

STUDII

LE POISSON MORT AU VIVIER: LA SEPARATION ENTRE EPOUX¹

Paul VASILESCU*

Résumé : 360-365. *Des chiffres plus forts que tous les mots ? En réalité il s'agit de quelques articles que le nouveau Code civil roumain de 2009 a pu croire consacrer au régime matrimonial de la séparation de biens. Tout cela d'après près une moitié de siècle où tout autre régime matrimonial que celui de la communauté légale, unique, égalitaire et impératif, fut farouchement imposé par l'ancien code de la famille de 1954. Point question ici de s'interroger sur l'appétence pratique des gens mariés pour un autre régime que celui légal (de communauté), mais de dénouer le sens des normes qu'on peut utiliser afin d'accomplir la séparation patrimoniale des époux durant leur mariage. Ainsi, on va analyser le début du régime, tout en regardant à la source conventionnelle du régime, mais aussi vers d'autres moyens, tels que la séparation judiciaire de biens, dont l'effet essentiel est l'indépendance patrimoniale et la gestion absolue libre des conjoints. Les effets de la séparation, quelle que soit son origine, seront traités pour observer le degré de liberté dont les époux jouissent. À cet égard, il convient d'engager un parallèle entre la séparation et le défaut virtuel de toute communauté matrimoniale, d'autant plus que le code civil contient une disposition (l'ar. 320) imposant la liquidation de tout régime, qu'il soit communautaire ou pas. En fin de compte, on va passer en revue les voies à emprunter pour mettre un terme à la séparation matrimoniale, tant au cours du mariage qu'au moment où il cesse.*

Mots clés : régimes matrimoniaux, séparation des biens, époux

Préliminaires. Toute réforme comporte indéniablement un élan destructif, pour ainsi marquer la différence par rapport au passé, ainsi qu'étaler le neuf promis. Avec le nouveau code civil roumain les choses se sont passées autrement. Généralement, la nouvelle loi a repris les solutions anciennes, laminant dans le même dispositif légal le civil et le commercial, l'effet étant le cumul loisible des idées, des normes, des institutions. L'addition l'emportait sur l'épuration, l'ancien remportant une certaine victoire, du moins substantielle. Tout cela ne veut pas dire que le code civil n'aurait pas des nouveautés législatives, mais que la réforme s'est passée tout en douceur, sans grands par à-coups, une rupture importante étant ainsi évitée. Néanmoins, les

régimes matrimoniaux² font en quelque sorte une figure à part. C'est là qu'on trouve la rupture (et la tradition à la fois).

La rupture s'imposait, la continuation fut imposée. Ainsi, l'ancien code de la famille de 1954, ayant marqué à son époque une coupure radicale d'avec l'ancien code civil de 1864, devait écarter. Le code civil de 1864 réglait la séparation en tant que régime matrimonial légal ou de droit commun, comme on disait jadis, la dot étant la figure juridique la plus fréquente, mais il s'agissait d'une dot séparatiste, pas comme en droit français du temps qui greffait le régime dotal sur la communauté des époux. Le régime légal de séparation a fonctionné jusqu'au 1^{er} février 1954, le jour de la mise en vigueur du code communiste de la famille. La dernière loi imposa comme régime légal la communauté entre époux, le seul régime possible, qui était évidemment impératif. D'un seul coup en 1954 on a changé de cap : la liberté des régimes matrimoniaux fut abolie, la séparation fut remplacée par la communauté.

Le nouveau code civil³ marque alors une rupture, parce qu'il consacre la liberté des régimes matrimoniaux, mais le même code s'avère aussi conservateur, parce qu'il préserve la communauté en tant que régime légal. Alors, d'un côté, le changement législatif était forcément nécessaire, car le droit roumain est resté le dernier système européen qui imposait impérativement aux futurs époux un régime matrimonial unique et immuable. Donc, la liberté est regagnée, mais contrôlée, le code civil en permettant une limitée, les époux ayant le choix entre la communauté (légale ou conventionnelle) et la séparation (issue du contrat de mariage), tout régime mixte étant formellement prohibé (ar. 312). Faute de mieux et notamment par rapport au code de 1954, aujourd'hui la situation est meilleure. D'autre côté, le nouveau code civil s'est montré prudent, voire conservateur, tout en gardant la communauté en régime légal, probablement pour ne pas bouleverser les habitudes des gens mariés et des futures conjoints. Enfin, (à peu près) à l'instar du code québécois, la loi roumaine a aménagé ce qu'on appelle couramment le régime primaire impératif, pour ainsi assurer la protection légale du logement familial, et aussi pour régler les pouvoirs de gestion des époux. Mais, dans les lignes suivantes ce qui intéresse c'est uniquement le régime de la séparation de biens entre époux, la vraie nouveauté redécouverte après un demi siècle d'oubli forcé.

Le code civil actuel ne consacre expressément que six articles au régime de la séparation de biens (ar. 360-365), groupés dans une section qui porte même ce nom ; évidemment, d'autres textes seront y applicables directement ou en biais. Tel qu'on vient de dire, le régime séparatiste est de nature conventionnelle et représente une alternative au régime communautaire, quelle que soit la source du dernier. En outre, la loi organise aussi une séparation de biens judiciaire (ar. 370-372), à titre de sanction à l'égard du conjoint qui « met en péril les intérêts patrimoniaux de la famille » (ar. 370 (1)). Pour l'instant, mettons de côté ce cas de figure, pour se concentrer sur la séparation⁴ en tant que régime matrimonial conventionnel.

L'avènement et le fonctionnement de la séparation de biens. Si les futurs époux n'agrément pas la communauté légale, qui s'applique par défaut, ils ont la possibilité de rester séparés de biens comme si le mariage ne se concluait pas. Le choix de la séparation suppose la conclusion d'un acte notarié, sous peine de nullité absolue (ar. 330 (1)). Le contrat de mariage, passé avant la célébration du mariage, est la condition nécessaire et suffisante pour que le régime séparatiste voie le jour. Pratiquement, les parties de la convention – et leur notaire, peuvent concevoir un acte très simple, quelques lignes prévoyant que les époux restent séparés de biens, sans aucune autre mention de plus. En l'occurrence, les conjoints gardent le même statut patrimonial qu'ils avaient avant le mariage, donc, l'association de vie matrimoniale ne s'assortit d'aucune communauté patrimoniale comme effet spécial de l'acte nuptial. Néanmoins, le régime légal impératif jouera et sera le plus petit dénominateur commun de nature patrimoniale des époux, comme un effet *ope legis* du mariage. Puis, rappelons que la convention de séparation peut être conclue même au temps du mariage, en guise de modification du régime communautaire antérieur (ar. 369), avec le même effet de la création *ante nuptias* de la séparation matrimoniale de biens.

Pour être opposable aux tiers, la convention matrimoniale sera soumise à l'inscription sur le Registre national notarial des régimes matrimoniaux, tenu selon la loi (ar. 334 (1)). Durant le mariage ou après avoir reçu la copie de l'acte de mariage, après avoir authentifié la convention matrimoniale, le notaire expédie d'office un exemplaire de ladite convention au bureau de l'état civil où a eu lieu la célébration du mariage, pour qu'on fasse mention sur l'acte de mariage, sur le registre indiqué ci-dessus, et ainsi que sur d'autres registres de publicité, le cas échéant. Tout cela n'exclue pas le droit des époux de demander eux-mêmes l'accomplissement des formalités de publicité. En règle générale et compte tenu de la nature des biens, les conventions matrimoniales seront soumises à la notation au livre foncier, à l'enregistrement au registre du commerce et à d'autres registres de publicité prévus par la loi. Dans tous les cas, l'inaccomplissement des formalités spéciales de publicité ne peut pas être comblé par l'inscription sur le Registre des régimes matrimoniaux. Enfin, notons encore que, sans être tenue à justifier un intérêt concret, toute personne peut consulter le Registre national notarial des régimes matrimoniaux, ainsi qu'on peut en demander des copies certifiées.

Une autre formalité jointe au contrat du mariage, c'est l'inventaire des biens meubles des époux (ar. 361). Donc, lors du choix du régime, le notaire va dresser un inventaire⁵ des meubles appartenant à chacun des époux, indifféremment de leur mode d'acquisition. Et pour être opposable aux tiers, l'inventaire doit être une pièce jointe à la convention matrimoniale, étant soumis aux mêmes exigences de publicité que la convention. Durant le mariage, l'inventaire peut également être dressé pour

les meubles acquis au cours de la séparation de biens. À défaut de tout inventaire, le droit de propriété exclusive se présume, jusqu'à la preuve contraire, au bénéfice du conjoint possesseur⁶. Si le bien fut acquis par un acte juridique soumis, selon la loi, à une condition de forme, de validité ou de publicité, le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre dûment établi selon le droit commun. Enfin, les meubles meublants ou les ornements du logement de la famille peuvent être glissés dans un inventaire, leur régime sera des propres, mais le droit de disposition du conjoint propriétaire reste bien limité jusqu'au jour de la dissolution du mariage, quand l'inventaire peut valoir preuve de la propriété. Alors, le conjoint propriétaire ne peut pas faire à lui seul déplacer du logement des meubles meublants ou des ornements dont il est garni, tout comme il ne peut pas en disposer sans le consentement écrit de l'autre époux (ar. 322 (2)). Pour conclure, on peut observer que l'inventaire est toujours un accessoire à la convention matrimoniale et aussi il est facultatif, sa raison étant d'alléger la preuve des propres pour les biens n'ayant pas soumis à des formes spécifiques de publicité légale. La dernière conclusion c'est que le manque d'inventaire n'affecte point la validité du contrat du mariage ou la nature séparatiste du régime matrimonial, mais ce défaut peut entraver la preuve des meubles utilisés couramment par les époux.

L'essence de la séparation matrimoniale consiste en ce que les époux sont séparés dans le même temps de biens, de dettes et de toute gestion conjointe. Le régime a la vocation de préserver les patrimoines distincts des conjoints comme s'ils étaient étrangers, voire des tiers non-mariés. Donc, le fonctionnement de la séparation relève du droit commun des obligations et des personnes, les époux étant indépendants patrimoniallement. Par conséquent, le mariage n'affecte point la capacité des conjoints de contracter (entre eux ou avec les tiers, quel que soit le contrat envisagé), la capacité de léguer, la capacité de dérouler des actes de commerce ou de se faire embaucher etc. Naturellement, la convention matrimoniale de séparation ne peut pas modifier les règles du régime primaire impératif, ainsi qu'elle ne peut pas porter atteinte à l'égalité des époux, à l'autorité parentale ou à la dévolution successorale légale (ar. 332 (2)). Malgré l'indépendance de principe des conjoints, la loi civile commande une cohésion patrimoniale minimale de ceux qui se sont mariés, et ce trait d'union est représenté par le régime primaire impératif. Qu'on passe brièvement en revue, alors, les règles qui assurent le contact patrimonial entre les époux séparatistes, règles légales établies par le régime dit primaire et impératif.

Premièrement, un conjoint a un droit d'ingérence dans les affaires de l'autre, une immixtion contrôlée par le juge. Alors, si l'un des époux se trouve hors l'état d'exprimer sa volonté, l'autre conjoint peut demander au juge de tutelle l'autorisation de le représenter dans l'exercice de ses droits issus du régime matrimonial. Par l'arrêt rendu, on établit les conditions, les limites et la période dudit mandat (ar. 315 (1)). Dans le même sens, mais à titre exceptionnel, lorsque l'un des époux passe des actes

juridiques qui mettent en péril les intérêts de la famille, l'autre conjoint peut requérir au juge de tutelle que le droit de disposer de certains biens puisse être exercé pour une période déterminée uniquement avec son consentement exprès. La durée de cette mesure peut être prolongée, mais sans outrepasser au total deux ans. Le jugement d'admission de cette mesure est soumis soit à la publicité foncière, soit à la publicité mobilière, le cas échéant (ar. 316 (1)). Les actes juridiques contrevenants au jugement sont annulables, le délai de la prescription extinctive étant d'une année et il court à partir du jour où le conjoint préjudicié a eu connaissance dudit acte.

Le cas de figure légal présenté ci-dessus, qui concerne une représentation judiciaire, n'exclue pas la représentation conventionnelle ordinaire, de droit commun, entre époux (ar. 314). Dès lors, un des époux peut donner mandat à l'autre conjoint pour qu'il le représente dans l'exercice de ses droits issus du régime matrimonial.

Deuxièmement, et concernant le logement de la famille, la loi établit impérativement le régime de certains actes juridiques (ar. 322). Ainsi, sans le consentement écrit de l'autre conjoint, nul époux, même s'il en est le propriétaire exclusif, ne peut ni disposer des droits au logement de la famille, ni accomplir des actes ayant affecté l'usage du logement. Pareillement, un conjoint ne peut pas faire à lui seul déplacer du logement des meubles meublants ou des ornements dont il est garni, tout comme il ne peut pas en disposer sans le consentement écrit de l'autre conjoint. Si ledit consentement est déraisonnablement refusé, l'autre conjoint peut demander au juge de tutelle qu'on l'autorise à conclure l'acte. Le conjoint qui n'a pas donné son consentement à la conclusion de l'acte peut en demander l'annulation dans l'année à partir du jour où il en a eu connaissance, mais sans pouvoir jamais être intentée plus tard d'un an après que le régime matrimonial se soit dissous. À défaut de transcription du logement de la famille au livre foncier, le conjoint qui n'y a pas consenti ne peut pas demander l'annulation de l'acte, mais uniquement des dommages et intérêts, à moins que le tiers acquéreur n'ait connu autrement la qualité de logement de la famille.

Dans le même ordre d'idées, la loi prévoit des dispositions spéciales pour le contrat de bail, ayant comme but la mise en place du logement de la famille (ar. 323). Lorsque le logement est détenu à titre de bail, chaque époux jouit donc d'un droit locatif propre, même si c'est seulement l'un des conjoints qui est titulaire du contrat ou que le contrat a été conclu avant le mariage, les dispositions de l'article 322 seront applicables par analogie. Enfin, en cas du décès d'un époux, le conjoint survivant exerce encore son droit locatif, à moins qu'il n'en renonce expressément, dans le délai de 30 jours (cf. ar. 1834). De surcroît, le droit de bail dont jouit l'un des époux peut survivre au mariage. Du coup, à la dissolution du mariage, si l'usage commun du logement familial par les conjoints n'est plus possible et que ceux-ci ne s'entendent pas, le bénéfice du contrat de location peut être attribué à l'un ou l'autre des époux,

compte tenu, dans cet ordre, de l'intérêt supérieur des enfants mineurs, des torts à la dissolution du mariage et des possibilités locatives respectives des anciens conjoints. Toutefois, le conjoint à qui a été attribué le bénéfice du contrat de location est tenu à payer à l'autre époux une indemnité couvrant les frais d'installation dans un autre logement, sauf si le divorce a été prononcé à des torts exclusifs du dernier. S'il y a des biens communs, l'indemnité peut être imputée, lors du partage, sur la part indivise appartenant au conjoint bénéficiaire du contrat de location. L'attribution du bénéfice du contrat de bail familial se fait avec la citation du locataire et produit ses effets, à l'égard de ce dernier, à partir du jour où l'arrêt rendu est resté définitif (ar. 324). On pourrait noter qu'à plus forte raison, les règles établies ci-dessus s'appliquent par analogie aussi pour le cas où le bien est la propriété commune des époux, l'attribution du bénéfice du logement conjugal produisant d'effets jusqu'à la date à laquelle la décision de partage est devenue définitive (*idem* (3)).

Troisièmement, bien que séparés de biens, les époux sont tenus à de quelques dettes ayant formé les charges du mariage (ar. 325), puisque la séparation ne vaut point exemption des dettes ménagères. De plus, toute clause de la convention matrimoniale de séparation qui stipule que les charges du mariage sont aux dépens d'un seul conjoint est réputée non écrite. En bonne logique, les époux se doivent mutuellement du soutien patrimonial, ainsi qu'ils sont tenus à contribuer, à proportion de leurs facultés respectives, aux charges du mariage, à moins que le contrat de mariage ne stipule autrement. Chaque époux est libre, donc, d'exercer une profession et de disposer de ses revenus, mais tout s'en acquittant de sa contribution respective aux charges du mariage. Au cas où l'un des conjoints contribue à l'activité professionnelle de l'autre époux, il est en droit à obtenir une compensation, dans la limite de l'enrichissement du dernier, si sa contribution a outrepassé son obligation de participer aux charges du mariage (ar. 328). Le dernier aspect relève plutôt de la liquidation du régime, mais on a préféré de le rappeler ici, pour qu'on souligne les liens patrimoniaux qui puissent s'établir entre les époux séparés de biens.

Clauses spéciales. Étant de nature volontaire, la séparation serait compatible avec des dispositions conventionnelles assez variées. En règle générale, de la liberté contractuelle on peut déduire que les (futurs) époux peuvent prévoir dans leur acte matrimonial toute clause qui s'accorde à leurs intérêts concrets. Les limites du choix marital sont clôturées par l'ordre public, et notamment par le régime primaire impératif. Mais au-delà de ces aspects généraux, la loi roumaine comprend une norme intéressante. Ainsi, la loi dispose qu'on ne peut pas déroger par la convention matrimoniale aux dispositions légales concernant le régime matrimonial choisi, sous peine de nullité absolue, sauf dans les cas expressément prévus par la loi (ar. 332 (1)). L'effet d'une telle norme c'est que tout régime matrimonial mixte, imbriquant par exemple des règles propres à la séparation et à la communauté, sera anéanti par la nullité absolue du contrat qui le prévoit. Alors, toute adjonction à la séparation de

biens d'une société d'acquêts, d'une communauté réduite aux acquêts ou d'autres clauses ayant la vocation de faire émerger un régime matrimonial mixte sera prohibée sous peine de nullité.

Le législateur roumain fut soucieux de la pureté du régime matrimonial applicable *in concreto*, en limitant ainsi la liberté des (futurs) époux. Cette liberté prend corps par le seul choix essentiel à faire: soit communauté (légale ou conventionnelle), soit séparation (contractuelle). En l'occurrence, la deuxième question qui se pose c'est de déterminer les clauses étant compatibles avec le principe de la netteté du régime matrimonial de séparation.

Sans avoir la prétention de dresser ici un inventaire exhaustif, la convention instituant la séparation de biens entre époux, peut comprendre deux types de stipulations, l'un d'effet probatoire, l'autre d'effet substantiel. Ainsi, dans la première catégorie peuvent entrer les présomptions conventionnelles de propriété dont le but serait d'alléger la charge de la preuve des propres. Une telle présomption peut être stipulée pour tout bien, à moins que le bien n'ait été acquis par un acte juridique soumis légalement à une condition spéciale (de forme, de validité, de publicité etc.), quand le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre dûment établi par la loi (ar. 361 (5)). Ensuite, pratiquement, une clause probatoire peut laisser sans effet les dispositions légales qui prévoient l'inventaire des biens propres (ar. 361), ainsi que celles qui règlent la preuve de la copropriété maritale (ar. 362).

Les clauses ayant effet substantiel peuvent viser toute sorte d'aspects, tels que la répartition entre époux de la contribution aux charges du mariage ; la gestion et la jouissance des biens de l'autre conjoint ; la responsabilité pour les dettes de l'autre ; le régime de l'indivision promiscue entre les époux ; les moyens à utiliser pour liquider le régime matrimonial etc.

Dans le même registre, encore faut-il envisager que la loi roumaine suggère le contenu d'une clause dont l'effet pourrait être même la modification du sens juridique du régime de séparation (ar. 360 (2)). Ainsi, par convention matrimoniale, les époux peuvent stipuler des clauses concernant la liquidation du régime séparatiste en fonction de la masse des biens acquis par chacun des époux au cours du mariage, masse en fonction de laquelle on comptera la créance de participation. Si les époux ne conviennent pas autrement, la créance de participation représente la moitié de la différence des deux masses d'acquisitions nettes et elle sera due par le conjoint dont la masse d'acquisitions nettes est plus grande, le paiement pourra se faire en argent ou en nature. Le texte légal renvoie à un régime qui fonctionne en séparation mais qui se liquide comme s'il était de communauté, tout en partageant les acquisitions (acquêts ?!) à la fin. Un tel régime a un nom et une physiologie distincts, il s'agit de la participation aux acquêts⁷ et le seul problème pour le droit roumain c'est la cohérence normative, tandis que la loi interdit expressément toute autre alternative que celle entre la séparation et la communauté pures (ar. 312 (1)).

La composition des patrimoines des époux séparés de biens. Hors les dispositions du régime primaire impératif ayant assuré plutôt une communauté normative entre les conjoints, la question reste à déterminer a priori le contenu du patrimoine des conjoints. Pour que la séparation mérite son nom, le régime homologue n'engendre aucune masse matrimoniale de biens particulière. Les époux demeurent tout séparé tant activement que passivement. Donc, les biens présents d'un conjoint, à savoir avec lesquels les époux sont entrés en mariage, s'additionnent à ses biens futurs, ceux qui seront obtenus, quel que soit leur titre, pendant le mariage. La même logique s'applique aux obligations, qui restent séparées, à savoir propres, qu'elles soient engagées avant ou après le mariage. Le régime dont il s'agit là a, donc, la vocation *de lege lata* de préserver une indépendance patrimoniale aux époux. Mais cette autonomie reste néanmoins compatible avec les mécanismes communautaires, sans que l'idée de séparation soit altérée.

Pour l'actif patrimonial, les conjoints sont libres d'acquérir et de gérer ensemble certains biens, tout en créant une indivision. Le code civil dispose (ar. 362) que les biens acquis conjointement par les époux leurs appartiennent en copropriété, « selon la loi », et que la preuve de la copropriété se fait selon l'article 361, qui s'applique par analogie, c'est-à-dire en dressant un inventaire pour tous les biens, meubles et immeubles. Observons que l'inventaire est prévu *de lege lata* (ar. 361) pour les biens meubles propres et non pas pour les acquêts, ainsi que la preuve des biens communs entre les époux peut dépendre de la nature du régime matrimonial. Ainsi, si le régime est de communauté, la loi présume la qualité d'acquêts des biens matrimoniaux (ar. 343 (1)), tandis que la preuve qu'un bien est propre peut être administrée, entre époux, par tous les moyens (*idem* (2)), sauf pour les biens acquis par succession, legs ou donation, le cas où la preuve se fait selon ces types à part d'acquisitions. Rappelons que pour les meubles acquis avant le mariage, un inventaire pourra être dressé avant la célébration du mariage par le notaire ou sous seing privé, si les parties s'y accordent. Sinon, à défaut d'inventaire, il est présumé, jusqu'à la preuve contraire, que ces biens-ci sont d'acquêts (*idem* (3)).

Si le régime est de séparation, les acquêts constituent une exception et la loi nous parle de la « propriété commune par parts indivises » (ar. 362 (1)) et non de la propriété promiscue (dont les parts ne sont pas précisées au moment de l'acquisition du bien), telle qu'est la situation en régime communautaire (ar. 339). À la première vue, cette différence n'a rien d'essentiel, parce ce que les époux séparés de biens ont la possibilité d'acquérir même en propriété promiscue leurs biens communs, au moment où la loi considère que cette type d'indivision peut surgir aussi de l'acte juridique (ar. 667). Alors, si les époux séparatistes le veulent, ils peuvent prévoir que les biens acquis en communs décriront une propriété promiscue. Au cas où ils ne soufflent aucun mot lors de l'acquisition d'un bien commun, doit-il considérer qu'il

s'agisse d'une indivision ordinaire ou bien d'une copropriété promiscue ? En règle générale, la copropriété promiscue est liée au régime communautaire, et cela résulte aussi de la tradition préexistant au nouveau code civil, que de la nouvelle loi, qui soumet une telle propriété aux règles de la communauté matrimoniale (ar. 668 (2)). Il s'en suit que l'indivision des époux séparés de biens est une copropriété ordinaire, ayant des parts indivises, même si celles-ci ne sont pas encore déterminées lors de l'acquisition du bien. Dès lors, au moment du partage, les époux devront établir ces parts-là, et après, ils pourront procéder au partage selon le droit commun. Donc, l'indétermination des parts indivises pour un bien acquis conjointement par les époux ne transforme pas *ipso facto* leur copropriété dans une promiscue ; les parts communes et indivises étant censées égales, pour le cas où aucun conjoint ne peut prouver une autre fraction de propriété que la moitié.

Le raisonnement gagne en importance dans l'occurrence que l'aliénation du bien commun est faite par un seul conjoint au cours du mariage. Dès lors, celui-ci peut aliéner la moitié de la propriété et non pas le droit entier, sans le consentement de l'autre conjoint. Puis, si un seul conjoint séparatiste dispose de la propriété indivise entière, la sanction d'un tel acte sera l'inopposabilité de l'aliénation – à l'égard de l'autre conjoint, pour tout ce qui dépasse la moitié ou la part indivise appartenant au conjoint aliénateur (ar. 642 (1)). En revanche, pour le régime communautaire, la règle demeure que les actes de disposition ayant pour objet des acquêts ne peuvent être conclus qu'avec l'accord commun des époux (ar. 346). L'acte conclu sans le consentement de l'autre conjoint, lorsqu'il est nécessaire selon la loi, est annulable, donc frappé par la nullité relative (ar. 347 (1)). Exception faisant, les biens communs meubles et les présents (dons d'usage), dont l'aliénation n'est pas soumise aux formalités de publicité, dont l'un ou l'autre des époux peut disposer seul, à titre onéreux (ar. 346 (2)).

Tout en revenant sur la preuve de la propriété commune des époux séparés de biens et sans faire distinction entre l'indivision ordinaire et celle promiscue, il convient d'observer quelques aspects. Ainsi, on est tenu à admettre que tout régime séparatiste jouit d'une présomption de séparation, à savoir tout bien acquis au cours d'un mariage, assortie d'une convention matrimoniale ayant consacré la séparation de biens des époux, est censé propre à l'un des conjoints. Pour le système roumain, la présomption est simple, parce que la loi s'en tait. En même temps, rappelons que pour le régime communautaire la présomption de communauté – qui est l'inverse de celle de séparation, est de nature légale (ar. 339). Le rôle d'une telle présomption, la synonyme du régime matrimonial, c'est d'entériner l'essence (séparatiste ou communautaire) du régime matrimonial, ayant l'effet que qui prétend qu'un bien déroge au régime matrimonial doit le prouver. À cet égard, la disposition de l'article 361, qui prévoit l'inventaire prémarital des propres, est excessif, voire inutile. Et

l'inutilité découle de ce que, même en régime communautaire, les biens existant avant la célébration du mariage, dans le patrimoine des futurs époux, sont et restent de propres. En outre, l'alinéa 4^{ème} de l'article 361 nous dit qu'« à défaut de tout inventaire, le droit de propriété exclusive se présume, jusqu'à la preuve contraire, au bénéfice du conjoint possesseur », mais le texte sera applicable uniquement pour les biens (meubles) présents, qui sont par définition de propres. Mettons de côté l'inanité du texte précité, le premier enseignement à en tirer, c'est que la loi roumaine connaît elle aussi une présomption légale de séparation, mais celle-ci reste à être appliquée uniquement pour les biens meubles acquis avant le mariage, renforcée légalement aussi par le fait de la possession du bien meuble. La deuxième conclusion, c'est qu'il faudrait admettre ce que le système roumain connaît une présomption de séparation, quelle que soit la nature des biens, opérant en tout régime séparatiste, qu'il soit conventionnel ou judiciaire.

La troisième conclusion, toujours pour le régime séparatiste, c'est que pour les biens communs des époux fonctionne une présomption d'indivision (copropriété ayant des parts indivises), et si l'on en doute, chaque conjoint sera titulaire de la moitié de la copropriété (ar. 357 (2) et 634 (2)). Enfin, quelle que soit la nature du bien (meuble ou immeuble), ainsi que son régime juridique (acquêt ou propre), si le bien fut acquis par un acte juridique soumis légalement à une condition particulière de forme, de validité ou de publicité, le droit de propriété ne peut être prouvé qu'avec le titre exigé par la loi (ar. 361 (5)). Cette règle, qui lie la preuve au régime de l'acquisition, joue également entre les époux et à l'égard des tiers, et constitue une nouveauté par rapport à l'ancien système qui prévoyait la liberté de la preuve entre les époux (communs en biens).

Pour le passif patrimonial, chaque conjoint séparé de biens est libre à contracter séparément toute obligation qu'il considère convenable à son intérêt personnel ; une telle dette étant évidemment propre. Par conséquent, aucun des époux ne peut être tenu à des obligations issues des actes conclus par l'autre conjoint. Néanmoins, les époux sont tenus solidairement aux obligations assumées par l'un d'entre eux pour couvrir les dépenses courantes du mariage, et ainsi que celles liées à l'activité d'élever et d'éduquer les enfants (ar. 364 (2)). Pour les obligations communes, et en mettant à l'écart celles-ci issues de l'application du régime primaire impératif, les époux sont libres de contacter ensemble toute obligation commune, telle que celle exigée par l'acquisition d'un bien commun dont les parts indivises représenteront les quotes-parts de la dette pour chacun des époux. Alors, la présomption simple c'est que les époux sont séparés aussi de dettes et celui qui allègue le caractère commun d'une obligation doit le prouver.

La présomption de séparation passive fonctionne avec la même force juridique tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers. De ce point de vue, le tiers

avec lequel passe un acte un conjoint peut faire abstraction de l'état marital de son contractant, même si le tiers était l'autre conjoint. La liberté de conventions et la séparation patrimoniale, mise à l'œuvre par le régime matrimoniale dont il est question là, nous permettent de conclure que les époux sont et restent des tiers à qui on applique les règles du droit commun des obligations. L'effet probatoire c'est que les époux sont tenus du droit commun de la preuve à la fois entre eux et à l'égard des tiers, ainsi que les tiers doivent observer le même droit commun des preuves. Néanmoins, c'est là qu'on peut aisément appliquer – entre époux – la dérogation au caractère obligatoire de l'écrit préconstitué pour toute obligation qui outrepassa le seuil de 250 lei, par suite de l'impossibilité morale de le dresser, en admettant la preuve par témoins (ar. 303 (4) C.proc.civ.).

La gestion des intérêts patrimoniaux. L'indépendance des époux se manifeste aussi en matière des règles qui gouvernent la gestion du régime séparatiste. En fait, la seule règle essentielle c'est qu'il n'y a point de règle particulière de gestion, ainsi qu'aucun conjoint n'a le droit de s'immiscer dans les affaires de l'autre. Logiquement, la séparation de biens implique la séparation de gestion. Les tempéraments sont issus du régime primaire impératif, dont les règles – centrées sur le mécanisme de la représentation, furent déjà indiquées ci-dessus. Enfin, la séparation suppose aussi l'idée qu'un conjoint n'a pas la jouissance des biens appartenant à l'autre époux. C'est d'ailleurs la seule hypothèse auxquels effets le code civil le règle (ar. 363).

Ainsi, l'époux qui jouit d'un bien de l'autre conjoint, sans que le dernier s'y ait été opposé, a les obligations de l'usufruitier, sans qu'il soit toutefois tenu à déposer la caution ou de dresser l'inventaire des biens, devoirs propres à l'usufruitier de droit commun. Il ne doit restituer que les fruits qui existent au jour de la demande de leur rétrocession ou, le cas échéant, au jour de la dissolution ou du changement du régime matrimonial. Puis, si l'un des époux conclut seul un acte par lequel il acquiert un bien, tout en employant des biens appartenant à l'autre conjoint, le dernier peut choisir, proportionnellement aux propres employés à son insu, entre demander pour lui la propriété du bien acquis et réclamer des dommages et intérêts à l'époux acquéreur. La propriété ne peut être revendiquée qu'avant que le conjoint acquéreur ne dispose du bien acquis, à moins que le tiers acquéreur n'ait connu que ledit bien fut acquis par le conjoint (aliénateur) moyennant les deniers (et/ou les biens) de l'autre époux.

La séparation judiciaire. Entre les époux, les effets juridiques de la séparation de biens peuvent se produire aussi en dépit du consentement d'un conjoint, au cas où il était antérieurement lié par la communauté de biens à l'autre partenaire marital. Il est question là de la séparation matrimoniale ayant institué non pas conventionnellement, mais judiciairement (ar. 370). Ainsi, le régime matrimonial de la communauté (légale ou conventionnelle) prend fin, au cours du mariage, lorsque l'un des époux conclut des actes qui mettent en péril les intérêts de la famille et, à la

demande de l'autre conjoint, le juge prononce⁸ la séparation de biens. On peut voir dans ce cas de figure, et la loi le fait, une modification du régime matrimonial pendant le mariage, voire une mutation forcée et obligatoire du régime communautaire issue d'une décision judiciaire et ayant le but d'assurer la protection des acquêts. Ce type de séparation de biens nous se présente paradoxalement comme la bouée de sauvetage d'un régime matrimonial échoué, tout en le dissolvant, mais aussi comme un point de non-retour qui puisse désormais mettre un terme au mariage lui-même. Ceci parce que la séparation judiciaire est due à un désaccord grave et profond entre les époux qui se voient désunis en leurs intérêts patrimoniaux, une mésentente qui doit être tranchée par un tiers, même si le dernier s'appelait juge. Avant de faire une analyse *de lege lata* de cette espèce de séparation, il convient de rappeler que la loi roumaine, sauf à l'époque communiste, a connu la séparation judiciaire. De la sorte, sous l'ancien code civil de 1864, bien que le régime légal fût la dot séparatiste et la loi ne connût pas la séparation de corps, existait néanmoins la séparation judiciaire mais qui valait la cessation des pouvoirs d'administration du mari qu'il avait sur les biens dotaux. Au temps communiste, le mécanisme de la séparation judiciaire disparut. Toutefois l'ancien code de la famille de 1954 prévoyait que, « pour des raisons graves », pendant le mariage les acquêts peuvent être partagés, entièrement ou pas, uniquement par voie judiciaire (ar. 36 C.fam.). Les acquêts ainsi partagés devenaient des propres, mais les biens non partagés, ainsi que ceux ultérieurement acquis, préservait leur régime d'acquêts légaux. Donc, le partage judiciaire ne modifiait point à l'avenir la nature communautaire du régime matrimonial tout entier, mais mettait fin *ex tunc* à l'indivision maritale existant au moment du prononcé de l'arrêt.

On en vient à la séparation judiciaire d'aujourd'hui tout en précisant que les règles de la séparation conventionnelle s'appliquent entre les époux. De ce point de vue, la séparation judiciaire ne diffère du régime homologue qu'au niveau de la source, c'est non pas la volonté des époux, mais l'effet de l'arrêt du juge qui sépare patrimoniallement les conjoints. Dès lors, les époux séparés judiciairement devront désormais respecter les normes ci-dessus passées en revue (ar. 371 (1)). En outre, et encore entre époux, les effets de la séparation se produisent à partir du jour de la demande de séparation, sauf dans le cas où le juge, si l'un des époux l'exige, dispose que les effets leurs soient applicables dès leur séparation de fait (*idem* (2)). Mais une question se poserait, du moins. Ainsi, en prononçant la séparation judiciaire, le juge est-il tenu à liquider la communauté, en partageant les acquêts ? La disposition légale⁹ est assez chiche et il n'en résulte pas clairement si le partage est obligatoire d'être fait judiciairement, ou bien le juge n'a que le devoir de prononcer la fin de la communauté comme régime matrimonial, les époux étant tenus à une liquidation (à l'amiable ou pas). Intuitivement, vu les motifs de la séparation judiciaire, le conjoint demandeur aurait tout l'intérêt de solliciter au juge qu'il fasse le partage.

Contrairement, lorsque la mésentente s'envole et le demandeur n'a pas requis le partage judiciaire, les conjoints auront la possibilité de procéder à un partage volontaire. En tout cas, la séparation judiciaire vaut mutation du régime matrimonial et elle est soumise à des formalités de publicité ordinaire (mention sur l'acte de mariage, sur le registre des régimes matrimoniaux etc.). À défaut de publicité légale, la mutation judiciaire du régime reste inopposable aux tiers ; voilà donc la sanction.

Quant aux tiers, les créanciers des époux ne peuvent pas demander la séparation de biens, mais ils peuvent y intervenir (ar. 372 (1)). En outre et malgré la source judiciaire de la séparation, les créanciers préjudiciés par la mutation ou par la liquidation du régime communautaire ont le droit d'intenter une action révocatoire. Le délai prévu pour cette action paulienne est d'un an¹⁰, compté à partir du jour de l'accomplissement des formalités légales de publicités prévues pour la modification judiciaire du régime matrimonial ou du moment de la connaissance, par tout moyen, de ces événements (ar. 369). Donc, par exception, les créanciers, dont on a parlé, peuvent invoquer l'inopposabilité de la mutation ou de la liquidation du régime matrimonial faite dans la fraude de leurs intérêts.

Le dénouement du régime séparatiste. Comme tout régime matrimonial, la séparation de biens peut finir¹¹ par suite de l'effet de la dissolution du mariage ou, au cours du mariage, par une mutation volontaire du régime, désirée par les époux. Dans tous ces cas, l'extinction du régime se fait *ex nunc* étant suivie par la liquidation du régime, commandée par la loi, au moyen d'un acte solennel (ar. 320). La fin du régime matrimonial n'est pas un processus, parce qu'elle ne suppose que le constat de la cause efficiente qui entraîne l'extinction du régime, et non pas une suite continue d'opérations qui est l'apanage de la liquidation du régime. L'extinction du régime peut se passer à l'insu des (anciens) époux, ou bien au contraire, à leur gré, mais la cessation du régime n'est qu'un effet ponctuel qui déclenche un processus juridique : la liquidation du régime. Aussi de ce point de vue, encore faut-il éviter toute confusion entre l'extinction du régime matrimonial et sa liquidation.

Entre les (anciens) époux, l'extinction de leur régime matrimonial peut arriver à des moments différents. Donc, au cas de la mort d'un conjoint, l'instant du décès marque à la fois le jour de la dissolution du mariage et du régime matrimonial. Pour la dissolution du mariage par voie judiciaire, la date à laquelle le jugement est devenu définitif marque le jour de l'extinction du régime matrimonial, mais uniquement pour la nullité du mariage. Si le divorce est prononcé par le juge, le régime matrimonial cesse au jour de l'introduction de la demande de divorce (ar. 385 (1)). Par exception, toujours pour le divorce judiciaire, mais prononcé à l'amiable, l'extinction peut être placée au jour de la séparation de fait des époux, le moment exact étant établi par le juge (ar. *idem* (2)). Parce que le conjoint innocent garde le statut juridique d'un divorcé (ar. 304 (2)), lors de la nullité d'un mariage putatif on peut considérer que le

régime matrimonial prend fin au jour de l'introduction de la demande judiciaire. Pour le divorce administratif, constaté par le notaire ou par l'officier de l'état civil, le moment de l'extinction du régime matrimonial sera celui de la date du consentement des époux à la désunion maritale, fixée dans le certificat de divorce, acte délivré à la fin de la procédure administrative (ar. 376 (3) et (4)).

De ces faisceaux de règles on pourrait déduire qu'on a préféré que la diversité l'emporte sur la clarté, ainsi que les règles furent forgées comme s'il s'agissait toujours de la communauté matrimoniale. Il va de soi que la nullité d'un mariage dans lequel les époux furent communs en biens peut compliquer leur situation juridique en raison des effets *ex tunc* de la nullité. En l'occurrence, la question reste à déterminer le régime matrimonial applicable pendant le mariage, et, tout en admettant l'effet rétroactif de la nullité, il en résulte que les conjoints ont été vraiment séparés de biens et non pas communs en biens, ayant affaire à l'une indivision ordinaire, au cas où les acquêts existeraient pour autant. Dans cette éventualité, la liquidation du régime va se réduire *grosso modo* au partage. Puis, si le régime initial fut celui de la séparation de biens, il est évident que la nullité du mariage ne soulève pas de problèmes spéciaux, les conjoints conservant toujours le même statut patrimonial.

En définitive, la situation la plus bizarre serait représentée par la norme contenue à l'article 385 (1), selon laquelle « le régime matrimonial cesse entre les époux à la date de l'introduction de la demande de divorce ». Et si les parties du régime matrimonial continueront être mariés aussi après ce moment, eux étant déboutés de leur demande de divorce ? Pour les époux communautaires, l'introduction de la dite requête marquera le début d'un régime de séparation de biens qui finira au jour du débouté ? C'est le chaos ! Encore, quant au régime communautaire conventionnel, doit-on considérer que toute convention matrimoniale soit assortie d'un délai extinctif incertain, ponctué par la date de l'introduction de la demande de divorce ? Pour finir, mais regardant au régime séparatiste, l'article 385 (1) ne produira jamais aucun effet, car les gens mariés obéissant à un tel régime (comme ceux non-mariés) sont (et restent) toujours séparés de biens.

Pour boucler, l'extinction du régime matrimonial, quelle qu'en soit la cause, sauf la nullité, produit ses effets seulement à l'avenir, étant suivie par la liquidation, qu'il soit un régime communautaire ou séparatiste. Donc, l'heure est venue de se pencher sur cette technique juridique qui est la liquidation du régime matrimonial.

La liquidation du régime séparatiste brille par son manque. À savoir, un tel régime n'a point de règles propres ou spécifiques à utiliser après la dissolution du mariage. Les époux séparés de biens préservent tout au long du mariage, et *a fortiori* après sa dissolution, une totale indépendance patrimoniale et gestionnaire ayant rendu inutile toute discussion théorique sur la dissolution du régime séparatiste¹². Liquidation pour séparation ne vaut pas, étant vaine toute analyse *in vitro* des règles

applicables. Donc, à cet égard, la dissolution du mariage séparatiste signifierait *de lege lata* en elle-même liquidation¹³, les termes se contractent, et les (anciens) époux séparés suivront désormais leur chemin patrimonial respectif. La situation juridique est exactement l'inverse de celle issue de la communauté matrimoniale, où la dissolution du mariage n'est que le signal de la liquidation dont le partage serait la figure tutélaire. La conséquence technique, c'est qu'il y a une présomption de non-liquidation, suite à la présomption de séparation de biens ayant fonctionné au cours du mariage. De ce fait, qui soutient le contraire doit prouver qu'est un intérêt effectif justifiant la liquidation *in concreto* du régime.

Par exception à la règle que le régime de séparation de biens ne comporte pas par principe la liquidation, et suivant la liberté contractuelle, la loi prévoit que les conjoints « peuvent stipuler des clauses concernant la liquidation de ce régime en fonction de la masse des biens acquis par chacun des époux au cours du mariage, masse en fonction de laquelle on comptera la créance de participation » (ar. 360 (2)). Le cas fut déjà signalé ci-dessus, le texte légal posant surtout le problème de la création effective et *ex tunc* d'un troisième régime matrimonial, celui de la participation aux acquêts, n'étant donc pas le cas d'y revenir.

Pratiquement et faute de toute clause relative à la liquidation, quand la vie l'emporte sur le juridique, même au cas de la séparation de biens on pourrait déceler une problématique concrète liée à la liquidation non pas tant du régime tel quel, que des intérêts patrimoniaux que le mariage a concrètement enfantés entre époux. Donc, la liquidation ne repose jamais a priori sur les règles particulières issues de la séparation en tant que régime, mais sur le contingent auquel se heurtent les (anciens) conjoints. Le cas échéant, tout bien commun acquis durant la vie conjugale en séparation de biens sera soumis au partage de droit commun dont les règles s'appliquent aussi à la liquidation de la communauté matrimoniale.

C'est le deuxième pas de la liquidation, le premier pas étant la mise en évidence de l'état des lieux des propres. C'est là que l'inventaire prémarital des meubles propres peut se montrer utile (ar. 361), mais s'il est suivi d'un autre inventaire, cette fois dressé à la dissolution du régime, comprenant les biens propres acquis au cours du mariage. Puis, par la comparaison de ces deux inventaires, on sépara nettement tous les propres appartenant à chacun des époux. Un inventaire des biens communs peut s'avérer également utile, car les ex-conjoints peuvent y établir les parts indivises et leur attribution en nature respectifs, un certain inventaire pouvant valoir même partage des meubles, selon le gré des signataires. En revanche, pour les meubles¹⁴ acquis – au cours du mariage – par un acte juridique soumis légalement à des conditions particulières (de forme, de validité ou de publicité), le droit de propriété peut être prouvé uniquement avec le titre d'acquisition imposé par la loi; en conséquence, pour ces biens-ci l'inventaire mobilier n'a qu'une valeur

d'évidence « comptable » et non pas probatoire. Si les inventaires sont exhaustifs et après qu'on ait isolé les meubles ayant un régime probatoire spécial, ce qui reste ce seraient des biens communs, l'indivision étant soumise au partage, volontaire ou judiciaire, selon le cas.

Observons que la présomption de séparatisme doit fonctionner aussi pour les dettes, mais concrètement il arrive qu'il y en ait commun. Donc, à l'instar de l'actif patrimonial, les époux démariés sont tenus de mettre en vedette et de régler le passif matrimonial, à savoir les obligations issues concrètement de leur vie commune. Y entrent les obligations réciproques, et les dettes ayant comme débiteur l'un des époux, l'autre étant le créancier, sans avoir rien avec le ménage¹⁵ ; les dépenses communes contractées avec un tiers afin de soutenir la communauté de vie et les charges du mariage¹⁶. Constatons qu'il y a aussi des obligations dont la cause est étrangère au mariage qui constitue l'objet de la liquidation passif. La situation s'explique par cela que les conjoints sont toujours séparés, et obligationnellement ils se présentent comme des tiers ayant contracté l'un avec l'autre. Ces obligations non-maritales entrent formellement à la liquidation, mais cela ne veut pas dire que la liquidation vaut échéance, donc, les ex-époux sont tenus à observer le droit commun et le délai d'exécution établi lors de la date de naissance de ces dettes. À cet égard, la liquidation de ce type d'obligations ne signifie qu'un inventaire des dettes à payer à l'avenir. Pour les autres obligations, liées proprement-dit à la vie conjugale, la liquidation vaut exigibilité, mais l'échéance effective sera reportée à un jour futur selon l'entente des anciens conjoints, ou bien selon la décision du juge. En plus, comme sûreté spéciale de l'exécution des obligations soumises à la liquidation, la loi a expressément reconnu un droit de rétention. Alors, à la dissolution du régime de la séparation de biens, on reconnaît à chacun des époux un droit de rétention¹⁷ sur les biens de l'autre, jusqu'au paiement intégral des dettes qu'ils ont l'un envers l'autre (ar. 365).

Bien que séparés de biens, les époux mènent toutefois une vie commune ce que fait que leurs intérêts quotidiens s'entremêlent. Ce chevauchement patrimonial suppose, parmi d'autres, qu'un conjoint se voie participant au métier de l'autre, ainsi qu'aux travaux déployés au foyer familial, pour ainsi soutenir les charges du mariage. Ces activités-là ont un contenu patrimonial et lors de la dissolution du mariage on peut poser le problème de régler les dettes en sortant. Dès lors, la loi prévoit pour les ex-époux un droit spécial, appelé « à la compensation » (ar. 328). Ainsi, le conjoint qui a vraiment contribué à l'activité professionnelle de l'autre conjoint peut obtenir une compensation, dans la limite de l'enrichissement du dernier, si sa contribution a outrepassé son obligation de participer aux charges du mariage. Pratiquement, ici ne se soulève que le problème d'établir le quantum de la créance de participation au métier de l'autre époux, notamment quand on a fourni en nature des services

professionnels. Le deuxième aspect envisagé ci-dessus gagne en importance surtout quand les conjoints séparés ont acquis un bien commun et se pose la question de déterminer exactement la contribution respective de chaque époux, parce que ceux-ci n'ont pas établi – au moment de l'acquisition – les parts indivises.

La deuxième situation peut présenter des similitudes avec le régime communautaire, il s'agit là de la réévaluation de la contribution des conjoints aux charges du ménage. Ainsi, les travaux domestiques et l'activité d'élever les enfants, pratiqués par chacun des époux, représentent une contribution aux charges du mariage (ar. 326). Et dans l'éventualité que la contribution d'un conjoint ait dépassé le taux obligatoire de participation aux dépenses du foyer – établi conventionnellement ou légalement – celui-ci aura une créance contre l'autre époux pour tout ce qui excède le seuil convenu. La logique de l'enrichissement sans cause s'appliquera aussi là, le mécanisme assurant d'ailleurs l'égalité des (anciens) conjoints si le règlement de comptes fut manqué lors de la liquidation. Pour conclure, notons que les deux hypothèses ci-dessus envisagées reposent sur le même principe, celui de l'enrichissement sans cause, aucun conjoint ne pouvant obtenir nul gain uniquement grâce à son statut de marié. Qui plus est, la liquidation du régime de séparation aurait comme dernière raison le regain du principe séparatiste, selon lequel les sujets du régime doivent garder leurs propres intérêts intacts en dépit de la vie commune imposée par le mariage.

Avant qu'on boucle les propos sur la liquidation de la séparation, il convient de faire quelques remarques sur sa forme. La loi¹⁸ impose la forme solennelle de la liquidation, parce que cet acte est *de lege lata* soit un notarié, soit un arrêt judiciaire, *tertium non datur*. La disposition de la loi s'avère trop sévère en générale, et pour un régime séparatiste, inutile et couteuse. Inutile, car la présomption de séparation joue toujours entre les époux et aussi à l'égard des tiers. Couteuse, parce que la liquidation est un acte qui se paye, les sujets d'un tel régime, même dans l'hypothèse où ils n'ont rien à liquider, pouvant être formellement forcés de le déclarer devant le notaire. Et cette déclaration¹⁹ notariée vaut l'acte (*instrumentul* et *negotium* à la fois) de liquidation. Les époux peuvent être contraints²⁰ de faire un tel acte de liquidation notamment au cours du mariage, lors du changement du régime matrimonial. Ainsi, s'ils désirent modifier leur convention matrimoniale en changeant de régime, le notaire peut imposer qu'ils passent un acte de liquidation. Cette exigence est déduite de la loi, car l'article 320 commande la liquidation du régime matrimonial indifféremment s'il s'agit de la dissolution du mariage ou de la mutation du régime. À défaut d'*instrumentum* de la liquidation, il n'existe pas de liquidation comme telle, parce qu'il manque à la fois le *negotium* et l'acte solennel.

Conclusion ? Les effets de la séparation, quelle que soit son origine, seront les mêmes, condensés dans une indépendance patrimoniale accrue des époux,

l'autonomie se poursuivant naturellement aussi après la dissolution du régime. C'est pour cela d'ailleurs qu'en observant le degré de la liberté dont les époux jouissent, Savatier conclut que la séparation vaut plutôt un manque de régime qu'un régime proprement-dit. Qui plus est, c'est l'idée que le mariage n'engendre pas par lui-même d'effets patrimoniaux, et de ce point de vue, la séparation de biens assure paradoxalement la pureté extrapatrimoniale du mariage. En définitive, on se marie non pas pour générer des effets patrimoniaux et des vocations successorales, mais pour fonder une famille, la prise en charge de celle-ci s'éloignant toutefois du bout de tout régime matrimonial. Pour le système roumain, le régime de la séparation de biens est mort-né, le législateur n'a jamais cru qu'un tel régime ait un avenir pratique. L'idée se peut déduire de cela que les normes y dédiées sont trop elliptiques, n'attirant personne pour les appliquer pratiquement. Sauf l'article 360 (2) du code civil qui puisse être interprété dans le sens de la création d'un régime de participation aux acquêts, mais un tel régime semble précaire, banni par l'interdiction expresse de la combinaison des règles pour qu'on fasse ainsi un tiers régime. Autre utilité conjoncturelle de la séparation peut être détectée, si l'on regarde vers la séparation judiciaire. Mais celle-ci n'est que le résultat concret de l'impossible communauté, les conjoints ne tenant pas tête à un régime communautaire, la séparation s'avérant donc l'état naturel des époux prêts à la désunion (presque inévitable). Est-ce un vote de blâme de plus pour la séparation comme régime à part entière ? Quant à la liquidation du régime séparatiste, mettant de côté l'éventuelle participation aux acquêts, le libellé légal impose un droit étroit couteux et inutile, plaçant sous un grand point d'interrogation même le principe de la séparation patrimoniale dont les présomptions d'indépendance lui manquent légalement.

¹ La présente étude est financée des fonds du projet de recherches PN-II-ID-PCE-2011-3-0249, n°174/2011, intitulé *Evolution of family as a concept and its relevance for the inheritance order – a socio-juridical, religious and philosophical investigation*, coordonateur Mircea Dan Bob.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Babeş-Bolyai de Cluj, Roumanie, vpaul@law.ubbcluj.ro

² Références : Noul Cod civil. Comentariu pe articole, coord. F.A. Baïas, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, ed. C.H. Beck, Bucureşti-2012 (ouvrage cité Comentariu pe articole); M. Avram, C. Nicolescu – Regimuri matrimoniale, ed. Hamangiu, Bucureşti-2010; T. Bodoaşcă – Regimul separaţiei de bunuri în reglementarea Codului civil roman, Dreptul nr. 11/2010; C. Nicolescu – Regimurile matrimoniale convenţionale în sistemul noului Cod civil român, ed. Universul Juridic, Bucureşti-2012; P. Popovici – Regimul matrimonial al separaţiei de bunuri în dreptul român, PR nr. 2/2006; P. Vasilescu – Regimuri matrimoniale. Parte generală, ed. Universul Juridic, Bucureşti-2009; A. Colomer – Droit civil. Régimes matrimoniaux, ed. Litec, Paris-2000; Fr. Terré, Ph. Simler – Droit civil. Les régimes matrimoniaux, ed. Dalloz, Paris-2001.

³ Mis en vigueur le 1^{er} octobre 2011. Dans ce texte, tout chiffre (mis entre les parenthèses) sans autre référence renvoie aux articles (abrégés « ar. ») de ce code civil, tandis que le chiffre suivant le numéro de l'article signifie l'alinéa dudit article. Pour éviter les répétitions ennuyeuses, s'il s'agit du même article déjà cité ou indiqué dans un paragraphe, on a préféré de le signaler par le signe (*idem*), au dessous du paragraphe.

- ⁴ Outre leurs sources respectives, il n'y a qu'un seul régime de la séparation de biens, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 397.
- ⁵ Celui-ci n'est point obligatoire ni pour le notaire, ni pour les époux, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 383.
- ⁶ Le législateur a ignoré qu'une telle possession est d'habitude inutile, en raison de son équivoque !
- ⁷ « On remarque qu'à travers un artifice ingénieux s'offre aux époux la possibilité d'opter, par un biais occulte, pour le régime de la participation aux acquêts, sous l'apparence d'un régime de séparation, tandis que la participation aux acquêts ne figure pas comme régime matrimonial alternatif dans le code civil. » v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 383.
- ⁸ On a estimé que la séparation soit d'effet rétroactif, à partir de la date où l'arrêt judiciaire fut rendu, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 397.
- ⁹ C'est l'article 370 (2) du C.civ. qui nous dit que « De même, le juge appliquera l'article 357 », et ce dernier article porte l'intitulé « La liquidation de la communauté. Le partage », visant le partage des acquêts issus du régime de la communauté légale.
- ¹⁰ Le délai est pourtant celui de droit commun, v. l'article 1564 du code civil.
- ¹¹ v. l'article 319 du code civil (La dissolution du régime matrimonial) qui dispose « (1) Le régime matrimonial se dissout par la nullité et par la dissolution du mariage. (2) Durant le mariage, le régime matrimonial peut être modifié dans les conditions prévues par la loi. »
- ¹² Le régime primaire impératif cesse automatiquement, comme l'effet de la dissolution du mariage, d'une manière *ex lege*, donc, il ne nous intéresse pas du tout là.
- ¹³ Notre conclusion contredit le libellé de l'article 320 du code civil (La liquidation du régime matrimonial) qui dit : « Lors de sa dissolution ou de son changement, le régime matrimonial se liquide à l'amiable ou, en cas de désaccord, par voie judiciaire, selon la loi. La décision judiciaire définitive ou, selon le cas, l'acte authentique notarié constitue l'acte de liquidation. »
- ¹⁴ Pour les immeubles, l'acte de partage – tel que tout autre acte juridique, est toujours un notarié soumis à la publicité des livres fonciers (ar. 888). Donc, l'inventaire de tels biens n'a la valeur que d'une évidence domestique.
- ¹⁵ Telles que les emprunts entre époux dont la cause n'est pas liée à des charges du mariage ; la contribution pécuniaire de l'un des époux aux frais professionnels de l'autre conjoint ; les emprunts accordés à ses parents par l'un des époux moyennant les deniers de l'autre conjoint etc.
- ¹⁶ Telles que les dettes ménagères couvrant les besoins courants du mariage ; les dettes exorbitantes ayant comme but le maintien d'un certain train de vie ; les obligations issues de la conservation, l'administration ou l'acquisition d'un bien indivis etc.
- ¹⁷ On a apprécié que ce droit ne serait pas spécialisé, comme son homologue de droit commun, v. T. Bodoaşcă – op.cit., 67 ; quant à nous, on en doute.
- ¹⁸ Selon l'article 320 du code civil (La liquidation du régime matrimonial) qui dispose « Lors de sa dissolution ou de son changement, le régime matrimonial se liquide à l'amiable ou, en cas de désaccord, par voie judiciaire, selon la loi. La décision judiciaire définitive ou, selon le cas, l'acte authentique notarié constitue l'acte de liquidation. » En plus, la même idée est réitérée pour la liquidation de la communauté matrimoniale dans l'article 355 (1) du même code.
- ¹⁹ Faite conjointement et matérialisée dans un seul écrit, ou faite séparément par chacun des (anciens) époux.
- ²⁰ Pour le caractère facultatif de la liquidation, v. C. Nicolescu – Comentariu pe articole op.cit., p. 332.