

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-

pris dans le legs des meubles que le prédécédé avait fait à son conjoint; il appartenait aux héritiers (1).

**356.** L'un des époux possède, en se mariant, l'usufruit de plusieurs immeubles; il l'échange, pendant le mariage, contre la toute propriété d'un de ces immeubles. A sa mort, la veuve prétend que cet immeuble est un conquêt. Il a été jugé, et avec raison, que c'était un propre. Il est certain que c'était un propre lors de l'échange; en effet, l'usufruit immobilier étant un immeuble propre à l'époux, l'immeuble reçu en échange de ce propre formait aussi un propre. Quel était donc le motif de douter? Le mari usufruitier était prédécédé; donc s'il n'avait pas aliéné son usufruit, il se serait éteint en même temps que la communauté s'est dissoute par sa mort. On en concluait que l'immeuble n'avait pas été acquis en échange d'un propre qui n'existait plus. C'était très-mal raisonner. Pour déterminer la nature d'une acquisition, il faut se reporter au moment où elle est faite, sans tenir compte des chances attachées à un droit viager, tel que l'usufruit. L'usufruitier mettait fin à ces chances en échangeant un droit viager contre un droit perpétuel (2). Autre est la question de savoir s'il y avait lieu, de ce chef, à des récompenses; nous y reviendrons.

**357.** L'article 1407 donne lieu à une question très-controversée. Il décide que l'immeuble reçu en échange d'un propre est un propre, quoiqu'il y ait une différence de valeur entre les deux immeubles; l'immeuble est propre pour le tout, alors même qu'il aurait une valeur plus grande que l'immeuble donné en échange, sauf récompense s'il y a soulte, dit la loi. C'est une disposition empruntée à l'ancien droit. Pothier en donne la raison: la soulte, dit-il, n'est qu'un accessoire du contrat, qui n'en doit pas changer la nature. Cela suppose que les deux immeubles sont d'une valeur à peu près égale; dans ce cas, on peut dire que la soulte est un accessoire. Mais si la soulte est considérable, si elle est égale ou même supérieure à la valeur de l'immeuble donné

(1) Nancy, 3 mars 1869 (Daloz, 1869. 2. 85).

(2) Angers, 25 mai 1859 (Daloz, 1859. 2. 153).

en échange, le contrat sera-t-il encore un échange, et l'immeuble reçu en échange sera-t-il toujours propre pour le tout? Pothier répond que le contrat est mixte, mêlé de vente et d'échange; en conséquence, il décide que l'immeuble sera un conquêt en proportion de la somme payée pour l'acquérir et propre pour la valeur de l'immeuble donné en échange.

Faut-il encore admettre cette solution sous l'empire du code civil? Il y a, sur cette question, à peu près autant d'avis que d'auteurs. Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte: il prévoit le cas d'une différence de valeur entre les deux immeubles et il n'en tient aucun compte; il décide indistinctement, et quel que soit le montant de la soulte, qu'elle ne donne lieu qu'à une récompense et que l'immeuble ne laisse pas d'être propre. Vainement dit-on que la distinction résulte de la nature des choses. En théorie, oui; le législateur aurait dû distinguer, mais il ne l'a pas fait, et dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas distinguer. En effet, la distinction, dans l'espèce, est une de ces dispositions arbitraires que le législateur seul peut consacrer. Quand le contrat cesse-t-il d'être un échange? Quand deviendra-t-il mixte? Quand, à raison de la modicité de la soulte, y aura-t-il vente? Voilà des questions que le législateur seul peut résoudre, car les limites sont arbitraires, elles peuvent être plus ou moins étendues. Dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas faire ce que le législateur aurait dû faire; ce serait faire la loi (1). Nous n'admettons qu'une exception qui résulte des principes: s'il y avait fraude, les parties intéressées seraient admises à prouver que le prétendu échange est une vente et que, par conséquent, l'immeuble est un conquêt; la fraude fait exception à toutes les règles, et il n'appartient pas aux conjoints de rendre propre un immeuble qui,

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 156, n° 149. Zacharise, traduction de Massé et Vergé, t. IV, p. 76, note 44. Glandaz, *Encyclopédie de droit*, au mot *Communauté conjugale*, n° 113. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 301, note 62, § 507, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Sancerre, t. VI, p. 79, n° 35 bis III et IV. Les auteurs ne s'accordent pas, ce qui est inévitable quand, au lieu de rester attachés au texte, ils font la loi.

d'après la loi de leur contrat, doit tomber en communauté.

**358.** Un arrêt récent de la cour de cassation s'est prononcé dans le sens de notre opinion, quoique avec une certaine réserve. L'un des époux avait été exproprié, pour cause d'utilité publique, d'une maison à lui propre. En échange de cet immeuble, la ville de Paris lui céda un terrain à charge d'y élever des constructions. La valeur du terrain était supérieure de 25,000 francs à l'indemnité d'expropriation attribuée aux deux conjoints, tant pour la maison que pour le déplacement de leur industrie. Les époux étaient donc débiteurs d'une soulte de 25,000 francs. Dans le partage de la communauté et de la succession, il fut déclaré que, conformément à la doctrine de presque tous les auteurs, l'acquisition du terrain doit être considérée comme propre dans la proportion de l'immeuble cédé en échange à la ville et comme acquêt pour le surplus; qu'en conséquence la maison édiflée sur ce terrain appartient à la succession pour 63/168 et à la communauté pour 105/168 de la somme de 240,828 francs, montant des frais de construction. La maison a été attribuée à la veuve en toute propriété, à charge d'une soulte de 90,949 francs, dont l'usufruit lui a été conféré pour la remplir jusqu'à due concurrence du legs fait à son profit. Des difficultés s'élevèrent sur les droits d'enregistrement. La régie considéra l'immeuble comme propre pour le tout en vertu de l'article 1407; par suite l'attribution à la veuve était une dation en paiement et, à ce titre, sujette à un droit de mutation; le tribunal de la Seine lui donna gain de cause et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet.

La cour commence par constater que la convention intervenue entre la ville de Paris et les conjoints est un échange; que la soulte dont les époux ont été chargés n'empêche pas l'immeuble d'être un propre pour le tout; par suite, la maison construite sur le terrain propre au mari lui était aussi propre, sauf récompense à la communauté pour frais de construction. Ainsi la cour applique, à la lettre, l'article 1407, malgré l'importance de la soulte. Elle s'explique ensuite sur l'acte de partage qui avait

appliqué la distinction de Pothier, en considérant la convention comme mixte, moitié échange, moitié vente, dans la proportion de la valeur estimative de la maison cédée en échange et de l'importance de la soulte. En procédant ainsi, dit la cour, les parties intéressées, la veuve et les héritiers du mari « n'ont point exercé une faculté qui aurait été antérieurement réservée par les époux. » Voilà la réserve : veut-elle dire que le caractère de l'acquisition dépendait des conventions arrêtées entre les coéchangistes? Cela serait douteux; à notre avis, les époux ne peuvent pas déroger, pendant le mariage, à l'article 1407 qui est considéré comme une clause du contrat de mariage tacite qu'ils font en se mariant sous le régime de communauté. La cour ajoute qu'en l'absence de conventions, le contrat d'échange a eu pour effet immédiat de fixer la propriété du terrain sur la tête du mari, ce qui en faisait un propre dans sa succession; d'où la conséquence que ledit terrain, y compris la construction, n'avait pu sortir de la succession que par une convention translatrice de propriété; ce qui soumettait la veuve au paiement du droit proportionnel pour mutation (1).

N° 6. EMPLOI.

**359.** Le mari vend un immeuble à lui propre; puis il acquiert un immeuble en déclarant que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de emploi. Cette acquisition forme un propre. Il en est de même si l'acquisition a été faite des deniers provenant de la vente d'un propre de la femme, si le emploi fait par le mari est accepté par elle (art. 1434, 1435). Pourquoi et à quel titre le emploi d'un propre constitue-t-il un propre? C'est une subrogation réelle, comme dans le cas d'échange, donc une fiction légale. Il importe d'établir le principe, parce qu'il a des conséquences importantes. Quand le mari acquiert un immeuble, en déclarant que l'acquisition est faite

(1) Rejet, chambre civile, 9 août 1870 (Dalloz, 1871, 1, 156).