

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

le prix provenant de l'aliénation d'un propre immobilier par d'autres valeurs mobilières (1).

La cour de cassation a jugé que le remploi fait en objets mobiliers est nul, mais que la femme seule peut se prévaloir de la nullité (2). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles dans le même sens (3). Voici comment il faut entendre ces décisions. Le remploi en objets mobiliers n'est pas un remploi, c'est une dation en paiement; or, la loi admet que le mari cède des *biens* à sa femme en remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant; l'article 1595 dit : des *biens*, ce qui comprend les objets mobiliers. Il va sans dire que si la femme accepte une cession pareille, elle est valable; il ne peut donc pas être question d'en demander la nullité. La cour de Bruxelles dit que la femme seule est admise à critiquer cette opération, comme n'étant pas conforme aux règles protectrices de ses droits; que les tiers ne peuvent invoquer une illégalité qui ne concerne que la femme. Nous ne voyons pas d'illégalité à faire ce que l'article 1595 permet. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'y aura pas de remploi, il y aura une dation en paiement.

381. Il y a le plus souvent une différence de valeur entre l'immeuble aliéné et l'immeuble acquis en remploi. Si l'immeuble acheté en remploi vaut moins, il n'y a aucune difficulté, la femme restera créancière de la communauté pour le surplus; et il en serait de même du mari. Mais que faut-il décider si l'immeuble vaut plus? Sera-t-il propre pour le tout? Pothier répond que l'héritage ne sera propre par subrogation que jusqu'à concurrence du prix pour lequel le propre a été aliéné, et que pour le surplus il sera conquis. Cette décision est fondée sur l'essence même du remploi. C'est une subrogation, comme le dit Pothier, c'est-à-dire une fiction; or, la fiction n'est établie que pour remplacer le propre aliéné dans le patrimoine de l'époux qui a fait l'aliénation; ce qui implique que la valeur immobilière qui est sortie de son patrimoine par l'aliénation

(1) Troplong, t. 1, p. 840, n° 1142.

(2) Rejet, 21 juin 1842 (Dalloz, au mot *Société*, n° 204).

(3) Bruxelles, 10 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2. 346).

y rentre par le remploi; au delà de cette valeur, le remploi n'a plus de raison d'être, on reste dans la réalité, l'immeuble, pour l'excédant de valeur, est une acquisition faite pendant le mariage, donc un conquis. Il est vrai que la loi étend la fiction dans le cas d'échange, qui est aussi une subrogation : l'immeuble reçu en échange est propre pour le tout, quand même il serait d'une valeur plus considérable. Mais la loi ne dit pas la même chose du remploi, donc on reste sous l'empire des principes qui régissent les fictions légales : elles sont de la plus stricte interprétation. Il y a encore une considération de fait qui vient à l'appui des motifs de droit. Si l'immeuble acquis en remploi était propre pour le tout, le mari pourrait se créer des propres à volonté aux dépens de la communauté, c'est-à-dire de la femme; il vendrait un propre, et il ferait de nouvelles acquisitions pour le double ou le triple de la valeur de l'immeuble aliéné (1); pour mieux dire, il n'y aurait plus de limites à ces spéculations intéressées.

Pothier, après avoir établi le principe, y apporte une exception. « Si, dit-il, la somme dont le prix de la nouvelle acquisition excède celle dont le remploi m'était dû était peu considérable, je pense que je devrais être censé avoir fait l'acquisition entièrement pour mon compte, à la charge de récompenser la communauté (2). Peut-on admettre cette exception sous l'empire du code civil? La question est très-controversée, nous n'y voyons pas le moindre doute. Pothier dévie de la rigueur de son principe en étendant la fiction de subrogation : le législateur aurait pu le faire, l'interprète n'a pas ce droit. Ce qui prouve que Pothier fait la loi, c'est qu'il admet une limite purement arbitraire; quand peut-on dire que la différence de valeur est *peu considérable*? La fiction sera étendue ou resserrée, selon le bon plaisir du juge; ce qui est contraire à tout principe. L'interprète ne peut jamais créer de dispositions arbitraires, il ne le peut surtout pas en matière de fictions légales.

(1) Voyez un exemple dans un arrêt de Bruxelles, 29 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2. 147).

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

Les auteurs sont très-divisés. Delvincourt et Bellot des Minières s'en tiennent au texte, comme on le doit quand il s'agit d'une fiction. Dès que l'on s'écarte de la lettre de la loi, tout devient incertain : voilà pourquoi il y a presque autant d'avis que d'auteurs. Les uns reproduisent la distinction de Pothier, d'autres l'abandonnent. Ces derniers sont également en désaccord entre eux. Colmet de Santerre décide que l'immeuble acquis en remploi sera propre pour le tout, sauf récompense; c'est faire dire à la loi plus qu'elle ne dit. Duranton applique par analogie la disposition de l'article 1407 concernant l'échange; c'est oublier qu'en matière de fictions l'interprétation analogique n'est pas admise. Bugnet, sur Pothier, fait d'autres distinctions; nous croyons inutile de les discuter, parce que nous ne reconnaissons pas aux interprètes le droit de faire la loi (1).

382. Qui supporte les frais du remploi? Quand la femme accepte le remploi, elle est censée avoir parlé au contrat : elle achète; on doit donc lui appliquer l'article 1593, aux termes duquel les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

IV. Du remploi obligatoire.

383. Le mari est-il obligé de faire remploi du prix de l'immeuble que la femme aliène? Sous le régime de la communauté légale, la négative est certaine (2). Aucune loi n'impose au mari l'obligation de remployer le prix, et il est dans l'esprit du régime de communauté que le mari jouisse à cet égard d'une entière liberté. L'avantage de ce régime consiste précisément dans la faculté qu'ont les époux de faire servir les biens de la femme à augmenter le crédit du mari. Quand la femme aliène, c'est pour venir en aide au mari, il faut donc que celui-ci conserve la libre disposition des deniers; il serait contradictoire que le mari fût tenu de remplacer le propre de la femme par un

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 389, note 86, § 507 (4^e édit.).

(2) Liège, 22 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 415).

nouveau propre, alors que l'héritage appartenant à la femme n'a été aliéné que pour réaliser la valeur immobilière et la mettre à la disposition du mari. Si les époux veulent restreindre cette liberté inhérente au régime de communauté, il faut qu'ils le fassent par leur contrat de mariage, en stipulant que le remploi sera obligatoire pour le mari.

On pourrait objecter que le mari doit veiller aux intérêts de la femme en remplaçant le propre aliéné par un nouveau propre. Voilà pourquoi la loi parle du remploi en traitant de l'administration des biens de la femme, et c'est encore pour cette raison que le mari fait la déclaration de remploi au nom de la femme. Nous répondons que, sous le régime de communauté, les intérêts des époux se confondent, quoiqu'ils aient un patrimoine qui leur reste propre; la femme est associée, et il est juste qu'elle réalise ses valeurs immobilières quand il s'agit de relever le crédit du mari ou de le fortifier; elle y gagnera par les bénéfices que le mari fera et dont elle profite, puisqu'ils tombent en communauté. Aussi la loi ne dit-elle pas que le mari doive remplacer les deniers provenant de l'aliénation d'un propre de la femme; la théorie du remploi implique l'idée contraire. Si le mari était tenu de faire remploi, cette obligation serait en même temps un droit; il agirait donc comme mandataire de la femme, et, par suite, la femme n'aurait pas le droit d'accepter le remploi ou de le refuser. En accordant ce droit à la femme, la loi décide implicitement que le mari n'agit point comme mandataire et qu'il n'est pas tenu de faire le remploi (1).

384. En principe, le remploi est donc facultatif. La femme pourrait-elle stipuler que le remploi sera obligatoire pour le mari? Cela n'est pas douteux, les époux peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public et qu'elles ne soient pas prohibées par la loi. De prohibition, il n'y en a pas, la loi ne s'occupe pas du remploi obligatoire; par cela seul qu'elle ne le

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 195, n° 79 bis III.