

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

d'un propre de la femme sans faire aucune déclaration; cet immeuble devient conquêt, il ne peut plus être enlevé à la communauté par une déclaration postérieure du mari. On oppose le silence de l'article 1435; nous répondons que l'article 1435 ne fait que reproduire l'article 1434 en ce qui concerne la déclaration de remploi; il faut donc interpréter l'article 1435 par l'article 1434; si l'article 1435 ne reproduit pas littéralement l'article 1434, c'est que cela était inutile, l'article 1435 étant une suite de l'article 1434 et s'y référant quant aux conditions générales du remploi; le seul objet de l'article 1435 est de disposer que ces conditions générales ne suffisent point, qu'il faut de plus l'acceptation de la femme. On objecte que les motifs pour lesquels la loi exige que le mari fasse sa déclaration lors de l'acquisition, quand le remploi se fait pour lui, n'existent pas quand il s'agit du remploi fait pour la femme; en effet, le mari ne peut pas spéculer aux dépens de la communauté quand il acquiert un immeuble en remploi d'un propre de la femme, car il ne dépend pas de lui qu'il y ait remploi, il faut l'acceptation de la femme. Cela est vrai, mais ce motif de fait n'est que secondaire, Pothier ne l'allègue même pas; sa raison unique de décider est que l'immeuble, devenu conquêt à défaut de déclaration, ne peut plus être changé en propre, et cette raison s'applique identiquement au remploi de la femme; ce qui est décisif. On oppose encore l'article 1595: dans le cas prévu par cet article, dit-on, il y a remploi, quoique la cession qui tient lieu de déclaration soit postérieure à l'acquisition de l'immeuble; il en résulte invinciblement que la déclaration du mari peut n'intervenir qu'après l'acquisition. Nous avons répondu d'avance (p. 412) à l'objection: la cession de l'article 1595 n'est pas un remploi, on ne peut donc pas se prévaloir de cette disposition pour en induire ce qui doit ou ne doit pas se faire en matière de remploi (1).

370. La déclaration de remploi faite par le mari ne suffit point, dit l'article 1435; il faut de plus que le rem-

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 198-199. Aubry et Rau, t. V, p. 304, note 71. Troplong, t. I, p. 335, n° 1122. Colmet de Santerre, t. VI, p. 200, n° 79 bis IX. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 569, n° 663.

ploi ait été accepté formellement par la femme. C'est la reproduction de ce que dit Pothier: la déclaration du mari, dit-il, n'est pas seule suffisante pour que l'immeuble devienne un propre par subrogation; il faut, outre cela, que la femme consente que cet héritage lui tienne lieu de remploi. Par ce consentement qu'elle donne, l'héritage devient, par subrogation, propre de la femme (1). Pourquoi la femme doit-elle accepter le remploi ou, comme le dit Pothier, consentir à ce que l'immeuble lui devienne propre? On répond d'ordinaire que la femme ne peut pas devenir propriétaire sans son consentement. La raison vaut mieux en fait qu'en droit. Sans doute, personne ne peut devenir propriétaire sans consentir. Mais la femme n'acquiert pas malgré elle quand elle acquiert par l'intermédiaire du mari, son mandataire légal. Si la loi avait admis toutes les conséquences de ce mandat, elle aurait pu décider que l'acquisition faite par le mari au nom de sa femme suffit pour que cet immeuble soit propre à la femme. Mais le mandat légal, dans l'espèce, est une suite de la puissance du mari et de la subordination où la femme se trouve placée sous le régime de communauté. Ce n'est donc pas un mandat tout à fait libre. De là suit que la loi n'a pu considérer tout ce que le mari fait comme étant fait par la femme. L'immeuble que le mari acquiert en remploi d'un propre de la femme peut ne pas convenir à la femme, il est donc juste qu'elle ne soit pas forcée de l'accepter.

371. Il y a de grandes difficultés sur le point de savoir ce que c'est que l'acceptation de la femme et quels effets elle produit. Les uns disent que le mari, en déclarant acquérir l'immeuble en remploi pour la femme, est son gérant d'affaires; que, par suite, l'acceptation de la femme est la ratification de ce que le mari a fait pour elle et en son nom. D'autres prétendent que le mari fait une offre à la femme que celle-ci peut accepter ou répudier. Nous dirons plus loin quelles sont les conséquences pratiques qui résultent de ces théories; pour le moment, il s'agit de préciser le sens de l'acceptation. La condition d'acceptation

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 199.

est empruntée à l'ancien droit, c'est donc la tradition qu'il faut consulter. Pothier donne le nom de ratification à l'acceptation de la femme. On ratifie ce qu'un autre a fait en notre nom et sans mandat de notre part; la ratification équivaut au mandat, de sorte que la femme, en ratifiant le emploi, est censée avoir été partie au contrat, d'où suit que le emploi remonte au jour de l'acquisition; l'immeuble aura été propre à la femme depuis qu'il a été acquis par le mari. C'est la théorie de la gestion d'affaires. Dans la réalité des choses, le mari n'est pas un gérant d'affaires, il est administrateur en vertu de la loi, et cette loi n'est autre chose que le contrat de mariage tacite que les époux ont consenti en se mariant sous le régime de la communauté légale; c'est comme administrateur, donc comme mandataire, que le mari agit, et en achetant un immeuble avec les deniers provenus de l'aliénation d'un propre de la femme, le mari ne dépasse pas, en principe, les limites de son mandat légal. Mais la loi déroge au mandat qu'elle donne au mari, en ce sens qu'elle ne permet pas au mari de faire un emploi pour la femme sans le consentement de celle-ci. Pothier a donc raison de dire que l'acceptation de la femme est une ratification de ce que le mari a fait sans pouvoir suffisant (1).

372. Puisque telle est la théorie traditionnelle, il faut s'y tenir. Il y en a une autre qui a trouvé faveur chez les auteurs modernes. Elle prend comme point de départ que le mari qui acquiert un immeuble en faisant la déclaration de emploi, l'acquiert pour la communauté. L'immeuble est conquêt, la déclaration d'emploi que le mari fait n'est que l'offre d'une revente; le mari, étant débiteur du prix de l'immeuble que la femme a aliéné, lui offre en paiement l'immeuble qu'il a acquis. Cette offre, comme toute offre, est un acte purement unilatéral, une manifestation de volonté que le mari peut révoquer, s'il y trouve son intérêt, tant que la femme ne l'a pas acceptée. C'est seulement par l'acceptation de la femme que le emploi se forme; l'immeuble passe alors du domaine de la commu-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 200

nauté dans celui de la femme; il s'opère une nouvelle transmission de la propriété par laquelle l'immeuble qui était un conquêt devient un propre. Comme tout transport de propriété, cette aliénation n'a aucun effet sur le passé, elle n'opère que sur l'avenir (1).

Sur quoi repose cette théorie? Elle n'a d'autre appui qu'une parole de Tronchet, qui a dit au conseil d'Etat que l'immeuble acquis par le mari avec déclaration de emploi devenait un conquêt (2). C'est une simple opinion qui n'a de fondement ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit du code. La tradition l'ignore. Pothier vient de nous dire ce que c'est que l'acquisition du mari et l'acceptation de la femme. L'article 1435 contient le mot d'*acceptation*; est-ce que toute acceptation suppose une offre? Quand on dit que la femme accepte la communauté, cela ne veut certes pas dire qu'elle accepte une offre: elle manifeste la volonté d'être associée et elle approuve ce que le mari a fait comme chef de la communauté. Telle est aussi l'acceptation du emploi. Le mari a agi comme administrateur des biens de la femme; il a fait pour elle ce que son devoir d'administrateur lui commandait de faire, en remplaçant un propre par un autre propre; la femme, en acceptant, approuve ce que le mari a fait, elle consent à acquérir l'immeuble à titre de propre. L'acceptation est donc une ratification, comme le dit Pothier. Voilà l'explication du texte. Est-il vrai que l'immeuble était un conquêt et qu'il devient un propre par une nouvelle transmission de propriété? L'acquisition a été faite par le mari, non pour la communauté, mais pour la femme; le mari n'a pas parlé au contrat comme chef de la communauté, il y a parlé comme administrateur des biens de la femme. Comment la communauté deviendrait-elle propriétaire en vertu d'une acquisition faite pour la femme? L'immeuble n'est donc pas un conquêt. Cela suffit pour ruiner la base

(1) Cette théorie de l'offre se trouve déjà chez Toullier; elle a été développée par Mourlon (*Répétitions*, t. III, p. 63, n° 157, et *Revue pratique*, 1857, t. III, p. 66 et suiv.) et adoptée par Aubry et Rau, t. V, p. 305, note 73, avec des modifications.

(2) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 16 (Loché, t. VI, p. 357).

de la théorie de l'offre et de l'acceptation. Le mari fait plus qu'une offre de paiement à la femme, il acquiert pour elle; il ne manque qu'une chose à cette translation de la propriété, le consentement de la femme, elle le donne en acceptant le emploi. Cette acceptation emporte-t-elle une nouvelle translation de la propriété? Non; la communauté n'a jamais été propriétaire, elle ne peut donc pas transférer une propriété qui ne lui appartient pas. En acceptant, la femme ratifie ce que le mari a fait pour elle, elle est censée avoir parlé au contrat; de même qu'en acceptant la communauté, elle est censée avoir concouru à tous les actes que le mari a faits comme chef de la communauté. C'est donc elle qui a été propriétaire dès le moment de l'acquisition, partout l'immeuble a toujours été un propre (1).

373. La principale différence qui existe entre les deux théories consiste en ce que, dans le système de l'offre, le mari peut révoquer son offre tant que la femme ne l'a pas acceptée. Cette révocation peut se faire indirectement par voie d'aliénation et partiellement par concession de droits réels, en ce sens que si le mari aliène, il aliène ce qui lui appartient, un conquêt, ce qui ne permet plus à la femme d'accepter le emploi; et si le mari a grevé l'immeuble de droits réels, tels qu'hypothèques, la femme, en acceptant le emploi, doit respecter ces droits. Dans la théorie de Pothier, qui, à notre avis, est celle du code, le mari ne peut pas revenir sur la déclaration de emploi qu'il a faite, car cette déclaration donne un droit à la femme, celui de ratifier ce que le mari a fait, et le mari ne peut pas enlever à la femme un droit qu'elle tient de la déclaration de emploi. La doctrine est assez incertaine sur ce point, qui est d'une importance capitale et pour la femme et pour les tiers qui traitent avec le mari. Toullier dit que le mari peut révoquer l'offre, ce qui est très-logique, une fois que l'on admet la théorie de l'offre. Rodière et Pont commentent par dire que le mari fait la déclaration de emploi comme *gérant d'affaires*, puis ils enseignent que le mari

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 203, n° 79 bis XIII.

peut révoquer son *offre* (1), Cela est contradictoire : est-ce qu'un gérant fait des offres? et peut-il revenir sur ce qu'il a fait au nom du maître? Ce n'est pas le gérant qui contracte, c'est le maître qui est censé agir par son intermédiaire. Il n'y a pas là d'offre à rétracter. Il faut être conséquent et faire son choix entre les deux théories. Est-ce une simple offre que le mari fait par la déclaration de emploi, le mari peut la rétracter à volonté. Est-ce comme gérant d'affaires que le mari a fait la déclaration de emploi, il ne peut pas s'agir de révoquer ce qu'il a fait au nom de la femme.

374. Comment l'acceptation de la femme doit-elle se faire? L'article 1435 répond que le emploi doit être accepté *formellement* par la femme. Reste à savoir ce que l'on entend par le mot *formellement*. Nous croyons que la loi exige une acceptation *expresse*. En effet, ce mot implique une formalité, une solennité, donc une expression de volonté faite par paroles; ce qui exclut l'acceptation tacite : on ne peut pas dire de celui dont le consentement est tacite qu'il consent formellement. La doctrine est très-incertaine. Déjà, dans l'ancien droit, les auteurs étaient divisés. Pothier se contentait d'une acceptation tacite quand la femme concourait à l'acte d'acquisition. Si, dit-il, la femme avait souscrit, ou avait été présente au contrat d'acquisition par lequel le mari a déclaré qu'il a acquis l'immeuble pour tenir lieu de emploi à la femme, quoiqu'il ne soit pas dit expressément que la femme a accepté ledit héritage à titre de emploi, sa présence ou sa signature est une suffisante acceptation et, par conséquent, nul doute que l'immeuble ne lui soit propre (2). Que l'on mette ce passage en regard du texte de l'article 1435, et l'on se convaincra que les auteurs du code se sont écartés, en ce point, de l'opinion de Pothier; la présence de la femme au contrat n'est certes pas une acceptation *formelle*, pas même sa signature. Il y avait une autre opinion dans l'ancien droit, plus rigoureuse; Bourjon exigeait que le rem-

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 312, n° 360. Rodière et Pont, t. I, p. 571, n° 665. En sens contraire. Battur, t. II, p. 270, n° 588.

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 200