque, du jour de son contrat de mariage, antérieure à celle du demandeur (2).

Mais cette opinion paraît en contradiction avec ce que Pothier disait tout à l'heure; elle peut d'ailleurs se réfuter par de puissantes considérations (3).

D'abord, faisons une remarque qui a son importance : Pothier ne va pas chercher ses raisons de décider dans l'effet rétroactif du partage; ce motif est trop dépourvu de valeur pour s'y arrêter : mais il se fonde sur le droit d'hypothèque légale de la femme, qui, dit-il, est antérieur à l'hypothèque du demandeur.

Or, il faut observer en premier lieu que cette raison n'est pas décisive, dans tous les cas, sous le Code civil : car, s'il est vrai que, dans l'ancienne juris-

(1) Sur Orléans, art. 288.

(2) *Communauté*, n° 757.

(3) *Junge* MM. Duranton, t. 14, n° 505,
 Odier, t. 1, n° 569.

prudence, l'hypothèque légale de la femme, pour ses remplois et reprises, datât du jour du mariage, cela n'est plus exact d'après l'art. 2135. Ainsi donc, même en appropriant au Code civil les doctrines de Pothier, il pourra arriver que des créanciers se rencontrent, au préjudice desquels la femme ne pourra pas opérer son prélèvement : ce sont ceux dont l'hypothèque est antérieure à l'hypothèque légale de la femme.

Il n'y a donc de difficultés que pour le créancier dont l'hypothèque est postérieure à l'hypothèque légale de la femme, et je dis que, même dans ce cas, la femme ne peut faire son prélèvement avant lui.

Est-il vrai, en effet, qu'une femme ait hypothèque légale sur les conquêts d'une communauté qu'elle accepte ? Mais, est-ce que le mari n'a pas le droit de vendre et d'hypothéquer les conquêts de la communauté (1), sans devoir à sa femme aucun compte ni dédommagement (2) ? Est-ce que la femme peut, sans renoncer (3), critiquer les ventes et les hypothèques ? Est-ce que, si elle pouvait opposer aux acquéreurs, ou aux créanciers hypothécaires, son hypothèque légale, elle ne paralyserait pas le droit du mari ?

Quand le mari aliène ou hypothèque, il fait ces actes tant pour lui que pour sa femme ; il représente

(1) Art. 1421.

(2) Nos 867, 870.

(3) *Suprà*, n° 871.

sa femme, qui est partie dans la communauté, et l'acceptation de la femme est une approbation donnée à la vente ou à l'hypothèque ; la femme s'approprie l'acte de disposition du mari. Qu'elle renonce, si elle veut ; mais, dès l'instant qu'elle accepte, tout devient commun et inébranlable.

D'ailleurs, si l'on veut mieux apercevoir combien il est difficile de donner à la femme une hypothèque légale sur les conquêts, il suffit de considérer que la communauté forme une tierce personne à qui les biens appartiennent, et qu'il ne faut pas dire crûment qu'ils appartiennent au mari. Ils ne deviennent biens du mari que par la renonciation de la femme ; mais, si cette renonciation n'a pas lieu, ils ne sont pas biens du mari. Or, l'art. 2121 n'attribue l'hypothèque légale à la femme que sur les biens du mari. Biens communs, biens de société, les conquêts ont été hypothéqués par celui qui avait droit et pouvoir de le faire, tant pour lui que pour sa femme ; l'hypothèque créée par cette constitution est aussi le fait de la femme et milite contre elle.

Et puis considérons ceci :

La femme n'a pas une vertu magique pour faire que les valeurs de la communauté soient autres que ce qu'elles sont. Lebrun a très-bien dit : *On partage la communauté comme elle est* (1). Il faut donc qu'elle prenne les immeubles de la communauté avec

(1) *Suprà*, n° 1617.

leurs charges et dans l'état où les a mis le mari. Le mari, qui pouvait les aliéner, a pu les amoindrir par des servitudes, par des charges réelles, par des hypothèques (art. 1421 du Code civil). Si la femme veut se payer avec les valeurs de la communauté, elle doit les recevoir telles qu'elles sont par l'effet de la puissance maritale. Soutenir le contraire, ce serait porter atteinte au pouvoir du mari, limiter un droit que l'article 1421 déclare plein et entier, porter les plus funestes atteintes au crédit, et blesser la bonne foi et la confiance dans ce qu'elles ont de plus essentiel. Lorsque le mari a consenti hypothèque sur l'immeuble, il n'a pas agi en vertu d'un droit provisoire, résoluble, conditionnel; il n'a pas disposé d'un immeuble sur lequel il n'avait pas un droit complet, comme dans le cas de l'art. 2125 du Code civil: il a agi comme seigneur et maître, et, de plus, comme représentant légal de la femme qui a accepté la communauté. La femme ne saurait donc rien infirmer de ce qui a été fait, et les art. 1470 et 1471 n'ont pas un mot d'où l'on puisse argumenter pour lui conférer ce droit (1).

1647. Tout cela est vrai, à plus forte raison (et c'est ici le troisième cas où la préférence de la femme, cesse pour faire place à un autre ordre de payement), lorsque la femme s'est personnellement obligée, d'accord avec son mari, envers le créancier;

(1) *Infrà*, n° 1740.

c'est alors ce dernier qui l'emporte sur elle, et elle ne saurait rien prélever à son préjudice (1). La raison en est simple: le prélèvement a été accordé pour remplacer les propres; or, la femme obligée personnellement est tenue sur ses propres: donc ce qu'elle prendrait d'une main, elle serait obligée de le rendre de l'autre au créancier. Le prélèvement ne lui donne donc aucun droit contre ce même créancier. De plus, elle ne peut même pas user, en pareil cas, du privilège de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument: car ce privilège n'a été accordé à la femme que pour ne pas voir ses propres entamés; et ici elle est liée, par son obligation personnelle, même sur ses propres. Il est donc certain, et cela est élémentaire, que la femme n'a qu'à s'exécuter, *etiam ultra vires*, et que le créancier au profit de qui elle a parlé a toute préférence sur elle. « Quand les femmes acceptent, dit Lebrun, on réduit leur contribution aux dettes à proportion de leur émolument, *pourvu qu'elles n'y aient pas parlé; auquel cas elles payent indéfiniment leur moitié au créancier, MÊME LE TOUT, si elles sont obligées solidairement, ou si elles possèdent des conquêts* (2). » La femme a seulement son recours contre les héritiers du mari, pour ce qu'elle a payé en sus de son émolument dans la communauté.

(1) *Infrà*, sur l'art. 1485.
N° 1731 à 1733 et 1913.
Lebrun, p. 268, n° 19.

(2) P. 268, n° 19.