

prit de la loi sont applicables. En effet, l'abandon est fait sous les conditions voulues par la loi; elle ne distingue pas de quel chef l'ascendant est débiteur, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Cependant, dans l'ancien droit, Lebrun décidait que l'immeuble cédé en paiement de la dot formait un conquêt, parce que la dation en paiement équivalait à la vente. Pothier répond : Le père n'est pas censé vendre, mais exécuter la donation qu'il a faite par contrat de mariage; donc, à tous égards, il y a avancement d'hoirie. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens<sup>(1)</sup>; nous croyons inutile d'insister, puisque le texte de la loi décide la question, et quand le texte est formel, on ne devrait plus controverser.

**322.** L'article 1406 dit que l'immeuble est propre à l'époux cessionnaire, « sauf récompense ou indemnité ». A qui est due la récompense, et quel en est le montant? L'indemnité suppose un préjudice qu'elle a pour objet de réparer. Comme la cession est faite avec une charge, la loi suppose que c'est avec des deniers de la communauté que l'époux paye les dettes de l'ascendant, et dans le cas où l'abandon est fait pour remplir l'époux de ce que l'ascendant lui doit, la créance de l'époux qui était tombée dans la communauté s'éteint. De là un préjudice, donc droit à une récompense. Quel sera le montant de l'indemnité? Il faut voir quelle est la perte que la communauté souffre. La succession échue est immobilière; la communauté, dans ce cas, ne supporte aucune part dans les dettes qui la grèvent; par conséquent, elle doit être indemnisée de tout ce qu'elle a perdu par l'arrangement de famille, donc de la somme qui était due à l'époux par son ascendant ou des dettes qu'elle a payées à des tiers. Si la succession échue à l'époux était en partie mobilière, en partie immobilière, ce qui est le cas ordinaire, il faut voir quelle est la portion contributive de la communauté et de l'héritier dans les dettes. Supposons qu'elle soit de moitié, la communauté supportera la moitié des dettes que la con-

(1) Rejet, 3 juillet 1844 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 300). Pothier, *De la communauté*, n° 136. Rodière et Pont, t. I, p. 491, n° 583.

vention met à la charge de l'époux et elle aura une récompense pour l'autre moitié; on doit, en effet, procéder pour l'avancement d'hoirie comme on procéderait si la succession était échue (1).

N° 4. DE L'ACQUISITION PAR SUITE D'INDIVISION.

I. *Le principe.*

**323.** L'article 1408 porte : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt. » C'est dire que l'immeuble reste propre, même pour la portion acquise par l'époux. L'acquisition se fait à titre onéreux, elle devrait donc former un conquêt : pourquoi la loi en fait-elle un propre? Pothier et, à sa suite, la plupart des auteurs disent que cette disposition est une conséquence du principe établi par l'article 883. En droit français, à la différence du droit romain, le partage n'est point considéré comme un titre d'acquisition; il ne fait que déclarer la part que chaque héritier a dans l'hérédité, de sorte que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. *Immédiatement*, dit l'article 883. Pothier explique cet effet du partage qui est décisif pour notre question : « Le défunt est censé avoir, dès l'instant de son décès, saisi en entier chacun de ses héritiers de toutes les choses comprises dans leur lot. » Une conséquence évidente de ce principe est que les immeubles échus par le partage à l'un des héritiers sont des propres de succession pour le tout, donc ils sont aussi pour le tout propres de communauté. L'article 1408 ne parle pas même du partage, sans doute parce que cela a paru trop évident au législateur; il ne mentionne que la licitation en ajoutant *ou autrement*, ce

(1) Voyez les détails dans Colmet de Santerre, t. VI, p. 75, n° 34 bis IV et V.

qui comprend, comme nous le dirons plus loin, tout mode d'acquisition de la portion indivise.

Si la loi mentionne spécialement la licitation, c'est que dans l'ancien droit, il y avait quelque doute sur ce point. Pothier décidait, et avec raison, qu'il fallait appliquer à la licitation le principe qui régit le partage. Il est vrai que la licitation est une vente, donc une acquisition à titre onéreux, ce qui semble faire de l'immeuble licité un conquêt. En réalité, la licitation est un mode de sortir d'indivision. En effet, quand y a-t-il lieu de liciter un immeuble indivis? L'article 1686, qui consacre la doctrine traditionnelle, répond : « Si une chose *commune* ne peut être *partagée* commodément et sans perte, ou si dans un *partage* fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des *copartageants* ne puisse ou ne veuille prendre, la vente s'en fait aux enchères. » Celui des communistes qui se porte adjudicataire paye à ses cohéritiers la part qu'ils ont dans l'immeuble, et partant dans le prix. La licitation entre cohéritiers ayant le même objet et la même fin que le partage, elle est regardée, dit Pothier, comme un acte qui tient lieu du partage. De là suit que la licitation n'est pas regardée comme un titre d'acquisition ; elle ne fait que déterminer les parts que chacun des héritiers licitants a dans la chose licitée. L'adjudicataire est censé avoir succédé immédiatement au défunt pour le total de l'héritage qui lui a été adjugé et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers ; ceux-ci sont censés remplis du droit indéterminé qu'ils avaient dans la succession pour la part du prix que l'adjudicataire est tenu de leur donner, et n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité. De là la conséquence que l'héritage adjugé par licitation à l'un des héritiers lui est propre pour le total en matière de succession, donc il forme aussi un propre de communauté (1).

**324.** Le système de Pothier est-il celui des auteurs du code? Ce point, si important pour l'explication de la loi, est douteux. Dans la discussion qui a eu lieu au

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 140, 145 et 146.

conseil d'Etat, Tronchet a reproduit les principes tels qu'ils avaient été exposés par Pothier. Il importe, dit-il, de bien saisir les motifs de l'article 1408. La loi décide d'abord que quand l'un des époux se rend adjudicataire d'un immeuble compris dans une succession ouverte à son profit, l'immeuble lui demeure propre, non-seulement pour la part qu'il y aurait eue s'il eût été partagé, mais pour la totalité. Cette disposition est fondée sur le principe général, admis en matière de succession, que tout ce qui est recueilli à titre d'hérédité est propre et que tout corps héréditaire adjugé à l'un des héritiers est censé avoir passé dans sa main pour la totalité à ce titre (1). C'est le principe de Pothier : l'immeuble est un propre de succession, donc il est un propre de communauté. Le témoignage de Tronchet est considérable ; il jouissait d'une grande autorité au conseil d'Etat et il la méritait ; son opinion n'a éprouvé aucune contradiction. Et comment l'eût-on contredit? Il était l'organe de la tradition, car la tradition, pour les auteurs du code, se résume dans Pothier.

Toutefois la vraie théorie est très-douteuse. Siméon, l'orateur du Tribunat, a une autre explication de l'article 1408 : « L'un des époux a en propre la moitié dans un immeuble qu'il possédait par indivis avec un tiers. Cet immeuble est licité ; l'époux copropriétaire en devient acquéreur. La moitié par lui acquise entre-t-elle en communauté? Elle semble devoir y entrer, puisque l'acquisition faite pendant le mariage a le caractère d'un conquêt de communauté. Mais alors l'indivision, que la licitation devait faire cesser, aurait continué ; l'époux copropriétaire de la moitié et acquéreur de l'autre moitié aurait en commun avec son conjoint la moitié acquise. On a décidé que l'époux acquéreur se rendait propre la portion qu'il achète, à la charge d'indemniser la communauté de la somme qu'il y a prise pour son acquisition (2). »

L'explication de Siméon a été adoptée par les auteurs qui ne considèrent pas la disposition de l'article 883

(1) Séance du conseil d'Etat, du 13 vendémiaire an XII, n° 9 (Loché, t. VI, p. 355).

(2) Siméon, *Discours*, n° 22 (Loché, t. VI, p. 462).

comme un principe absolu, et le rejettent, en conséquence, en matière de communauté. Il est certain que l'art. 883 établit une fiction, et toute fiction doit être restreinte dans les limites de la loi, qui seule a le droit de créer une fiction. Quel est le but de l'article 883? C'est d'empêcher que les concessions de droits réels, notamment d'hypothèques, faites pendant l'indivision, ne grèvent l'immeuble quand, par l'effet du partage, il est mis dans le lot d'un cohéritier de celui qui a concédé l'hypothèque. Il s'agit donc dans l'article 883 des rapports des cohéritiers entre eux et avec les concessionnaires de droits réels. Dans l'article 1408, au contraire, les cohéritiers sont hors de cause, et l'on ne suppose pas de concession d'hypothèque; il s'agit des rapports du cohéritier adjudicataire ou acquéreur avec ses propres ayants cause, car le conjoint de l'adjudicataire est son ayant cause à titre d'associé. On est donc en dehors de l'hypothèse pour laquelle la fiction du partage déclaratif a été imaginée. Dès lors il faut l'écarter et revenir à la réalité des choses. Veut-on une preuve certaine que l'article 883 n'est pas applicable en matière de communauté? Si on l'appliquait, il faudrait dire que l'époux adjudicataire sur licitation n'est pas acquéreur, partant ses cohéritiers qui reçoivent leur part du prix ne seraient pas censés recevoir un prix de ce qu'ils n'ont pas vendu; ils recevraient donc une valeur mobilière; par suite, cette valeur devrait entrer en communauté. Vainement dirait-on qu'elle représente une part de l'immeuble; oui, dans la réalité; non, d'après la fiction de l'article 883, puisque les cohéritiers n'ont jamais eu de droit dans l'immeuble. Eh bien, cette conséquence de la fiction est répudiée par tout le monde, à commencer par Pothier. Donc, il faut écarter la fiction quand il s'agit d'interpréter l'article 1408 (1).

La jurisprudence ne s'est pas prononcée d'une manière formelle sur la question. Quand on invoque l'article 883 pour interpréter l'article 1408, elle s'en tient à l'art. 1408 en écartant l'article 883, comme se rattachant à un autre

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 82, n° 36 bis III. Aubry et Rau, t. V, p. 310, note 90, § 507.

ordre d'idées (1). En d'autres termes, elle applique le texte de l'article 1408, sans se préoccuper des motifs qui l'ont fait porter. Nous croyons qu'elle fait bien. Comment se prévaloir des motifs, alors qu'on les ignore? Au témoignage de Tronchet on oppose celui de Siméon, c'est-à-dire que le conseil d'Etat et le Tribunat sont en opposition. Premier doute. Recourra-t-on à la tradition? Nous avons dit ailleurs que le sens de la tradition, en ce qui concerne l'article 883, est très-douteux. Sur le point de savoir si le principe du partage déclaratif est applicable à la communauté, Pothier est en désaccord avec Lebrun. Ainsi une tradition incertaine et des travaux préparatoires incertains. Quand l'esprit de la loi est douteux, il devient très-chanceux de s'en prévaloir; force est de s'en tenir au texte.

**325.** La première condition requise par l'article 1408, pour que l'acquisition devienne un propre, est qu'elle soit faite par l'un des époux qui était propriétaire *par indivis* de l'immeuble. Il faut donc que l'acquisition se fasse pendant l'indivision. S'il y avait eu partage, l'époux serait propriétaire d'une part divisée qui formerait un propre, et s'il acquérait ensuite la part divisée de son copartageant, cette part formerait un conquêt, comme ayant été acquise par vente pendant le mariage. La cour de Douai l'a décidé ainsi, et cela ne fait aucun doute. Dans l'espèce, l'époux était propriétaire d'un cinquième divisé, du chef de sa mère; postérieurement il acquit les quatre autres cinquièmes. Il avait fait construire sur l'héritage un corps de ferme après le partage et avant l'acquisition nouvelle. Il en résultait que la jouissance des deux fractions de l'héritage était indivisible, ce qui compliquait singulièrement la situation en fait. En droit, il n'y avait pas de doute; la construction de la ferme ne pouvait pas changer la nature des terrains, puisque les bâtiments sont l'accessoire et le terrain est le principal. La cour maintint le droit et trancha la difficulté de fait en ordonnant la licitation (2).

(1) Rejet, 30 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

(2) Douai, 20 mars 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 821).

**326.** Doit-on tenir compte de la cause de l'indivision? La question est de savoir s'il faut rechercher de quelle manière l'époux a acquis son droit de copropriété dans l'héritage indivis. Il suffit de lire le texte pour décider la question négativement; l'interprète ne peut pas établir des conditions que la loi ignore. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur. Le projet, tel qu'il avait été adopté par le conseil d'Etat, limitait la disposition à « l'immeuble acquis *par licitation sur une succession échue à l'un des époux*, et dont ce dernier était copropriétaire par indivis. » Cette restriction n'avait aucune raison d'être; on l'aurait comprise, dans l'ancien droit, comme conséquence de la théorie des propres de succession; mais cette théorie étant abandonnée, il importe peu quelle est l'origine de l'indivision. Le Tribunal en fit l'observation et émit l'avis que « la disposition de l'article 1408 ne devait pas seulement avoir lieu lorsqu'il s'agirait d'une acquisition sur licitation d'un objet provenant de succession à l'un des époux, mais bien encore lorsqu'il serait question d'immeubles indivis, à quelque titre que l'un des époux y eût une portion (1). » Le conseil d'Etat tint compte de l'observation et, par suite, la disposition fut rédigée en termes généraux qui excluent toute distinction.

**327.** De même l'époque à laquelle l'indivision a commencé est indifférente; il n'est pas requis qu'elle ait commencé avant le mariage. Tout ce que le texte exige, c'est que le droit indivis appartenant à l'époux soit un propre; sous ce rapport, il y a lieu de distinguer. Quand l'époux acquiert un droit indivis avant le mariage, ce droit lui est nécessairement propre, puisque tout droit immobilier appartenant à l'époux lors de la célébration du mariage lui est propre, qu'il provienne d'une succession ou d'une acquisition à titre onéreux. Il n'en est plus de même quand l'époux acquiert le droit indivis pendant le mariage; il doit l'acquérir en vertu d'un titre qui constitue un propre.

(1) Observations du Tribunal, n° 8 (Loché, t. VI, p. 377). Rodière et Pont, t. I, p. 515, n° 603.

tels sont les titres de succession et de donation. S'il acquiert un droit indivis par vente, l'acquisition sera un conquêt; ce qui rend l'article 1408 inapplicable (1).

**328.** L'article 1408 s'applique à toute acquisition, faite pendant le mariage, de portion d'un immeuble dont l'époux était copropriétaire par indivis. Peu importe à quel titre se fait l'acquisition. L'article 1408 dit : « à titre de licitation, *ou autrement* ». Le terme *ou autrement* comprend tous les modes d'acquisition, sans en excepter un seul. Il a été ajouté, sur les observations du Tribunal, de sorte qu'il n'y a aucun doute sur l'esprit de la loi. Le Tribunal dit qu'il n'y avait pas de raison de limiter le droit de l'époux au cas où il aurait acquis la portion indivise par licitation; son droit doit être le même dans le cas de toute acquisition volontaire, parce qu'il y a parité de motif.

Pothier appliquait également la disposition que l'article 1408 a consacrée à la vente de la portion indivise que le copropriétaire fait à l'époux. Il rattache cette décision au principe du partage déclaratif. La vente, dit-il, n'est pas une vraie vente, le but des parties est de faire cesser l'indivision; c'est donc un partage, et l'acte en a les effets en ce qui concerne la succession et la communauté; l'héritage est un propre de succession à l'égard de l'époux, donc il constitue aussi un propre de communauté (2).

En faut-il dire autant de l'adjudication qui se fait après expropriation forcée d'un immeuble saisi sur l'époux et ses copropriétaires? La question, controversée dans l'ancien droit, l'est encore en droit moderne. Cependant l'affirmative tend à prévaloir, et elle ne nous paraît pas même douteuse au point de vue des textes. Les termes de l'article 1408 sont tellement absolus, qu'ils ne comportent aucune distinction. On objectait, dans l'ancien droit, que l'héritier copartageant ou colicitant agit comme héritier, il acquiert donc comme tel; partant l'immeuble est un propre de succession, donc un propre de communauté.

(1) Rodière et Pont établissent très-bien ce point (t. I, p. 515, n° 604-606).

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 148.

Mais l'héritier qui devient adjudicataire sur expropriation forcée ne diffère pas des autres enchérisseurs ; il vend comme héritier, il achète comme tout tiers. Ici est l'erreur ; les tiers n'ont aucun droit dans l'immeuble, tandis que l'héritier y a un droit : et comment achèterait-il la part dont il est propriétaire ? Merlin répond avec son admirable logique : « Pour qu'il y eût acquisition par l'héritier de sa part, il faudrait qu'il eût cessé d'être propriétaire au moins quelques instants et qu'il eût ensuite repris l'immeuble à un titre différent. Mais à quel moment assigner cette cessation de propriété ? Est-ce au moment de l'adjudication ? Supposera-t-on que la justice a été propriétaire ? Ce serait une supposition absurde, la propriété des citoyens ne passe point dans les mains de la justice. Mais si la propriété de l'héritier n'a pas cessé un instant, il est donc propriétaire au même titre, avant et après l'adjudication ; il possède donc toujours les biens comme héritier et avec la qualité de propre. » C'est le principe de Pothier : tout propre de succession est propre de communauté. Mais on ne peut plus raisonner comme Pothier le faisait pour la vente : ceux qui poursuivent l'expropriation forcée n'agissent point pour faire cesser l'indivision, ils n'ont en vue que la réalisation de leur gage. Cela prouve qu'il faut laisser de côté le principe du partage déclaratif (1).

**329.** Faut-il que l'acquisition par l'époux de la portion indivise fasse cesser l'indivision d'une manière complète ? C'est une question très-controversée ; les auteurs sont divisés, ainsi que les arrêts. Si l'on s'en tient au texte de l'article 1408, la solution n'est pas douteuse. La loi n'exige point que l'indivision cesse, tout ce qu'elle veut, c'est que l'époux acquière pendant le mariage portion d'un immeuble dont il était propriétaire par indivis. Cela est décisif. L'interprète ne peut pas prescrire des conditions que la loi ignore. On objecte que le texte de la loi ne doit

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Propres*, § II, n° 5. Rodière et Pont, t. I, p. 530, n° 615. Aubry et Rau, qui avaient enseigné l'opinion contraire dans les premières éditions, ont changé d'avis dans la dernière (t. V, p. 311, note 93, § 507).

point être séparé des motifs qui l'ont fait porter. En thèse générale, cela est d'évidence, et c'est bien ce que nous faisons dans ce long travail ; notre but est de ramener les principes et les controverses au texte et à l'esprit de la loi. Mais quel est l'esprit de la loi ? Quels sont les motifs ? Si l'on écoute Pothier et Tronchet, il faut dire que l'acquisition de l'article 1408 doit équivaloir au partage, c'est-à-dire qu'elle doit faire cesser l'indivision ; donc si l'indivision subsiste, nous sommes en dehors du texte interprété par la tradition. Non, dit Lebrun, le principe du partage déclaratif n'est pas applicable en matière de communauté. L'orateur du Tribunal ajoute que le seul but de l'article 1408 est de favoriser la cessation de l'indivision ; or, on la favorise en la faisant cesser partiellement ; donc on doit appliquer la loi dès que l'époux acquiert une portion indivise de l'héritage. Voilà deux solutions toutes différentes qui découlent l'une et l'autre de ce que l'on peut appeler l'esprit de la loi, c'est-à-dire de la tradition et des travaux préparatoires. C'est que l'esprit de la loi est incertain. Dans cette incertitude, nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte.

Que dit-on pour l'opinion contraire ? Rodière et Pont, qui la défendent très-bien, font un aveu qui nous paraît décisif contre eux : ils reconnaissent « qu'il n'y a pas dans le texte l'indication précise, explicite, expresse, de la condition à laquelle ils subordonnent l'application de l'article 1408. » Les interprètes peuvent-ils prescrire une condition pour l'exercice d'un droit ? Non, certes, il faut un texte, ou il faut que la condition découle de la nature même du droit. De texte, il n'y en a pas, on l'avoue. On invoque l'esprit de la loi, mais ce que l'on dit prouve combien cet argument est chanceux. Rodière et Pont se prévalent du discours de Siméon, et nous avons dit que le discours de l'orateur du Tribunal est le grand argument que l'opinion contraire oppose à Tronchet et à Pothier (n°s 323, 324). Ainsi une seule et même autorité doit prouver que l'article 1408 doit être interprété par l'article 883 et qu'il ne doit pas être interprété par cet article ! Comment voir dans des précédents aussi douteux une autorité

qui tiennent lieu du texte et qui suffissent pour prescrire une condition que la loi n'établit point (1)?

La jurisprudence est aussi incertaine que la doctrine, et on se dispute les arrêts comme on se dispute la tradition. Un seul et même arrêt est cité par les uns pour en induire que l'acquisition n'est pas un propre quand elle ne fait pas cesser entièrement l'indivision, et par les autres pour établir la thèse contraire (2). Il est certain que la jurisprudence est divisée (3), et comme elle n'apporte pas de nouvelles lumières dans le débat, il est inutile de la discuter.

**330.** Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord : l'article 1408 est applicable quand l'époux acquiert toutes les parts de ses copropriétaires, quand même cela se ferait successivement et par des actes séparés. Dans l'opinion que nous venons d'enseigner, cela n'est pas douteux, puisque chacun des actes successifs forme un propre au profit de l'époux. Dans l'opinion qui exige que l'indivision cesse complètement, il y a un doute très-sérieux. Les premières acquisitions ne faisant cesser l'indivision que partiellement, ne forment pas des propres par elles-mêmes, donc elles entrent en communauté : comment des acquêts peuvent-ils ensuite être transformés en propres lorsque l'indivision vient à cesser entièrement? Il faut supposer pour cela que les diverses acquisitions ne forment qu'un seul et même acte; mais cette supposition est une fiction que le législateur seul peut créer (4).

Il y a un arrêt de la cour de Rouen en ce sens, mais il ne fait qu'augmenter la confusion quand on en pèse les motifs. La cour part du principe que l'article 1408 est

(1) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. V, p. 311, note 94, § 507, et les autorités qu'ils citent, et Rodière et Pont, t. I, p. 519 et suiv., nos 609 et 610.

(2) Rejet, 10 juillet 1850 (Daloz, 1851, 1, 26). Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 521, no 610; Marcadé, t. V, p. 477, no I de l'article 1408, et *Revue critique*, t. I, p. 528 et suiv.

(3) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 94. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Bordeaux, 15 mai 1871 (Daloz, 1871, 2, 237), et Bruxelles, 27 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 377). En sens contraire, Bruxelles, 20 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 115).

(4) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 524, no 611, et Marcadé, *Revue critique*, t. I, p. 528 et suiv.

fondé sur la volonté des parties contractantes; elle dit que la loi présume que l'époux, en achetant des parts indivises, a l'intention, non de faire un conquêt, mais de compléter sa propriété personnelle. Cela suppose qu'il dépend de la volonté des époux de faire des propres. Non, tel n'est point le système du code. En se mariant sous le régime de communauté, les époux conviennent tacitement que toute acquisition pendant le mariage forme un conquêt; cette convention est une loi qu'ils ne peuvent pas changer à leur guise; il ne leur est pas permis de déclarer qu'un acquêt est un propre. L'article 1408 est donc fondé sur la volonté du législateur, et non sur celle de l'époux. Sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Rouen, la cour de cassation a rendu un arrêt de rejet à peine motivé: la loi, dit-elle, n'a point établi de distinction entre le cas où l'acquisition aurait eu lieu par un seul et même acte et celui où elle aurait eu lieu par plusieurs actes distincts et successifs (1). Mais la distinction ne résulte-t-elle pas du principe même sur lequel l'article 1408 repose, si l'on admet que l'indivision doit cesser complètement? C'est donc ce principe qu'il fallait commencer par discuter, soit pour l'admettre, soit pour le rejeter.

**331.** L'article 1408 est-il applicable lorsque l'époux acquiert des parts indivises dans une succession partie mobilière, partie immobilière? Cette question est très-controversée et elle est douteuse. Nous croyons que la négative résulte du texte de la loi, et toutes les difficultés qui s'élèvent en cette matière difficile doivent se décider par le texte, puisque l'esprit de la loi est incertain. Que dit le texte? « L'acquisition faite pendant le mariage de portion d'un immeuble, dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt. » La loi suppose donc que c'est un immeuble qui est indivis entre l'époux et un copropriétaire; or, dans l'espèce, ce n'est pas un immeuble qui est indivis, c'est une succession composée de meubles et d'immeubles, une universalité. Il faudrait une interprétation extensive pour étendre à l'acqui-

(1) Rouen, 10 mars 1849, et Rejet, 30 janvier 1850 (Daloz, 1850, 1, 171).

sition d'une portion indivise dans une *succession* ce que l'article 1408 dit de l'acquisition d'une portion indivise dans un *immeuble*. On objecte que le mot *immeuble*, dans l'article 1408, ne désigne pas un corps certain, qu'il est employé par opposition au terme *meuble*, pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté. Nous répondons que cette interprétation est forcée. De quoi s'agit-il dans l'article 1408 et dans les dispositions qui le précèdent? Après avoir posé en principe, dans l'article 1401, que les *immeubles* acquis pendant le mariage sont des conquêts, la loi fait des exceptions à cette règle; or, l'exception ne peut porter que sur l'objet compris dans la règle. Est-ce que la règle de l'article 1401 s'applique à l'acquisition d'une part indivise dans une succession? Non, certes; elle suppose un immeuble déterminé, donc il en doit être de même des exceptions: il s'agit toujours de savoir si *tel* immeuble acquis pendant le mariage est un conquêt ou un propre. Cela est évident de l'article 1405, si on le considère comme une exception à l'article 1401: les *donations d'immeubles* sont des donations de choses immobilières déterminées. Il en est de même des arrangements de famille dont parle l'article 1406, de l'immeuble acquis à titre d'échange contre un immeuble propre. Jusqu'ici la règle et les exceptions ne portent que sur des immeubles considérés comme corps certains. Et l'on veut que l'article 1408, qui fait suite à ces dispositions, prenne le mot *immeuble* dans un sens différent! Tout le texte de la loi résiste à cette interprétation extensive. L'article 1408 suppose que l'immeuble est acquis par licitation, et le projet ne comprenait que la licitation. Est-ce qu'on licite toute une succession? L'article 1686 répond à notre question: « Si *une chose* commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; ou si, dans un partage de biens communs, il s'en trouve *quelques-uns* qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre. » Donc le titre même en vertu duquel l'époux acquiert implique qu'il acquiert une portion indivise dans un immeuble déterminé. Le second alinéa de l'article 1408 se sert du mot *effet* pour désigner l'im-

meuble acquis. Est-ce qu'on qualifie d'*effet* la portion indivise dans une succession?

La question que nous discutons se présente d'ordinaire quand la femme veut exercer le droit d'option que l'article 1408 lui accorde, dans le cas où le mari est devenu acquéreur en son nom de portion d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Il y a alors un nouveau motif de douter qui confirme notre opinion. L'option qui implique le droit de retrait est une exception, un vrai privilège que la loi accorde à la femme; c'est donc une faculté doublement exceptionnelle: peut-on l'étendre hors des termes précis de la loi? Non. La loi permet à la femme de laisser l'*effet* à la communauté ou de retirer l'*immeuble*; donc il n'est question que d'une chose déterminée, ce qui est décisif: on n'étend pas les privilèges.

On objecte que l'esprit de la loi résiste à cette interprétation restrictive. Sans doute le législateur aurait pu étendre l'exception et le privilège qui en résulte pour la femme; au point de vue législatif, on peut dire qu'il y avait même motif. Mais il ne s'agit pas de savoir ce que les auteurs du code auraient pu ou dû faire, il s'agit de savoir ce qu'ils ont fait. Or, ce qu'ils ont fait est clairement exprimé; et quand la loi est claire, il faut s'y tenir, sinon l'interprète risque, en recourant au prétendu esprit de la loi, de faire dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire (1).

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous avons adoptée (2), sauf un arrêt de la cour de Riom (3).

**332.** L'immeuble acquis dans le cas prévu par l'article 1408 forme un propre au profit de l'époux, sauf, dit l'article 1408, à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. C'est un des cas dans lesquels il est dû récompense à la communauté par

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 540, n° 625; Odier, t. I, p. 139, n° 136. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 231, n° 676; Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 95.

(2) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau. Il faut y ajouter Montpellier, 5 avril 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

(3) Riom, 15 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 2, 231).