

après la coupe; car elle trouvera un bois de deux ans, tandis qu'elle aurait dû trouver un bois de dix-sept ans : elle aura droit, de ce chef, à une indemnité (1). Par contre, si le mari ne fait pas la coupe après vingt ans, la communauté aura droit à une récompense, aux termes de l'article 1403, lequel déroge, sous ce rapport, au droit commun (n° 247).

**255.** Le mari est institué légataire en usufruit des biens de sa femme; il fait, depuis la dissolution de la communauté et l'ouverture du legs, des coupes qui auraient dû être faites pendant le mariage : doit-il une indemnité, de ce chef, en vertu de l'article 1403? La cour de cassation a décidé la question affirmativement. On invoquait, en faveur du mari usufruitier, l'article 585, c'est-à-dire la règle, mais cette règle reçoit exception, quand la communauté a eu l'usufruit avant le mari; elle a un droit à la coupe que le mari légataire de l'usufruit peut lui enlever sans violer l'article 585. On objectait encore que, dans l'espèce, l'indemnité était réclamée par les héritiers de la femme, propriétaires du fonds; tandis que, d'après l'article 1403, l'indemnité est due à l'époux *non propriétaire* ou à ses héritiers. En réalité, comme nous l'avons dit, l'indemnité est due à la communauté (n° 247); elle peut, par conséquent, être réclamée par tous ceux qui ont droit aux biens dont elle doit se composer (2).

**256.** La récompense suppose une perte, puisque c'est une indemnité, et il n'y a pas de dommages-intérêts sans dommage causé. C'est une question de fait. Nous avons dit qu'il y a lieu à récompense lorsque la communauté fait une coupe anticipée. Cela suppose qu'elle s'avantage aux dépens du propriétaire du fonds. Dans l'espèce suivante, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à récompense. Le mari, propriétaire du fonds, avait aménagé ses coupes de manière qu'un certain nombre de baliveaux étaient laissés sur pied en sus du nombre réservé par l'ordonnance des eaux et forêts, et étaient compris dans la coupe suivante; ses héritiers réclamèrent une indemnité de ce chef, la commu-

(1) Colnet de Santerre, t. VI, p. 58, n° 27 bis I.

(2) Rejet, 7 novembre 1822 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 696).

nauté ayant profité de baliveaux auxquels elle n'avait pas droit. Cela était vrai, mais il était vrai aussi que la communauté n'avait pas profité des bois taillis qui lui appartenaient : ces arbres avaient-ils perdu leur qualité de fruits pour avoir été laissés sur pied? Dans un usufruit ordinaire, on aurait pu dire à l'usufruitier qu'il avait fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire et qu'il n'avait pas fait ce qu'il pouvait faire. En matière de communauté, il faut toujours tenir compte de l'exception que l'article 1403 apporte au droit commun : en fait, la communauté ne s'était pas avantagée, donc elle ne devait pas de récompense (1).

### § III. Des conquêts.

#### N° I. DES IMMEUBLES ACQUIS A TITRE ONÉREUX PENDANT LE MARIAGE.

**257.** Aux termes de l'article 1401, la communauté se compose activement, 3° de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. Le code donne indifféremment à ces immeubles le nom d'acquêts de communauté (art. 1404) et celui de conquêts (art. 1408). Dans l'ancien droit, on se servait du mot de *conquêts* pour désigner les acquisitions faites par des époux communs en biens; on employait le mot d'*acquêts*, en matière de succession, pour l'opposer aux *propres*; il y avait des héritiers différents pour les propres et pour les acquêts, et les conquêts se partageaient entre les époux communs en biens. Ces distinctions ont disparu par suite de l'abrogation de la règle coutumière qui réservait les propres paternels aux parents paternels et les propres maternels aux parents maternels. Dès lors la différence entre les conquêts et les acquêts n'avait plus de raison d'être (2).

L'article 1401 dit : *tous* les immeubles. Cela est trop absolu. D'abord il faut ajouter une restriction en ce qui concerne le mode d'acquisition : il n'y a que les immeubles acquis à titre onéreux qui soient des conquêts. Puis tous

(1) Rejet, 31 mars 1824 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 698).

(2) Duranton, t. XIV, p. 215, n° 153. Rodière et Pont, t. I, p. 413, n° 495.

les immeubles acquis à un titre onéreux ne sont pas des conquêts; en traitant des propres, nous dirons quels sont les immeubles qui n'entrent pas en communauté, quoiqu'ils soient acquis à titre onéreux. Enfin il y a des immeubles qui entrent en communauté, quoiqu'ils soient acquis avant le mariage. Nous reviendrons plus loin sur cette exception.

La loi ne pose donc qu'une règle générale dans le n° 3° de l'article 1403. Pourquoi fait-elle entrer dans la communauté les immeubles conquêts, quoique, de droit commun, les immeubles en soient exclus? Si les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, c'est par suite d'une espèce de remploi; ils sont achetés avec les deniers de la communauté, c'est-à-dire avec les économies que les époux font sur les revenus qui entrent dans leur société de biens; il est juste que les immeubles qui remplacent des deniers communs soient aussi communs.

**258.** La loi ne dit pas par qui l'acquisition doit être faite. Régulièrement elle se fera par le mari, puisque lui seul administre la communauté, et acheter est un acte d'administration. La femme étant étrangère à l'administration, il arrivera rarement qu'elle figure comme acquéreur. Toutefois il n'en faudrait pas conclure qu'un immeuble acquis par la femme n'entre pas en communauté. La loi ne distingue pas entre le mari et la femme, et on ne doit pas perdre de vue qu'ils sont associés, quoique la femme reste étrangère à la gestion des intérêts communs; l'acquisition faite par elle est donc une acquisition faite par un associé au nom de la société, donc elle doit entrer dans le fonds social (1).

Nous disons que l'acquisition faite par l'un des époux est un conquêt, par la raison qu'elle forme une espèce de remploi, le prix étant payé des deniers de la communauté. Il en serait ainsi alors même que les deniers seraient propres à l'un des époux, par exemple s'ils provenaient de la vente d'un propre. Les deniers sont des choses consommables; il s'ensuit que la communauté en acquiert la

(1) Troplong, t. I, p. 192, n° 491. Rodière et Pont, t. I, p. 414, n° 499.

propriété comme usufruitière, bien que ce soit avec charge de restitution. L'immeuble acquis des deniers propres est donc en réalité acquis des deniers communs, sauf la récompense qui est due à l'époux propriétaire. Il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'acquisition est faite à titre de remploi au profit de l'époux propriétaire de l'immeuble vendu; nous dirons plus loin quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait remploi. Le remploi est une exception; dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle. La règle est donc que toute acquisition faite par l'un des époux à titre onéreux, pendant le mariage, est un conquêt.

**259.** L'un des époux a une créance à lui propre; le débiteur lui cède un immeuble en paiement. Cette dation en paiement forme-t-elle un propre ou un conquêt? Il faut décider, et sans doute aucun, que c'est un conquêt. En effet, la dation en paiement est une vente, en ce sens qu'elle a généralement tous les effets d'une vente. Donc c'est une acquisition faite par l'un des époux pendant le mariage, qui doit tomber en communauté, sauf récompense. Cela décide la question; la communauté deviendra propriétaire à charge de rembourser à l'époux créancier le montant de sa créance. Cette décision est confirmée par l'article 1406, aux termes duquel l'immeuble cédé par un ascendant à l'un des époux, pour le remplir de ce qu'il lui doit, n'entre point en communauté. C'est une exception au droit commun que nous expliquerons plus loin; l'exception implique qu'en vertu de la règle la dation en paiement aurait formé un conquêt; l'exception suppose donc la règle et la confirme. Il y a encore une autre exception: la dation en paiement étant assimilée à une vente, elle peut se faire à titre de remploi, au moins dans l'opinion générale qui admet le remploi quand l'acquisition se fait avec des deniers propres. Nous examinerons cette question en traitant du remploi (1).

**260.** L'un des époux est nu propriétaire d'un immeuble; l'usufruitier vend son droit à cet époux ou aux deux

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 294, note 42, § 507. Cassation, 26 juillet 1869. (Daloz, 1869, 1, 455.)

époux : on demande si cette acquisition constitue un conquêt. La cour de cassation a décidé la question affirmativement par un arrêt très-bien motivé; le pourvoi avait été admis par la chambre des requêtes et la chambre civile ne le rejeta qu'après un délibéré en la chambre du conseil. C'est dire qu'il y a des motifs de douter.

La cour prend pour point de départ la règle établie par l'article 1401, n° 3 : *tout* immeuble acquis pendant le mariage est un conquêt. Cette règle, conçue dans les termes les plus généraux, doit recevoir son application, à moins que la loi n'y apporte une exception formelle. Or, la loi ne fait pas exception à la règle pour l'acquisition, pendant le mariage, de l'usufruit d'un immeuble dont l'un des époux avait la nue propriété. Cela décide la question. On objecte qu'il y a des articles qui consacrent l'exception que nous prétendons ne pas exister. Nous écartons d'abord l'article 1408 que l'on a invoqué devant la cour de cassation; il est bien certain que cette disposition est étrangère au débat. Aux termes de l'article 1408, l'acquisition faite pendant le mariage de *portion* d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire *par indivis* ne forme pas un conquêt. On dit que l'usufruit étant un démembrement de la propriété, l'époux nu propriétaire qui achète l'usufruit acquiert réellement une *portion* de l'immeuble, et la nue propriété et l'usufruit étant des fractions de la propriété, il y a une espèce d'indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Il est facile de répondre à l'objection. Non, l'usufruit n'est pas une *portion* de l'immeuble, c'est un droit réel, distinct, séparé de l'immeuble; et si l'usufruitier a des rapports avec le nu propriétaire, on n'en peut pas induire qu'il y ait indivision entre eux. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre de l'*Usufruit*. Le texte de l'article 1408 n'est donc pas applicable à notre espèce et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi, dans le cas de l'article 1408, l'acquisition de l'immeuble indivis est-elle un propre? Parce que pendant l'indivision l'époux copropriétaire avait un droit indivis sur tout l'immeuble, il n'était pas plus propriétaire de l'une des parties que de l'autre; l'effet de l'acquisition par l'époux

est de réunir ces diverses parties et d'en opérer définitivement la confusion sur sa tête. Il en est tout autrement dans notre hypothèse. L'époux était nu propriétaire et il reste nu propriétaire, alors même que l'acquisition de l'usufruit se ferait en son nom, car cette acquisition faite pendant le mariage ne profite pas à l'acquéreur comme tel, elle profite à l'époux, c'est dire qu'elle appartient à la communauté; celle-ci ne devient pas usufruitière, l'usufruit continue à subsister sur la tête du titulaire; nous ne sommes donc pas dans le cas de l'exception prévue par l'article 1408, par conséquent nous restons sous l'empire de la règle établie par l'article 1401.

L'article 1437 fournit une objection plus sérieuse : il porte que toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour le rachat de services fonciers, l'époux en doit la récompense. Ainsi quand l'époux propriétaire d'un immeuble grevé d'une servitude le rachète, ce rachat profite à l'époux, son héritage est affranchi de la servitude, il lui reste propre en entier, libéré de la charge qui le grevait. N'en doit-il pas être de même si son fonds est grevé d'un usufruit? L'usufruit est aussi une servitude, donc l'acquisition de l'usufruit n'est que le rachat d'une charge; l'immeuble dégrevé de cette charge doit donc appartenir en propre à l'époux qui en était nu propriétaire. Cette argumentation s'appuie sur une grande autorité : c'était la doctrine de Dumoulin, suivie par Pothier; de sorte que la tradition semble d'accord avec le texte de la loi pour rejeter l'opinion que la cour de cassation a consacrée. Nous croyons que Dumoulin et Pothier se sont trompés et que le texte de l'article 1437 ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Sans doute l'usufruit est une servitude, quoique le code ne lui donne pas ce nom; est-ce à dire que l'on doive appliquer à l'usufruit ce que l'article 1437 dit des services fonciers? Il y a une différence entre l'usufruit et les servitudes réelles, et elle est capitale dans notre débat; l'usufruit est un démembrement de la propriété, qui subsiste indépendamment d'elle; il repose sur une tête différente jusqu'à son extinction; tandis que les servitudes réelles sont une qualité active ou passive du fonds, inséparables

de l'héritage qu'elles grèvent, ou au profit duquel elles sont établies. Lors donc qu'une servitude est rachetée, le rachat profite nécessairement au propriétaire du fonds qui en est grevé; l'acquéreur ne peut pas dire que la charge existe à son profit, car la charge ne peut pas exister sans le fonds au profit duquel elle était établie; le rachat de la servitude l'éteint donc définitivement : c'est dire que le propriétaire du fonds qui en était grevé le possède maintenant libre de toute charge. Il en est tout autrement quand un usufruit est acheté : l'usufruit repose sur la tête du vendeur et il ne prend fin qu'avec sa vie, l'acquéreur en a l'exercice tant que l'usufruit dure. Et qui est acquéreur dans l'espèce? C'est la communauté au nom de laquelle l'acquisition s'est faite (1).

Il nous reste à déduire les conséquences qui découlent de l'opinion admise par la cour de cassation. Proudhon l'a fait avec la rigueur qui le distingue. L'usufruit est acheté pendant le mariage par le nu propriétaire ou par les deux époux. Que devient le droit d'usufruit? Il continue à reposer sur la tête de l'usufruitier qui en a seulement aliéné l'utilité. Si l'usufruitier vient à mourir pendant la durée de la communauté au profit de laquelle il avait été acquis, le droit sera éteint pour elle comme il le serait pour tout autre acquéreur; il n'y aura donc ni reprise, ni compte à régler par suite de cette acquisition entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution de la communauté. Si, au contraire, l'usufruitier en titre survit à la dissolution de la communauté, le droit d'usufruit subsistera, il sera compris dans la masse partageable, comme tous les autres acquêts; la femme ou ses héritiers en auront la moitié; et si la femme renonce, il restera en totalité au mari (2).

**261.** Le mari assure un conquêt : le droit éventuel

(1) Rejet, 16 juillet 1845 (Daloz, 1845, 1, 321). C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 295, note 44. Il faut ajouter Marcadé, qui avait soutenu l'opinion contraire devant la cour de cassation (t. V, p. 487, n° VII de l'article 1408). En sens contraire, Duranton, Zachariæ, Odier et Troplong. Comparez la note de Daloz sur l'arrêt de la cour de cassation.

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, p. 497, n° 2681.

à l'indemnité en cas d'incendie appartient-il à la communauté? Sur ce point, il n'y a aucun doute : l'immeuble étant commun, l'indemnité qui en représente la valeur appartient également à la communauté, c'est-à-dire, dans notre opinion, aux deux époux associés, donc pour moitié à la femme. La communauté se dissout par la séparation de corps; le droit éventuel à la moitié de l'indemnité reste à la femme. Ce point encore n'est point douteux. Mais il arrive que le mari incendie volontairement l'immeuble postérieurement à la séparation de corps, et, par suite, il est déchu de son droit à l'indemnité. Cette déchéance peut-elle être opposée à la femme? Non, car elle est la conséquence d'un crime, donc tout à fait personnelle au mari coupable. De là suit que la compagnie reste tenue de payer à la femme sa part dans l'indemnité, sauf son recours contre le mari. La compagnie objectait que la communauté n'étant pas liquidée, la femme n'avait pas le droit d'agir; cette fin de non-recevoir n'a pas été admise par la cour de Nancy (1); la difficulté est de savoir si celui qui a un droit indivis peut agir pendant l'indivision; nous l'avons examinée en traitant du partage (t. X, n° 212 et suiv.).

N° 2. DES IMMEUBLES ACQUIS DEPUIS LE CONTRAT DE MARIAGE ET AVANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

**262.** L'article 1404, après avoir posé comme règle que les immeubles possédés par les époux au jour de la célébration du mariage leur restent propres, ajoute : « Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté. » Quelle est la raison de cette disposition? Duranton répond : « En droit pur, l'immeuble ne devrait pas entrer en communauté, puisqu'il appartenait à l'époux au jour de la célébration du mariage. Il y entre à titre d'indemnité. Sans cela, l'un des époux qui possédait du mobilier sur lequel l'autre

(1) Nancy, 30 mai 1856 (Daloz, 1856, 2, 252).

avait compté comme devant entrer dans la communauté, aurait pu facilement faire fraude à son conjoint. » La plupart des auteurs admettent cette explication : la disposition dérogatoire au droit commun, dit-on, a pour objet de prévenir les surprises que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre (1). Il y a, en effet, une dérogation au droit commun, en ce sens qu'un immeuble, quoique possédé par l'un des époux lors de la célébration du mariage, entre en communauté; le mot *néanmoins* qui commence l'alinéa de l'article 1404 indique qu'il s'agit d'une exception à la règle qui est établie par le premier alinéa. Mais, sous un autre rapport, cette exception est l'application du principe général qui défend aux époux de faire des changements à leurs conventions matrimoniales sans observer les formes et les conditions que la loi prescrit (art. 1396). Or, quand le contrat de mariage stipule la communauté, il stipule par cela même que toutes les valeurs mobilières que l'époux possède lors du contrat entreront en communauté; convertir ces valeurs en immeubles, c'est changer les conventions matrimoniales, en ce sens qu'elles n'auront pas l'effet qu'elles devaient avoir. Le régime reste sans doute le même; mais pourquoi les époux ont-ils adopté ce régime? Pour que les valeurs mobilières possédées par chacun d'eux forment le fonds social. Si l'un d'eux convertit ces valeurs en immeubles, il y a un changement si radical, que l'on peut douter que l'autre époux y eût consenti et eût contracté. C'est comme une clause de réalisation de tout ou partie du mobilier présent de l'époux; il est certain qu'il ne pourrait le réaliser par une clause expresse, pas même avec le consentement de son conjoint, sinon dans la forme d'une contre-lettre; il ne le peut pas davantage, et moins encore par des achats d'immeubles qu'il ferait sans le concours de son conjoint. Ce n'est donc pas pour prévenir la fraude ou la surprise que la loi décide que l'immeuble est conquis, comme l'auraient été les deniers avec lesquels il a été acheté; c'est parce que l'époux a apporté un changement

(1) Duranton, t. XIV, p. 245, n° 183. Aubry et Rau, t. VI, p. 295, note 45. § 507.

à son contrat sans observer les formes prescrites pour la validité des contre-lettres; le changement est nul à l'égard du conjoint, donc la valeur qui devait entrer en communauté en vertu des conventions matrimoniales doit y entrer sous forme d'immeuble, l'immeuble prend la place des deniers. En ce sens, l'article 1408 n'est pas une exception, puisqu'il ne fait qu'appliquer le principe de l'article 1396. De là suit que cette disposition est tout ensemble une exception et l'application d'une règle générale; en tant qu'elle dérive de la règle de l'article 1396, on peut l'appliquer par analogie, parce que c'est toujours la règle qui reçoit son application (1).

**263.** La loi suppose que l'immeuble est acquis dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration du mariage. Elle ne distingue pas si l'intervalle a été plus ou moins long. La cour de Paris en a conclu que l'article 1404 devait être appliqué, alors même qu'un intervalle de seize ans s'était écoulé entre le contrat et la célébration de l'union conjugale. Là où la loi ne distingue pas, a-t-on dit, l'interprète ne peut pas distinguer. Soit. Mais il y avait, dans l'espèce, un autre motif de douter. Le contrat de mariage stipulait la communauté d'acquêts; le mobilier présent était réalisé, à l'exception d'une somme de 400 francs; dans le long intervalle qui s'écoula entre le contrat et le mariage, le futur époux acheta des immeubles avec une partie de la somme de 30,000 francs, argent comptant et créances, qu'il s'était constituée en dot. La cour a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 1404. Si la loi n'avait pour objet que de prévenir une fraude ou un préjudice, il eût fallu décider, dans l'espèce, que les immeubles resteraient propres, comme l'auraient été les deniers dotaux. Mais si l'on admet que l'article 1404 est une application de l'article 1396, la décision de la cour de Paris est juste; car il y a changement au contrat, en ce sens qu'une dot mobilière est remplacée par une dot immobilière; par suite les revenus de la communauté diminuent; ses droits mêmes sont altérés, puisque les deniers,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, 65, n° 32, et p. 66, n° 32 bis I et II.

étant chose consommable, seraient entrés en communauté, tandis que les immeubles en étaient exclus. Donc il y a changement sans les conditions voulues par la loi; ce changement est nul, d'après l'article 1396, ce qui permet d'appliquer l'article 1404 (1).

**264.** L'article 1404 déclare conquêt l'immeuble acquis depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté. Il faut donc que les futurs époux aient fait un contrat; s'ils se sont mariés sans contrat, ils seront, à la vérité, mariés sous le régime de communauté, et ils le seront en vertu d'une convention tacite; mais une convention tacite ne suffit point pour que l'article 1404 reçoive son application, il faut un acte devant notaire. Les auteurs sont d'accord sur ce point, et ils le décident ainsi en se fondant sur le caractère exceptionnel de la loi (2). Nous admettons l'opinion générale, mais par un autre motif. La disposition de l'article 1404 est, à notre avis, une conséquence de l'article 1396: c'est un changement fait aux conventions matrimoniales sans les formes que la loi prescrit; or, l'article 1396, suite des articles 1394 et 1395, suppose des conventions matrimoniales reçues par un acte notarié; il ne peut y avoir de *contre-lettre* sans *lettre*; il ne peut pas davantage y avoir de changement aux conventions matrimoniales quand ces conventions ne sont pas rédigées par acte authentique. Lors même que les époux seraient convenus verbalement d'adopter le régime de communauté, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 1404 si l'un des futurs époux manquait à cet engagement en convertissant ses valeurs mobilières en immeubles avant la célébration du mariage; il manque à sa parole, mais il ne fait pas de changement à un contrat qui n'existe point.

**265.** On suppose que l'immeuble a été acquis avant le contrat de mariage qui stipule la communauté: y a-t-il lieu d'appliquer l'article 1404 et de déclarer cet immeuble conquêt? Non, et par le même motif que nous venons d'expliquer. Dans l'opinion générale, on dit que la disposition

(1) Paris, 6 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 28). Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 418, n° 502.

(2) Rodière et Pont, t. I, p. 417, n° 500. et tous les auteurs.

exceptionnelle de l'article 1404 ne peut pas être étendue(1); nous disons qu'il ne peut pas y avoir de changement à un contrat qui n'existe pas encore. La loi, entendue d'après l'opinion commune, est peu logique; car il peut y avoir fraude et surprise avant le contrat comme après le contrat, et il peut y en avoir alors qu'il n'y a pas d'acte notarié, aussi bien que lorsqu'il y a un acte devant notaire. Tout s'explique quand on rattache la disposition de l'article 1404 à celle de l'article 1396.

**266.** L'article 1404 ajoute: « A moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat de mariage, auquel cas elle serait réglée suivant les conventions. » Dans l'interprétation généralement suivie, on dit que l'époux ne fait pas fraude au contrat en l'exécutant. Nous disons que les clauses du contrat ne peuvent pas être une contre-lettre. On appelle cette convention clause d'emploi; la dot est promise en argent, mais avec stipulation que la dot mobilière sera convertie en immeubles. Cela est avantageux à la femme, car les immeubles ainsi acquis en vertu du contrat lui resteront propres, tandis que les deniers dotaux seraient tombés en communauté; à la vérité, les propres de la femme peuvent être aliénés et hypothéqués sous le régime de communauté, mais du moins ils ne peuvent l'être sans son consentement. Il va de soi que l'on peut aussi stipuler que les immeubles achetés en vertu de la clause d'emploi entreront en communauté, c'est pour cela que la loi ne décide rien quant à la nature de ces immeubles: ils seront propres ou conquêts, comme les époux l'auront voulu (2).

**267.** Pothier prévoit le cas où un immeuble serait donné à l'un des époux après le contrat et avant la célébration du mariage; il décide que cet héritage n'entrera pas en communauté, parce que l'acquisition ne fait aucune fraude à l'autre conjoint, qui n'a pas dû compter sur cet héritage. Les auteurs modernes adoptent cette décision, qui ne saurait être douteuse, quelque interprétation que

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 296 et note 47, § 507, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Troplong, t. I, p. 206, n° 575.

l'on donne à l'article 1404 (1). Dans notre opinion, on dit que les donations ne sont pas une contre-lettre, que, par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1404 qui n'est qu'une conséquence de la disposition concernant les conventions.

**268.** Il reste une dernière question qui est très-controversée. Le contrat contient stipulation de communauté ; après le contrat et avant la célébration du mariage, l'un des conjoints vend des immeubles à lui propres : les deniers provenant de la vente ou le droit au prix entreront-ils en communauté ? Si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1404, la solution n'est pas douteuse. Les immeubles vendus devaient rester propres à l'époux en vertu du contrat de mariage ; il y aurait changement aux conventions matrimoniales si des valeurs qui devaient être propres entraient en communauté ; partant il y a lieu d'appliquer l'article 1396 dont l'article 1404 n'est qu'une conséquence : c'est dire que l'article 1404 peut et doit être appliqué par analogie. On fait plus d'une objection. Nous écartons celle qui se fonde sur le caractère exceptionnel de l'article 1404 (2) ; dans notre opinion, l'article 1404 ne fait qu'appliquer le droit commun. Par cela même, une autre objection tombe, c'est que la vente d'un propre ne fait pas fraude à l'autre époux ni à la communauté, puisque, loin d'y perdre, le conjoint y gagne, en ce sens que la communauté s'enrichit du prix (3). S'il est vrai, comme nous le disons, que l'article 1404 ne fait qu'appliquer l'article 1396, le point de savoir s'il y a fraude ou non devient indifférent ; tout changement fait aux conventions matrimoniales est nul, alors même qu'il y aurait concours de consentement des deux époux ; donc l'article 1404 est applicable, par cela seul que les conventions matrimoniales sont changées. Ici est le vrai nœud de la difficulté : y a-t-il changement lorsque des valeurs immobilières appartenant à l'époux lors du contrat sont converties en valeurs mobi-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 281. Rodière et Pont, t. I, p. 419, n° 504.

(2) Marcadé, t. V, p. 462, n° I de l'article 1404.

(3) Toullier, t. VI, 2, p. 179, n° 171.

lières avant la célébration du mariage ? On le conteste ; le contrat reste le même, dit-on ; il ne stipule pas que telles valeurs seront propres aux époux ou entreront en communauté, il porte que les immeubles seront propres et que le mobilier sera commun ; il n'y a donc rien de changé lorsqu'il entre plus ou moins de mobilier dans la société de biens formée par les époux (1). Nous avons d'avance répondu à l'objection (n° 262) ; quand des valeurs mobilières sont converties en immeubles, cela équivaut à une clause de réalisation, ce qui est certes un changement ; par la même raison, il y a changement lorsque des valeurs immobilières sont mobilisées ; si l'époux veut faire ce changement, il doit observer les formes prescrites pour les contre-lettres (2). A l'appui de notre interprétation, nous invoquerons l'autorité de Pothier ; il dit que la conversion des immeubles en deniers serait un moyen d'avantager le conjoint, et que c'est pour empêcher ces avantages indirects que les coutumes déclarent nulles toutes contre-lettres au contrat de mariage (3). Notre conclusion est que le prix de l'immeuble propre restera propre à l'époux qui le vend dans l'intervalle entre le contrat et la célébration du mariage.

N° 8. DES IMMEUBLES ACQUIS A TITRE GRATUIT.

**269.** L'acquisition à titre gratuit faite pendant le mariage est-elle, en principe, un conquêt ou un propre ? Dans l'ancien droit, on la considérait comme un conquêt ; il n'y a si bel acquêt que de don, disait le proverbe. On faisait exception à cette règle pour les immeubles donnés par un ascendant à l'un des conjoints ; c'était un avancement d'hoirie, une succession anticipée, partant les biens devaient rester propres au donataire, comme ils lui seraient propres s'il les recueillait par hérédité (4).

Est-ce que tel est aussi le principe de notre droit moderne ?

(1) Mourlon développe cette objection (*Répétitions*, t. III, p. 14, note 2).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 68, n° 32 bis IV.

(3) Pothier, *De la communauté*, n° 281. Comparez Troplong, t. I, p. 162, n° 364, et p. 266, n° 572.

(4) Troplong, t. I, p. 212, n° 605 et 606.