

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.

défend pas, elle l'autorise, puisqu'il n'a rien de commun avec l'ordre public et les bonnes mœurs. Dira-t-on qu'il déroge à la liberté que les époux ont, sous le régime de communauté, de disposer des biens comme ils l'entendent? Il est certain que la clause limite et restreint le droit que la femme a de réaliser ses valeurs immobilières dans l'intérêt du mari et de la communauté. Mais tel est le droit des époux; la femme pourrait stipuler que ses propres seront inaliénables (n° 127), à plus forte raison peut-elle stipuler que les propres seront remplacés, en cas d'aliénation, par d'autres propres.

Reste une difficulté de fait. Quand peut-on dire que le remploi est obligatoire? Comme c'est une exception aux règles de la communauté, elle devra être stipulée par contrat de mariage: c'est une clause de communauté conventionnelle, ce qui implique une volonté formellement exprimée. Nous disons que la difficulté est de fait plutôt que de droit. En effet, il s'agit d'interpréter une convention et de décider quelle a été l'intention des parties contractantes. Ces questions ne se résolvent guère *a priori* (1), tout dépendant des termes de la convention; il est impossible d'établir, à cet égard, des règles, ce ne seraient que des probabilités auxquelles la réalité donne le plus souvent un démenti. Le juge examinera, dans chaque espèce, quelle a été l'intention des parties. Tout ce que l'on peut dire, en théorie, c'est qu'il ne suffit pas que le remploi soit prévu par le contrat, pour que le mari soit obligé de le faire dans l'intérêt de la femme. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans une espèce où le contrat portait que si un immeuble propre à l'un des époux était aliéné, il serait fait remploi des deniers en acquisition d'autres biens. Était-ce une clause de remploi obligatoire? Non, car la clause n'imposait aucune obligation au mari; en effet, elle mettait le remploi du mari sur la même ligne que le remploi de la femme; or, on ne dira certes pas que le mari fût obligé de remployer le prix de ses propres aliénés, et bien moins encore que la femme en

(1) Les auteurs le font néanmoins. Aubry et Rau, t. V, p. 307 et note 79. Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 bis IV.

fût tenue; et si le remploi n'était pas obligatoire pour les biens du mari, il ne l'était pas davantage pour les biens de la femme. La convention ne faisait donc qu'exprimer la volonté que les futurs époux avaient de conserver leurs propres immobiliers et de les remplacer en cas d'aliénation; cette intention ne suffit pas pour donner un droit à la femme contre le mari (1).

385. Nous disons que la femme doit avoir un droit contre le mari, c'est-à-dire une action pour le contraindre à faire le remploi, pour que le remploi soit obligatoire. En effet, toute obligation implique une action corrélative. Lors donc que le contrat de mariage dispose que le mari sera obligé de faire remploi en cas d'aliénation des propres de la femme, celle-ci aura action contre lui. On croirait qu'il ne peut pas y avoir de doute sur ce point, tellement il est élémentaire. C'est, à la vérité, l'opinion commune, mais elle est vivement combattue par Troplong. « Le mari, dit-il, est juge souverain du parti à prendre, et le *droit* de la femme à un remploi ne lui donne pas *action* pendant le mariage. » Voilà un *droit* d'une espèce nouvelle et une obligation tout aussi singulière. Ce qui caractérise les obligations et les droits juridiques, c'est qu'il y a un créancier et un débiteur, et que le créancier a action contre le débiteur; un droit sans action n'est pas un droit. Cela est d'évidence; si donc la femme a un droit, elle a une action; et si elle n'a pas d'action, elle n'a point de droit. L'action serait inconvenante, dit Troplong, et elle deviendrait une cause de discorde entre le mari et la femme. Qu'est-ce à dire? La femme ne peut-elle pas avoir d'action contre le mari, pour sauvegarder ses intérêts, sans qu'on l'accuse de manquer aux convenances? Le code civil ne connaît point ce culte superstitieux de l'autorité maritale; il donne action à la femme contre le mari pour demander la dissolution de la communauté, ce qui suppose le plus souvent une mauvaise gestion; voilà une action bien plus scandaleuse que celle de la femme tendant à obtenir un remploi. Comme on l'a dit très-bien, le remploi écartera une cause

(1) Rejet, 1^{er} février 1848 (Daloz, 1851, 5, 465). Rodière et Pont, t. I, p. 598, n° 695.

de séparation, en garantissant à la femme la reprise de ses propres; elle prévient donc le scandale, au lieu de le faire naître (1). Troplong conclut en disant que la clause de remploi est plutôt *indicative* qu'impérative. Une clause est une convention, toute convention implique un droit et une obligation, donc une action judiciaire. Qu'est-ce qu'une *convention indicative*? Un mot vide de sens (2). Ce que Troplong dit du remploi obligatoire est un tissu de contradictions. Après avoir écrit que la clause n'est qu'*indicative*, il ajoute que c'est une *charge*, un *mandat*. Est-ce qu'une *charge* ne donne pas le droit d'agir en exécution de la charge? Est-ce qu'un *mandat* n'est pour le mandataire qu'une *indication* et le laisse-t-il libre de faire ce qu'il veut, même de ne rien faire du tout? Troplong ne fait qu'une réserve à sa théorie d'une clause qui n'est pas une convention, d'une charge qui n'est pas une charge; il convient que la femme a quelquefois intérêt à ce que le remploi se fasse de suite, il lui permet de stipuler une peine dans le cas où le mari manquerait à son obligation (3). C'est une nouvelle contradiction : peut-il y avoir une peine sans une obligation principale? et quand l'obligation principale est nulle, cette nullité n'entraîne-t-elle pas celle de la clause pénale (art. 1227)?

386. Il y a une difficulté quand la convention, tout en stipulant que le remploi sera obligatoire, ne contient pas de délai dans lequel il doit être fait. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que, dans ce cas, le mari peut faire remploi jusqu'à la dissolution de la communauté et qu'il pourrait même le faire après la dissolution. Cette dernière proposition est inadmissible, la dissolution de la communauté fixe la situation des parties; la femme dont l'immeuble a été aliéné sans remploi n'a plus droit qu'à une récompense (art. 1470). Il nous paraît même très-douteux que le mari puisse attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour faire le remploi, en ce sens que sa femme n'ait aucune action contre lui pour

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 bis IV.

(2) Troplong, t. I, p. 333, n° 1109, et p. 334, n° 1114.

(3) Troplong, t. I, p. 207, n° 575, et p. 324, nos 1072 et 1073.

le contraindre à le faire plus tôt. La femme, dit-on, ne peut jamais prétendre que le mari a manqué à son obligation, puisqu'il jouit d'un terme indéfini pour la remplir (1). Quand les parties ne stipulent pas de terme, il n'en résulte pas que le débiteur jouisse d'un terme indéfini (art. 1900 et 1901). Une occasion se présente de faire le remploi, voilà le terme tacite convenu par les époux; si le mari ne satisfait pas à son obligation, la femme doit avoir le droit d'agir contre lui pour l'y contraindre. La cour de Caen invoque l'article 1176, d'après lequel la condition qu'un événement arrivera peut toujours être accomplie quand il n'y a point de temps fixé (2). Nous croyons que l'article 1176 est inapplicable, car il ne s'agit pas d'une condition, il s'agit d'un terme, et le terme peut être tacite.

Si le contrat stipule un délai, la femme doit avoir action contre son mari. Dans ce cas-là même, Troplong maintient sa doctrine : la clause, dit-il, est plutôt *indicative* que *limitative*. Sans doute, si aucune occasion ne s'est présentée de faire le remploi, le mari ne sera pas en faute; mais on suppose qu'une occasion se présente et que le mari néglige néanmoins de faire le remploi : prétendre que la femme n'aura pas le droit d'agir contre lui, c'est violer la loi du contrat. Dire, comme le fait Troplong, que le mari est administrateur des propres de la femme et que, sous la lettre du contrat de mariage, il a une grande latitude, c'est ne rien dire, ce sont des affirmations que le contrat contredit : que deviendraient les conventions si on les interprétait ainsi (3)?

Si la femme n'use pas de son droit pendant la durée de la communauté, elle y renonce par cela même; en ce sens, du moins, qu'après la dissolution de la communauté, elle n'a plus droit qu'à la récompense de son prix (4). Il se pourrait qu'il n'y eût pas renonciation : la femme aurait

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 bis IV.

(2) Caen, 27 mai 1840 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1447), et 26 février 1845 (Daloz, 1845, 2, 81).

(3) Troplong, t. I, p. 325, n° 1074, En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 bis IV.

(4) Angers, 18 mars 1868 (Daloz, 1868, 2, 82).

droit, dans ce cas, à des dommages-intérêts; c'est la conséquence de toute obligation qui ne peut plus être remplie par la faute du débiteur, et nous supposons qu'il y a eu négligence de la part du mari (art. 1147).

387. La clause de remploi a-t-elle effet contre les tiers? On suppose que le contrat de mariage porte qu'en cas d'aliénation d'un propre de la femme, le mari doit faire remploi. En résultera-t-il que le remploi est une condition prescrite pour la validité de l'aliénation? de sorte que si le remploi n'était point fait, la femme aurait le droit d'agir en résolution de la vente? La simple clause de remploi ne saurait avoir d'effet contre les tiers; c'est une garantie que la femme stipule contre son mari, cette garantie n'impose aucune obligation aux tiers qui contractent avec le mari; ils ne sont donc pas obligés de veiller à ce que le remploi se fasse. La raison en est que les tiers acquéreurs ne peuvent être obligés en vertu d'une clause qui ne s'adresse pas à eux. Sans doute, ils doivent se faire représenter le contrat de mariage pour s'assurer des droits du mari. Mais la simple clause portant que remploi sera fait n'altère pas les droits des époux. Mariée sous le régime de communauté, la femme conserve le droit d'aliéner ses propres, et le remploi que le mari doit faire du prix n'empêche pas que la femme soit capable d'aliéner. C'est seulement après l'aliénation que naît pour le mari l'obligation de faire remploi; à ce moment, les tiers acquéreurs n'ont qu'une seule obligation, celle de payer le prix, et ils doivent le payer entre les mains du mari, comme administrateur des biens de la femme, sans pouvoir exiger que le mari fasse remploi. Etant sans droit, ils sont par cela même sans obligation. Nous dirons plus loin qu'il en est autrement quand les époux sont mariés sous le régime dotal; la femme dotale ne peut pas aliéner les biens dotaux; si le contrat permet l'aliénation à charge de remploi, les tiers sont obligés de veiller à ce qu'il se fasse, car le remploi est la condition sous laquelle l'immeuble peut être aliéné. Sous le régime de communauté, au contraire, c'est l'aliénabilité qui est la règle, et la clause de remploi ne déroge pas à la règle, elle ne défend pas à la femme

d'aliéner, ni au mari de toucher le prix; elle est donc sans effet à l'égard des tiers.

La doctrine est constante en ce sens (1) et la jurisprudence, après quelque hésitation, a consacré l'opinion enseignée par les auteurs. Il y a des arrêts qui ont décidé que l'obligation d'emploi constitue une condition de *capacité* pour la femme, de sorte que la femme commune deviendrait incapable d'aliéner ses propres. C'est, sans doute, la tradition romaine du régime dotal qui a égaré les cours; la femme commune est capable d'aliéner, et la garantie qu'elle stipule pour le remploi du prix ne la rend certes pas incapable (2). Il est inutile d'insister sur cette erreur, la cour de cassation l'a condamnée et elle est abandonnée. Ce qui prouve qu'il s'agit d'un préjugé romain, c'est que les arrêts cassés par la cour suprême ont été rendus dans les anciens pays de droit écrit, et la cour de cassation a bien soin d'établir la différence qui existe, sous ce rapport, entre un régime qui est basé sur l'inaliénabilité des biens dotaux et un régime qui maintient le principe de l'aliénabilité (3).

388. Les conséquences de l'ancienne jurisprudence étaient graves: elles ne tendaient à rien moins qu'à imprimer le caractère de dotalité aux propres de la femme, quand, en se mariant sous le régime de communauté, elle stipulait le remploi en cas d'aliénation. Un contrat de mariage porte la clause suivante: les époux, en adoptant le régime de la communauté, se sont réservé la faculté d'aliéner leurs propres, à charge de remploi, de la part du futur époux, du prix qu'il touchera des propres de la femme. Cette clause, dit la cour de Dijon, doit avoir un effet; cet effet ne peut être autre que de déclarer nulles les aliénations des propres de la femme qui n'auraient pas été suivies d'un remploi immédiat et de mettre ces biens à l'abri de l'action des créanciers. C'était appliquer

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 307 et suiv. et note 82, et les autorités qu'ils citent. Colmet de Santerre, t. VI, p. 197, n° 79 bis V.

(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1462, et Caen, 21 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).

(3) Cassation, 1^{er} mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 122).

au régime de communauté les règles du régime dotal, et la cour l'avouait : il est libre, dit-elle, aux futurs époux de stipuler la dotalité des propres de la femme, tout en se mariant sous le régime de communauté, et ils le font, sous certains rapports, en stipulant que les biens de la femme ne pourront être aliénés sans emploi. Sans doute, dit la cour de cassation en cassant trois arrêts de la cour de Dijon, les époux peuvent soumettre, sous le régime de communauté, les propres de la femme au régime dotal, mais cette convention doit être expresse, dit l'article 1392; or, l'obligation de emploi ne dépouille pas la femme du droit d'aliéner ses immeubles, de les hypothéquer et de les obliger; cette clause ne regarde pas les tiers, elle donne seulement à la femme un recours contre son mari dans le cas où il n'aurait pas fait emploi du prix de ses propres aliénés (1). La doctrine condamnée par la cour de cassation était aussi dangereuse que peu juridique. En voyant que les époux étaient mariés sous le régime de communauté, les tiers devaient croire que la femme avait le droit d'obliger ses biens; ils contractaient en toute confiance, puis la femme venait leur opposer la clause d'emploi, et échappait ainsi à l'exécution de ses engagements. Vainement les cours disaient-elles que les tiers devaient connaître les conventions matrimoniales de ceux avec lesquels ils traitaient; ce sont précisément ces conventions qui les trompaient quand on les interprétait dans le sens de la dotalité. C'était appliquer contre les tiers, et à leur grand préjudice, une clause d'emploi qui, par sa nature, concerne uniquement les rapports des époux, car elle n'a d'autre objet et elle ne peut avoir d'autre effet que de rendre l'emploi obligatoire, alors qu'en règle générale, il n'est que facultatif (2).

389. Les parties peuvent-elles stipuler la clause d'emploi avec cet effet que l'emploi sera obligatoire à l'égard des tiers, de sorte que la validité des aliénations et des engagements contractés par la femme sera subordonnée

(1) Cassation, 29 décembre 1841 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1458). Comparez les arrêts rapportés au n° 1461.

(2) Limoges, 24 juillet 1857, et Rejet, 9 août 1858 (Daloz, 1858, 1, 371).

au emploi? L'affirmative est admise par les auteurs et par la jurisprudence, et elle ne nous paraît pas douteuse. Il est permis aux époux de stipuler que les biens de la femme commune seront inaliénables; cette convention, comme toute convention matrimoniale, peut être opposée aux tiers. A plus forte raison les époux peuvent-ils convenir que l'aliénation des biens de la femme ne pourra se faire que sous la condition d'emploi; et cette convention est également opposable aux tiers; ce sera la dotalité à un moindre degré, l'aliénation n'étant permise que sous certaines conditions; or, qui peut le plus, peut le moins. Les tiers ne peuvent pas se plaindre, ils doivent se faire représenter le contrat de mariage des époux, et, d'après les lois nouvelles, portées en France et en Belgique, ils apprennent par les actes de l'état civil si les époux ont fait un contrat devant notaire.

Quels seront les effets de la clause? Sur ce point, il y a eu de longues discussions et une grande diversité de jurisprudence. Dans les pays de dotalité, l'inaliénabilité des biens dotaux est toujours vue avec grande faveur et, par suite, les cours sont portées à interpréter les clauses de emploi dans le sens de l'inaliénabilité. Nous avons dit plus haut (n° 128) que la cour de cassation a condamné ces exagérations romaines. Les parties sont libres de stipuler ce qu'elles veulent, même l'inaliénabilité des biens de la femme, mais la loi veut que cette stipulation soit expresse (art. 1392); si la clause d'emploi ne déclare pas les biens de la femme inaliénables, ils resteront sous l'empire du droit commun, malgré cette clause; c'est aujourd'hui un principe universellement admis que la clause d'emploi ne donne pas le caractère de dotalité aux biens, alors même que l'emploi serait obligatoire pour les tiers. Quel sera, dans ce cas, l'effet de la clause? Il faut toujours consulter le contrat de mariage, puisque tout dépend des conventions qui s'y trouvent constatées (1). La question s'est présentée devant la cour de cassation dans les termes suivants. Il était dit dans le contrat de mariage

(1) Caen, 6 août 1896 (Daloz, 1868, 2, 27).

que le prix des propres de la femme ne pourrait être reçu par le mari que sous condition de remploi ; puis le contrat ajoutait : « La clause ci-dessus ressortira effet à l'égard de tous tiers, qui devront s'y conformer pour se libérer, nonobstant tous arrêts contraires qui pourraient être interprétés favorablement pour les tiers. » Dans l'espèce, la volonté des parties n'était pas douteuse ; la clause ne rendait pas les biens de la femme inaliénables, elle avait pour but de garantir l'emploi du prix ; la meilleure des garanties est certainement d'intéresser les acheteurs au remploi, en ne leur permettant de payer que si le remploi est fait. Cette clause, dit la cour, n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, puisque l'obligation qu'elle impose aux tiers est de droit sous le régime dotal. Les tiers ne sauraient s'en plaindre, car en achetant les biens de la femme, ils ont eu connaissance de la clause du contrat de mariage, et ils ont ainsi accepté tacitement l'obligation de surveiller le remploi ; voilà le motif juridique de l'obligation qui incombe aux tiers ; on ne peut pas objecter que les tiers, étant étrangers au contrat de mariage, ne peuvent pas être liés par une clause à laquelle ils n'ont point consenti ; le contrat de mariage peut être opposé aux tiers, en tant qu'il détermine les droits des époux ; si le contrat porte que le mari ne peut recevoir le prix de vente qu'en justifiant l'emploi, les tiers acquéreurs ne pourront payer entre ses mains que sous cette condition ; ils s'y soumettent en achetant ; il y a donc consentement de leur part. Dans l'espèce, on objectait que la femme avait déclaré renoncer à la condition de remploi. La cour répond que cette renonciation est nulle, puisqu'elle modifierait les conventions matrimoniales, lesquelles ne peuvent recevoir aucun changement. Après la dissolution du mariage, la femme peut renoncer à des droits qui sont exclusivement établis en sa faveur et en respectant les droits acquis ; elle ne le peut pas pendant la durée du mariage (1). La conséquence est que si les tiers acheteurs payent sans qu'il y ait eu emploi, ils res-

(1) Rejet, 19 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 131).

tent débiteurs du prix. La vente n'est pas nulle, mais la femme peut en demander la résolution, si l'acheteur ne paye pas le prix. C'est le droit commun.

390. La clause d'emploi soulève encore une autre difficulté. On demande si le remploi aura lieu de plein droit, en ce sens qu'il existera, par cela seul que le mari aura acheté un immeuble en exécution du contrat, sans déclaration et sans acceptation de la femme. La doctrine est très-incertaine sur ce point. Il faut d'abord distinguer entre la déclaration de remploi et l'acceptation. La déclaration est requise par la loi comme condition de la subrogation qu'elle autorise ; nous ne voyons pas de quel droit les parties pourraient se soustraire à une obligation que la loi impose. N'oublions pas qu'il s'agit d'une fiction légale ; tout est donc de la plus stricte interprétation. C'est lors de l'acquisition que la déclaration doit être faite ; elle doit mentionner l'origine des deniers et l'intention de subroger ; sans cette double déclaration, il ne saurait y avoir de remploi. La convention de remploi, alors même qu'elle serait obligatoire pour les tiers, ne tient pas lieu de la déclaration de remploi. Quel en est le but ? C'est de contraindre le mari à faire remploi en y intéressant les tiers. Reste à savoir sous quelles conditions il y aura remploi, quand le mari voudra le faire ; les articles 1434 et 1435 répondent à cette question.

Faut-il aussi que la femme accepte ? Nous supposons une clause de remploi obligatoire. A notre avis, la femme ne doit pas accepter. Pourquoi la loi exige-t-elle l'acceptation ? Parce que le mari agit sans pouvoir ; la femme n'ayant pas consenti est appelée à consentir, et elle consent en acceptant. Telle n'est plus la situation quand le contrat impose au mari l'obligation de faire remploi ; la clause de remploi est un mandat que le mari est tenu de remplir ; il n'agit plus comme gérant d'affaires, il agit comme mandataire ; or, le mandataire est l'intermédiaire du mandant, c'est le mandant qui consent, qui parle au contrat. Donc la femme acquiert quand le mari fait l'acquisition, et elle acquiert avec déclaration de remploi, partant elle devient propriétaire et le remploi est con-

sommé. Vainement objecte-t-on que l'acquisition faite par le mari peut ne pas convenir à la femme et que l'on ne doit pas rétorquer contre elle une clause qui a été stipulée en sa faveur. C'est mal raisonner; il ne s'agit plus d'une question d'intérêt, il s'agit d'une question de droit: la femme a-t-elle donné mandat? a-t-elle consenti? Oui, donc le remploi est fait; la femme ne peut plus revenir sur son consentement. Elle doit accepter quand c'est le mari qui achète; mais quand il y a remploi obligatoire, c'est elle-même qui achète, et il serait absurde de lui faire approuver ce qu'elle-même a fait, et plus absurde encore de lui permettre de refuser le remploi qu'elle-même a consenti.

Que dit-on pour l'opinion contraire? Troplong invoque d'abord la tradition. Écoutons Lebrun que l'on nous oppose. Il commence par dire qu'il ne suffit pas que l'on ait stipulé le remploi par un contrat de mariage pour que le remploi existe; il faut de plus la déclaration de remploi et l'acceptation de la femme. Telle est la règle, et elle est incontestable. Mais, continue Lebrun, cette règle souffre exception au cas qu'il y ait des clauses dans le contrat de mariage qui équipollent à un consentement donné pendant le mariage (1). On voit que le témoignage de Lebrun se tourne contre celui qui l'invoque. La clause de remploi peut tenir lieu d'acceptation quand elle implique consentement. Voilà la théorie de Lebrun, c'est la nôtre. Reste à savoir si la clause vaut ou non consentement. Cette question est de fait, puisqu'elle dépend de l'interprétation du contrat. La cour de Bourges a décidé, dans une espèce, que la clause de remploi ne valait pas acceptation. Troplong se prévaut de cette décision; à vrai dire, l'arrêt ne fait qu'interpréter la clause d'un contrat, il ne pose pas en principe que l'acceptation est toujours requise, malgré la clause de remploi; il dit que la clause, pour valoir acceptation, ne doit présenter aucune ambiguïté, que le sens en doit être clair et dans l'intérêt des parties contractantes et dans l'intérêt des tiers (2). Nous ne disons pas autre chose.

(1) Lebrun, *De la communauté*, p. 317 et suiv., nos 66 et 68.

(2) Bourges, 1^{er} février 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n^o 1424).

Ce que Troplong ajoute à l'appui de ces prétendues autorités n'est pas fait pour donner crédit à son opinion. Il ne peut pas nier que la clause de remploi obligatoire renferme un mandat, mais il dit que ce mandat ne donne pas au mari plein pouvoir; ce n'est pas un mandat pour acheter définitivement au nom de la femme. Si un mandat était ainsi limité, il est certain qu'il faudrait s'en tenir à la convention; mais il ne se trouve dans la clause rien qui fasse soupçonner ces restrictions; disons plus, si on les admet, la clause devient inutile et n'a plus aucun sens: il y aurait mandat sans qu'il y eût aucun pouvoir donné au mandataire. C'est un mandat que Troplong imagine pour le besoin de la cause (1).

391. Il y a une dernière hypothèse, sur laquelle les auteurs sont également partagés. La clause porte que la première acquisition faite par le mari après l'aliénation du propre de la femme servira de remploi. Faut-il, dans ce cas, une déclaration de remploi et une acceptation? On pourrait croire que la déclaration et l'acceptation sont inutiles, les époux ayant déclaré d'avance leur volonté. Si le remploi était régi par le droit commun, nous serions de cet avis. Mais le remploi est une fiction, et appartient-il aux parties de déroger aux conditions que la loi prescrit pour qu'il y ait fiction? Nous avons d'avance répondu à la question (n^o 390) en ce qui concerne la déclaration de remploi. Quant à l'acceptation, ce n'est qu'un consentement; or, rien n'empêche la femme de consentir d'avance en donnant à son mari un mandat limité: si la clause de remploi obligatoire vaut acceptation, à plus forte raison en est-il ainsi quand la femme déclare dans le contrat qu'elle accepte, à titre de remploi, la première acquisition faite par le mari. Dira-t-on que la femme se met par là à la merci, du mari qui sera libre de faire une acquisition désavantageuse à la femme? Notre réponse est très-simple: la femme l'a voulu ainsi. Entendait-elle se réserver la faculté de refuser le remploi, elle devait le dire.

(1) Mourlon, *Représentations*, t. III, p. 70, note. Voyez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 308, note 33.