

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.

indivise qui appartenait à ses copropriétaires. La loi dit que la femme rembourse à la communauté le prix de l'acquisition, elle ne s'explique pas sur l'effet du retrait : l'immeuble sera propre pour le tout à la femme, mais à partir de quel moment? est-ce à partir de l'acquisition que le mari en a faite? ou est-ce à partir du moment où la femme exerce son droit de retrait? Dans l'opinion générale, l'immeuble est censé avoir toujours été propre à la femme. Cette doctrine nous laisse bien des doutes.

**347.** Un premier point nous paraît certain : l'immeuble est conquis au moment où le mari en fait l'acquisition. En effet, le mari l'acquiert à titre onéreux pendant le mariage; donc, aux termes de l'article 1401, n° 3, l'immeuble entre en communauté. Telle est aussi l'intention du mari qui l'acquiert; il est *seul* acquéreur et *en son nom personnel*, la femme ne concourt pas à l'acte et le mari ne la représente pas; la conséquence est que le mari devient propriétaire, et tout immeuble que le mari acquiert pendant le mariage est un conquis. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

Troplong a cependant écrit que c'est là une idée fautive et dangereuse. Nous n'hésitons pas à dire que l'opinion de Troplong est une de ces erreurs trop nombreuses que l'on trouve dans son *Traité sur le contrat de mariage*. « Si nous consultons le texte, dit-il, nous voyons qu'il n'y a pas un seul instant où il considère la chose comme acquise avant l'option de la femme. » Quoi! le texte dit que le mari devient *seul*, et *en son nom personnel*, acquéreur de l'immeuble, et il ne serait pas propriétaire, et l'immeuble que le mari acquiert ne serait pas un conquis? Quoi! le texte dit que, lors de la dissolution de la communauté, la femme peut *abandonner* l'effet à la communauté, et cet immeuble qu'elle laisse à la communauté n'aurait pas été un conquis? Il aurait été propre à la femme, sans qu'elle ait été acquéreur, ni son mari pour elle. Quoi! le texte dit que la femme peut *retirer* l'immeuble. Retirer d'où? De la communauté; donc au moment où la femme le retire, il est

(1) Rejet. 25 juillet 1844 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 837).

dans la communauté; et il serait dans la communauté sans être un conquis!

Troplong invoque aussi les principes : mais quels principes! « Le mari est *préssumé* être le *negotiorum gestor* de la femme pour faire cesser l'indivision. » Quoi! L'article 1408 est une disposition de défiance écrite contre le mari qui, loin d'entendre gérer les affaires de la femme, veut acquérir l'immeuble pour son compte, et on vient nous dire que le mari est *préssumé* être le *negotiorum gestor* de sa femme. L'acquisition du mari, continue l'auteur, fait cesser l'indivision, et tout partage rétroagit : « Comment serait-il possible que l'immeuble n'eût pas, *primâ fronte*, la nature de propre (1)? » Ainsi le mari, qui n'a aucun droit dans l'immeuble et qui agit *seul*, en *son nom personnel*, partage l'immeuble, et ce partage a un effet rétroactif! Partage-t-on un bien dont on n'est pas copropriétaire? C'est la femme qui est copropriétaire, c'est elle seule qui aurait le droit de partager; or, elle n'intervient pas au contrat, le mari l'en écarte, il se porte seul acquéreur en son nom et pour son compte : et cela serait un partage (2)!

**348.** L'immeuble acquis par le mari est donc un conquis, et il reste conquis jusqu'à ce que la femme le *retire*. C'est par le retrait qu'il cesse d'être conquis et qu'il devient un propre. N'en faut-il pas conclure que l'immeuble n'est propre qu'à partir du retrait? C'est alors que la femme l'acquiert et en devient propriétaire, à charge de rembourser le prix d'acquisition à la communauté; ce retrait équivaut à un achat, et l'achat ne rend la femme propriétaire qu'à partir du contrat; donc ce n'est que depuis ce moment que l'immeuble devient propre. Nous disons que le retrait est un achat. Il y a un cas dans lequel cela nous paraît certain. Le mari a acquis tout l'immeuble. Il n'y a plus d'indivision. La communauté est propriétaire; la femme retire l'immeuble : est-ce à titre de copropriétaire par indivis? et l'acte équivaut-il à un partage? Non, la femme

(1) Troplong, t. I, p. 223, n° 648.

(2) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 88, n° 37 bis VII et VIII.

a vendu sa part indivise, elle n'a plus aucun droit sur l'immeuble; si elle le retire, ce n'est pas comme copropriétaire, elle ne l'est plus, c'est en vertu d'un bénéfice de la loi. Elle rachète l'immeuble, le retrait est un rachat, donc une nouvelle acquisition, une vente ordinaire; partant l'immeuble devient un propre en vertu du retrait, donc à partir du retrait. C'est seulement dans le cas où le mari a acquis une portion indivise de l'immeuble que la femme reste copropriétaire par indivis pour sa part; dans ce cas, on peut dire que le retrait est un acte qui fait cesser l'indivision et qui équivaut à un partage; la femme peut alors invoquer le principe de l'article 883, elle est acquéreur d'un immeuble qu'elle possède par indivis avec la communauté; le retrait fait cesser l'indivision, et l'indivision cesse rétroactivement. Dans cette hypothèse, l'immeuble devient un propre à partir du moment où l'indivision a commencé.

Ainsi, à notre avis, il faut distinguer. Le mari a-t-il acquis la portion indivise de l'immeuble qui appartient au copropriétaire de la femme, le seul effet de cette acquisition sera de mettre la communauté à la place du vendeur; l'indivision continue, la femme possède l'immeuble par indivis avec la communauté, c'est-à-dire avec le mari. Si elle exerce le retrait, ce retrait n'est autre chose qu'un acte d'acquisition qui fait cesser l'indivision; par conséquent, la femme, en exerçant le retrait, use du droit que lui donne le premier alinéa de l'article 1408 : l'immeuble lui devient propre en vertu d'un acte qui équivaut au partage. La seule différence entre le retrait d'indivision et l'acquisition dont parle le premier alinéa, c'est que le retrait est forcé pour la communauté copropriétaire par indivis; tandis que l'acquisition faite dans le cas du premier alinéa est volontaire, en ce sens qu'il dépend en général du copropriétaire de vendre ou de ne pas vendre; encore peut-on dire que si la femme demande le partage, elle en a le droit, nul ne pouvant être tenu de rester dans l'indivision (art. 815).

Dans l'autre hypothèse, le mari devient acquéreur de la totalité de l'immeuble. Il n'y a plus d'indivision; les articles 883 et 1408, premier alinéa, sont hors de cause; c'est

le deuxième alinéa qui est le siège de la difficulté. Le retrait ne fait plus cesser l'indivision, c'est un rachat, une nouvelle vente qui crée un propre en vertu du bénéfice de la loi, mais l'immeuble ne devient propre qu'à partir de l'acte. L'opinion contraire est généralement admise; nous allons exposer les motifs sur lesquels elle se fonde, ainsi que nos doutes.

**349.** Dans l'opinion générale, on admet que l'option de la femme a un effet rétroactif, c'est-à-dire que l'immeuble que la femme retire est censé lui avoir toujours été propre. Le droit du mari est conditionnel, dit-on; Colmet de Santerre ajoute que cela n'est pas douteux, et c'est peut-être parce que cela leur paraît certain, que les auteurs donnent à peine un motif de leur opinion. Pourquoi le droit du mari est-il conditionnel? Le mari n'acquiert pas sous condition résolutoire expresse, il entend acquérir définitivement. La condition doit donc être tacite. Elle n'est pas tacite en vertu de la loi, puisque la loi est muette; elle devrait donc l'être en vertu de la volonté tacite des parties contractantes. Notre question revient : Pourquoi admet-on cette volonté tacite? Le mari sait sans doute que la femme pourra retirer l'immeuble et que le conquêt qu'il entend acquérir pour la communauté pourra devenir un propre pour la femme. Mais de là ne suit pas qu'il ait l'intention d'acquérir sous condition résolutoire. Nous disons plus : telle ne peut pas être son intention; car s'il n'est propriétaire que sous condition résolutoire, il ne pourra pas disposer de l'immeuble, il aura les charges de l'acquisition sans en avoir les bénéfices; les mauvaises chances seront pour lui ou pour la communauté, et les bonnes chances seront pour la femme; l'acquisition est-elle bonne, l'immeuble augmente-t-il de valeur, la femme le retirera; l'acquisition est-elle mauvaise, l'immeuble diminue-t-il de valeur, la femme l'abandonnera à la communauté. A ce compte-là, mieux vaudrait faire l'acquisition pour la femme, en la faisant concourir à l'acte. Toujours est-il que l'on ne peut pas admettre une intention tacite du mari contre l'intérêt du mari. Puis on oublie que la condition ne peut pas résulter de la seule volonté du mari, il faudrait prou-

ver encore que telle est aussi l'intention du vendeur, car la condition étant une clause du contrat ne peut résulter que d'un concours de consentement. Nous dirons plus loin que les copropriétaires de la femme ont, au contraire, intérêt à ce que l'acquisition du mari soit définitive; donc il ne peut être question d'une condition résolutoire fondée sur la volonté des parties contractantes.

La condition résolutoire, si elle n'est pas conventionnelle, doit être légale. Elle n'est pas écrite dans la loi; elle devrait donc résulter de la volonté tacite du législateur. En principe, il nous paraît difficile d'admettre une condition fondée sur une volonté tacite du législateur; il faudrait que la condition fût une conséquence nécessaire de la disposition. On dit que sans la rétroactivité du retrait, le droit accordé à la femme est dérisoire, le mari pouvant d'un instant à l'autre aliéner le conquêt; ce qui rendrait impossible l'exercice du retrait. Nous répondons que, dans l'interprétation que nous avons admise, la femme peut retirer l'immeuble pendant la durée de la communauté, donc immédiatement après l'acquisition faite par le mari. Il est vrai que si la femme n'agit pas de suite, son droit peut périr. Pour sauvegarder entièrement ses intérêts, le législateur aurait dû déclarer le retrait rétroactif; mais la question est de savoir s'il l'a fait, et jusqu'ici nous ne trouvons pas dans le texte une disposition d'où l'on puisse induire la volonté certaine du législateur, et il faut une volonté certaine pour que l'on puisse admettre une condition tacite.

Le seul argument qui ait une apparence juridique consiste à dire que le retrait équivaut à l'acquisition que la femme aurait faite de l'immeuble. Si elle l'avait acquis, comme elle en a le droit, en vertu du premier alinéa de l'article 1408, l'immeuble lui serait propre, non-seulement à partir de l'acquisition, mais à partir du moment où l'indivision a commencé. Or, quel est le but du droit de retrait? C'est de garantir à la femme le droit que lui donne la loi, dans le cas où le mari voudrait le lui enlever; donc le retrait doit avoir le même effet que l'acquisition de l'immeuble, par conséquent l'immeuble doit être

un propre en vertu du retrait, comme il l'aurait été en vertu de l'acquisition; c'est dire qu'il doit avoir un effet rétroactif. Tel pourrait certes être le système de la loi si elle avait entendu garantir les intérêts de la femme, à l'exclusion et au préjudice du droit des tiers. Mais, nous le répétons, il s'agit de savoir, non ce que le législateur aurait pu ou dû faire, il s'agit de savoir ce qu'il a fait. Est-ce que la théorie que nous venons d'exposer est celle que l'article 1408 a consacrée? Elle implique une fiction: c'est qu'un acte qui ne fait pas cesser l'indivision soit néanmoins considéré, quant à ses effets, comme un partage. Le retrait ne fait pas cesser l'indivision dans l'hypothèse de l'acquisition totale de l'immeuble par le mari; nous l'avons prouvé (n° 348), et l'on peut dire que la chose est évidente: comment le retrait ferait-il cesser l'indivision, alors qu'il n'y a rien d'indivis? La réalité des choses est donc celle-ci: la femme retire l'immeuble de la communauté en remboursant le prix. Un acte de rachat ne peut être considéré comme un acte de partage; il faudrait pour cela une fiction, cette fiction la loi ne l'établit point et le législateur seul peut la créer. A notre avis, cela est décisif (1).

**350.** On invoque la jurisprudence à l'appui de la doctrine enseignée par les auteurs. A vrai dire, elle est divisée, et elle a peu d'importance, parce qu'il n'y a pas d'arrêt de principe qui ait prévu et résolu les difficultés que présente la question. Troplong cite le considérant suivant d'un arrêt de la cour de cassation qui, dit-il, semble avoir décidé le contraire: « Que du texte comme de l'esprit de l'article 1408, il résulte que le mari, surtout à l'égard des tiers, devient propriétaire de l'immeuble par lui acquis, sauf l'exercice du droit d'option ou de retrait réservé à la femme (2). » Si le mari est propriétaire à l'égard des tiers, les actes de disposition qu'il fait seront inattaquables: d'où suit que le retrait de la femme ne rétroagit point

(1) Voyez, en sens contraire, Troplong, t. 1, p. 224, n° 651, p. 225, n° 654. Duranton, t. XIV, p. 275, n° 209. Rodière et Pont, t. 1, p. 177, n° 170. Colmet de Santerre, t. V, p. 89, n° 37 bis IX.

(2) Rejet, 25 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 837).

contre les tiers, et c'est des tiers qu'il s'agit. Troplong dit qu'il ose croire que l'arrêt a été rendu dans des circonstances qui l'absolvent, jusqu'à un certain point, d'une erreur aussi grave. Erreur aux yeux des uns, vérité aux yeux des autres : c'est le lot de notre science ! Toujours est-il que l'on ne peut pas dire que notre opinion est rejetée par la jurisprudence, quand elle peut s'appuyer sur un arrêt de la cour de cassation. Nous pouvons encore invoquer un arrêt de la cour de Nancy qui décide que l'immeuble indivis dont le mari est acquéreur devient un conquêt (1). C'est la base de notre théorie. Il est vrai qu'il y a tant d'inconséquence en cette matière que l'on risque toujours de se tromper en se prévalant d'une décision judiciaire, car il n'est pas certain que la cour qui l'a rendue en accepte les conséquences.

C'est l'opinion contraire à la nôtre qui règne dans la jurisprudence. Mais les arrêts n'ont de valeur que par leurs motifs, et si l'on pèse les motifs, l'importance de la jurisprudence dans notre question diminue singulièrement. Un des arrêts les plus radicaux est celui de la cour de Grenoble; il ne se contente pas de décider que le retrait a un effet rétroactif, ce qui implique, au moins comme l'enseignent les auteurs, que le mari est propriétaire sous condition résolutoire; la cour prétend que la propriété repose sur la tête de la femme jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation (2). Que l'on compare cette décision avec le texte de l'article 1408, et l'on se convaincra que l'arrêt fait dire à la loi tout le contraire de ce qu'elle dit. L'article ne dit pas que la femme a le droit de répudier l'acquisition, ce qui impliquerait que l'immeuble lui est propre, par cela seul qu'elle ne manifeste pas l'intention de le laisser à la communauté, de sorte que le silence de la femme suffirait pour que l'immeuble lui fût propre. Est-ce là ce que dit la loi? Non, certes; elle donne une option à la femme; celle-ci a le choix, d'abandonner l'effet à la communauté ou de l'en retirer; un choix exige une

(1) Nancy, 9 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).

(2) Grenoble, 18 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

déclaration de volonté, il faut que la femme dise si elle veut que l'immeuble lui soit propre, qu'elle le retire de la communauté; donc l'immeuble ne lui est pas propre en vertu de l'acquisition que le mari, en a faite. La cour de Grenoble dit encore que le mari, en acquérant l'immeuble, a fait cesser pour la femme les inconvénients de l'indivision. C'est de nouveau faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit : la cour dit que le mari acquiert pour la femme et dans l'intérêt de la femme; l'article 1408 dit que le mari acquiert en *son nom personnel*, donc dans son intérêt à lui. Que l'on formule l'interprétation de l'arrêt de Grenoble : elle aboutit à dire que la femme peut répudier l'acquisition faite dans son intérêt. Mettons cette formule en regard de celle de la loi : elle dit que la femme peut faire un propre de l'immeuble que le mari a acquis seul et en son nom personnel, partant pour son compte. L'antinomie du texte et de l'interprétation ne saurait être plus grande. A notre avis, une pareille jurisprudence est un mauvais appui.

**351.** Nous arrivons aux conséquences des deux opinions contraires. Le mari fait des actes de disposition, il aliène l'immeuble, il l'hypothèque, il le grève de droits réels. Puis la femme vient retirer l'immeuble pour en faire un propre : que deviennent les actes faits par le mari? Si l'on admet, avec la cour de cassation, que le mari est propriétaire à l'égard des tiers, les actes de disposition subsistent, le mari a eu le droit de les faire; la femme ne peut pas les attaquer, elle doit donc respecter les droits réels, et, en cas d'aliénation, elle ne peut pas exercer le retrait contre les tiers acquéreurs.

Dans l'opinion contraire, le mari n'a qu'une propriété résolutoire, et les droits qu'il concède aux tiers sont affectés de la même condition. Si la femme retire l'immeuble, le droit du mari est résolu ainsi que tous les droits par lui consentis sur l'immeuble. Les auteurs sont unanimes sur ce point (1), et la jurisprudence est dans le même sens.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 315, note 105, et les auteurs qu'ils citent.

Toutefois elle n'est pas aussi explicite que la doctrine (1). Le seul arrêt rendu en cas d'aliénation est celui de la cour de Riom; dans l'espèce, les époux étaient mariés sous le régime dotal; le mari avait acquis des droits successifs dont sa femme était copropriétaire. On doit considérer, dit la cour, l'acquisition comme faite au nom de la femme pour accroître ses biens dotaux. Ici nous arrêtons la cour, et nous lui demandons où cela est écrit? Certes pas dans l'article 1408 qui dit le contraire, car l'acquisition n'est pas faite au nom de la femme, elle est faite par le mari en son nom personnel, donc pour son compte. Du prétendu principe que l'acquisition est faite pour la femme, la cour déduit la conséquence que l'immeuble est dotal et que le mari n'a pu l'aliéner. On voit que l'arrêt rendu par une cour du Midi est un arrêt romain.

**352.** Le principe sur lequel reposent la doctrine et la jurisprudence conduit encore à d'autres conséquences devant lesquelles les auteurs et les tribunaux ont reculé. Si le retrait rétroagit au jour de l'acquisition faite par le mari, ce ne peut être que par une fiction en vertu de laquelle la femme qui retire l'immeuble est censée l'avoir acheté. C'est donc elle qui sera acquéreur et, par conséquent, débitrice du prix à l'égard des vendeurs. La cour de Lyon l'avait jugé ainsi, et sa décision est très-logique si l'on admet la fiction que l'opinion générale implique. Cependant elle a été cassée. La cour de cassation invoque le texte de l'article 1408, ce qui est très-significatif, car le texte ignore tout ce qu'on lui a fait dire : la loi dit que la femme qui retire l'immeuble est tenue de rembourser le prix à la communauté, c'est avec la communauté qu'elle traite en retirant un immeuble conquis; elle n'a pas traité avec les vendeurs du mari, elle ne leur doit donc rien (2). Cela est très-vrai dans notre opinion, qui paraît aussi être celle de la cour de cassation. Mais cela n'est pas exact quand on admet l'opinion générale. Toutefois les auteurs enseignent, comme la cour, que la femme n'est point débitrice des

(1) Voyez quant à la résolution des hypothèques, les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 858)

(2) Riom, 20 mai 1839 (Dalloz, *ibid.*, n° 859)

vendeurs, que ceux-ci n'ont que leur privilège et l'action en résolution (1).

**353.** Un seul auteur, le dernier qui a écrit sur la matière, et l'un des meilleurs, a été frappé de la contradiction entre le principe et la doctrine admise par les auteurs et la jurisprudence. La conséquence logique du principe conduit à décider que la femme est débitrice des vendeurs. Mais, pour le coup, on peut dire que la conséquence témoigne contre le principe. Si la femme est débitrice, il s'ensuit qu'elle est censée avoir contracté avec les vendeurs; cependant elle est étrangère au contrat, elle n'a pas consenti et les vendeurs n'ont pas consenti à traiter avec elle. Ainsi on aboutit à un contrat sans concours de consentement. La fiction va jusqu'à l'hérésie juridique. N'est-ce pas une preuve bien palpable que le législateur seul aurait pu consacrer la théorie que nous combattons (2).

Nous ne sommes pas au bout des difficultés. M. Colmet de Santerre a le premier appelé l'attention sur une conséquence de l'opinion générale, qui est en opposition avec tous les principes. Les copropriétaires de l'immeuble ont voulu traiter avec le mari, et voilà que par l'effet du retrait il se trouve qu'ils n'ont point traité avec lui, puisqu'il est censé n'avoir jamais été acquéreur. C'est la femme qui se substitue au mari; les vendeurs ont donc traité, sans le vouloir, avec la femme. On ne peut pas les forcer à vendre sans leur consentement, on doit donc leur permettre de demander la nullité de l'acte par lequel le mari était devenu propriétaire. Vainement objecterait-on que les vendeurs sont sans intérêt; il peut y avoir d'autres tiers très-intéressés à écarter la femme: ce sont les tiers créanciers hypothécaires qui tiennent leur droit des copropriétaires de la femme. Si le retrait rétroagit par application des articles 883 et 1408, la conséquence sera désastreuse pour les tiers; la femme leur opposera le principe qu'elle est censée avoir toujours été propriétaire des immeubles qu'elle

(1) Cassation, 14 novembre 1854 (Dalloz, 1855, I, 232).

(2) Rodière et Pont, t. I, p. 549, n° 640. Aubry et Rau, t. V, p. 315 et suiv. et note 106

retire, tandis que les vendeurs sont censés ne l'avoir jamais été; donc les hypothèques tombent (1). Voilà une conséquence de l'opinion générale qui doit faire réfléchir. La solution que M. Colmet de Santerre propose ne sera pas accueillie; on opposera le texte de la loi, comme la cour de cassation l'a déjà fait. Il faut donc chercher le remède ailleurs. Il se trouve aussi dans le texte. La loi ignore la fiction de la rétroactivité et les conséquences étranges qui en découlent. Elle donne à la femme un droit de retrait, c'est-à-dire de rachat: Cela suppose une convention nouvelle qui transforme l'immeuble, conquêt jusque-là, en propre. Ce changement n'opère pas sur le passé, donc tous les droits sont maintenus. Dans l'opinion générale, on sacrifie tous les droits au retrait de la femme; nous concilions les droits des tiers avec celui de la femme en lui permettant de retirer immédiatement l'immeuble; les droits qui le grèvent subsisteront et il ne pourra y avoir de concession nouvelle.

## N° 5. DE L'ÉCHANGE.

**354.** L'article 1407 porte : « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux n'entre point en communauté, et est *subrogé* au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte. » Pourquoi l'immeuble reçu en échange d'un propre devient-il propre? La loi le dit : par l'effet d'une *subrogation*; on l'appelle *réelle* pour la distinguer de la *subrogation personnelle*, dont nous avons traité au titre des *Obligations*. Pothier définit la subrogation réelle comme suit : « C'est une *fiction de droit* par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée, à la place de laquelle elle a été acquise et à laquelle elle est subrogée. » Il y a une fiction dans la subrogation, Toullier a tort de la nier (2). Quelle est la réalité des

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 90, n° 37 bis X-XIII.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 197. Colmet de Santerre, t. VI, p. 78, n° 35 bis I. Comparez Toullier, t. VI, 2, p. 155, n° 148.

choses? C'est que l'échange est une acquisition à titre onéreux faite pendant le mariage; donc en vertu de la règle établie par l'article 1401, n° 3, il devrait former un conquêt. S'il forme un propre, c'est par la disposition de la loi, et comme cette disposition est contraire à la réalité, il faut dire que c'est une fiction. Ce n'est pas une querelle de mots; les fictions légales sont régies par des principes particuliers; elles sont de la plus stricte interprétation et ne comportent, par conséquent, pas d'interprétation extensive. Toullier dit que la disposition de l'article 1407 est fondée sur l'équité. Sans doute, il est juste que l'immeuble reçu en échange d'un propre devienne propre, la communauté n'y a aucun droit. Mais l'équité seule n'aurait point suffi pour former un propre de l'immeuble reçu en échange; s'il est propre, c'est en vertu de la loi, et la loi consacre une fiction.

**355.** C'est parce que la subrogation se fait en vertu de la loi qu'elle a lieu de plein droit. La cour de Nancy a fait une application très-juridique de ce principe. On prétendait que l'échange était un remploi et que, par conséquent, il fallait observer toutes les conditions prescrites par la loi pour qu'il résultât de l'échange un remploi. C'est une erreur; la loi distingue le remploi de l'échange : pour l'échange elle n'exige pas de formalité, donc l'interprète n'en peut exiger aucune. Dans l'espèce, deux époux avaient échangé divers immeubles provenant en partie de leurs propres, en partie de leurs acquisitions, en déclarant expressément dans l'acte que les immeubles par eux acquis « leur tiendraient même nature. » Il est vrai que les conjoints n'avaient pas déterminé les fractions pour lesquelles les biens par eux reçus en échange leur tiendraient lieu de propres et resteraient conquêts, mais peu importe, cela ne pouvait pas transformer toute l'acquisition en conquêt; une expertise suffisait pour déterminer la proportion pour laquelle l'immeuble serait propre et conquêt. Lors de la dissolution de la communauté par la mort de l'un des conjoints, la part des héritiers dans le domaine constituait donc un droit immobilier, puisque c'était la reprise d'un immeuble. Il en résultait que ce droit n'était pas com-