

droit non pas dans l'intérêt de la femme, mais contre elle et en lui opposant la précipitation de son choix.

Au contraire, la Cour de Lyon, par arrêt du 20 juillet 1843 (1), partant de cette idée, que c'est l'intérêt de la femme qui a préoccupé le législateur, a décidé que l'art. 1408 n'est qu'indicatif, et que toutes les fois que la femme a intérêt à faire son option avant la dissolution de la communauté, elle doit y être reçue.

C'est, à notre sens, cette opinion qui est la bonne; il ne faut pas tourner contre la femme une disposition introduite en sa faveur. Bien que les actes de disposition faits par le mari au préjudice du droit de la femme, soient résolubles sur la demande de celle-ci, il n'en est pas moins vrai que la femme a souvent intérêt à prévenir ces actes de disposition: c'est en déclarant sa volonté de rester propriétaire qu'elle peut y parvenir, et empêcher que son bien ne passe en d'autres mains par des ventes, saisies réelles, partages, etc. Sans doute, on ne saurait forcer la femme à faire son option avant la dissolution du mariage (2); mais si d'elle-même et spontanément elle fait son choix, sa résolution doit être respectée.

On dira peut-être que cette option de la femme,

(1) Dalloz, 44, 2, 197.

Deville, 44, 2, 319.

(2) Riom, 29 mai 1843 (Deville, 44, 2, 243, 244).

faite constant le mariage, peut avoir été influencée par son mari, et qu'il est dangereux de lui permettre le droit d'option alors qu'elle est encore sous l'influence maritale. Mais je répons que la femme mariée en communauté est pleinement capable de s'obliger avec l'autorisation de son mari; j'ajoute que lors même que son engagement serait susceptible d'être rétracté, ce qui est au moins douteux dans ce cas particulier, l'exception de nullité ne devrait profiter qu'à elle, sans qu'on pût la lui rétorquer.

Et puis remarquons ceci :

Dans quelle hypothèse est rendu l'arrêt de la Cour de cassation? dans l'hypothèse d'une femme qui avait déclaré vouloir demeurer propriétaire de la chose. Or, si la femme avait comparu à la licitation avec son mari, on trouverait son engagement sérieux, valable, irrévocable. Pourquoi donc cet engagement serait-il vicieux parce qu'à un achat fait par le mari seul, la femme vient ensuite joindre son adhésion? Est-ce qu'il y a une différence sérieuse entre ces deux cas?

Au fond la femme est capable, et il est évident qu'il y a une foule de cas où il est de son intérêt de devancer la dissolution de la communauté pour faire son option (1).

680. Le droit d'option périt par trente ans (2);

(1) *Contrà*, MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

(2) MM. Toullier, t. 12, n° 168.

Dalloz, t. 10, p. 197, n° 61.

au bout de ce temps, l'immeuble acquiert au plus haut degré le caractère de propre que la loi présume en lui.

Il y en a qui pensent au contraire que le laps de trente ans prive la femme du retrait, et maintient l'immeuble dans la communauté : ils ne font pas attention à la première partie de l'art. 1408, qui décide que l'immeuble ne forme pas un conquêt (1).

681. Du reste, le mari ou ses héritiers peuvent exiger que la femme ou ses représentants fassent option lors de la liquidation de la communauté ou des reprises de la femme (2); ceux-ci ne doivent pas s'y refuser; c'est là un moment décisif qu'il n'est pas bon de laisser passer sans fixer les positions et prendre qualité. C'est probablement parce que la femme n'avait pas été sommée de se prononcer, et que les représentants du mari n'avaient pas pressé son choix d'une manière assez positive, qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 août 1854 dont voici l'espèce :

Campagnac avait acquis en l'an xi, sous son nom personnel, les parts des cohéritiers de sa femme dans les successions indivises des père et mère de celle-ci.

(1) *Suprà*, n° 648.

(2) MM. Delvincourt sur l'art. 1408.
Duranton, t. 14, n° 210.
Zachariæ, t. 5, p. 428.
Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

La femme Campagnac institua les époux Rozère pour ses légataires, et après sa mort, ces derniers restèrent en possession par indivis des biens qui avaient été l'objet de l'acquisition de l'an xi.

D'un autre côté, les époux Viveille avaient été institués par Campagnac donataires de ses immeubles. Campagnac étant aussi décédé, les époux Viveille actionnèrent les époux Rozère pour être remplis, en biens-fonds, des acquisitions faites en l'an xi par le mari.

Un jugement du tribunal de Sarlat du 17 mai 1851 les déclara non recevables : « Attendu que cet acte renferme en faveur de Campagnac, qui a traité seul, et en l'absence de sa femme, une véritable vente de droits réels, successifs, indivis avec cette dernière; que ledit Campagnac, personnellement acquéreur, n'est point devenu propriétaire incommutable des objets vendus, ainsi que s'en explique le paragraphe 2 de l'art. 1408 du Code civil; qu'il est resté assujéti à une option accordée par la loi à la femme ou à ses héritiers, celle de garder les objets acquis en en remboursant le prix, ou de les abandonner en se faisant indemniser de la portion que la femme y avait; — attendu que cette option est ou peut être encore tout entière dans les mains des héritiers de la femme Campagnac; que pouvant encore en user, ce serait tout au plus dans le cas où ils garderaient les droits vendus, que les époux Viveille, invoquant la donation, pourraient former contre eux la demande qui est la matière du présent litige. »

Et par arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 août 1854, adoptant les motifs des premiers juges, cette décision a été confirmée (1).

Cet arrêt a été sévèrement traité par les auteurs (2); on ne peut le défendre qu'en disant que les demandeurs n'avaient pas posé leurs conclusions avec assez de précision.

682. L'option de la femme peut résulter des circonstances du fait; il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse ou solennelle.

683. Les résultats de l'option donnée à la femme se traduisent en deux alternatives fort simples.

Si elle garde l'immeuble, elle exerce ce que l'on est convenu d'appeler le *retrait d'indivision*, expressions qui ne manquent pas de justesse, car les choses sont disposées de manière que c'est presque toujours la femme qui est obligée d'aller chercher la chose dans les mains du mari ou de ses héritiers; de la *retirer*, comme dit notre article, de la *retraire*, comme disent les praticiens: le mari qui l'a achetée en a la possession.

Quand la femme exerce ce retrait d'indivision, elle doit à la communauté le prix de l'acquisition; rien de plus, rien de moins. Par ce mot *prix*, la loi

(1) Dalloz, 55, 2, 46, 47.

Devill., 55, 2, 61.

(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

Odier, t. 1, n° 141.

entend non-seulement le prix principal, mais encore les accessoires, frais et loyaux coûts (1).

684. Si, au contraire, elle abandonne l'immeuble à la communauté, celle-ci doit à l'épouse la part de prix de licitation, correspondant à la part d'immeuble qu'avait la femme.

685. Mais ce n'est pas toujours par licitation que se vend l'immeuble; le mari peut avoir acheté de gré à gré la part des cohéritiers de la femme, celle-ci restant propriétaire du surplus. Ceci posé, quel est le sort de la part de la femme, quand celle-ci refuse d'accepter pour son compte le marché du mari? faut-il que la communauté prenne la part de la femme pour la réunir aux autres parts, sauf à lui tenir compte de la valeur de cette part dans la proportion du prix payé par le mari? c'est l'avis de M. Duranton (2). Mais MM. Rodière et Pont en contestent la légitimité (3); ils aiment mieux dire avec M. Toullier (4), et comme l'enseigne Valin, qu'ils ne citent pas (5),

(1) Mon comm. de la Vente, t. 1, n° 161.

(2) M. Duranton, t. 14, n° 206.

(3) T. 1, n° 496.

(4) T. 12, n° 167.

(5) Sur la Rochelle, t. 1, p. 495, n° 28.

« La femme ne peut souffrir aucun préjudice dans ses propres; elle peut même y gagner par la faculté qu'elle a de retenir les portions acquises de ses copropriétaires en payant la récompense à la communauté, ou de les laisser, en ce cas, pour le compte de la communauté, en conservant seulement sa portion personnelle. »

que la femme conserve sa part en nature, sauf à faire un nouveau partage avec les héritiers de son mari. Nous croyons cependant qu'il suffit de lire l'art. 1408 pour voir clairement que c'est l'opinion de M. Duranton qui est la vraie. Cet article prévoit précisément le cas où le mari n'a acheté qu'une portion de l'immeuble. Eh bien ! même dans cette hypothèse, il veut que ce soit l'objet tout entier qui soit abandonné à la communauté, sauf à indemniser la femme de la part à elle appartenant. En un mot, le texte de l'art. 1408 ne fait aucune différence entre l'achat de la totalité de la chose et l'achat des parts des copropriétaires.

Et la raison veut qu'il en soit ainsi.

Quel est donc le motif qui empêche la femme de prendre pour elle le marché du mari ? c'est probablement qu'elle le trouve trop cher et trop onéreux. Or, si on lui paye sa part à ce prix, si élevé d'après elle-même, quel motif aurait-elle de demander un nouveau partage ? pourquoi ne pas considérer l'affaire comme terminée moyennant cette légitime indemnité ?

686. Le retrait d'indivision est une faveur et un privilège, ainsi que nous l'avons dit bien des fois ; mais si ce retrait d'indivision se trouve en concours avec le retrait successoral prétendu par des tiers, lequel des deux retraits sera préférable ?

Cette question s'est présentée dans une espèce jugée par la Cour de cassation, et dont nous nous

sommes déjà occupé (1) ; nous n'en rappellerons pas les faits ; nous nous bornerons à citer ce considérant de l'arrêt : « Attendu, d'ailleurs, que dans le concours » tel que le présente la cause, entre le droit d'option » prétendu par la dame de Montirol et le retrait successoral prétendu par les défendeurs éventuels, il » faut reconnaître que ce dernier droit (le retrait » successoral), affectant les droits successifs acquis » par le sieur de Montirol, dès le moment que celui-ci en est devenu propriétaire, a dû par cela même » primer le droit d'option, nécessairement subordonné à cette acquisition, puisqu'il ne peut exister » sans elle. »

Le mérite de cette solution dépend du point de droit que nous avons examiné aux n^{os} 648 et suivants. Si le mari qui a acheté en son nom est réputé propriétaire de la chose jusqu'au retrait, l'arrêt dont nous venons de citer un fragment est excellent. Mais si, comme nous le croyons fermement, l'immeuble est, de droit, un propre de la femme, si c'est la femme qui est censée avoir acheté par les mains de son mari, l'arrêt ne saurait se soutenir, car le retrait successoral manque de base. Les cohéritiers de la femme ne peuvent l'exercer que contre un étranger et non contre la femme.

687. L'art. 1408 a été fait pour le régime de la communauté ; sa place et son texte l'indiquent suffisamment.

(1) *Suprà*, n^o 652.

Peut-il être transporté cependant dans le régime dotal?

Cette question en embrasse deux : l'art. 1408 s'étend-il aux parts indivises du bien dotal achetées par le mari? s'étend-il aux parts indivises du bien paraphernal achetées par le mari?

A l'égard du bien dotal, il serait bien difficile que l'art. 1408, malgré son encadrement, ne dominât pas les licitations faites au nom du mari, et éliminant les cohéritiers de la femme. Le germe de l'art. 1408 a été tiré de la loi 78, § 4, D., *de Jure dotium*; c'est cette loi qui, précisément à l'occasion d'un bien dotal, indivis avec d'autres personnes, lesquelles avaient vendu leur part au mari, a eu la première pensée de voir dans ce même mari un procureur tacite de sa femme (1). On peut dire dès lors que l'art. 1408 appartient au régime dotal plus encore qu'au régime en communauté; les auteurs qui ont écrit sur la dot dans l'ancienne jurisprudence se sont accordés pour constater ce rôle du mari (2).

688. Il est même certain que les arrêts avaient étendu jusqu'à l'acquisition des parts indivises de l'immeuble paraphernal la présomption de mandat

(1) *Infra*, nos 5050 et suiv.

(2) Despeisses, t. 1, p. 502, col. 2, et p. 554, col. 1, n° 78. Journal des arrêts du parlement de Toulouse de M. de Juin, arrêt du 28 juillet 1770, rapporté t. 2 du supplément.

M. Tessier, *Dot*, t. 1, p. 276, 277.

dans la personne du mari. Et pourquoi en aurait-il été autrement? Puisqu'au point de vue de la loi 78, § 4, D., *de Jure dotium*, le mari, en se rendant acquéreur, est censé n'avoir voulu qu'opérer un partage dans l'intérêt de sa femme, il est évident que cette intention est également présumable, soit que le bien soit paraphernal, soit qu'il soit dotal. Agissant pour faire cesser l'indivision avec des étrangers, il n'est pas censé avoir voulu la continuer avec sa femme et constituer un droit rival du droit de celle-ci. Aussi voici ce que nous lisons dans Roussilhe :

« Si le mari s'est rendu adjudicataire d'un héritage vendu par licitation, et dont sa femme lui avait apporté la moitié indivise en dot (1), quoique cet héritage ne soit dotal à la femme que pour la moitié, néanmoins, elle peut forcer les héritiers de son mari à lui abandonner la totalité dudit fonds en leur remboursant la somme que le mari aurait payée, parce qu'il n'est devenu acquéreur de cette moitié qu'en vertu de l'action qui appartenait à sa femme contre ses copropriétaires à fin de partage. Le parlement de Toulouse a même jugé, par arrêt du 28 juillet 1770, rapporté au tome 2 du supplément du Journal de M. de Juin, que l'acquisition faite par le mari des maisons joignant celle de sa femme, qu'elle avait en bien paraphernal, et qui en avait anciennement fait partie, les ayant unies, il était présumé avoir fait ladite acquisition pour sa femme; et l'on ne lui accorda que

(1) V. *infra*, n° 5050.

le prix de l'acquisition, les loyaux coûts et réparations (1).

689. Ces idées formaient le droit commun. Il paraît cependant qu'elles n'étaient pas admises en Normandie (2). Mais comme elles étaient fondées sur l'équité, elles ont prévalu sous le Code civil. (3). Les arrêts, en grand nombre, ont décidé la question dans le sens des auteurs anciens, soit lorsque le mari a acheté, en son nom, des cohéritiers de la femme, les parts indivises du bien dotal (4), soit lorsqu'il a acheté les parts indivises du bien paraphernal (5). Il est maintenant reconnu que le mari n'agit en pareil cas que comme procureur de sa femme et exerçant ses actions (6).

690. Mais la femme dotée aura-t-elle l'option

(1) Roussilhe, *de la Dot*, t. 2, n° 556.

(2) Arrêt de la Cour de cassat. du 22 mars 1841 (Devill., 41, 1, 505), fondé sur une interprétation de l'art. 410 de la coutume.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 487, et t. 2, n° 645.

(4) Riom, 29 mai 1845 (Devill., 44, 2, 243).
Benoît, *de la Dot*, n° 244.

(5) Limoges, 12 mars 1828 (Daloz, 29, 2, 127),
et 25 décembre 1840 (Devill., 41, 2, 426, 427).

Riom, 20 mai 1839 (Devill., 39, 2, 514).

Lyon, 20 juillet 1843 (Devill., 44, 2, 519).

(Daloz, 44, 2, 197).

Toulouse, 19 janvier 1835 (Daloz, 55, 2, 79).

(6) *Suprà*, n° 655.

imaginée par le droit coutumier pour le meilleur intérêt de la femme commune, option que le droit romain refusait formellement (1)? La négative, enseignée par M. Bellot des Minières (2), n'a pas trouvé d'approbateurs (3). La raison à laquelle s'attache cet auteur est que, sous le régime dotal, le mari est, quant aux actions immobilières de la femme, le représentant légal de son épouse (4). Mais cette proposition ne me paraît pas trancher la question. Je ne suis pourtant pas de ceux qui croient que le mari n'a pas le droit de provoquer un partage sans le consentement de sa femme; on verra plus bas (5) mon opinion développée sur cette question. Mais ce qui est décisif ici, c'est que si la licitation renferme un partage que je crois être dans le droit du mari, elle contient quelque chose de plus qu'une détermination de part; elle renferme l'acquisition de la part d'autrui; elle augmente le domaine de propriété de la femme. Or, le mari n'a pas le droit de se rendre acquéreur pour elle sans son consentement; il n'est pas le procureur-né de sa femme, sur ce point, au

(1) *Suprà*, n° 646, 649.

(2) T. 4, p. 145.

(3) Cassat. req. 8 mars 1857 (Devill., 57, 1, 351).
Riom, 10 février 1856 (Devill., 56, 2, 186).
Limoges, 25 décembre 1840 (Devill., 41, 2, 426).
Riom, 29 mai 1843 (Devill., 44, 243, 2).
Limoges, 12 mars 1828 (Daloz, 29, 2, 127).

(4) Art. 1549 C. civ.

(5) *Infrà*, sur l'art. 1549, n° 5108.

même degré qu'il l'était dans le droit romain, si sévère à l'égard des femmes, si enclin à les empêcher de paraître dans les affaires publiques (1). Il faut donc que la femme puisse se faire relever, par son option, d'une acquisition qui peut lui être onéreuse. Nous ne nions pas du reste que le mari ne soit censé avoir agi avec l'intention de faire l'avantage de sa femme; mais comme il n'a pas eu son mandat, il faut qu'elle soit appelée à se prononcer sur l'opportunité de la mesure.

691. Quant à l'époque de l'option, voici une bonne solution de la jurisprudence : s'il s'agit d'un bien dotal, la femme est admise à se prononcer jusqu'au moment où elle règle ses droits; mais si ce sont des biens paraphernaux, elle doit faire son option après l'acquisition (2), et elle ne saurait retarder, quand elle en est requise, la manifestation de sa volonté. En effet, le régime paraphernal est un régime de séparation; il n'y a ni dissolution de communauté à attendre, ni règlement de droits dotaux à liquider.

(1) *Infrà*, n° 1004.

(2) Limoges, 12 mars 1828 (Daloz, 29, 2, 127).
Junge MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

TABLE SOMMAIRE

DES MATIÈRES

DU PREMIER VOLUME.

CHAPITRE I ^{er} . DISPOSITIONS GÉNÉRALES.	1
CHAPITRE II. DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.	555
I ^{re} PARTIE. DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.	554
SECTION I. <i>De ce qui compose la communauté activement et passivement.</i>	
§ 1 ^{er} . De l'actif de la communauté.	591
