

l'opinion de M. Odier, conduit-il aux conséquences que l'on en tire? Je reconnâtrai tant qu'on voudra avec Coquille que le mari est *quasi procurator in eam rem constitutus* (1), et avec D'Aguesseau, « que » le mari est considéré, en cette matière, comme le » procureur de sa femme (2). » Je n'irai pas aussi loin que M. Benech, qui, à mon avis, nie d'une manière trop absolue qu'il y ait dans cet agissement mélange de mandat (3). Mais je demanderai si ce mandat est un mandat pour acheter définitivement, un mandat qui donne au mari plein pouvoir, un mandat qui le laisse maître de terminer, au nom de la femme, l'achat destiné à indemniser celle-ci : nullement. Le mari est chargé de chercher le remploi, de le préparer, d'en asseoir les bases ; mais son pouvoir ne va pas au delà. Rien ne doit être conclu sans l'assentiment de la femme, juge en dernier ressort de ces opérations préliminaires. Et puis, qu'on ne s'imagine pas qu'il y ait une si grande différence entre le remploi conventionnel et le remploi légal. Le remploi conventionnel n'a pas ordinairement des effets différents du remploi légal (4). S'il est stipulé dans le contrat de mariage, ce n'est certes pas pour donner au mari plus de latitude et diminuer sa responsabilité ; c'est plutôt pour aug-

(1) Quest. 286.

(2) 27^e plaidoyer.

(3) P. 90, 91 et 105.

(4) *Suprà*, n^o 1069 et suiv.

menter les sûretés de la femme et réserver ses droits. Et l'on voudrait que cette précaution fût retournée contre elle ! Est-ce là le précepte des lois romaines (1) ?

1142. Le remploi doit s'effectuer en immeubles qui remplacent la chose aliénée par une chose d'égale valeur. Si ce ne sont pas des immeubles qui sont pris en remploi, il faut, au moins, que ce soient des valeurs mobilières immobilisées, comme actions immobilisées de la banque de France (2). C'est ainsi que, dans l'ancien droit, on décidait qu'un propre de la femme pouvait être remplacé par une rente (3).

1143. Que si ces valeurs immobilisées viennent à être dépréciées au moment de la dissolution de la communauté, je ne pense pas que le mari en soit garant auprès de sa femme, qui les a acceptées ; la perte retombe sur elle. Il est vrai que Lebrun voulait que le mari fût garant de la bonté de la rente lors de la dissolution du mariage (4), mais la raison qu'il donne de cette décision n'est pas solide : « Le mari, dit-il, a dû apporter la même

(1) Modestin., l. 25, D., *De legib.*

Theodos. et Valent., l. 6, C., *De legib.*

(2) Caen, 8 mai 1838 (Daloz, 40, 2, 13).

(3) Pothier, n^o 199.

Lebrun, p. 319, n^o 74.

(4) *Loc. cit.*

» exactitude dans le emploi de sa femme qu'un bon père de famille a coutume d'en apporter à ses affaires (1). » Je réponds : La valeur immobilisée pouvait être excellente au moment où elle a été prise en emploi, et il est possible que ce soit par des événements de force majeure qu'elle se soit avilie. Ne serait-il pas bien rigoureux d'en faire porter au mari la responsabilité (2) ?

1144. Au surplus, il est de principe que, lorsqu'une femme majeure a accepté un emploi, le mari n'est pas tenu de l'utilité de ce emploi : on peut consulter l'art. 1450. La femme était majeure et capable, elle a acheté et pu acheter : elle n'a de garantie à demander qu'à son vendeur. Pour se retourner contre son mari, il faudrait que celui-ci l'eût induite en erreur et lui eût fait faire un acte empreint de lésion.

1145. Le emploi actuel peut se faire en immeubles du mari, ou même en conquêts de la communauté, qui seraient donnés à la femme en paiement de son propre aliéné (3) ; mais nous ne pensons pas

(1) L. 17, D., *De jure dotium*.
L. 24, § 5, D., *Solut. matrim.*

(2) *Junge* Pothier, n° 199.
Ferrières sur Paris, art. 232, n° 65.

(3) Arg. de l'art. 1595 Cod. civ.
MM. Toullier, t. 12, n° 366.
Rodière et Pont, t. 1, n° 514.

que, durant le mariage, le mari et la femme puissent pactiser pour donner au mari un emploi en conquêts de communauté. C'est là un cas de vente entre mari et femme qui n'est pas autorisé par l'art. 1595 du Code civil (1). M. Toullier, en soutenant la validité d'un tel agissement (2), a perdu de vue, ce me semble, le texte et l'esprit de l'art. 1595.

1146. Le emploi actuel opère subrogation : l'immeuble acquis est un propre ; il prend, à titre de propre, la place de l'héritage aliéné.

Ceci nous conduit à faire une observation que nous adressons particulièrement à ceux qui essaient de transporter dans le régime de la communauté les idées du régime dotal. Il leur est arrivé, en effet, de vouloir attacher à la subrogation du propre de communauté les effets de la subrogation d'une valeur dotale à une valeur dotale. Cette erreur est dangereuse ; il faut s'en garantir.

D'abord, sachons le bien ! le emploi est une combinaison née du régime de la communauté : il n'y est pas reçu à titre d'emprunt ; il est là dans son domaine d'origine. C'est dans le régime dotal qu'il est entré par voie de tardive adoption. Il y a été transporté par la coutume de Normandie (3) et par la jurisprudence des parlements ; il y est même aujour-

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 514.

(2) *Loc. cit.*

(3) Art. 540, 541.

d'hui devenu assez fréquent, toutes les fois que le contrat de mariage autorise l'aliénation du fonds dotal. Mais à Rome on ignorait le remploi; le régime dotal pur, tel qu'il nous est venu de la main des Romains, ne connaissait pas cette convention. La raison en est simple (1) : le régime dotal formulé dans les livres de Justinien n'admet pas l'aliénabilité conventionnelle de la dot. Le fonds dotal est inaliénable et amorti : il n'y a donc pas à le remplacer par voie de remploi. Le système romain n'admet que l'échange du fonds dotal; il en rejette la vente : il rend par conséquent inutiles toutes les précautions auxquelles avise le remploi.

C'était là une chaîne bien pesante pour les époux. L'ingénieuse sagacité du génie normand la secoua : il admit la faculté pour le mari d'aliéner la dot, mais à la charge d'en faire le remplacement; et, pour opérer ce remplacement, il emprunta le remploi au régime de la communauté et l'accommoda au régime dotal. La jurisprudence des pays de droit écrit, éclairée par cette expérience, montra quelque tendance à l'adopter (2).

1147. Mais le remploi a des effets bien différents

(1) Lebrun, p. 302, n° 5.
Leprêtre, 5^e centurie, 78.
M. Benech, n° 70.

(2) Catelan, IV, 45.
Serres, *Inst.*, 190.

dans le régime de la communauté et dans le régime dotal, et il faut bien se garder d'argumenter sans distinction de l'un à l'autre.

Dans le régime de la communauté, l'objet du remploi est d'opérer la subrogation d'un propre à un propre, et d'empêcher le prix de l'immeuble non commun aliéné de tomber dans la communauté.

Dans le régime dotal, le but du remploi est de subroger un immeuble dotal à un immeuble dotal.

Il y a donc entre ces deux remplois toute la différence qui existe entre le régime des propres de la femme commune et le régime du bien dotal.

Le remploi de communauté, en substituant un propre à un propre, n'enlève pas à la femme le droit d'obliger ce propre par hypothèque, et de le soumettre au paiement de ses obligations; en prenant la place du propre aliéné, il n'acquiert pas plus de privilège que lui.

Au contraire, le remploi de la dot conserve au nouvel immeuble le caractère d'inaliénabilité qu'avait l'ancien. Il ne peut servir d'assiette au paiement des obligations de la femme.

1148. C'est cette différence profonde que n'ont pas comprise quelques légistes, lesquels, voyant l'obligation de remploi stipulée dans un contrat de mariage adoptant la société d'acquêts pour le cas d'aliénation des propres de la femme, en ont conclu qu'à l'égard de ces propres il y avait dotalité, et par

conséquent inaliénabilité (1). Rien n'est plus faux, et, quoique M. Merlin ait accepté cette opinion, que du reste il ne discute pas, il ne faut pas hésiter à y voir la plus fausse interprétation du pacte matrimonial (2). La clause de remploi dans le régime de la communauté, ou de communauté réduite aux acquêts, ne fait que substituer un propre susceptible d'hypothèque à un propre susceptible d'hypothèque; car, dans la communauté, le caractère dominant de ce régime est que la femme peut s'obliger sur ses propres. Qu'importe que dans le régime dotal la clause de remploi imprime l'inaliénabilité à l'immeuble acquis avec les deniers provenant de la vente du fonds dotal? Cela tient au principe du régime dotal, qui frappe d'indisponibilité le bien dotal et l'amortit dans la main des époux. Mais le régime de la communauté est étranger à une telle combinaison. Un propre est subrogé à un propre, et voilà tout. Ce propre entre dans la main de la femme commune, au même titre que tous ses propres, c'est-à-dire susceptible d'hypothèque.

(1) Caen, 27 janvier 1819. Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 22 novembre 1820.

M. Merlin, *Quest. de Droit*, v° *Remploi*, § 7.

Lyon, 31 mars 1840 (Daloz, 40, 2, 172).

(2) Toulouse, 24 mars 1850 (Daloz, 50, 2, 240).

Cass., 7 juin 1836 (Daloz, 36, 1, 262).

Lyon, 3 janvier 1838 (Daloz, 38, 2, 98).

Cass., ch. civ., 29 septembre 1841 (Devill., 42, 1, 5);

(Daloz, 42, 1, 89).

Cass., req., 25 août 1847 (Devill., 47, 1, 657).

(Daloz, 47, 1, 531).

1149. Aussi est-il reçu maintenant que les obligations consenties par la femme commune sont exécutoires sur ses propres, malgré la clause de remploi; il serait absurde de dire qu'une telle clause frappe l'immeuble d'indisponibilité. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, chambre des requêtes, après mûre délibération, par arrêt du 25 août 1847 (1). Tous les jurisconsultes applaudiront à cette sage décision, où je puis dire, avec connaissance de cause, que les deux systèmes ont été sérieusement pesés, et qui garde avec fermeté la ligne séparative du régime de la communauté et du régime dotal.

1150. Quand même l'immeuble acquis avec les deniers de l'aliénation serait d'une valeur plus considérable que l'immeuble aliéné, la subrogation n'en serait pas moins inattaquable, et l'époux garderait la chose pour le tout. Cela serait surtout vrai à l'égard de la femme, dont le rôle est, dans ce qui tient au remploi, plus passif qu'actif, et qu'on ne peut pas soupçonner d'avoir recherché son intérêt aux dépens de la communauté. Qu'y a-t-il, en effet, dans cette opération? Le mari a fait faire à sa femme un bon marché; il a acheté pour elle, pour un prix modique, une chose de bonne valeur: tant mieux! ce résultat prouve la vigilance du mari, sa bonne administration, son dévouement aux intérêts de sa femme (2).

(1) Devill., 47, 1, 657 (Daloz, 47, 1, 531).

(2) Basnage sur Normandie, art. 539, p. 466.

Que si c'est le mari qui achète à vil prix pour lui-même un immeuble qu'il aurait pu acheter pour la communauté, son agissement est beaucoup plus suspect (1); peut-être que la bonne foi aurait voulu qu'il eût acheté pour la communauté plutôt que pour lui-même, car, comme seigneur et maître de cette communauté, il doit surtout procurer son progrès et son amélioration. Toutefois cette action du mari est plutôt blâmable en morale qu'en droit strict. A vrai dire, le mari n'a rien pris à la communauté; il n'en a pas diminué l'actif; il a mieux aimé se payer de sa créance que de faire avoir un avantage à la communauté.

1151. Ceci est très-bien pour le cas où l'acquisition ne coûte pas plus que le prix de l'immeuble aliéné; mais il peut arriver qu'elle soit payée plus cher. Par exemple, un mari a vendu un héritage de sa femme pour 10,000 fr., et a acquis un autre héritage en remplacement pour 15,000 fr. : ce second héritage sera-t-il subrogé pour le tout au premier? non; la femme n'aura, pour le emploi de son bien aliéné, que les deux tiers de l'acquisition faite par le mari (2); il n'y aura de propre que ces deux tiers; le surplus sera conquis (3).

Nous admettrons cependant avec Pothier que, si l'excédant du prix de la nouvelle acquisition était

(1) Lebrun, p. 319, n° 7.

(2) L'annotateur de Basnage, *loc. cit.*, note 1.

(3) Pothier, n° 198.

Arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1821.

peu considérable, il vaudrait mieux regarder l'immeuble comme propre pour le tout, sauf à récompenser la communauté de ce qui a été pris sur son actif pour payer le total de l'acquisition (1).

1152. Les frais et loyaux coûts du emploi sont à la charge de l'époux dont l'immeuble a été aliéné (2): c'est dire assez qu'il faudra combiner les choses de manière à vendre le propre à un prix assez avantageux pour ne pas perdre dans le remplacement. Le secret serait de vendre cher et d'acheter à bon marché; si ce secret-là manque, il en est un autre: c'est de ne pas vendre les propres, lorsqu'on craint que ces changements ne soient une cause de perte (3).

1153. Telles sont les idées générales dans lesquelles vient se résumer la matière du emploi actuel dans le système de la communauté. Nous nous occuperons du emploi tel qu'il est organisé dans le régime dotal quand nous analyserons l'article 1557 du Code civil (4); et quant au emploi des paraphernaux aliénés, nous en parlerons dans le commentaire de l'article 1450 (5).

(1) *Loc. cit.*

Junge MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 514.

(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 515.

(3) Voyez ce que je dis de cette question appliquée au régime dotal (*infra*, n° 3427).

(4) *Infra*, n° 3402 et suiv.

(5) *Infra*, n° 1460 à 1462.

Mais, avant de terminer ici, nous avons deux observations à présenter :

La première est relative au emploi anticipé ;

La seconde au emploi fait avec des deniers propres, mais ne provenant pas d'un bien propre aliéné.

1154. De fâcheux préjugés se sont glissés dans les esprits au sujet du emploi anticipé.

De ce que dans les art. 1434 et 1435 il est dit que le emploi est fait avec les deniers provenant de la vente de l'immeuble, quelques jurisconsultes en ont conclu qu'un emploi ne peut être fait par anticipation (1). Ainsi, une femme achète un immeuble de 125,000 francs avec stipulation de emploi des propres aliénés, et cependant les propres aliénés, à ce moment, ne se montent qu'à 70,000 francs : bien qu'il soit dit que la différence sera payée avec le prix d'autres ventes de biens propres, que la femme se propose de faire pour compléter la somme, on a soutenu que l'immeuble de 125,000 francs devait nécessairement entrer dans la communauté pour 55,000 francs, qu'il n'était pas permis de faire un emploi par anticipation.

(1) MM. Toullier, t. 12, p. 534.

Odier, t. 1, n° 526.

A. Dalloz, v° *Emploi*, n° 29.

M. Zachariæ (t. 3, p. 424, note) fait des distinctions que nous repoussons.

Paris, 27 janvier 1820.

Bourges, 1^{er} août 1838 (Deville, 38, 2, 455).

Un tel système n'est pas soutenable ; il n'y a pas de jour où il ne se fasse des emplois par anticipation ; et cette pratique, utile aux intérêts de la femme, favorable au emploi, commode en ce qu'elle permet de saisir des occasions qu'on ne trouve pas à sa guise, cette pratique est autorisée par la jurisprudence (1) ; nous la trouvons excellente.

Mais le mari qui a l'intention d'aliéner ses propres peut-il faire un emploi par anticipation ? Y a-t-il différence entre lui et sa femme ? La Cour royale d'Angers a pensé que l'immeuble est acquêt (2), sans quoi il y aurait des dangers. Le mari vendrait, si l'acquisition était avantageuse ; il s'abstiendrait de vendre, si elle ne l'était pas. Par-là, il aurait un sûr moyen de faire sa condition meilleure, aux dépens de la communauté. Cette distinction nous paraît raisonnable. N'oublions pas que le emploi actuel est, par la nature des choses, un instrument fort dangereux quand le mari l'exerce dans son intérêt (3). Nous sommes donc porté à ne pas en étendre l'horizon ; nous verrions quelque chose de suspect dans cet empressement du mari à se saisir d'un immeuble destiné à remplacer un immeuble propre, qu'il n'a pas encore aliéné.

(1) Cass., 25 novembre 1826 (Dalloz, 27, 1, 66 à 68).
Angers, 5 février 1829 (Dalloz, 29, 2, 292, 295).

Junge MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 512.

(2) 6 mars 1846 (Deville, 46, 2, 37).

(3) Lebrun, p. 319, n° 7.

1155. Arrivons à notre seconde observation.

En prenant les choses au pied de la lettre, le remploi suppose qu'un immeuble est acheté pour prendre la place d'un autre immeuble propre aliéné. Alors il se fait une subrogation, et l'immeuble nouveau prend, dans les propres de l'époux, la place de l'ancien : on transporte la qualité de propre d'une chose à une chose de même nature.

Ceci posé, est-il permis aux époux de rendre propre un immeuble qui est acheté, constant la communauté, avec des deniers mobiliers propres, lesquels deniers ne sont pas le prix d'un immeuble propre ?

La question est controversée (1).

Les uns pensent que l'immeuble ainsi acheté est commun, d'après les art. 1401 et 1402 du Code civil (2); d'autres, qu'il est revêtu de la qualité de propre par la volonté des parties (3).

Ce second avis est le nôtre; nous l'appuyons sur un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1838,

(1) *Suprà*, n° 540.

(2) M. Duranton, t. 14, n° 389.

Douai, 2 avril 1846 (Devill., 47, 2, 415).

(3) MM. Toullier, t. 12, n° 356.

Zachariæ, t. 3, § 507.

Odier, t. 1, n° 317.

Rodière et Pont, t. 1, n° 706.

Toulouse, 27 mai 1834 (Devill., 35, 2, 175).

Paris, 9 juillet 1841 (Devill., 41, 2, 534).

dont nous avons eu occasion de parler ci-dessus (1).

Voyons d'ailleurs de plus près les raisons de décider.

1156. Supposons que l'achat soit fait pour la femme, pour employer des deniers à elle propres : comment pourrait-on nier que l'acquisition, en la supposant accompagnée des conditions des art. 1434 et 1435, ne fasse un propre ? L'art. 1595 du Code civil permet, en effet, au mari de céder un immeuble à sa femme pour lui tenir lieu des deniers à elle appartenant qui ne tombent pas dans la communauté. Si la femme peut acheter de son mari un immeuble qu'elle se rend propre, elle peut à plus forte raison acheter d'un tiers étranger; l'opération est encore plus libre, plus sincère, plus digne de sanction.

1157. Ce que l'art. 1595 reconnaît comme légitime dans l'intérêt de la femme, il nous semble que le mari peut le faire dans son propre intérêt, en prenant soin de déclarer que l'immeuble est acheté avec ses deniers propres et pour lui tenir lieu de propre. L'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1838, que nous avons rapporté aux n°s 1155 et 1123, est rendu précisément dans l'espèce d'un mari qui avait acheté pour lui. Il ne faut pas faire violence à la volonté des parties; il ne faut pas at-

(1) N° 1123.

tribuer, de force, à la communauté des choses qu'on a voulu en exclure (1).

ARTICLE 1456.

La récompense du prix de l'immeuble appartenant au mari ne s'exerce que sur la masse de la communauté; celle du prix de l'immeuble appartenant à la femme s'exerce sur les biens personnels du mari, en cas d'insuffisance des biens de la communauté. — Dans tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant la valeur de l'immeuble aliéné.

(1) Dans une espèce jugée le 21 mars 1849 par la chambre civile de la Cour de cassation, et portant cassation d'un arrêt de la Cour de Caen du 22 juillet 1847 (cet arrêt est encore inédit), le mari avait acheté une terre, *tant pour lui que pour sa mère*, et avait déclaré la payer avec des deniers à lui propres. La Cour de Caen avait décidé que cette terre était propre, ce qui probablement lui avait paru conforme à l'arrêt de cassation du 23 mai 1838. En effet, la terre avait été achetée avec des deniers propres, dont on avait déclaré l'origine, et l'on prouvait que la mention d'emploi était équivalente à celle qui fait des propres (*suprà*, n° 1125), le mari ayant dit qu'il achetait *tant pour lui que pour sa mère*.

Cependant l'arrêt de Caen a été cassé (contre les conclusions de M. Nicias Gaillard, et contre l'avis de M. Gauthier, rapporteur). La chambre civile a décidé que, si les deniers étaient propres, la terre ne l'était pas: probablement que la formule d'emploi ne lui a pas semblé suffisante. Cette raison est la seule par laquelle s'explique cet arrêt.

SOMMAIRE.

1158. Par l'art. 1456 le législateur revient à l'action de remploi, dont les bases sont posées dans l'art. 1455.
 1159. Différence entre le remploi actuel et l'action de remploi, ou remploi légal.
 1160. Montant de la récompense que l'action de remploi a pour but de procurer. La récompense n'a lieu que sur le pied de la vente.
 1161. Le remploi légal se fait en deniers. Raison de ce point de droit.
 1162. Mais le remploi n'est borné au prix de vente qu'autant que la vente a été sérieuse et sans fraude. La fraude fait exception à toutes les règles.
 1163. Des valeurs servant à récompenser l'époux.
 1164. Quand le remploi se fait en conquêts, à quel taux faut-il les prendre?
 1165. La femme peut prendre son remploi, non-seulement sur les biens de la communauté, mais encore sur les propres du mari.
 1166. Mais le mari créancier d'un remploi ne saurait le prendre sur les propres de la femme.
 Lors même qu'il se serait réservé par contrat de mariage un droit à cet égard sur les biens propres de la femme, il n'aurait pas d'action sur les propres de cette dernière.
 1167. La femme pourrait-elle promettre par contrat de mariage qu'elle n'exercera pas son recours subsidiaire sur les propres du mari?

COMMENTAIRE.

1158. Après avoir traité dans les art. 1454 et 1455 du remploi actuel, notre article en revient à