

l'époux qui en a retiré un profit personnel (art. 1437). Régulièrement l'acquisition se fera avec les deniers de la communauté, puisque, sous ce régime, les époux mettent en commun leur fortune mobilière présente et future.

## II. Du droit d'option de la femme.

**333.** Le deuxième alinéa de l'article 1408 suppose que le mari devient seul et en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Celle-ci a, dans ce cas, le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, ou de retirer l'immeuble. C'est ce qu'on appelle le droit d'option et le retrait d'indivision.

Cette disposition déroge au droit commun sous bien des rapports. Quand le mari acquiert la portion indivise appartenant aux copropriétaires de la femme, il fait une acquisition à titre onéreux; en vertu de l'article 1401, l'immeuble ainsi acquis devient un conquêt. D'après l'article 1408, au contraire, la femme peut retirer cet immeuble de la communauté et en faire un propre. Ainsi un conquêt est transformé en propre. Si le mari acquiert la totalité de l'immeuble dont une part indivise appartient à la femme, l'acquisition serait nulle, d'après le droit commun, pour la part de la femme, car la vente entre époux est défendue (art. 1595); l'article 1408 déroge encore à ce principe, il maintient la vente pour le tout, donc pour la part de la femme; celle-ci peut reprendre tout l'immeuble comme si elle l'avait acheté, mais elle n'aurait pu acheter que la part indivise de ses copropriétaires, tandis que le mari a acquis tout l'immeuble; la femme, en se substituant au mari, se trouve donc avoir acheté la part qu'elle avait dans l'immeuble.

Tout est anormal dans le droit conféré à la femme: il y a privilège en fait comme en droit. La femme a le choix d'abandonner l'effet à la communauté ou de l'en retirer. Elle se déterminera naturellement d'après son intérêt; elle attendra, pour se prononcer, le résultat de l'acquisition. Est-elle avantageuse, la femme retirera l'effet; est-elle

mauvaise, la femme abandonnera l'effet à la communauté. Il résulte de là que la femme pourra s'avantager aux dépens de la communauté. L'immeuble acquis par le mari était conquêt, il augmente de valeur par la construction d'un chemin de fer, par le développement que prend l'industrie; la femme retirera l'immeuble et privera la communauté du bénéfice d'une acquisition dont le mari devait profiter aussi bien que la femme. Voilà une nouvelle dérogation à un principe fondamental de notre régime: la loi ne veut pas que l'un des époux s'avantage aux dépens de la communauté, et elle-même offre à la femme un avantage aux dépens de son associé (1).

Quel est le motif de ces dérogations au droit commun et de ce privilège? La loi accorde bien des privilèges à la femme à raison de la position subordonnée qu'elle a sous le régime de communauté; l'exception consacrée par l'article 1408 a le même fondement. La femme est propriétaire par indivis d'un immeuble; nous supposons qu'elle ait intérêt à acquérir les portions indivises de ses copropriétaires; elle voudrait le faire, mais le mari la prévient; ce serait à lui, comme administrateur des biens de la femme, de faire l'acquisition pour elle et en son nom; au lieu de veiller aux intérêts de sa femme, il agit comme chef de la communauté, afin de prendre sa part dans le bénéfice de l'acquisition. La loi n'a pas pu favoriser ce calcul intéressé, il aboutirait à priver la femme du droit que lui donne l'article 1408 d'acquérir comme propre la totalité de l'immeuble dans lequel elle a une part indivise. Pour lui garantir l'exercice de ce droit, le code lui donne le choix ou de laisser l'immeuble à la communauté, ou de l'en retirer pour son compte. Seulement l'exercice du droit permet à la femme de s'avantager aux dépens de la communauté, ce qui n'est pas juste; elle aurait dû fixer un délai à la femme pour faire son choix, cela suffisait pour garantir ses droits et ses intérêts (2).

**334.** Le caractère exceptionnel de l'article 1408 donne

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 84, n° 37 bis I et II.

(2) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 539, n° 622

lieu à une difficulté. On demande si la femme peut se prévaloir du droit d'option quand elle n'est pas mariée sous le régime de communauté. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative. Il nous semble qu'il faut distinguer. Si les époux ont adopté la communauté d'acquêts, ou toute autre clause de communauté conventionnelle, la question n'est pas douteuse. Il est de principe que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé par le contrat (art. 1528). Or, la communauté d'acquêts ne déroge pas à l'article 1408; ce qui décide la question. A notre avis, les parties contractantes ne pourraient pas même déroger à l'article 1408, car c'est une des dispositions qui tendent à garantir la femme contre l'abus de la puissance presque absolue que la loi accorde au mari sous le régime de communauté. La cour de Pau l'a décidé ainsi implicitement, sans même discuter la question (1). La solution est la même quand les époux, en se mariant sous le régime dotal, ont stipulé une société d'acquêts; cette société est une clause de communauté conventionnelle, donc il faut appliquer le principe d'interprétation établi par l'article 1528; c'est dire que la femme peut se prévaloir de l'article 1408. La cour de cassation l'a jugé ainsi implicitement, et, en réalité, il n'y a point de doute (2).

En est-il de même quand les époux sont mariés sous le régime dotal, sans société d'acquêts? Non, à notre avis; la disposition de l'article 1408 est exceptionnelle à tous égards, donc elle est de stricte interprétation et on ne peut l'étendre, même par voie d'analogie. Le texte de la loi résiste à toute interprétation extensive. Il s'agit de savoir si un immeuble est propre ou acquêt; or, il n'y a de propres et d'acquêts que sous le régime de communauté. Quel est le droit que l'article 1408 donne à la femme? Elle a un droit d'option qui implique le retrait d'indivision, ces droits ne se conçoivent que lorsqu'il y a communauté: comment la loi abandonnerait-elle un immeuble à une

(1) Pau, 6 juin 1860 (Daloz, 1860, 2, 198).

(2) Rejet, 30 janvier 1850 (Daloz, 1850, 1, 171).

communauté qui n'existe point? et comment retirerait-elle un immeuble de la communauté alors qu'il n'y en a pas? On objecte que la disposition de l'article 1408 a été empruntée au droit écrit. Il est vrai qu'il y avait dans le droit romain une disposition analogue, mais elle avait un autre caractère et d'autres effets; cette disposition, le code civil ne l'a pas maintenue; dès lors elle est abrogée, de même que tout le droit romain; le code n'a reproduit que la règle coutumière, et celle-là ne concernait que le régime de communauté. Vainement dit-on qu'il y a même motif de décider. Non; la puissance du mari sous le régime de communauté est bien plus grande que sous le régime dotal, la femme y est sans droit et le mari est seigneur et maître. On objecte qu'il est administrateur, sous les deux régimes, des biens de la femme et que l'art. 1408 a pour objet un acte d'administration. Cela est vrai, et le législateur aurait dû reproduire pour la femme dotale la disposition du droit coutumier, comme il a reproduit la disposition du droit écrit en faveur de la femme commune en biens. Il ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire en étendant au régime dotal une disposition qui implique la communauté; en l'étendant, on est obligé de l'altérer; cela s'appelle faire la loi (1).

**335.** La loi donne à la femme le droit d'option et de retrait. On demande si les héritiers de la femme ont le même droit. L'affirmative est certaine. Tout droit, en règle générale, se transmet aux héritiers et autres successeurs universels, parce qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause; l'article 1122 ajoute une restriction: à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. La question est donc de savoir si la convention tacite de l'article 1408 donne à la femme un droit qu'elle seule peut exercer. Nous avons répondu d'avance à la question en déterminant la nature du droit. C'est un droit pécuniaire que la femme exerce

(1) En sens contraire, tous les auteurs, sauf Bellot, et tous les arrêts, sauf un arrêt de Toulouse. Voyez les citations dans le *Répertoire* de Daloz, au mot *Contrat de mariage*, nos 832, 833 et 838. Il faut ajouter, dans le sens de l'opinion générale; Rejet, 1<sup>er</sup> mai 1860 (Daloz, 1860, 1, 511), et Grenoble, 18 août 1854 (Daloz, 1856, 1, 61).

selon son intérêt; or, l'intérêt des héritiers est identique avec celui de la femme; rien n'empêche donc que le droit leur soit transmis. On objecte que la loi ne le donne à la femme que par des considérations toutes personnelles, à raison de la dépendance où elle se trouve à l'égard de son mari. Nous répondons que peu importe la cause du droit, cela n'influe point sur la nature du droit. Il y a des droits plus importants que la loi accorde à la femme commune comme compensation du pouvoir absolu du mari, et elle les accorde néanmoins aux héritiers de la femme: tel est le droit de renoncer à la communauté (art. 1466). Il en est de même de tous les autres privilèges dont jouit la femme commune; ce sont des droits patrimoniaux et, à ce titre, ils appartiennent aux héritiers. La doctrine est unanime sur ce point, et il ne paraît pas que cela ait jamais été contesté devant les tribunaux (1).

**336.** Autre est la question de savoir si les créanciers de la femme peuvent exercer le droit d'option et de retrait; elle est très-controversée, nous l'avons examinée ailleurs (t. XVI, n° 428).

**337.** Il ne vaut presque pas la peine de demander si le mari aurait le droit d'option et de retrait, en supposant que la femme acquière un immeuble dont le mari est copropriétaire par indivis. La négative est certaine; le mari ne peut pas réclamer des privilèges que la loi accorde contre lui à la femme, à raison de la dépendance de celle-ci et du pouvoir absolu du mari; ainsi le mari ne peut pas renoncer à la communauté. Par la même raison, il ne peut exercer le droit d'option et de retrait. L'immeuble acquis par la femme sera donc un conquêt. Mais l'acquisition sera-t-elle valable pour le tout? Oui, si elle n'a acquis que les parts des copropriétaires du mari. Non, si elle a aussi acquis la part du mari; l'acquisition serait nulle pour cette part, puisque la loi prohibe la vente entre époux (2).

(1) Duranton, t. XIV, p. 272, n° 203. Toullier, t. VI, 2, p. 176, n° 169. Rodière et Pont, t. I, p. 543, n° 632. Aubry et Rau, t. V, p. 313, note 98. Colmet de Santerre, t. VI, p. 95, n° 37 bis XV.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 96, n° 37 bis XVI, et tous les auteurs.

**338.** Pour que la femme ait les droits que lui confère l'article 1408, il faut que le *mari* devienne *seul*, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire. Le *mari* doit acquérir la portion indivise ou la totalité de l'immeuble. Si la femme fait l'acquisition, elle ne se trouve plus dans le cas du deuxième alinéa, on lui applique la règle établie par le commencement de l'article; cette règle est générale: *l'un des époux*, dit le texte; donc la femme aussi bien que le mari. Par conséquent, l'immeuble lui sera propre par l'effet du contrat d'acquisition, il ne peut plus s'agir d'opter et de laisser l'immeuble à la communauté: l'immeuble est propre pour le tout à la femme et il lui reste propre.

L'article 1408 suppose que le mari est devenu *seul* acquéreur ou adjudicataire de l'immeuble; si la femme a concouru à l'acte, on n'est plus dans le cas prévu par l'exception, donc on rentre sous l'empire de la règle; l'immeuble sera propre à la femme par l'effet du contrat; il ne peut plus être question de l'abandonner à la communauté. Nous disons que l'immeuble est propre à la femme en vertu de l'acte où elle figure comme acquéreur ou adjudicataire de l'immeuble. C'est l'opinion de Pothier, ainsi que des auteurs modernes, et elle est consacrée par la jurisprudence. Il y a cependant un motif de douter. Le mari figure au contrat, non pour autoriser sa femme, mais comme partie, donc comme acquéreur; or, le mari ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 1408, car il n'est pas propriétaire par indivis de l'immeuble; donc il fait une acquisition ordinaire, et partant, à son égard, l'immeuble est conquêt; et s'il est conquêt pour le mari, n'en faut-il pas conclure que les deux époux, en achetant en commun, ont entendu acheter pour la communauté et non pour la femme? Pothier répond que la présence du mari au contrat reçoit encore une autre interprétation. Il a la jouissance de la part appartenant à sa femme, et il aura la jouissance de la portion indivise que la femme acquerra à titre de propre; sous ce rapport, il est intéressé à l'acquisition, tandis que si l'acquisition devait former un conquêt, la présence de la femme ne s'expliquerait point; c'est le

mari qui seul devrait figurer à l'acte, la femme étant étrangère à tout ce qui concerne la communauté. Donc il est plus naturel d'interpréter le contrat en ce sens que la femme a entendu profiter du droit que lui donne l'article 1408, et que le mari a concouru à l'acte à raison de la jouissance qu'il a du propre de la femme. Le code a consacré implicitement cette doctrine en disposant dans l'article 1408 que la femme a le droit d'option et de retrait quand le mari *seul* est acquéreur; ce qui implique que lorsque la femme est acquéreur avec son mari, on n'est plus dans l'exception; donc on rentre dans la règle (1).

Il se peut néanmoins que l'immeuble acquis par les deux époux ne devienne pas un propre de la femme. Le droit que l'article 1408 lui accorde est un privilège dont la femme est libre d'user ou de ne pas user; elle peut renoncer au bénéfice de l'exception, comme nous le dirons plus loin, et laisser l'acquisition sous l'empire du droit commun. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Dans l'espèce, la femme était propriétaire par indivis; durant le mariage, elle acquit, avec son mari, la portion indivise appartenant à son copropriétaire; les deux époux déclarèrent que c'était pour compte commun, c'est-à-dire pour la communauté. Depuis le décès du mari, la portion acquise fut toujours considérée comme conquêt par la femme et même par ses héritiers. Quand ceux-ci réclamèrent ensuite l'immeuble comme propre, la cour leur opposa que l'article 1408 était hors de cause, les deux époux ayant voulu acquérir un conquêt (2).

**339.** L'article 1408 ajoute : *et en son nom personnel*. Cela veut dire que le mari agit comme chef de la communauté, comme il agit régulièrement quand il fait une acquisition, puisque toute acquisition se fait au nom de la communauté et devient un conquêt. Mais le mari, sous notre régime, a encore une autre qualité, il est administrateur des biens de la femme, et comme tel, il doit veiller

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 152, et tous les auteurs modernes (Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 96). La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 845).

(2) Bruxelles, 31 décembre 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 305).

à ses intérêts, ainsi qu'un bon père de famille veille à ses intérêts propres. Or, dans l'espèce, il peut être de l'intérêt de la femme d'acquérir les portions indivises de l'immeuble dont elle est copropriétaire, afin de posséder tout l'immeuble à titre de propre. Si le mari, agissant dans l'intérêt de la femme, déclare, en acquérant les portions indivises de l'immeuble dont elle est copropriétaire, qu'il fait cette acquisition au nom de la femme, quel sera l'effet de cette déclaration? L'acquisition sera-t-elle un propre de la femme en vertu du premier alinéa de l'article 1408? ou sera-t-elle un conquêt, sauf à la femme à user du droit que lui donne le deuxième alinéa de retraire l'immeuble de la communauté pour en faire un propre? La question est controversée. Au premier abord, on est porté à croire que l'acquisition ne peut pas être un conquêt, puisque le mari n'a pas agi au nom de la communauté; et si l'immeuble n'est pas un conquêt, n'en faut-il pas induire que l'immeuble devient un propre de la femme, au nom de laquelle il a été acquis? Mais il y a un principe de droit qui s'oppose à ce que la femme devienne propriétaire par la seule déclaration du mari; elle ne peut acquérir la propriété que si elle y consent, nul ne pouvant devenir propriétaire malgré lui. Lors donc qu'elle ne figure pas à l'acte d'acquisition, elle ne peut acquérir l'immeuble qu'en vertu d'un mandat; or, on suppose qu'elle n'a pas donné mandat à son mari; si la femme veut, dans ce cas, profiter de l'acquisition faite en son nom, elle doit ratifier ce que le mari a fait en son nom, mais sans mandat : la ratification équivaldra au mandat (art. 1998).

Nous aboutissons à la conséquence que l'acquisition faite par le mari au nom de la femme n'est pas un propre pour la femme si elle ne ratifie pas. Troplong dit que l'acquisition forme un propre, mais il donne d'assez mauvaises raisons à l'appui de son opinion. En acquérant au nom de la femme, dit-il, le mari atteste qu'il a un mandat, et il serait méseant à la femme de venir nier l'existence d'un mandat attesté par son mari (1). Non, le mari ne dit pas

(1) Troplong, t. I, p. 230, n° 472.

qu'il soit mandataire, et il le dirait que cela n'engagerait pas la femme, car elle ne peut être mandataire malgré elle; et si réellement elle n'a pas donné de mandat, elle peut en nier l'existence; que cela soit bienséant ou non, qu'importe? Il s'agit, non de bienséance, mais de droit.

Si la femme ratifie, on est sous l'empire du droit commun; la ratification équivalant au mandat, l'immeuble sera un propre pour la femme. Mais que devient l'immeuble si la femme ne ratifie pas? Sera-ce un conquêt? C'est l'opinion générale. Troplong objecte, et en cela il a raison, que la communauté ne peut devenir propriétaire d'une chose que le mari n'a jamais eu l'intention d'acquérir pour elle. Nous croyons qu'il faut appliquer le droit commun. Le mari n'a pas voulu acquérir pour la communauté, il a déclaré acquérir pour la femme; le vendeur n'a donc pas entendu traiter avec le mari, il a entendu vendre à la femme; si celle-ci ne ratifie pas, il en résulte qu'il n'y aura pas de concours de consentement, partant pas de contrat; il n'y aura donc pas plus de conquêt que de propre. Dès lors il ne peut s'agir d'appliquer le deuxième alinéa de l'article 1408 : la femme ne peut pas abandonner l'immeuble à la communauté, car la communauté n'a rien acquis, et il ne dépend pas de la femme de rendre la communauté propriétaire. La femme ne peut pas non plus retirer l'immeuble de la communauté, puisque l'immeuble n'est pas tombé en communauté. Elle n'a qu'un seul droit, c'est de ratifier, si elle veut acquérir l'immeuble; mais la ratification est tout autre chose que le droit d'option et de retrait.

La doctrine et la jurisprudence sont contraires. On admet généralement que l'immeuble est un conquêt et que la femme a le droit d'option et de retrait que lui donne le deuxième alinéa de l'article 1408 (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation qui admet un mandat tacite et déclare, en conséquence, l'immeuble propre. La cour commence par poser en principe que pour faire réputer propre à celui des époux qui était déjà propriétaire par indivis de por-

(1) Duranton, t. XIV, p. 273, n° 204. Rodière et Pont, t. I, p. 541, n° 627 Aubry et Rau, t. V, p. 313, n° 97.

tion d'un immeuble, l'acquisition de l'autre portion, il suffit que ladite acquisition ait été faite à titre de licitation ou autrement pendant le mariage. Ce sont les termes de la loi; mais pour qu'il y ait acquisition, il faut qu'il y ait un acquéreur, et pour qu'il y ait un acquéreur, il faut qu'il y ait une déclaration de volonté. La question est donc de savoir s'il y a déclaration de volonté quand la femme ne parle pas au contrat et que le mari déclare acquérir en son nom. Dans l'espèce, le mari avait dit qu'il achetait tant pour lui que pour sa femme. La cour fait sur cela un singulier raisonnement; du principe que toute acquisition d'une portion indivise forme un propre, elle conclut qu'à plus forte raison il en doit être ainsi quand le mari déclare acheter tant pour lui que pour sa femme. L'argumentation cloche; il n'y a pas là d'argument *a fortiori* d'où l'on puisse induire que la femme a voulu acquérir la portion indivise. Quand la femme ne parle pas à l'acte, elle n'y peut être partie qu'en vertu d'un mandat. Or, le mandat exige un consentement; où la cour trouve-t-elle ce consentement? L'arrêt répond que l'on doit *présumer* que le mari, agissant dans le but de ne pas faire renaitre l'indivision que la licitation devait faire cesser, a stipulé dans l'intérêt de sa femme et en vertu d'un mandat tacite auquel force doit être reconnue (1). Ainsi la cour *présume* un mandat tacite. Voilà une vraie hérésie. Est-ce qu'un consentement se *présume*? Y a-t-il des contrats *présumés*? Et sur quoi se fonde la présomption d'un mandat donné par la femme? Sur ce qu'a fait le mari? Sans doute il peut y avoir mandat tacite, mais pour cela il faut prouver d'abord que le mandant a eu connaissance de ce que veut faire le mandataire et puis qu'il y a tacitement consenti; cela ne se *présume* pas, cela doit se prouver. L'arrêt de rejet a été rendu par la chambre civile sous la présidence de Troplong. La cour a donné raison à son président; nous croyons qu'elle a mal jugé.

**340.** L'article 1408 suppose que le mari devient acquéreur en son nom personnel. Que faut-il décider si le mari

(1) Rejet, chambre civile, 2 décembre 1867 (Daloz, 1867, 1, 469).

acquiert sans dire en quelle qualité il agit? Pothier répond qu'il incline à penser que quoiqu'il ne soit pas dit dans l'acte que le mari agit en qualité de mari et au nom de la femme, on doit facilement présumer que le mari a agi au nom de sa femme, plutôt qu'en son propre nom. La raison en est, dit-il, que le mari étant administrateur des biens de la femme, il est naturel de penser que c'est en cette qualité qu'il a traité, alors qu'il s'agissait d'une acquisition que la femme avait intérêt de faire. Pothier en conclut que l'immeuble sera propre à la femme, à moins qu'elle ne désapprouve ce que le mari a fait (1). Faut-il suivre cette opinion sous l'empire du code? Les principes s'y opposent et le texte même de la loi y résiste. Quand le mari parle seul au contrat, sans dire qu'il agit au nom de sa femme, sans même dire qu'il agit en qualité de mari, il acquiert pour son compte, c'est-à-dire pour la communauté; l'immeuble sera donc un conquêt, sauf à la femme à user du droit d'option et de retrait. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il y eût ou mandat ou ratification. De mandat il n'y en a point, et de ratification il ne saurait y en avoir, puisque la femme ne peut pas ratifier ce qui n'a pas été fait en son nom. Si la prétendue présomption que Pothier invoque était fondée, il en faudrait induire, non que la femme est liée si elle ne désapprouve pas, mais qu'elle est liée si elle approuve. Mais cette présomption, si on pouvait l'admettre dans l'ancien droit, on ne peut plus l'admettre aujourd'hui; l'article 1408 la repousse. En effet, le cas supposé par Pothier rentre dans l'hypothèse prévue par le deuxième alinéa de l'article 1408: quand le mari acquiert seul, et sans même dire qu'il agit comme mari, il traite par cela même en son nom personnel; ce qui rend l'immeuble conquêt, d'après l'article 1408, et donne à la femme le droit d'option et de retrait. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (2).

**340 bis.** La femme a-t-elle le droit d'option quand le mari s'est rendu adjudicataire sur une saisie pratiquée

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 151.

(2) Nancy, 9 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251). Rejet, 24 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).

contre la femme et ses copropriétaires pour une dette dont l'immeuble est grevé? Il a été jugé que la femme n'avait point le droit d'option (1); nous croyons que la décision est bonne, mais qu'elle est mal motivée. La cour suppose que la femme a le droit d'option, parce qu'elle donne à son mari le mandat tacite d'acquérir l'immeuble. S'il y avait mandat tacite d'acquérir, l'immeuble serait propre en vertu de la règle établie par le premier alinéa de l'article 1408, et il ne serait plus question du droit d'option. Pour qu'il y ait lieu au droit d'option, il faut que l'acquisition ait été faite par le mari en son nom personnel. Pourquoi, dans l'espèce, n'y a-t-il pas lieu au droit d'option, quoique le mari ait acquis en son nom? C'est parce que la femme ne pouvait pas acquérir l'immeuble en sa qualité de débitrice saisie, le saisi ne pouvant pas se rendre adjudicataire (code de proc., art. 711); or, si la femme ne peut pas directement devenir propriétaire de l'immeuble, elle ne peut pas non plus l'acquérir indirectement par la voie du *retrait*.

**341.** L'article 1408 dispose que la femme a le droit d'option et de retrait quand le mari devient seul, et en son nom personnel, acquéreur de *portion* ou de la *totalité* d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Quand le mari acquiert la totalité de l'immeuble, la loi s'applique sans difficulté aucune: la femme peut abandonner l'*effet* à la communauté, c'est-à-dire tout l'immeuble que le mari a acquis et qui était devenu conquêt; ou elle peut retirer l'immeuble, devenu conquêt pour le tout, pour en faire un propre. Dans le premier cas, la communauté doit une récompense à la femme de la portion qui lui appartient dans le prix; dans le second cas, c'est la femme qui doit récompense à la communauté du prix de l'acquisition, que la communauté a payé et dont la femme, on le suppose, a reçu sa part.

Mais comment les choses se passeront-elles quand le mari s'est porté seulement acquéreur de la portion indivise appartenant au copropriétaire de la femme (2)? Celle-ci a également le choix. Elle peut donc abandonner l'*effet* à la

(1) Bordeaux, 10 août 1870 (Dalloz, 1871, 2, 153).

(2) Les opinions des auteurs, sur ce point, sont très-divergentes. Nous

communauté. Mais qu'entend-on, dans ce cas, par *effet*? Est-ce tout l'immeuble, y compris la portion indivise de la femme? On l'a prétendu, mais cela est inadmissible. La femme ne doit abandonner à la communauté que ce que la communauté a acquis; or, le mari n'a acquis qu'une portion indivise, c'est cette portion indivise qui est entrée en communauté et que la femme y laisse, en conservant celle qui lui est propre. La femme a-t-elle droit, en ce cas, à une récompense? Non, car elle n'abandonne pas sa portion à la communauté, partant la communauté ne s'enrichit pas aux dépens de la femme; donc elle ne lui doit rien. Le texte ne dit pas le contraire; l'article 1408 porte que la communauté, en cas d'abandon de l'effet, devient débitrice envers la femme de la *portion appartenant à celle-ci dans le prix*; or, quand le mari n'a pas acquis la part indivise de la femme, rien n'est dû à la femme dans le prix; donc la femme n'a droit à aucune récompense, d'après le texte; ce qui prouve qu'elle conserve la portion indivise qui lui appartenait et qu'elle ne l'abandonne pas à la communauté. La femme préfère-t-elle retirer l'immeuble de la communauté pour en faire un propre, elle retirera la portion indivise acquise par le mari et qui est devenue un conquêt; elle doit, dans ce cas, dit l'article 1408, rembourser à la communauté le *prix de l'acquisition*; ce qui prouve encore que le droit d'option n'a pour objet que la portion indivise que le mari a achetée, c'est cette portion que la femme abandonne ou qu'elle reprend; et si elle la reprend, elle rembourse le prix que la communauté en a payé. Il n'y a qu'une objection contre l'interprétation littérale de la loi que nous suivons, c'est que nous comprenons sous le nom d'*immeuble* la portion indivise de l'immeuble que le mari a acquise. L'objection est insignifiante au point de vue légal; car la portion indivise d'un immeuble est certes un immeuble, dans le langage juridique; ce qui prouve que la loi a entendu le mot *immeuble* dans le sens le plus large, c'est qu'elle emploie le mot *effet* comme synonyme.

avons suivi l'interprétation littérale du texte que donnent Aubry et Rau (t. V, p. 313, note 100, § 507), et mieux encore Colmet de Santerre, t. VI, p. 94, n° 37 bis XIV. Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau.

III. *Quand la femme peut-elle et quand doit-elle exercer son droit?*

**342.** L'article 1408 dit que la femme peut faire son choix *lors de la dissolution de la communauté*. Cela veut-il dire que la femme n'a aucun droit pendant la durée de la communauté? La question est très-controversée. Nous croyons qu'il faut distinguer. Le droit d'option proprement dit ne peut être exercé durant la communauté; il s'agit de savoir si l'immeuble acquis par le mari doit être compris dans la masse partageable à titre de conquêt, ou si la femme le retirera à titre de propre. Cela suppose que la communauté est dissoute et qu'il s'agit de la liquider. C'est seulement alors qu'il importe de savoir quels immeubles sont propres et quels immeubles sont conquêts. Voilà pourquoi la loi dit que la femme a le choix *lors de la dissolution de la communauté*.

Est-ce à dire que la femme n'ait aucun droit pendant la durée de la communauté? Si son intention est d'abandonner l'effet à la communauté, elle n'a aucun intérêt à faire sa déclaration tant que la communauté dure, puisqu'elle n'a aucun droit sur les biens communs; elle n'a de droit que si elle accepte, et elle ne peut accepter que lorsque la communauté est dissoute. Mais si la femme a l'intention de retirer l'immeuble pour en faire un propre, elle a intérêt d'agir immédiatement. Nous dirons plus loin qu'à notre avis le mari peut aliéner l'immeuble et que la femme n'a aucune action contre les tiers; si l'on admet cette opinion, il va de soi que la femme a le plus grand intérêt à retirer l'immeuble le plus tôt possible. Même dans l'opinion contraire, qui est généralement suivie, la femme est intéressée à exercer le retrait de suite. Tout le monde est d'accord sur ce point. La difficulté est de savoir si elle en a le droit. Nous croyons qu'elle l'a. On suppose que le mari a acquis l'immeuble en son nom; la femme a le droit d'en faire un propre. Quand la loi donne un droit, on peut l'exercer de suite, à moins que la nature même du droit ne s'y oppose. Or, rien n'empêche la femme de déclarer, dès que le mari a fait l'acquisition, qu'elle la prend pour son compte et qu'elle entend que l'immeuble lui soit propre. La