

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).

avec les deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble qui était propre à lui ou à sa femme, cet immeuble devrait être un conquêt; en effet, il est acquis à titre onéreux pendant le mariage. Qu'importe que le prix soit payé des deniers provenant de la vente d'un propre? Quand l'article 1401 déclare conquêt tout immeuble acquis pendant le mariage, il ne distingue pas qui paye le prix, et il n'y avait pas lieu de faire cette distinction. Ce n'est pas celui qui avance les deniers qui devient propriétaire de l'immeuble, c'est celui qui achète, sauf indemnité ou récompense; or, c'est la communauté qui achète, aux termes de l'article 1401; c'est donc elle qui est propriétaire à charge de récompense. Telle est la réalité des choses. La loi permet aux époux d'y déroger, moyennant une déclaration de remploi, en substituant ou subrogeant l'immeuble acquis en remploi au propre aliéné, dont il prend la nature. Voilà la fiction. Le remploi est une subrogation réelle, donc une fiction (1).

360. Pourquoi la loi autorise-t-elle cette fiction? Elle est fondée en équité; l'époux avait un propre, s'il l'aliène et s'il achète un autre immeuble avec les deniers provenus de la vente, dans l'intention que cet immeuble lui soit propre, cette volonté est si légitime et si naturelle, que les personnes étrangères au droit n'y aperçoivent pas même de fiction. On dira : Si l'époux tient à avoir un immeuble propre, pourquoi vend-il celui qu'il a? Il le vend, sans doute, parce qu'il a intérêt de le vendre, et il achète un autre immeuble toujours parce qu'il y trouve son intérêt. La loi donne, à cet égard, pleine liberté aux parties, parce que la liberté des transactions est un élément de prospérité pour les particuliers et une source de richesses pour l'Etat. Or, si l'époux qui est intéressé à vendre un propre ne pouvait pas acquérir un autre propre à titre de remploi, on entraverait la vente et, par suite, la libre circulation des propriétés immobilières, au grand préjudice des individus et de la société. En effet, l'époux préférerait souvent garder son propre que de l'aliéner; il est vrai

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 302, § 507.

que les deniers provenant de l'aliénation lui seront propres, mais des deniers propres ne remplacent pas un immeuble propre, surtout pour la femme. Les deniers, quoique propres à l'époux, tombent en communauté, sauf récompense, la communauté devenant propriétaire, à titre d'usufruitière, de choses consommables; le mari, s'il s'agit de deniers de la femme, en acquiert donc la libre disposition, il peut même en disposer à titre gratuit; tandis qu'il ne peut pas aliéner un propre de la femme. Des propres immobiliers donnent donc à la femme des garanties que ne lui donnent pas des deniers propres. La femme a encore un autre intérêt à avoir un immeuble propre, plutôt que des effets mobiliers, et cet intérêt est commun au mari qui a un propre immobilier. Les immeubles ont un grand avantage, ils augmentent régulièrement de valeur par le seul laps de temps. Voici donc quelle sera la position des époux qui alièneront un propre; si ce propre n'est pas remployé, ils n'auront droit qu'à la récompense du prix, créance fixe, qui n'augmente pas, alors que la valeur de l'immeuble que l'époux aliène aurait augmenté; et si un immeuble était acheté avec les deniers propres, c'est la communauté qui profiterait de l'accroissement de valeur de cet immeuble. A ces conditions, l'époux ne vendra point. Tandis qu'il ne sera pas entravé dans ses spéculations quand, en vendant un propre, il sait qu'il pourra acquérir un autre propre à sa place (1).

Le remploi étant avantageux aux époux, et légitime à ce titre, la loi a dû l'admettre; au point de vue légal, le remploi replace les époux dans la situation où ils étaient avant l'aliénation : le droit de l'époux propriétaire et celui de la communauté sont rétablis tels qu'ils existaient lors du contrat de mariage; or, la loi aime cette fixité. Pourquoi, dira-t-on, si elle favorise le remploi, le soumet-elle à des conditions rigoureuses? pourquoi ne pas admettre la subrogation de plein droit, comme en matière d'échange? Le remploi de plein droit était admis par quelques coutumes, sans doute comme garantie pour la femme;

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 194, n° 79 bis II.

les époux sont libres de le stipuler, mais le législateur a bien fait de ne pas l'établir de plein droit, car il se peut que l'acquisition nouvelle ne convienne pas à la femme. Il fallait aussi prévenir les fraudes. Les créanciers de la communauté et du mari n'ont pas d'action sur les propres immobiliers de la femme; le législateur a dû prévoir que les époux pourraient créer des propres fictifs, en ce sens qu'ils soustrairaient aux créanciers des valeurs qui forment leur gage; c'est pour prévenir ces fraudes que la loi prescrit des conditions sévères pour le emploi (1). Elles varient selon que le emploi est fait pour le mari ou pour la femme.

I. Du emploi fait pour le mari.

361. La première condition requise pour qu'il y ait emploi, c'est qu'un propre du mari ait été aliéné, car le emploi n'a pas d'autre objet que de remplacer un propre aliéné. Autre est la question de savoir si le emploi peut précéder l'aliénation. C'est ce qu'on appelle le emploi anticipatif. Ce emploi se pratiquait dans l'ancien droit, et il est resté dans nos usages, ce qui prouve que les époux peuvent être intéressés à le faire. L'un des époux se propose d'aliéner un propre. Une occasion se présente de faire une acquisition avantageuse qui lui tiendrait lieu de emploi, mais les circonstances ne permettent pas de faire à temps l'aliénation du propre : l'époux pourra-t-il stipuler qu'il acquiert l'immeuble comme emploi du propre qu'il aliénera? Il y a un motif de douter; le emploi anticipatif n'est pas dans les termes de la loi; cela est certain, car l'article 1434 exige que lors de l'acquisition de l'immeuble, le mari déclare qu'elle est faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel; donc l'aliénation doit être consommée avant que le emploi se fasse. Conçoit-on, dit Toullier, que l'on remplace un propre qui existe encore dans le patrimoine du mari? Cela paraît contraire au bon sens, comme le dit Odier (2). Toutefois la

(1) Troplong, t. I, p. 334, n° 115.

(2) Toullier, t. VI, 2, p. 322, n° 370. Odier, t. I, p. 309, n° 526.

doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'opinion contraire. Nous croyons que l'opinion générale se concilie avec le texte et avec l'esprit de la loi. Mais il importe de préciser les vrais motifs de décider.

Le texte dit : *les deniers provenus de l'aliénation*. Cela veut dire qu'il doit y avoir aliénation; l'essence de la condition est celle-ci : il faut qu'il y ait aliénation pour qu'il y ait emploi. Quand cette aliénation doit-elle se faire? La loi suppose que l'aliénation est consommée au moment où se fait la déclaration de emploi. Cette supposition est-elle une condition? Les termes de la loi ne le disent pas; la loi suppose ce qui se fait habituellement, mais elle n'en fait pas une condition; il n'y avait pas de raison de s'écarter en ce point de la tradition (1). Qu'importe quand l'immeuble propre sort du patrimoine de l'époux, pourvu qu'il en sorte? et qu'importe, par conséquent, quand le emploi se fait, pourvu qu'il se fasse pour prendre la place d'un propre aliéné? A vrai dire, le emploi anticipatif n'est rien qu'un emploi conditionnel; je déclare aujourd'hui acquérir un immeuble à titre de emploi de tel immeuble que je me propose d'aliéner. Si j'aliène, toutes les conditions prescrites pour le emploi se rencontrent : j'ai aliéné un propre et j'ai employé les deniers à acquérir un autre propre. Si je n'aliène pas mon propre, il n'y aura pas de emploi, cela va sans dire (2).

La jurisprudence est en ce sens, mais elle n'est pas très-précise. On lit, dans un arrêt de la cour de cassation, que le emploi anticipatif ne blesse ni la morale ni l'ordre public (3). Non, certes, et personne n'a jamais dit le contraire. Mais là n'est pas la difficulté. Il s'agit de savoir si l'une des conditions du emploi est que l'aliénation du propre précède le emploi. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Paris qui insiste sur les inconvénients que présente le emploi anticipatif : la nature de la propriété, dit-elle, reste incertaine, puisqu'elle dépend d'une condition

(1) Poitiers, 19 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1442).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 199, n° 70 bis VIII. Rodière et Pont, t. I, p. 583, n° 677. Marcadé, t. V, p. 474, n° IV de l'article 1434.

(3) Rejet, 23 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 751).