

ploi fût accepté *formellement* par la femme; c'est l'expression du code. Lebrun dit que lorsque le remploi est fait pour la femme, elle y doit consentir expressément⁽¹⁾. Nous croyons que telle est la vraie théorie. Quand la loi veut s'assurer de la réalité d'un consentement, elle exige qu'il soit donné expressément, c'est-à-dire par paroles. Or, en matière de remploi, il importe de garantir la libre volonté de la femme; l'immeuble que le mari achète peut ne pas lui convenir, il faut qu'elle ait le temps de réfléchir et de voir; induire son acceptation de sa présence au contrat, ou même de sa signature, serait très-dangereux; voilà pourquoi la loi exige une acceptation *formelle* ou *expresse*.

Les auteurs modernes ne mettent pas dans l'expression de leur pensée la précision désirable. On comprend la diversité d'avis dans l'ancien droit: il n'y avait pas de loi; nous en avons une, il faut s'y tenir⁽²⁾. MM. Rodière et Pont commencent par dire que les termes de l'article 1435 excluent l'acceptation tacite; ils en concluent que la présence de la femme au contrat ne suffit point pour qu'il y ait acceptation *formelle*, et ils en donnent une excellente raison, c'est l'état de dépendance de la femme. Puis ils ajoutent que les *circonstances* peuvent prêter à la présence de la femme une autorité qui lui manque lorsque ce fait est isolé⁽³⁾; c'est dire que l'acceptation de la femme peut résulter des *circonstances de la cause*, ce qui est bien une acceptation tacite; et comment une acceptation tacite serait-elle *formelle*, comme la loi l'exige? Qui dit *tacite*, exclut toute forme. M. Colmet de Santerre est également vague et même contradictoire: il n'admet pas que l'acceptation puisse être induite des *circonstances* où l'on prétendrait trouver la preuve de l'intention de la femme: la volonté doit apparaître dans des *faits* accomplis avec l'intention de prouver son existence⁽⁴⁾. Une volonté qui est prouvée

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, VI^e partie, chap. II, n^o 62. Lebrun, *De la communauté*, p. 317, n^o 65.

(2) Marcadé, t. V, p. 473, n^o III de l'article 1435.

(3) Rodière et Pont, t. I, p. 575, n^{os} 669-670.

(4) Colmet de Santerre, t. VI, p. 207, n^o 79 bis XVIII.

par les faits est une volonté tacite, et la volonté s'induit des circonstances. On tourne ainsi dans un cercle vicieux de contradictions. Troplong est le plus nébuleux des jurisconsultes, il se complait trop dans ses phrases académiques pour être net et précis, comme le veut notre science: « Je n'aime pas les superstitions formalistes, dit-il, et je ne vois pas pourquoi il n'y aurait pas une acceptation *réelle* là où elle existe sans déclaration *sacramentelle* (1) ». Qui donc songe à une déclaration *sacramentelle*? Est-ce que tous nous ne disons pas, à chaque occasion, que le droit moderne ignore la superstition des formules? Mais la loi ne se contente pas d'une déclaration *réelle*, elle veut une acceptation *formelle*, donc une *forme*, donc des paroles. Inutile de continuer cette critique; le lecteur peut la faire en se demandant à chaque phrase quelle est l'idée de l'auteur, et trop souvent il ne trouvera que des mots.

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. Ecrivant en Belgique, nous devons citer un arrêt de la cour de Bruxelles qui, à notre avis, est très-mal rédigé. En exigeant une acceptation formelle, dit la cour, l'article 1435 n'a pas voulu que l'acceptation fût faite en termes *exprès* ou *sacramentels*. La cour confond deux termes qui ont une signification très-différente. On dit qu'un mot est *sacramentel* quand le mot même doit être employé sous peine de nullité: l'acceptation *sacramentelle* demanderait que l'acte employât le mot *accepter* pour marquer le consentement de la femme, tandis qu'il y a acceptation *expresse* dès qu'il y a des paroles quelconques qui manifestent clairement la volonté. La cour de Bruxelles conclut, avec Pothier, que la femme accepte *formellement* quand elle est présente à l'acte et qu'elle le signe⁽²⁾. Nous ne comprenons pas qu'il y ait une acceptation *formelle* sans *forme*.

La cour de cassation de France s'en est tenue au texte. Dans un premier arrêt, elle a décidé que la décision attaquée était à l'abri de la cassation, parce que la cour parlait des *termes du contrat* pour en conclure que le remploi était

(1) Troplong, t. I, p. 337, n^o 1129. Dans le même sens, Aubry et Rau, t. V, p. 305, note 72, § 507.

(2) Bruxelles, 22 avril 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 109).

fait et accepté (1). Il y avait donc des *termes*; c'est au juge du fait à les interpréter et à décider s'ils sont formels. Un arrêt récent est plus explicite. La loi veut, dit la cour, que le emploi soit formellement accepté: « s'il n'existe point de termes sacramentels pour exprimer cette intention, et cette acceptation de emploi, il faut au moins qu'elles résultent, avec certitude et sans variation possible dans l'avenir, des *expressions* et des *clauses* de l'acte. » Comme, dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne prouvait point l'acceptation par les énonciations mêmes de l'acte, en termes exprès ou équipollents, la cour l'a cassé pour violation de l'article 1435 (2).

375. Quand la femme peut-elle et quand doit-elle accepter? La femme ne peut accepter le emploi que lorsque le mari a fait la déclaration prescrite par les articles 1434 et 1435. En effet, accepter, c'est ratifier, d'après la doctrine de Pothier; or, la femme ne peut pas valider un emploi qui n'a pas été fait, ou qui est nul. Si donc le mari faisait la déclaration de emploi postérieurement à l'acquisition de l'immeuble, l'acceptation de la femme serait inopérante, car elle aurait accepté un emploi qui n'existe point. Dès que le emploi est fait, la femme peut l'accepter; elle a intérêt à le faire, parce que si elle tarde, la communauté peut se dissoudre et, après la dissolution, l'acceptation ne peut plus avoir lieu. Cela résulte de l'article 1435, qui est ainsi conçu: « Si la femme n'a pas accepté le emploi, elle a *simplement droit*, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. » Les mots *elle a simplement droit* marquent clairement la pensée de la loi; elle ne donne pas d'option à la femme, comme le fait l'article 1408 pour le retrait d'indivision; la femme doit opter tant que la communauté dure; quand elle est dissoute, la femme n'a plus le choix entre l'acceptation du emploi et le prix de son propre aliéné, elle a *simplement droit* à ce prix; c'est donc son seul droit. S'il y avait un doute, il disparaîtrait quand on consulte la tra-

(1) Rejet, 17 août 1813 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1429).
 (2) Cassation, 26 juillet 1869 (Daloz, 1869, 1, 455).

dition. Dans l'ancien droit, la question était controversée. Pothier expose les deux opinions: l'une permettait à la femme d'accepter, même après la dissolution de la communauté, tant qu'elle n'avait pas été mise en demeure de s'expliquer; tandis que Duplessis lui refusait le droit d'accepter, une fois la communauté dissoute. Le code a tranché la controverse en se prononçant pour la doctrine de Duplessis. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

Si, en droit, il n'y a aucun doute, il est difficile de motiver la décision du code. Duplessis, dont l'opinion a été consacrée par l'article 1435, dit que la femme ne s'étant pas expliquée, ayant toujours laissé l'héritage aux risques de la communauté et ayant toujours eu le pouvoir de refuser l'héritage s'il eût diminué de prix, il ne serait pas équitable qu'elle pût profiter, lors du partage, de l'augmentation de valeur qui serait survenue (3). L'argument est de ceux qui prouvent trop: la femme peut attendre, pour se prononcer, jusqu'à ce que la communauté soit près de se dissoudre; elle peut donc attendre que le résultat de l'acquisition ait prouvé si elle est bonne ou mauvaise; si elle peut attendre pendant des années entières, pourquoi ne pourrait-elle pas attendre pendant les quelques mois qui suivent la dissolution de la communauté, la liquidation et le partage devant se faire dès que le mari ou ses héritiers le demandent? Troplong répond qu'à la dissolution de la communauté les choses ne doivent plus éprouver de suspens, qu'il faut que la qualité des biens soit réglée, afin que le partage ne dépende pas de bases capricieuses ou incertaines (4). Ce ne sont pas des motifs, ce sont des mots; une sommation suffit pour mettre fin à l'incertitude, et cette sommation, les parties intéressées ont le droit de la faire dès que la communauté est dissoute.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 200, et les auteurs modernes cités par Aubry et Rau, t. V, p. 306, note 76. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 206, n° 79 bis XVII. Rodière et Pont font une distinction (t. I, p. 574, n° 668) qui est inadmissible; voyez la réfutation dans Aubry et Rau, t. V, note 76.

(2) Besançon, 11 janvier 1844 (Daloz, 1845, 4, 452).

(3) Duplessis, *De la communauté*, t. I, p. 447, livre II, sect. II.

(4) Troplong, t. I, p. 336, n° 1126.

Le mari pourrait-il faire la sommation pendant la durée de la communauté? Il y aurait intérêt, car la condition de l'immeuble restant en suspens, il ne sait s'il est propre ou conquêt; il ne peut donc pas en disposer, ou il n'en disposera qu'à des conditions désavantageuses. Le mari en a-t-il le droit? On le prétend (1); Mourlon dit qu'on ne saurait admettre, que la femme ait le droit d'attendre, avant de se décider, que les chances de l'opération se soient dessinées. Treilhard a émis le même avis au conseil d'Etat, mais il eût fallu une loi pour donner au mari le droit de contraindre la femme à se prononcer. Dans le silence du code, il faut s'en tenir à l'article 1435, qui permet implicitement à la femme d'attendre jusqu'à la dissolution de la communauté.

376. Quel est l'effet de l'acceptation? Rétroagit-elle au jour de l'acquisition? Ou le emploi n'existe-t-il que du moment où la femme l'a accepté? Dans la théorie traditionnelle de l'acceptation, il faut dire que l'acceptation rétroagit. Pothier le dit, et cela n'est point douteux. L'acceptation est une ratification, et la ratification équivaut au mandat. L'article 1998 est applicable à l'espèce; il suppose un mandat dont le mandataire a excédé les limites. Or, le mari est mandataire légal, mais il excède les bornes de son mandat en faisant le emploi sans le concours de la femme. Celle-ci, en acceptant le emploi, ratifie; ce qui équivaut à un mandat. En ce sens, l'acceptation rétroagit. Par conséquent la femme sera censée être partie au contrat dans lequel le mari a fait la déclaration de emploi; pour mieux dire, c'est la femme qui aura fait l'acquisition avec déclaration de emploi; l'immeuble lui est donc propre à partir de l'acquisition. De là des conséquences très-graves quant aux actes de disposition que le mari a faits avant l'acceptation de la femme; ces actes tomberont, puisque le mari n'avait pas le droit de les faire.

Dans la théorie de l'offre, on échappe à ces conséquences, mais c'est au préjudice de la femme. L'immeuble est un conquêt, malgré la déclaration de emploi, cette dé-

(1) Mourlon, t. III, p. 62, n° 155. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 207, n° 79 bis XVII.

claration n'étant qu'une offre de donner l'immeuble en paiement du prix de l'immeuble aliéné par la femme. L'offre ne concerne donc que la femme, elle est étrangère aux rapports du mari avec les tiers; à leur égard, le mari est propriétaire, et il a le pouvoir de disposer; s'il aliène, l'aliénation est et reste valable, puisque c'est l'aliénation d'un conquêt; or, le mari en dispose comme seigneur et maître. Vainement la femme dirait-elle qu'elle a le droit d'accepter le emploi et que son acceptation doit rétroagir, sinon son droit serait illusoire. Le mari lui répondrait que la déclaration d'emploi n'est qu'une offre, qu'il pouvait révoquer tant qu'elle n'était pas acceptée et qu'il l'a révoquée en aliénant l'immeuble. Que si le mari a concédé des droits réels sur l'immeuble, la femme pourra encore accepter le emploi, mais elle devra respecter les hypothèques; en effet, son acceptation est une dation en paiement, donc une vente, et l'aliénation de l'immeuble ne porte aucune atteinte aux hypothèques qui le grèvent (1).

Ces deux opinions contraires découlent des principes contraires qui partagent la doctrine. Nous avons admis la théorie traditionnelle, nous devons donc admettre la conséquence que Pothier en déduit, elle est irrésistible. Se prévaudra-t-on des conséquences comme d'une objection contre le principe de la ratification? Nous répondrons que la critique s'adresse au législateur, il savait ce qu'il faisait, puisqu'il avait la doctrine de Pothier sous les yeux; il a trouvé bon de la consacrer, malgré les inconvénients incontestables de la rétroactivité. Il aurait pu prescrire à la femme un délai dans lequel elle aurait été obligée d'opter; il pouvait encore permettre au mari de mettre la femme en demeure de se prononcer. Il ne l'a pas fait, nous devons prendre la loi telle qu'elle est. Les dangers qu'elle présente pour les tiers ont été diminués par les lois nouvelles qui ont prescrit la publicité des transactions immo-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 64, n° 158, 1^o-4^o. Aubry et Rau admettent le principe de l'offre, et néanmoins ils enseignent que l'acceptation de la femme rétroagit (t. V, p. 306, § 507). Nous croyons inutile de nous arrêter à cette opinion, qui est restée isolée. Voyez la réfutation dans Colmet de Santerre, t. VI, p. 204, n° 79 bis XIV et XV.

bilieres. Tout acte translatif de propriété immobilière doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers ; il faut donc que l'acte d'acquisition contenant la déclaration de remploi soit rendu public pour que la femme puisse l'opposer aux tiers ; ceux-ci, ayant connaissance de la déclaration de remploi, doivent s'attendre à l'acceptation et aux effets que produira la rétroactivité : ils ne traiteront pas ou ils traiteront en stipulant des garanties.

Du reste, la question de savoir quel est le système de la loi est indépendante des inconvénients qui résultent de la loi. Les éditeurs de Zachariæ invoquent la discussion du conseil d'Etat sur l'acceptation de la femme, pour en induire que le mari peut révoquer son offre en aliénant l'immeuble qu'il avait acquis en remploi du propre de la femme. C'est une des discussions les plus confuses qui aient eu lieu et elle n'aboutit à aucun vote, sinon au renvoi de l'article à la section de législation. Treilhard était d'avis que l'acceptation de la femme devait avoir lieu au moment même de l'acquisition. Jollivet voulait que la femme pût accepter le remploi, même après la dissolution de la communauté. On voit que la discussion était étrangère à notre question ; comment le conseil d'Etat aurait-il décidé une question sur laquelle il n'était pas appelé à délibérer ? C'est incidemment que Tronchet exprima l'opinion que l'immeuble acquis par le mari en remploi du propre de la femme était un conquêt (1). Cette opinion isolée s'appuyait-elle sur l'ancien droit ? ou sur le projet de code civil ? On ne le sait ; toujours est-il qu'elle est contraire à la doctrine traditionnelle, telle que Pothier l'a formulée (n° 372), et elle est inconciliable avec les principes que le code a consacrés. Il est impossible que le mari et, par suite, la communauté deviennent propriétaires en faisant l'acquisition d'un immeuble au nom de la femme ; le mari ne veut pas devenir propriétaire, et peut-on devenir propriétaire malgré soi ? Et comme la femme n'a pas consenti, il faut dire, avec Pothier, que la propriété de l'immeuble reste en suspens (n°s 371 et 373) ; nous allons dire en quel sens.

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 16 (Loire, t. VI, p. 356)

377. Il reste une difficulté : que devient l'immeuble acquis par le mari avec déclaration de remploi au profit de la femme quand celle-ci n'accepte point ? Pothier répond que l'héritage sera conquêt (1). Il n'y a aucun doute sur ce point. Mais comment expliquer qu'un immeuble que le mari n'a pas acheté en son nom entre en communauté ? Voilà, dira-t-on, la communauté qui devient propriétaire sans le vouloir ; et si elle le devient au refus de la femme d'accepter le remploi, pourquoi ne le serait-elle pas au moment de l'acquisition ? Il ne faut pas perdre de vue, et très-souvent on le fait, que le remploi est une fiction ; pour que la fiction produise son effet, il faut que la femme accepte le remploi que le mari a déclaré faire en son nom. Si la femme refuse, la déclaration de remploi est censée n'avoir pas été faite ; la loi revient à la réalité des choses, c'est-à-dire à une acquisition faite par le mari pendant la communauté, donc l'immeuble a toujours été conquêt. La fiction sur laquelle se fonde le remploi implique, par conséquent, que l'immeuble acquis pour tenir lieu de remploi à la femme sera propre à la femme si celle-ci accepte, et conquêt si la femme refuse. C'est en ce sens que la nature de l'immeuble est en suspens.

378. On a souvent comparé l'acceptation de remploi avec le retrait d'indivision que l'article 1408 accorde à la femme quand le mari a acheté en son nom propre un immeuble dont la femme était copropriétaire par indivis. On admet généralement que le retrait rétroagit, et l'opinion traditionnelle est aussi que l'acceptation de la femme rétroagit. Nous avons enseigné que le retrait d'indivision ne rétroagit point, tandis que nous admettons la rétroactivité de l'acceptation du remploi. N'est-ce pas une contradiction ? Non, il y a une raison de cette différence. Quand le mari acquiert un immeuble dont la femme a la copropriété indivise, il entend acquérir en son nom propre, c'est-à-dire pour le compte de la communauté ; l'acquisition forme donc un conquêt dès le principe ; le conquêt se transforme en propre par le retrait d'indivision, l'immeu-

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

ble sort du domaine de la communauté pour entrer dans celui de la femme : il y a une nouvelle transmission de propriété, laquelle ne rétroagit point, de sorte que les actes de disposition faits par le mari subsistent. Il en est tout autrement quand la femme accepte le remploi que le mari a fait pour elle; dans ce cas, le mari ne veut pas acquérir pour la communauté, il veut remplacer le propre aliéné de la femme par un autre propre; l'immeuble ne peut donc pas devenir un conquêt lors de l'acquisition; il n'est ni conquêt ni propre; le mari veut, à la vérité, en faire un propre de la femme, mais il sait que celle-ci a le droit de refuser le remploi, que, dans ce cas, la déclaration de remploi tombe et que, par suite, l'immeuble sera un conquêt. La nature de l'héritage acquis en remploi reste en suspens jusqu'à ce que la femme se soit prononcée. L'acceptation de la femme est une ratification; comme telle, elle doit rétroagir; tandis que le retrait d'indivision, loin d'être une ratification, a lieu contre la volonté du mari, la femme faisant un propre de l'immeuble dont le mari voulait faire un conquêt.

379. Qu'arrive-t-il si les conditions prescrites pour le remploi n'ont pas été observées? S'il n'y a pas de déclaration du mari que l'immeuble a été acquis pour tenir lieu de remploi, il est évident que l'immeuble sera un conquêt. Nous disons que cela est évident, et il en serait de même s'il s'agissait d'un remploi fait par le mari en son nom. Le remploi est une fiction, et aucune fiction légale n'existe que sous les conditions déterminées par la loi; si l'une de ces conditions fait défaut, il n'y a plus de fiction, on est sous l'empire de la réalité. C'est dire que l'immeuble reste ce qu'il a toujours été, un conquêt. Cela est si élémentaire qu'il paraît inutile d'en faire la remarque. Si nous la faisons, c'est que nous lisons dans un arrêt de la cour de cassation « qu'il n'est pas toujours nécessaire, pour établir le remploi à l'égard du mari, qu'il y ait une déclaration de sa part; que cet emploi peut résulter des circonstances (1) », c'est-à-dire qu'il peut être tacite; et s'il peut

(1) Rejet, chambre civile, 3 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 257).

être tacite pour le mari, pourquoi ne le serait-il pas à l'égard de la femme, la loi étant identique pour les deux époux? Cela aboutit à effacer les articles 1434 et 1435 du code et à abandonner la fiction du remploi à l'arbitraire du juge. Nous ne connaissons pas de plus grande hérésie juridique. Il suffit de la signaler, elle se réfute d'elle-même. L'erreur ne se trouve que dans un considérant, mais elle est si énorme que nous avons dû la relever.

Il est presque inutile d'ajouter que si la femme n'a pas accepté le remploi formellement, c'est-à-dire d'une manière expresse, l'immeuble sera encore un conquêt. La déclaration du mari tombe quand elle n'est pas acceptée, et quand il n'y a pas de déclaration de remploi, l'immeuble est conquêt.

III. Comment se fait le remploi.

380. En quels biens le remploi doit-il se faire? Nous avons toujours supposé que le remploi est fait en immeubles, c'est la supposition de la loi, et cette supposition est une condition. On ne conçoit pas de remploi en objets mobiliers quand il s'agit d'un immeuble propre aliéné. Le but du remploi est de remplacer l'immeuble vendu dans le patrimoine de l'époux qui a aliéné un de ses propres; or, pour que l'époux retire le même avantage du remploi, il faut que l'immeuble vendu soit remplacé par un immeuble; les meubles n'offrent pas à la femme les garanties que lui donnent les immeubles. Le mari ne peut pas aliéner les immeubles de la femme; tandis que, dans une opinion assez répandue, on lui permet d'aliéner ses propres mobiliers. Et quand même on ne lui reconnaît pas ce droit, la femme ne pourrait pas revendiquer les meubles corporels que le mari vendrait, la revendication des objets mobiliers n'étant pas admise en droit français (art. 2279). Puis les immeubles augmentent de valeur, tandis que les objets mobiliers corporels se déprécient par le temps ou par l'usage que l'on en fait. C'est précisément à raison de ces avantages que la loi a consacré la fiction du remploi; il n'aurait plus de raison d'être s'il se bornait à remplacer