

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° 79 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).

dont on ne peut prévoir la fin (1). Il nous semble que le motif se retourne contre l'arrêt qui s'y appuie. Oui, le emploi anticipatif est un emploi conditionnel, et partant incertain; mais n'en est-il pas ainsi de toute condition? Il y a plus; le emploi, quand il est fait pour la femme, est toujours incertain, puisqu'il dépend de son acceptation, et elle peut accepter jusqu'à la dissolution de la communauté; si la loi avait voulu fixer immédiatement la nature de la propriété, elle aurait dû admettre le emploi de plein droit. Tel n'est pas le système du code; dès lors l'incertitude est inévitable. Après tout, les inconvénients qui résultent d'une disposition de la loi sont une objection à l'adresse du législateur; l'interprète n'en peut tenir aucun compte.

Il y a un autre arrêt qui distingue : le mari ne peut pas faire de emploi anticipatif, tandis que la femme le peut. Cette distinction, approuvée par Troplong, est tout à fait arbitraire; elle repose sur des considérations de fait dont le juge ne peut tenir aucun compte. Le mari vendra si l'acquisition qu'il a faite en emploi anticipatif se trouve avantageuse, il ne vendra pas si l'acquisition est mauvaise (2). Cela est vrai; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur aurait dû organiser le emploi anticipatif en le soumettant à certaines conditions. De ce que la loi est mal faite, on ne peut pas induire qu'il n'y a pas de loi.

**362.** Une seconde condition requise pour qu'il y ait emploi, c'est que l'acquisition soit faite d'un immeuble avec déclaration que les deniers proviennent de l'aliénation du propre vendu. Il faut que les deniers proviennent de l'immeuble aliéné; ces deniers sont propres à l'époux et tiennent lieu du propre aliéné : si l'acquisition en emploi pouvait se faire avec d'autres deniers, il en résulterait que l'époux aurait deux propres en remplacement de celui qu'il a aliéné, les deniers et l'immeuble remployé; il soustrairait donc à la communauté une valeur qui lui ap-

(1) Paris, 27 janvier 1820 (Dalloz, *Contrat de mariage*, n° 1444).

(2) Angers, 6 mars 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56). Troplong, t. 1, p. 342, n° 1154.

partient pour s'en faire un propre, ce qui est contraire à tout principe.

La seconde condition donne lieu à plusieurs difficultés. On demande d'abord s'il faut que les deniers aient été versés dans la communauté. La négative est certaine; tout ce que la loi exige, c'est que les deniers *proviennent* de l'aliénation de l'immeuble propre de l'époux; peu importe qu'ils aient été versés dans la communauté ou non. Tant qu'ils n'y ont pas été versés, ils restent propres à l'époux, donc l'immeuble est acheté avec des deniers de l'époux; la condition de la loi est remplie à la lettre. Quand ces deniers y sont versés, ils deviennent la propriété de la communauté, mais à charge de récompense, c'est-à-dire de restitution; cette restitution se fait sous forme de emploi. En ce sens, l'article 1470 dit que l'époux prélève sur la masse partageable le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait emploi (1).

Faut-il que les deniers provenus de l'aliénation aient été payés au vendeur de l'immeuble acquis en emploi? La réponse est encore négative par le même motif, c'est que la loi n'exige pas cette condition, elle se contente de la déclaration qu'il y a des deniers provenus de l'aliénation et que c'est avec ces deniers que l'acquisition a eu lieu. Dès que cette déclaration est faite, il y a emploi; la loi n'a pas pu exiger davantage, parce que les parties doivent jouir de la plus grande liberté dans les transactions immobilières, sinon, au lieu de les favoriser, on les entrave. Il est rare que le prix soit payé au moment même de l'acquisition, il se peut que les parties ne traitent pas au comptant; aussi la loi n'exige pas que le prix soit payé lors de l'acquisition avec les deniers propres; cela serait même souvent impossible si l'acquisition se fait longtemps après la vente du propre; les deniers tombés dans la communauté auront été placés; l'époux n'en a donc pas la disposition au moment où il acquiert l'immeuble en emploi (2).

(1) Rejet, 6 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 40).

(2) Même arrêt.

Il suit de là que le paiement ne doit pas se faire avec les deniers identiques que l'époux a touchés en aliénant son propre. Le code ne l'exige pas, et il n'y avait pas de raison de l'exiger. Il favorise le remploi, puisqu'il crée une fiction pour le rendre possible. Or, il l'aurait souvent rendu impossible s'il avait prescrit que le paiement se fit avec les deniers mêmes qui ont été payés à l'époux. Pourquoi l'un des époux vend-il? D'ordinaire, pour venir en aide à la communauté qui a besoin d'argent; on commence donc par employer les deniers, puis on fait remploi; la loi se montre plus exigeante dans la subrogation prévue par l'article 1250, n° 2, ainsi que dans les cas des articles 2102, 2° et 2102, 5°. Nous venons de dire le motif de cette exception : la loi favorise le remploi, et elle a dû tenir compte des besoins de la communauté, sinon la faculté qu'elle donne eût été à peu près inutile (1).

**363.** Faut-il nécessairement que les deniers propres proviennent de l'aliénation d'un propre immobilier? L'époux peut avoir d'autres deniers propres. Tels seraient les deniers donnés avec la clause qu'ils n'entreront pas en communauté. L'époux donataire peut-il acheter un immeuble de ces deniers avec déclaration de remploi? La question est très-controversée et il y a quelque doute. Nous croyons que ce remploi ne peut pas se faire. A vrai dire, il ne peut pas même être question de remploi. Le mot *remploi* le prouve; il implique qu'un propre immobilier est remplacé par un autre propre immobilier; lorsque des deniers propres sont employés à acquérir un immeuble, il y a *emploi*, il n'y a pas *remploi*; pour que l'emploi fait en immeubles fût propre à l'époux à qui les deniers appartiennent, il faudrait une disposition formelle de la loi, car ce serait une fiction, la réalité étant que l'immeuble acquis à titre onéreux devient un conquêt; or, la loi ne consacre pas cette fiction, ce qui est décisif. Vainement invoque-t-on l'article 1434 pour l'appliquer par analogie; cette disposition consacre la fiction du *remploi*; on ne peut l'étendre à la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 239, note 11, § 575. Colmet de Santerre, t. VI, p. 202, n° 79 bis XI.

fiction de l'*emploi* : ce serait fonder une fiction sur une fiction, ce qui aboutit à créer une fiction que la loi ignore (1).

On prétend que le texte que nous disons ne pas exister se trouve dans l'article 1470, et on invoque encore l'article 1595. Aux termes de l'article 1470, les époux prélèvent sur la masse partageable 1° leurs propres, s'ils existent en nature, ou les biens qui ont été acquis en remploi; 2° le prix des immeubles aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait remploi. Cette disposition, dit-on, ne distingue pas si le remploi a été fait avec des deniers provenant d'un immeuble propre, ou avec d'autres deniers propres; il y a donc remploi dans tous les cas (2). Nous répondons que les conditions du remploi ne sont pas déterminées par l'article 1470, qu'elles le sont par les articles 1434 et 1435; quant à l'article 1470, son seul objet est de déterminer les prélèvements; or, il ne faut jamais faire dire à une loi ce que le législateur n'a pas entendu décider. L'article 1470 suppose qu'il y a remploi : quand y a-t-il remploi? ce sont les articles 1434 et 1435 qui répondent à la question. On insiste néanmoins sur l'article 1470 et l'on dit que le n° 1 parle de *biens* qui ont été remployés, tandis que le n° 2 parle d'*immeubles*; le mot *biens*, plus général, comprend aussi les *meubles*, et il faut l'entendre ainsi, ajoute-t-on, sinon le n° 2 ne ferait que répéter la disposition du n° 1 (3). Nous répondons que les n°s 1 et 2 de l'article 1470 ont un objet différent : le premier parle de la reprise en nature, le second de la reprise du prix; si l'on prétend que le n° 1 est applicable aux meubles et aux immeubles, tandis que le n° 2 ne serait applicable qu'aux immeubles, on aboutit à cette conséquence absurde que l'époux qui a des meubles propres n'aurait pas droit à la reprise du prix si ces meubles avaient été aliénés, car le n° 2 ne prévoit pas le cas de la reprise du mobilier vendu. Cela nous apprend dans quel ordre d'idées les auteurs du code ont écrit l'article 1470; ils ne se sont

(1) Comparez Duranton, t. XIV, p. 525, n° 389.

(2) Mourlon dit que l'article 1470 lève tout doute (t. III, p. 69, 2° n° 166 *ter*).

(3) Paris, 9 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1476).

préoccupés que des immeubles, quoiqu'il y ait des meubles propres; s'ils avaient pensé aux meubles, ils auraient dû les comprendre aussi dans le n° 2 et, par conséquent, employer dans ce numéro, comme dans le n° 1, l'expression générale de *biens*. En définitive, l'article 1470 doit être écarté comme étant étranger à notre question (1).

L'article 1595, que l'on invoque aussi (2), dit dans quels cas la vente est permise entre époux; le n° 2 est ainsi conçu : « Le contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession de biens que le mari fait à sa femme a une cause légitime, telle que le emploi de ses immeubles aliénés, ou de *deniers* à elle appartenant, si ces immeubles ou *deniers* ne tombent pas en communauté. » En apparence, l'article 1595 est décisif, puisqu'il admet le emploi de *deniers propres*. En réalité, la loi prévoit un cas tout à fait spécial. D'abord le langage de l'article est inexact quand il parle du emploi des *deniers* et qu'il le place sur la même ligne que le emploi des *immeubles aliénés*; on fait *emploi* des deniers propres, on ne les *emploie* pas. Puis la loi ne prévoit pas le emploi proprement dit, même en ce qui concerne les immeubles propres aliénés. Quand le mari est débiteur du prix des propres de la femme qui ont été aliénés, la loi lui permet de payer cette dette, en cédant un immeuble à la femme en paiement de ce qu'il lui doit. Cette vente sous forme de dation en paiement n'est point soumise aux conditions que l'article 1435 exige pour le emploi fait au nom de la femme; ce n'est donc pas un emploi proprement dit, et il n'en produit pas non plus les effets. Dans le cas de l'article 1470, il y a vente et, par conséquent, la femme ne devient propriétaire qu'à partir du moment où la vente se parfait. Le emploi, au contraire, rétroagit, comme nous allons le dire, en ce sens que la femme est propriétaire de l'immeuble acquis en emploi, du jour où le mari en a fait l'acquisition avec déclaration de emploi. De là des conséquences très-importantes quant aux droits que des tiers ont acquis sur l'immeuble cédé à la femme entre l'acquisition que le mari

(1) Rennes, 12 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 199).  
 (2) Troplong, t. I, p. 343, n° 1156.

en a faite et la cession qu'il en fait à sa femme. La femme doit respecter ces droits dans le cas de l'article 1595, elle ne doit pas les respecter dans le cas de l'article 1435 (1).

On fait une autre objection à l'opinion que nous avons enseignée, il est bon de la mentionner parce qu'on nous la fera plus d'une fois. C'est une interprétation judaïque, dit-on (2). C'est le reproche que l'on aime à adresser à ceux qui restent attachés à la lettre de la loi; il est mérité quand, en s'en tenant à la lettre de la loi, on lui fait dire le contraire de ce qu'elle a voulu dire. Mais, dans l'espèce, on oublie qu'il s'agit d'interpréter une fiction légale, et les fictions sont essentiellement de stricte interprétation. Troplong ajoute qu'il ne faut pas faire violence à la volonté des parties (3). Nous répondons que le emploi ne dépend pas de la volonté des parties, c'est la loi qui en règle les conditions, et il a fallu une loi pour permettre aux époux de transformer en propre un immeuble qui, en vertu de leur contrat tacite, devrait être un conquêt. C'est donc la loi qu'il faut uniquement considérer en cette matière, et c'est à la loi qu'il ne faut pas faire violence, comme on le fait dans l'opinion que nous combattons (4).

La jurisprudence est divisée (5). Il y a des arrêts de la cour de Rennes et de Douai dans le sens de notre opinion. L'arrêt de Douai ajoute une considération à celles que nous avons fait valoir. Pourquoi, dit-on, ne pas permettre le emploi des meubles propres, alors que l'on permet celui des immeubles? La question s'adresse au législateur qui probablement n'y a point songé, parce que régulièrement il n'y a point de propres mobiliers sous le régime de la communauté légale. On peut cependant donner une raison de la différence que la loi met entre les propres mobiliers et les propres immobiliers. La subrogation d'un immeuble

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 304, note 71. Colmet de Santerre, t. VI, p. 201, n° 79 bis X.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 69, n° 160 ter.

(3) Troplong, t. I, p. 342, n° 1157.

(4) Voyez, en sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 309, note 88, § 507, et les autorités qu'ils citent.

(5) Voyez, dans le sens de l'opinion générale, un arrêt bien motivé de la cour de Toulouse, du 27 mai 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1474).

à un autre immeuble n'apporte aucun changement aux droits respectifs de la communauté et des époux; elle ne fait que rétablir l'état des choses qui existait avant l'aliénation. Il en serait tout autrement du emploi des deniers propres, il apporterait un changement à la situation des époux; l'époux qui a des deniers propres était créancier de la communauté; par le emploi, il deviendrait propriétaire d'un propre immobilier. Le mari pouvait disposer des deniers propres de la femme; il pouvait s'en servir dans ses entreprises agricoles, industrielles, commerciales, tandis qu'il ne pourrait pas disposer des immeubles acquis en emploi. Il y a donc des raisons pour favoriser le emploi des immeubles, et il y a des raisons pour ne pas admettre le emploi des deniers (1).

**364.** Il ne suffit point que le mari fasse une acquisition avec les deniers provenus de l'aliénation d'un immeuble qui lui était propre; il faut qu'il en fasse la déclaration. Ainsi le fait seul serait inopérant. La raison en est simple: le législateur n'impose pas le emploi, il le permet; le mari est donc libre de faire ou de ne pas faire le emploi du prix qu'il a touché, et alors même qu'il est décidé à remployer les deniers, il a naturellement le choix des acquisitions. Une occasion se présente pour faire une acquisition avantageuse à la communauté; le mari la fait avec des deniers à lui propres, sauf à faire plus tard un emploi à son avantage, s'il en trouve l'occasion. La loi ne pouvait donc pas se contenter du fait qu'un immeuble a été acquis par le mari avec ses deniers pour déclarer cet immeuble propre; elle aurait risqué d'attribuer au mari un immeuble qu'il avait acheté pour la communauté. De là la nécessité d'une déclaration (2) d'emploi, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté du mari.

En quoi doit consister cette déclaration? Sur ce point, la loi est très-explicite. Aux termes de l'article 1434, le mari doit déclarer que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était

(1) Douai, 2 avril 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198). La cour est revenue sur sa jurisprudence. Voyez arrêt du 15 juillet 1861 (Dalloz, 1862, 2, 159).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 194, n° 79.

personnel et pour lui tenir lieu de emploi. Ainsi il faut une double déclaration: la première a pour objet de constater l'origine des deniers, la seconde constate l'intention de faire emploi. Ce point a cependant été contesté, malgré l'évidence du texte. L'article emploie la conjonctive *et*; on prétend que la conjonctive est prise ici pour la disjonctive *ou*, et pour interpréter ainsi la loi en la corrigeant, on se prévaut de l'autorité de Pothier qui se sert effectivement de la disjonctive *ou*. Puisque, dans l'ancien droit, l'une des deux déclarations prescrites par l'article 1434 suffisait, on en conclut que, dans une matière traditionnelle, on doit expliquer le code par la tradition. On a répondu, et la réponse est décisive, que l'ancien droit exigeait une double déclaration; les témoignages sont positifs et ne laissent aucun doute. Pothier lui-même ne dit pas le contraire en termes formels. Après tout, quel que soit notre respect pour l'autorité de Pothier, nous respectons encore plus la loi; or, le code est positif, il exige deux déclarations, et il ne les exige pas seulement pour la subrogation réelle de l'article 1434, il les prescrit dans tous les cas où il est question de subrogations personnelles; toujours il veut que l'on mentionne d'abord l'origine des deniers, puis la destination de l'emploi qui en est fait. Nous nous bornons à rappeler la subrogation conventionnelle de l'article 1250, n° 2. Le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette en subrogeant le prêteur dans les droits du créancier. Suffit-il, pour qu'il y ait subrogation, que l'acte de subrogation mentionne soit l'origine des deniers qui servent à payer le créancier, soit l'intention de subroger le prêteur au créancier primitif? Non. Il faut que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le paiement, et il faut que dans la quittance il soit déclaré que le paiement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Même disposition dans l'article 2103. C'est donc un système général du code, ce qui ne laisse plus aucun doute sur le sens de l'article 1434 (1).

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 562, n° 657, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 303, note 68.

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens; elle a décidé, dans un arrêt de principe, qu'il faut une double déclaration pour qu'il y ait emploi. En règle générale, dit la cour, toutes acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage sont des conquêts; par dérogation à cette règle, certaines acquisitions, quoique faites pendant la communauté, constituent des propres. Ce sont des exceptions, donc de stricte interprétation. Tel est le emploi. Mais la dérogation est soumise par la loi à des conditions précises, et le emploi spécialement ne peut résulter que de la double déclaration que la nouvelle acquisition est faite des deniers propres du mari, et qu'elle a lieu pour lui servir de emploi. Dans l'espèce, l'origine des deniers était constatée, mais rien n'était dit quant à l'intention de faire emploi; la cour de Paris avait néanmoins admis le emploi: son arrêt a été cassé (1).

On conçoit que la seule déclaration de l'origine des deniers ne suffise point pour qu'il y ait subrogation et, par suite, emploi; car cette mention a pu être faite pour constater que les deniers ont été employés, sans que le mari veuille prendre l'acquisition pour son compte. Mais quand le mari a déclaré que l'immeuble est destiné à servir de emploi du prix provenu d'un propre aliéné, il devrait y avoir emploi, sans que l'on doive ajouter une indication spéciale de l'origine des deniers. La loi aurait pu se contenter d'une pareille déclaration, mais elle exige si positivement une déclaration distincte de l'origine des deniers qu'il faut décider, à notre avis, que si cette déclaration n'est pas faite, il n'y a pas de emploi. Cela est rigoureux, mais en matière de fiction tout est de rigueur. Il faut ajouter que le but de la loi est de prévenir des fraudes. Raison de plus pour que la loi se montre sévère, et l'interprète doit mettre de la rigueur à interpréter une loi rigoureuse (2).

**365.** Dans quels termes la déclaration doit-elle être

(1) Cassation 20 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). Dans le même sens. Rejet, 23 mai 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1407).

(2) Rodière et Pont, t. 1, p. 565, n° 658. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 303, note 70, § 507.

faite? Il n'y a pas de termes sacramentels, cela va sans dire; mais il faut une déclaration, ce qui implique une mention expresse, c'est-à-dire faite par paroles, que ce soient les termes dont la loi se sert ou des termes équipollents, cela est indifférent; mais il faut des termes qui rendent la pensée de la loi. La cour de Bruxelles a jugé qu'une *déclaration tacite* serait suffisante. C'est confondre le *consentement* avec la *déclaration*; on peut consentir tacitement, mais nous ne concevons pas que l'on *déclare* quelque chose *tacitement*, car *déclarer* c'est exprimer une intention par paroles; il est donc contradictoire dans les termes de parler d'une déclaration tacite. La cour invoque l'ancien droit; d'après les meilleurs auteurs, dit-elle, qui ont écrit sur les coutumes où la mention de emploi était requise, le emploi était suffisamment établi lorsque la nouvelle acquisition se faisait au moment même de l'aliénation avec les deniers provenant des propres aliénés, ou peu de temps après (1). Il suffit de mettre cette opinion en regard du texte pour se convaincre que sous l'empire du code, il ne peut plus être question d'un emploi tacite. La cour de cassation de France s'est exprimée plus exactement, mais pas avec assez de précision, en disant que la déclaration doit se faire, sinon en termes exprès, du moins d'une manière non équivoque (2).

**366.** Quand le mari doit-il faire la déclaration de emploi? L'article veut qu'il la fasse *lors de l'acquisition* de l'immeuble qu'il achète pour lui tenir lieu de emploi. Pothier, à qui cette disposition a été empruntée, en donne une raison de droit qui est péremptoire. La déclaration, dit-il, doit se faire par le contrat d'acquisition de l'héritage nouvellement acquis; elle ne pourrait pas se faire plus tard, car, à défaut de déclaration de emploi, l'immeuble devient un conquêt, et la communauté ne pourrait pas, par une déclaration postérieure, être privée d'une chose

(1) Bruxelles, 11 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 136).

(2) Cassation, 20 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). La cour de cassation de Belgique dit: « La déclaration ne doit pas être énoncée en termes sacramentels: il suffit qu'elle indique l'origine des deniers employés pour payer le prix et la volonté de faire un emploi, de manière à ne laisser aucun doute à cet égard. » (Rejet, 10 avril 1856, *Pasicrisie*, 1856, 1, 241).

qui lui a été une fois acquise (1). Il y a encore un motif de fait qui justifie la condition exigée par l'article 1434. Si le mari pouvait faire la déclaration de remploi postérieurement à l'acquisition, il spéculerait aux dépens de la communauté en gardant l'immeuble pour lui lorsque l'acquisition se trouverait avantageuse, et il la laisserait pour le compte de la communauté quand elle serait mauvaise. La loi aurait dû déroger aux principes pour admettre une déclaration postérieure; et certes elle ne pouvait y déroger pour favoriser les calculs intéressés du mari (2).

**367.** Si les conditions prescrites pour le remploi n'ont pas été observées, l'immeuble sera conquis, car dès que l'on n'est pas dans l'exception, on rentre dans la règle, et la règle est que tout immeuble acquis pendant le mariage entre en communauté (art. 1401). Toute personne peut se prévaloir de l'inobservation de l'article 1434, non-seulement le conjoint, mais aussi les tiers. C'est le droit commun; les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers, en ce sens que les tiers peuvent se prévaloir de la composition active de la communauté, ce qui détermine le patrimoine propre des époux. La question présente un intérêt considérable quand il s'agit du remploi d'un propre de la femme, puisque le mari ne peut pas disposer des propres immobiliers de la femme, tandis qu'il peut disposer des conquêts. Même en ce qui concerne le mari, il importe de savoir si l'immeuble lui est propre; il pourra le donner, tandis qu'il ne peut pas disposer, à titre gratuit, d'un conquêt. Toute partie intéressée peut soutenir que l'immeuble est ou conquêt ou propre.

*II. Des conditions requises pour le remploi fait pour la femme.*

**368.** L'article 1435 porte que la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi, ne suffit point si ce remploi n'a été formellement accepté par

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 198.

(2) Duranton, t. XIV, p. 527, n° 392. Bourges, 23 avril 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1411).

la femme. Il suit de là que régulièrement c'est le mari qui acquiert l'immeuble acheté pour servir de remploi à la femme et que c'est lui qui fait la déclaration d'emploi. C'est une conséquence du droit que le mari a sur les biens de la femme sous le régime de communauté. Il est administrateur de ses biens, donc mandataire légal investi du pouvoir de faire tous les actes d'administration au nom de la femme; or, acheter est un acte d'administration, c'est le meilleur emploi que le mari puisse faire, dans l'intérêt de la femme, des deniers qui lui sont propres. Il est donc naturel que le mari intervienne quand il s'agit de remployer des deniers provenus de l'aliénation d'un propre de la femme. Est-ce à dire que la femme ne puisse pas parler au contrat? Il est certain que la femme peut acheter avec l'autorisation du mari, et en son propre nom, un immeuble pour lui tenir lieu de celui qu'elle a vendu; cet immeuble sera un propre si la femme fait la double déclaration prescrite par la loi. C'est même le moyen le plus simple de faire le remploi, la femme n'a pas besoin, dans ce cas, d'accepter l'acquisition à titre de remploi, puisqu'elle même le stipule.

**369.** L'article 1435 dit : « la déclaration du mari », etc. C'est la double déclaration dont parle l'article 1434; elle est soumise aux mêmes conditions que celle que le mari fait pour son compte. En ce qui concerne l'origine des deniers et leur destination, la loi le dit en répétant ce qu'avait dit l'article 1434. Il y a cependant une différence dans la rédaction, qui donne lieu à une controverse : l'article 1435 ne répète pas que la déclaration d'emploi doit être faite lors de l'acquisition de l'immeuble. De là un motif de douter. Nous croyons que la déclaration de remploi pour la femme doit être faite lors de l'acquisition, aussi bien que la déclaration de remploi pour le mari. Les principes et la tradition sont en ce sens. Pothier ne fait aucune différence entre le mari et la femme et, au point de vue du droit, il n'y avait pas lieu de distinguer. Nous venons de dire quel est le motif juridique de la condition exigée par l'article 1434, il s'applique littéralement à la femme. Le mari achète un immeuble des deniers provenus de la vente