

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

loi fait l'application de ce principe en matière de emploi : la femme doit l'accepter si elle veut que l'immeuble lui soit propre, sinon il reste conquêt. Quand peut-elle faire cette acceptation? Immédiatement. L'article 1408 s'y oppose-t-il quand il s'agit du droit de retrait? Ce serait une dérogation au droit commun, et l'exception n'aurait aucune raison d'être. On prétend que l'exception est consacrée en termes formels par ces mots : *lors de la dissolution de la communauté*. Nous avons répondu d'avance à l'objection. Il est très-vrai que le droit d'option, en tant qu'il comprend une alternative, ne peut s'exercer qu'à la dissolution de la communauté, parce que l'abandon à la communauté ne peut se faire plus tôt. Mais quand il s'agit uniquement de déclarer que la femme entend avoir l'immeuble en propre, cette déclaration peut se faire de suite. Dira-t-on que c'est en réalité faire un choix et que la femme, étant sous l'influence du mari, n'est pas libre d'agir selon son intérêt? Cette objection n'a pas arrêté le législateur quand il a donné à la femme le droit d'accepter le remploi aussitôt que le mari a fait l'acquisition; elle ne doit pas davantage arrêter l'interprète quand il s'agit de reconnaître à la femme un droit que les principes généraux lui donnent (1).

**343.** Quand la femme doit-elle exercer son droit d'option et de retrait? En principe, celui qui a un droit a trente ans pour l'exercer. On peut donc dire que la femme a trente ans pour déclarer sa volonté. Mais il en est de ce droit absolu comme de celui du successible qui a trente ans pour accepter ou répudier. Cela suppose qu'il n'y a pas d'autres parties intéressées qui ont le droit d'exiger que le successible ou la femme manifestent leur volonté. Or, lorsque la communauté est dissoute, le mari ou ses héritiers ont droit et intérêt à la liquidation et au partage des biens communs. Pour que la communauté puisse être partagée, il faut que l'on sache quels biens sont propres et quels

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 36, n° 37 bis III. Aubry et Rau, t. V, p. 314, note 161, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 546, n° 634, et les auteurs qu'ils citent. La jurisprudence est aussi divisée, et les arrêts pour et contre ont peu d'importance. Voyez Rejet, 25 juillet 1844, et Lyon, 20 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 837 et 832). Bordeaux, 15 mai 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237).

biens sont conquêts. Le mari ou ses héritiers ont donc le droit de contraindre la femme à se prononcer. Il est inutile d'insister sur un point qui est certain; tout le monde est d'accord au fond, bien que les auteurs se disputent en apparence: le débat ne porte que sur la forme plus ou moins absolue de la pensée (1).

**344.** Que devient l'immeuble quand la femme n'exerce pas le retrait ou déclare y renoncer? L'immeuble restera ce qu'il était. Nous dirons plus loin que, dans notre opinion, l'immeuble acquis par le mari, dans le cas prévu par l'article 1408, est un conquêt dès l'instant de l'acquisition; pour qu'il devienne un propre, il faut que la femme le *re-tire* de la communauté, c'est l'expression de la loi; si elle ne le retire pas, elle le laisse dans la communauté; l'immeuble reste donc conquêt (2). Troplong dit, au contraire, que si le droit d'option a péri par la prescription de trente ans, « l'immeuble acquiert *au plus haut degré* le caractère de propre que la loi *présume* en lui (3). » Le langage est singulier et l'idée plus singulière encore. Y a-t-il par hasard plusieurs *degrés* de propres? Et où est la loi qui *présume* la qualité de propre dans l'immeuble acquis par le mari? Si la loi la présomait, est-ce que la femme aurait encore besoin de faire une déclaration de retrait? L'immeuble serait propre, sauf déclaration contraire; tandis que la loi dit que l'immeuble ne devient propre que par une déclaration de la femme.

**345.** La femme peut-elle renoncer au droit d'option? En règle générale, on peut renoncer à tout droit quand il est d'intérêt privé; or, tel est bien le droit que l'article 1408 accorde à la femme. Comment doit se faire la renonciation? On reste sous l'empire du droit commun, puisque la loi n'y déroge point. La femme peut renoncer dès que le droit est ouvert; dans notre opinion, elle le peut pendant la durée de la communauté; dans l'opinion qui ne permet

(1) Duranton, t. XIV, p. 277, n° 210. Marcadé, t. V, p. 483, n° IV de l'article 1408. Aubry et Rau, t. V, p. 394 et suiv., notes 102 et 103. Colmet de Santerre, t. VI, p. 87, n° 37 bis V.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 315 et note 104, et les autorités qu'ils citent.

(3) Troplong, t. I, p. 233, n° 680.

à la femme d'exercer le retrait qu'à la dissolution de la communauté, on doit décider qu'elle ne peut renoncer qu'à partir de ce moment. La renonciation peut être expresse ou tacite, toujours en vertu du droit commun. Quand sera-t-elle tacite? C'est d'ordinaire cette renonciation qui donne lieu à des difficultés. Le principe n'est pas douteux : la femme renonce à son droit d'option quand elle pose un acte qui implique nécessairement son intention de renoncer. Tel serait le cas où elle consentirait à la vente de l'immeuble à titre de conquêt, ou si elle confirmait ladite vente. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Besançon. La femme avait vendu, conjointement avec le mari et en lui donnant le nom de conquêt, un immeuble que le mari avait acquis dans les circonstances prévues par l'article 1408. La cour dit que l'énonciation de conquêt n'équivaut pas à une renonciation au droit que la loi assure à la femme sans autre motif (1). Il y avait plus qu'une énonciation, il y avait concours de la femme à un acte de vente. Pourquoi y concourrait-elle? Son concours n'était pas nécessaire, puisque, dans l'opinion commune, le mari a le droit d'aliéner, sauf résolution. Si la femme figure dans l'acte comme partie, ce ne peut être que pour empêcher la résolution; c'est dire qu'elle renonce à son droit de retrait, au moins à l'égard de l'acquéreur. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans un cas où la femme avait déclaré formellement qu'elle croirait faire acte de mauvaise foi en réclamant des biens vendus par son mari à des tiers de bonne foi. On prétendait que la renonciation de la femme ne concernait que les immeubles qu'elle avait refusé de revendiquer. La cour décide, en principe, que si nul n'est présumé renoncer à ses droits, il n'en est pas de même lorsque la renonciation est formelle et constatée par écrit. En fait, la cour admet l'interprétation que la cour de Lyon avait donnée à la renonciation de la femme, en jugeant qu'elle s'appliquait indistinctement à toutes les ventes passées par le mari (2).

On suppose que la femme, lors de la dissolution de la

(1) Besançon, 20 mars 1850 (Dalloz, 1852, 2, 287).

(2) Rejet, 1<sup>er</sup> mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).

communauté, déclare simplement qu'elle renonce à son droit d'option : que deviendra l'acquisition du mari? formera-t-elle un propre ou un conquêt? Dans notre opinion, l'immeuble était un conquêt en vertu de l'acquisition que le mari en a faite; si la femme renonce à son droit, c'est dire qu'elle ne veut pas le retirer, donc l'immeuble reste à la communauté (1).

#### IV. Effet de l'option. Du retrait d'indivision.

**346.** L'article 1403 dit que la femme peut abandonner l'effet à la communauté. Si elle opte pour l'abandon, l'immeuble sera compris dans la masse à titre de conquêt. Il en résulte que tous les actes de disposition que le mari a faits seront valables. Il ne saurait y avoir de doute sur ce point. La loi ajoute que la communauté devient alors débitrice, envers la femme, de la portion appartenant à celle-ci dans le prix. Cela suppose, comme nous l'avons dit (n° 341) que le mari a acquis la totalité de l'immeuble. Si le mari n'a acquis que la portion indivise appartenant au copropriétaire de la femme, la communauté ne doit aucune récompense à la femme, puisque celle-ci ne lui abandonne pas sa part dans l'immeuble.

La femme peut aussi retirer l'immeuble, dit l'article 1408. C'est ce droit que l'on appelle le *retrait d'indivision*. Cette expression pourrait faire croire que l'immeuble est indivis au moment où la femme le retire. Il l'est, en effet, quand le mari n'a acquis qu'une portion indivise; s'il a acheté la totalité, l'indivision a cessé par le fait de l'acquisition. Ce n'est donc pas à raison de l'indivision où se trouve l'immeuble que l'on qualifie de retrait d'indivision le droit de la femme; on l'appelle ainsi parce que la loi le donne à la femme à raison du droit indivis qu'elle possède dans l'immeuble. Si la femme retire l'immeuble, c'est pour en faire un propre : la femme acquiert, à ce titre, la portion

(1) Comparez Marcadé (t. V, p. 485, n° VI de l'article 1408) qui n'admet cette solution que dans le cas où le mari a acquis la totalité de l'immeuble.