

De l'Inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière en droit romain et en droit français ancien et moderne, par A. [...]

Sincholle, Ant.. De l'Inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière en droit romain et en droit français ancien et moderne, par A. Sincholle,.... 1867.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

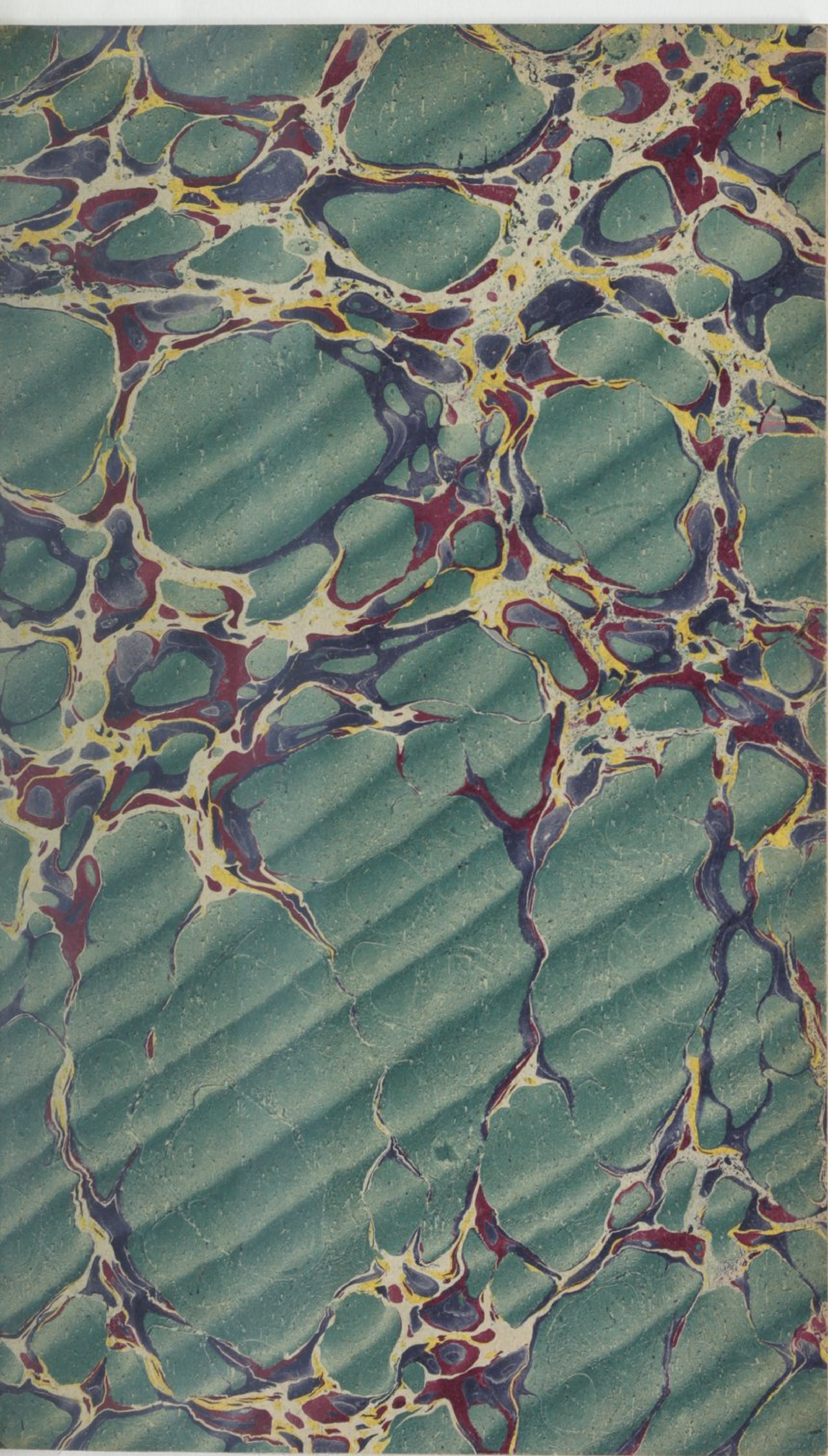
5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

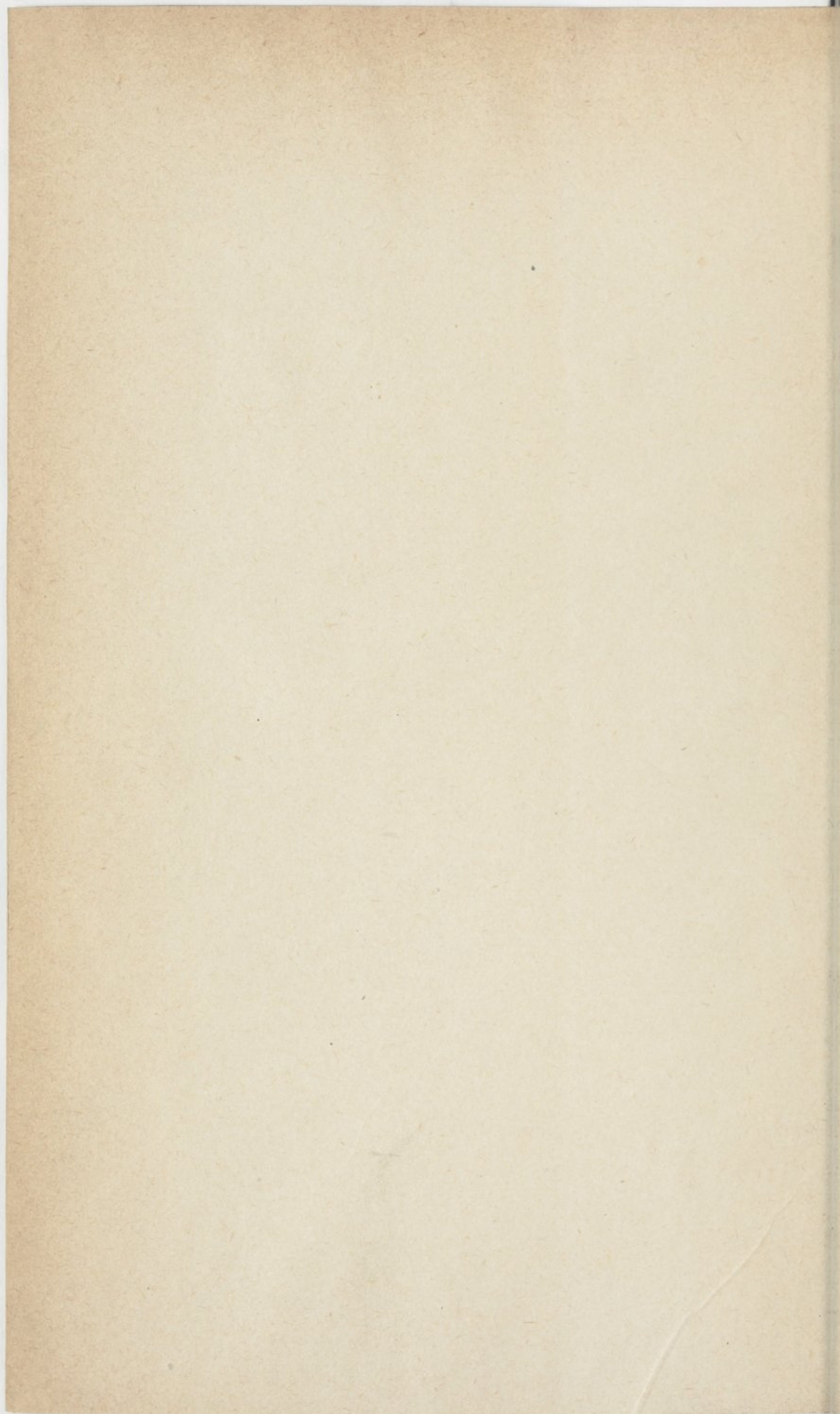
6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.











44595

DE

L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT

MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE.

DE

L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT

MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

ANCIEN ET MODERNE

PAR A. SINGHOLE

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE POITIERS.

POITIERS. — TYPOGRAPHIE DE HENRI OUDIN.

Recueilli par M. A. Singhole, Docteur en Droit, Avocat à la Cour Impériale de Poitiers.

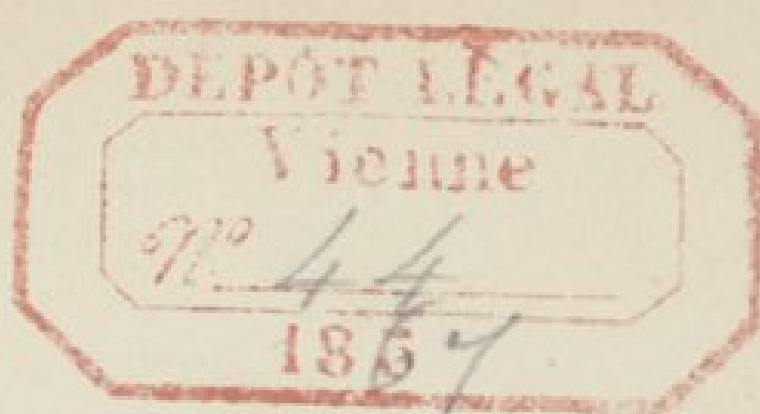
Conservé, c'est à dire.

PARIS

A. DURAND, ÉDITEUR, 11, RUE DES ÉCOLES.

1867

DE



L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT

MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

ANCIEN ET MODERNE

PAR A. SINCHOLLE

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE POITIERS.



Nec minor est virtus quam quærere parta tueri.

OVID.

Conserver, c'est acquérir.

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

9, RUE CUJAS, 9

1867

©



DE
L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT
MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ORIGINE ET DE LA NATURE DE LA DOT.

SOMMAIRE.

1. Condition que le mariage fait à la femme. — Les deux régimes. —
Mariage par achat de la femme ; ses effets.
2. Tutelle perpétuelle des femmes, chez les Romains.
3. Formes du mariage : *confarréation* et *coemption* ; leurs effets. —
Régime de la *manus*.
4. Condition malheureuse des femmes après l'établissement du divorce.
5. Origine des *cautiones rei uxoriæ* et du régime dotal chez les Romains. — La dot athénienne et la dot romaine.
6. Mariage libre ou *mero consensu*. — Les *matresfamilias* et les *matronæ*. — La matrone reste sous la puissance paternelle et n'est pas soumise à la puissance maritale.
7. Dot de la *materfamilias*. — Elle n'était sujette à restitution que dans le cas de divorce. — Embarras des jurisconsultes allemands et de M. Pellat à cet égard.
8. Dot de la matrone. — Elle était sujette à restitution après la dissolution du mariage, arrivée soit par le divorce, soit par le décès du mari.
9. Conséquences. — Le régime dotal fut une réaction contre la puissance des maris et une séparation de biens entre les époux. — Importance capitale de ce point de droit.

10. Obstacles que ces conséquences rencontrèrent. — Résistance des maris et des mœurs nationales.

11. La dot était constituée de trois manières. — Le mari en était propriétaire.

12. Pourquoi ?

13. Transition.

1. La condition que le mariage fait à la femme, soit dans sa personne, soit dans ses biens, est un sujet d'étude aussi curieux qu'instructif. En remontant aux époques les plus reculées, on trouve que deux systèmes ont régi la personne et les biens de la femme.

L'un, c'est le plus ancien, fait consister le mariage dans une espèce d'achat de la femme par le mari; en d'autres termes, les parents cèdent au mari la puissance qu'ils ont sur leur fille, et celle-ci passe dans la puissance et la famille du mari; sa personne et ses biens présents et à venir deviennent la propriété du mari. Ce système, dont l'origine remonte aux âges héroïques, est fondé sur l'idée primitive de la supériorité et de la puissance de l'homme sur la femme; il est devenu notre régime de communauté.

L'autre est d'origine athénienne. Il s'établit à Rome par la réaction que fit naître l'établissement du divorce; car le divorce, en dissolvant le mariage, faisait sortir la femme de la puissance et de la famille du mari, sans aucunes ressources, puisque tous ses biens restaient définitivement acquis au mari. Ce système, à la différence du premier, eut pour fondement la négation de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme: il est devenu le régime dotal.

Le régime de communauté, partant du principe de puissance maritale sur la personne de la femme, con-

fond les biens des époux et les place dans la puissance et la disposition du mari. Les immeubles de la femme ont bien été soustraits de bonne heure à la communauté et à la disposition du mari, mais ils ne sont pas inaliénables par la femme ; et le mari, par son omnipotence, obtient facilement que la femme les oblige pour lui ou les aliène. Sous ce régime, le crédit du mari s'augmente de celui de la femme, et cela est juste ; car la femme étant commune en biens et associée, les affaires du mari sont les siennes ; elle peut, en obligeant ou en aliénant ses propres immobiliers, faire prospérer le ménage et avoir ensuite à partager une communauté avantageuse ; comme aussi elle peut perdre tous ses biens en voulant les augmenter. La communauté est un régime aléatoire.

Le régime dotal, au contraire, a pour fondement la négation de la puissance maritale sur les biens de la femme ; loin de confondre les biens des époux, il les sépare. La femme reste donc étrangère aux affaires du mari, car elle n'en retire aucun profit ; et comme le mari est le plus fort par la nature et par la loi, il lui serait facile d'abuser de sa puissance et d'éluder le principe de la séparation des biens en contraignant la femme à obliger ses biens dotaux pour lui ou à les vendre, afin de s'emparer du prix. De là l'inaliénabilité de la dot ; cette inaliénabilité est la sanction logique et nécessaire de la séparation des biens entre époux, qui est elle-même le fondement du régime dotal.

Ces deux régimes sont placés l'un à côté de l'autre dans le Code Napoléon ; mais ce sont deux extrêmes qui se touchent ; ils sont diamétralement opposés par leur

origine, leur principe et leur but. L'un immobilise la dot pour la conserver; l'autre laisse les biens de la femme dans le mouvement ordinaire du droit commun. Leur antagonisme perpétuel n'est pas sans danger dans un pays où ils sont tous deux pratiqués. Les jurisconsultes et les magistrats ont des préférences ou des répugnances pour le régime dotal ou de communauté, suivant qu'ils sont nourris, comme le dit Pasquier, aux pays de droit *escrit* ou aux pays de droit *coustumier*; ils sont portés naturellement à transporter dans l'un de ces régimes le principe qui est le fondement de l'autre; et alors on fait de la communauté dans la dotalité, ou de la dotalité dans la communauté. De plus, la fièvre de crédit, de mouvement commercial et de circulation qui tourmente notre époque, prend à partie l'inaliénabilité de la dot, surtout de la dot mobilière; on veut que le mari puisse aliéner les meubles dotaux; on méconnaît le principe de séparation de biens entre les époux, et l'on assujettit la femme dotale à la communauté pour la perte, mais non pour le gain.

2. On lit dans la *Genèse* que Dieu dit à la femme : *Tu seras sous la puissance de l'homme, et il te dominera*¹.

Il semble que tous les législateurs se soient entendus pour faire accomplir cette prédiction. La supériorité de l'homme et l'infériorité de la femme sont inscrites partout, à l'origine de tous les peuples. Le mariage, c'est l'achat de la femme par l'homme; la personne et les biens de la femme deviennent la propriété du mari et sont placés sous sa puissance.

1. *Eris in potestate viri, et ipse dominabitur tibi.* Ch. III, v. 16.

Ces mœurs furent longtemps celles de Rome : les femmes y furent en tutelle perpétuelle. Caton, défendant la loi *Oppia* contre le tribun Valerius, disait : *Majores nostri nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore voluerunt; in MANU esse parentum, fratrum, virorum* ¹.

3. Suivant une ancienne loi attribuée à Romulus, les mariages romains se faisaient de deux manières : 1^o par les cérémonies religieuses et patriciennes de la *confarreation*; 2^o par les solennités civiles et plébéiennes de la *coemption* ². Ce dernier mode n'était autre que la mancipation ou la vente de la femme au mari *per æs et libram*. La femme, ainsi achetée, devenait la propriété du mari; sa personne et ses biens tombaient dans les liens de la puissance maritale; elle était, comme un enfant, soumise à la puissance paternelle.

Celui qui est une propriété ne peut avoir de propriété : *Qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest* ³. En conséquence, tous les biens que la femme possédait au moment du mariage et tous ceux qui pouvaient lui advenir par la suite étaient dévolus au mari à titre universel. Le mari acquérait par sa femme comme le père par son enfant placé sous sa puissance, comme le maître par son esclave ⁴. La femme entraînait

1. Tite-Live, XXXIV, 1. — Voyez aussi Gaius, *Inst.* I, §§ 148, 190, 193; Ulpien, *Règles*, XI, 1. -- Le mot *manus* signifiait *potestas*, puissance : *Omnia MANU a regibus gubernabantur...; constat reges omnem POTESTATEM habuisse* (L. 2, §§ 1 et 14, D., *De orig. jur.*).

2. Plutarque, *Vie de Romulus*, XXII; Denys d'Halicarnasse, liv. II, ch. XXV.

3. Gaius, *Inst.* II, § 87.

4. Gaius, *Inst.* II, §§ 86 et 96; Ulpien, *Règles*, XIX, 18. — La femme

dans la famille du mari ; elle y prenait la place d'une fille et le rang d'héritier sien du mari¹ ; les mots *coemptio* et *confarreatio* font allusion à ce droit : ils expriment l'idée que si la femme était achetée, elle achetait aussi quelque chose.

La confarréation produisait les mêmes effets que la coemption. La femme *confarreata*, dit Festus, *nuptiali jure imperio viri subjicitur*.

Quand le mari était lui-même fils de famille, c'est-à-dire en puissance de son père ou d'un ascendant paternel, sa femme passait sous la puissance du même chef de famille ; l'unité du pouvoir domestique ne permettait pas qu'il y eût une famille dans une autre.

Si le mariage était dissous par la mort de la femme, le mari retenait tous ses biens : il n'avait rien à restituer. Si c'était par la mort du mari, la femme ne reprenait pas les biens qu'elle avait apportés ; elle prenait, comme fille et par droit de succession, une part d'enfant dans le patrimoine du mari, ou la totalité, s'il n'y avait pas d'enfants². En venant ainsi comme successeur, et non pas comme propriétaire, la femme devait sup-

subissait la *capitis diminutio* ; elle était civilement libérée de ses dettes, comme l'adrogé (Gaius, *Inst.* II, § 84). Ses dettes ne passaient pas directement au mari, comme sous notre régime de communauté, en vertu de la règle : *Qui épouse la femme, épouse ses dettes* ; mais on arrivait au même résultat par une voie oblique. Les créanciers de la femme ne pouvaient poursuivre qu'elle-même ; mais, si le mari ne la défendait pas, c'est-à-dire s'il ne payait pas ses dettes, le préteur pouvait accorder aux créanciers la *possessio bonorum* et leur permettre de vendre tous les biens qui auraient été à la femme sans le mariage.

1. Ulpien, *Règles*, XXII, 14 ; Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, XVIII, 6.

2. Gaius, *Inst.* III, § 3 ; Ulpien, *Règles*, XXII, 44 ; Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, XVIII, 2.

porter toutes les conséquences de l'administration du mari, notamment ses dettes ; elle pouvait donc être obligée de s'abstenir et n'avoir rien à prendre, comme aussi elle pouvait faire un profit considérable, si elle n'avait apporté que des biens médiocres en comparaison de la part qui lui revenait dans la succession du mari.

4. Sous un tel régime, la femme ne pouvait pas demander le divorce. La loi de Romulus n'accordait ce droit qu'au mari ; elle en avait prodigué les causes pour fortifier la puissance maritale. D'ailleurs, le divorce dissolvait le lien de puissance produit par la confarréation ou la coemption. En faisant sortir la femme de la puissance et de la famille du mari, il lui faisait perdre sa qualité de fille et la successibilité attachée aux droits d'agnation et de famille. La femme, dont tous les biens avaient été dévolus au mari, n'en reprenait aucun en sortant de la famille que le mariage lui avait donnée ; un tel résultat aurait gêné la faculté du divorce pour les maris. Et il ne faut pas croire que, sortie de la famille du mari, la femme rentrât, pour cela, dans celle de son père ; elle en était sortie par le mariage ; elle y avait perdu irrévocablement tous ses droits d'agnation en entrant dans la famille du mari.

Aux facilités légales du divorce venait donc se joindre, pour les maris, un intérêt manifeste de renvoyer leur femme, puisqu'ils retenaient tous leurs biens et droits. Chez un peuple avide de jouissances matérielles, et dont l'avarice était proverbiale, le mariage devint une spéculation et le divorce un calcul ¹.

1. Valère-Maxime, VIII, II, 3. — Il rapporte le trait de ce romain,

Ce régime fut appelé la *manus*. Le divorce le rendit odieux.

On avait d'ailleurs d'autres griefs contre lui. Il faisait perdre aux pères la puissance paternelle sur leurs filles, et aux agnats l'espérance de succéder à leurs sœurs, nièces et cousines consanguines, dont les biens passaient dans une famille étrangère. La jalousie de ces parents vint se joindre aux sympathies qu'inspirait la femme pour renverser la puissance des maris ¹.

5. Le divorce, quoique permis par la loi, paraît n'avoir été pratiqué à Rome que longtemps après la fondation de la ville : il était réprouvé par les mœurs. Spurius Carvilius Ruga fut le premier qui en donna l'exemple, vers l'an 520 de Rome ². Aulu-Gelle, en rapportant ce fait, nous apprend qu'un célèbre jurisconsulte, Servius Sulpicius, auteur d'un traité sur les *Dots*, avait écrit qu'après ce divorce, les *cautiones rei uxoriæ* avaient paru nécessaires. Le divorce avait fait ressortir le côté défectueux du régime de la *manus*. La situation malheureuse qu'il faisait à la femme excita la sollici-

Titinius, qui avait calculé qu'il lui valait mieux épouser une femme impudique qu'une femme chaste, et qui avait choisi Fannie pour sa femme à cause de son impudicité. Son calcul était aussi simple qu'ignoble : malgré les *cautiones* et l'*actio rei uxoriæ*, le mari n'était pas tenu de restituer la dot, lorsque l'inconduite de la femme donnait lieu au divorce. Ce que le mari avait prévu arriva : la femme s'étant rendue coupable d'adultère, il la renvoya et voulut garder sa dot. Marius, indigné de tant d'abjection, condamna la femme à un sesterce pour son adultère et le mari à lui restituer toute sa dot.

1. Le même phénomène juridique a eu lieu dans notre droit coutumier, sous l'influence de causes analogues.

2. D'autres écrivains, notamment Plutarque, dans sa *Vie de Romulus*, fixent le divorce de Carvilius à une époque bien antérieure.

tude de sa famille; ses parents stipulèrent pour elle, au moment du mariage, qu'en cas de divorce, les biens qu'elle aurait apportés au mari lui seraient restitués. Ce furent ces stipulations que l'on appela *cautiones rei uxoriæ*. Elles devinrent si fréquentes et l'on s'y accoutuma tellement, qu'on les sous-entendit de plein droit, lorsqu'elles n'avaient pas été exprimées : *Quod vulgo fieri solet, abit in legem et habetur pro facto vel pro dicto, etiamsi dictum non sit*¹. En conséquence, le préteur, ayant égard à cet usage, accorda une action pour suppléer à ces conventions, lorsqu'elles avaient été omises, *actio rei uxoriæ*.

Cette obligation éventuelle de restituer les biens de la femme fut le premier coup porté au régime de la *manus* et la première lueur de la dot. Elle renfermait en germe le principe essentiel et caractéristique du régime dotal : la séparation des biens entre les époux. Ce principe est diamétralement opposé à celui de la *manus*, suivant lequel les biens de la femme vont se confondre dans ceux du mari et s'ajouter à son patrimoine.

Pendant que cette révolution juridique s'opérait à Rome, le régime dotal florissait dans la Grèce. Le mot *dos* est d'origine grecque ; il est attique, comme le mot *parapherna*². La dot athénienne était sujette à restitution : le mari n'en était point propriétaire et ne la retenait dans aucun cas³.

1. L. ult. C. De fidejuss.

2. Ulpien, loi 9, § 3, D., De jure dot.

3. Bunsen, De jure hæreditario Atheniensium, p. 50; Saumaise, De modo usurarum, cap. IV.

La restitution éventuelle des biens de la femme *in manu* leur avait imprimé un des caractères de la dot athénienne. Rome admirait alors la Grèce et cherchait à l'imiter. Aussi, Caton, l'énergique défenseur du droit civil et héroïque, reprochait-il aux matrones romaines des mœurs grecques et asiatiques : *Et jam in Græciam Asiamque transcendimus, omnium libidinum illecebris repletas*. Les hommes éprouvaient les mêmes goûts que les femmes, et ils eurent leur bonne part de l'anathème du consul : *Jam nimis multos audio Corinthi et Athenarum laudantes mirantesque et antefixa fictilia deorum romanorum ridentes* ¹. Dès lors, le mot *dos* prit place dans la langue juridique des Romains et désigna d'abord les biens de la femme *in manu*.

6. Bientôt les femmes trouvèrent le moyen de se soustraire au régime de la *manus* ; voici comment :

La loi des XII Tables avait permis le mariage par le simple consentement, *mero consensu*, sans aucune formalité de confarréation ni de coemption. Les femmes profitèrent de la permission, pour soustraire leur personne et leurs biens à la puissance des maris : alors, en effet, le mariage, dénué des formalités du vieux droit civil et quiritaire, ne produisit plus l'effet civil et éminemment romain de manciper la femme au mari, et de lui attribuer la propriété de sa personne et de ses biens. La femme fut assimilée à une chose *mancipi* qui avait été livrée au mari sans les rites sacramentels de la mancipation ; il fallut donc qu'elle fût possédée pen-

1. Voy. son discours dans Tite-Live, XXXIV, 1.

dant une année entière par le mari, pour qu'elle lui fût acquise par l'usucapion, autre mode d'acquisition qui produisait les effets de la mancipation ¹. Mais la quarante-troisième loi des XII Tables avait laissé à la femme un moyen d'échapper à cette usucapion, en s'éloignant de la maison conjugale pendant trois nuits, *usurpatum ire trinoctio*. Alors, sa personne et ses biens, autres que ceux qu'elle avait volontairement apportés au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage, restaient libres. Les femmes ne manquèrent presque jamais d'interrompre l'usucapion pour échapper à la puissance des maris. On appela *matresfamilias* celles qui étaient passées *in manu*, et *matronæ* celles qui avaient préféré le mariage libre ².

La matrone n'étant pas mancipée au mari, ne passa point sous sa puissance; elle resta civilement dans la famille et la puissance de son père ou de ses ascendants paternels. Cette puissance paternelle la suivait jusque dans la maison de son mari, et par ses exigences elle y portait souvent le trouble et la désunion parmi les époux ³.

On appliqua le mot *dot* aux biens apportés par la matrone au mari pour supporter les charges du mariage; les biens restés en dehors de cet apport s'appelèrent *parapherna*. Dès lors, les biens de la *materfamilias* et ceux que la matrone avait apportés au mari furent

1. *Quedam, si credis consultis, mancipat usus.*

Horace, *Epit.* II, v. 2.

2. Aulu-Gelle, *Noct. attic.* XVIII, 6.

3. Paul, *Sentences*, liv. V, tit. VII, § 15; Ulpien, L. 1, D., *De exhib. liberis*; M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 66, note 1.

désignés par l'expression générale de *DOT* : *Cum mulier viro in manum convenit*, disait Cicéron, *omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine* ¹.

7. Cette dot de la *materfamilias*, qui comprenait tous ses biens, était-elle sujette à restitution? C'est une question controversée, surtout parmi les jurisconsultes allemands. Les uns pensent que les biens de la *materfamilias* ne formaient qu'une dot nominale et non sujette à restitution; ils ne reconnaissent la possibilité d'une dot qu'aux deux conditions suivantes : 1^o mariage libre, entraînant virtuellement séparation des patrimoines des époux; 2^o apport direct par la femme au mari ². Les autres entendent le mot *dot* dans un sens plus large; ils croient qu'elle était sujette à restitution ³. M. Pellat, le savant professeur de Pandectes à la faculté de Paris, pose la question, mais ne se prononce pas; il dit que les documents nous manquent, et ce n'est que trop vrai ⁴.

J'ose être plus affirmatif et je crois qu'il faut distinguer. La dot de la *materfamilias* était certainement sujette à restitution en cas de divorce; les *cautiones* et les *rei uxoriæ actiones* en sont la preuve manifeste, puisqu'elles consistaient dans la stipulation expresse ou tacite que la dot serait restituée à la femme dans ce cas. A l'époque où ces stipulations furent employées,

1. *Topic.*, Cap. IV.

2. Hasse, *De manu jur. rom. antiq. comment.*; Danz, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts*, p. 153.

3. Tigerstrom, § 5, note 5; Rudorff sur Puchta, p. 180, note a.

4. *Textes sur la dot*, 2^e édition, p. 4.

le mariage libre ou *mero consensu* n'était pas encore en usage. La restitution s'appliqua donc nécessairement à la dot, c'est-à-dire à tous les biens de la femme *in manu*, et il est vrai de dire que cette dot était restituable en cas de divorce.

8. Quant à la dot de la matrone, ou de la femme du mariage libre, elle était également restituable en cas de divorce et, de plus, en cas de dissolution du mariage par le décès du mari.

Il est essentiel de remarquer que cette restitution devait être faite identiquement et en nature, toutes les fois qu'elle n'avait pas été estimée ou qu'elle ne consistait pas en choses *quæ pondere, numero vel mensura continebantur*¹.

Ce résultat était commandé par la nature même des choses. Le divorce faisait perdre à la femme, sous l'un et l'autre régime, les avantages que lui procurait le mariage ; il était juste alors que la dot fût restituée à la *materfamilias* comme à la matrone. Dans ce cas, la condition des deux femmes était la même, sous le rapport de la restitution de la dot : elle était encore la même, lorsque le mariage était dissous par le décès de la femme ; alors, il n'y avait pas lieu à la restitution de la dot. Mais lorsque le mariage était dissous par le décès du mari, la condition des deux femmes était bien différente. La *materfamilias* n'avait stipulé la restitution de sa dot qu'en cas de divorce ; elle n'avait pas eu besoin de la stipuler pour le cas de dissolution du ma-

1. Ulpien, *Règles*, tit. vi, § 8 ; M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 15 et 16.

riage par le prédécès du mari, parce qu'elle prenait alors une part de fille dans sa succession; cette part était considérée comme une compensation aléatoire et un équivalent de ses biens. Ce droit de succession ne pouvait pas appartenir à la matrone, puisqu'elle n'était pas entrée, par le mariage, dans la famille du mari et n'y avait pas la place d'un héritier sien. Voilà pourquoi la stipulation plus tacite qu'expresse de la restitution de son apport dotal s'appliquait aux deux cas de dissolution du mariage par le divorce ou par le décès du mari.

9. De tout ceci résultent deux conséquences qui n'en font qu'une, mais dont l'importance est capitale et ressortira plus tard :

1^o Le régime dotal naquit d'une réaction contre celui de la *manus*, dont le principe de puissance maritale absorbait la personne et les biens de la femme et lui rendait insupportables les conséquences légales du divorce, si fréquent et si cher aux Romains : il fut, par conséquent, une négation de la puissance maritale sur la personne et les biens de la femme ¹.

2^o Par conséquent aussi, le régime dotal fut une sépa-

1. La puissance sur les biens étant une conséquence de la puissance sur la personne, les femmes se trouvèrent dans la nécessité de soustraire leur personne à la puissance des maris, afin d'y soustraire leurs biens. Cet aperçu éclaire un point important de l'histoire romaine. On connaît les accusations dirigées contre les matrones par les écrivains de Rome et surtout par ses poètes (*Voy.* le n^o suivant). Pour juger ce grand procès avec l'impartialité de l'histoire, il faut dire que l'extrême compression amena l'extrême indépendance des femmes. La faute en fut d'abord à la législation qui permettait le divorce, et ensuite aux maris qui abusèrent de la permission.

ration de biens entre les époux : ce qui veut dire que la femme étant exempte de la puissance maritale, ses biens le furent également et n'allèrent plus se confondre dans ceux du mari. Tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière constatent cette séparation des biens des époux¹.

10. Ces conséquences, quoique logiques, ne se développèrent que lentement et difficilement dans la jurisprudence romaine. Le régime dotal eut à lutter contre les mœurs nationales et les résistances intéressées des maris² ; il fut obligé de transiger avec les traditions du

1. Hasse, *De manu jur. rom. antiq. comment.*; Danz, *Lehrbuch der Geschichte des Romischen Rechts*, p. 153; M. d'Hauthuille, *Du régime dotal*, dans la *Revue de législation*, t. VII, p. 305; M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 8 et 78; M. Neuville, *Revue de législation*, 1849, 1^{re} part., p. 309 et suiv.; M. Bénéch, *De l'emploi et du remploi de la dot*, p. 311, note. — Pasquier, *Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI, désigne le régime dotal sous le nom de *séparation de biens*.

2. Les maris regrettaient le régime de la *manus*, parce que, le divorce aidant, il leur permettait de renvoyer leur femme et de retenir tous ses biens; ils y trouvaient le double avantage de satisfaire leur luxure et leur avarice. Les riches dots, tant recherchées par les maris, faisaient cependant leur désespoir; la facilité du divorce était gênée par l'obligation de restituer la dot à la femme. En même temps, les femmes, grâce à leur dot et à leurs biens paraphernaux, passaient d'une extrême servitude à une extrême indépendance. Térence fait dire au pauvre Déménète qu'il a vendu sa puissance maritale en recevant l'argent de la dot :

Argentum accepi, dote imperium vendidi.

Asin., scène I, acte I, vers 74.

Un autre poète de Rome jette indirectement l'anathème aux matrones par le contraste suivant :

Nec dotata regit virum

Conjux, nec nitido fidit adultero.

Horace, *Carmin.* III, 24, 19.

On comprend que les femmes gouvernassent les maris à cause de la

passé. La législation ne fit rien pour lui, si ce n'est vers la fin du règne d'Auguste; il dut s'accommoder du droit romain tel qu'il le trouvait.

Le préteur avait accordé l'action *rei uxoriæ* pour la restitution de la dot de la femme *in manu* en cas de divorce; le régime dotal dut se contenter de cette action et se l'approprier. Mais le mari de la *materfamilias* était propriétaire de tous ses biens, et il n'était tenu de les restituer qu'en cas de divorce. La matrone qui n'avait apporté en dot qu'une partie de ses biens pouvait-elle, sans choquer les mœurs publiques, avoir plus de droit que la *materfamilias*? Ceci explique déjà pourquoi les prudents n'accordèrent aucun avantage particulier à la dot du régime dotal et la laissèrent fonctionner dans le droit commun. La dot du mariage libre fut donc calquée sur celle du mariage avec *manus*; elle devait porter longtemps la profonde empreinte de ce régime.

11. La constitution de dot ne fut pas un contrat spécial. La dot était constituée de trois manières, par la

restitution de leur dot; cette restitution, considérée en général, était un frein pour les maris : *Cum nullis dotis frenis tenerentur*, a dit Justin, liv. III, ch. VI.

Mais comment la femme pouvait-elle, avec confiance, commettre d'éclatants adultères? Nous avons vu, en effet, que, si le divorce avait lieu par la faute de la femme, le mari n'était pas tenu de lui restituer sa dot (V. *supra*, note de la page 7, et M. Ginoulhiac, *Histoire du régime dotal*, p. 63). Il en fut ainsi jusqu'à l'année 737 de la fondation de Rome, époque à laquelle la loi *Julia de adulteriis* vint réprimer l'adultère de la femme et du mari : la femme coupable d'adultère perdait une partie de sa dot; de plus, elle était condamnée à la rélévation (Paul, *Sent.* II, XXVII, 14). L'accusation d'Horace contre les femmes est peu exacte juridiquement, soit qu'il l'ait portée avant ou après la loi *Julia*.

datio, par la *dictio*, ou par la *promissio* : *Dos aut DATUR, aut DICITUR aut PROMITTITUR* ¹.

1^o La *dation* de la dot, ainsi que le mot l'indique (*dare*, transférer la propriété), était l'acte par lequel le constituant transmettait au mari, à titre de dot, la propriété même des choses constituées en dot. On employa, comme pour la donation, les actes d'aliénation reconnus par le droit civil : la mancipation ou la cession juridique pour les choses *mancipi* mobilières ou immobilières ; la cession juridique ou la tradition, pour les choses *nec mancipi* mobilières ; la tradition seulement pour les choses *nec mancipi* immobilières (fonds provinciaux auxquels n'avait pas été concédé le *jus italicum*). Tous ces actes, à l'exception du dernier, transféraient la propriété romaine, *dominium ex jure quiritium*, et rendaient le mari propriétaire sur-le-champ.

Les créances, choses incorporelles, n'étaient susceptibles ni de tradition, ni de mancipation, ni de cession juridique. On les constitua en dot par la *dictio*, et, pour donner au mari le moyen de s'en faire payer, on employa d'abord le mode usité pour les transporter à autrui, l'expédient du mandat, *mandare actiones* ; le créancier céda ses actions au mari et le constitua *procurator in rem suam, dotis causa*. Ensuite le préteur accorda une action directe au mari contre le débiteur de la créance constituée en dot ².

2^o La *diction* de la dot, *dictio dotis*, consistait en des paroles solennelles par lesquelles le constituant déclara-

1. Ulpien, *Règles*, tit. vi, § 1, *De dotibus*.

2. Voyez, pour plus de détails, le n^o 70.

rait au mari que telle chose ou telle somme lui serait en dot : *fundus Cornelianus doti tibi erit* ; ou *decem millia sestertium doti tibi erunt*.

3^o La promesse de la dot, *promissio dotis*, n'était que la forme générale de la stipulation, appliquée à la constitution de dot. Le mari interrogeait le constituant de la manière suivante : Promettez-vous de me donner en dot le fonds Cornélien ? Me promettez-vous dix mille sesterces à titre de dot ? — Le constituant répondait : Je le promets. *Fundum Cornelianum doti mihi dari promittis ? Promitto. Decem millia sestertium dotis nomine mihi dari spondes ? Spondeo*.

La *diction* et la promesse de la dot avaient pour effet de rendre le mari créancier, comme la *dation* avait pour effet de le rendre propriétaire : dans le cas de *diction* ou de promesse, le mari ne devenait propriétaire que par la tradition ou le paiement¹.

12. On explique ce transport de la propriété au mari, par la constitution de dot, en disant qu'il fut une nécessité du formalisme romain. Cela est vrai ; mais cette raison ne va pas au fond des choses ; elle n'explique pas pourquoi la législation laissa la liste des contrats irrévocablement close et ne fit pas de la constitution de dot un contrat spécial. Je crois que les prudents voulurent respecter les habitudes nationales et maintenir, autant que possible, le mariage libre dans les principes de la *manus*. On n'a peut-être pas assez réfléchi que le droit

1. Remarquez qu'en droit romain, la dot était, dans tous les cas, constituée au mari ; jamais à la femme. C'est tout le contraire en droit français. Voyez la conséquence que j'en déduis, au n^o 74 *in fine*.

romain n'avait d'abord emprunté que le mot *dot* au droit grec et qu'il avait répudié le surplus, pour ne pas contrarier les mœurs publiques. Ainsi, contrairement au droit athénien, les Romains firent du mari un propriétaire de la dot, et ils voulurent que cette dot ne fût restituable que lorsqu'elle serait nécessaire à la femme. Ces deux points furent autant de restes de la *manus*, appliqués à la dot du mariage libre : on construisit un nouvel édifice avec les matériaux de l'ancien. Cette fusion est éclatante dans l'action *rei uxoriæ*. On sait que cette action fut d'abord accordée à la *materfamilias* pour la restitution de sa dot ou de ses biens après le divorce ; elle eut pour objet d'empêcher la femme de se trouver sans ressource en sortant de la famille du mari par le divorce : elle lui fut donc personnelle. On transporta cette action dans le mariage libre, et on l'adapta à la dot du régime dotal, qui fut ainsi considérée comme une ressource personnelle à la femme. Le caractère personnel de l'action en restitution conduisit à une autre conséquence bien remarquable : c'est que la dot n'était restituable qu'après la dissolution du mariage, arrivée par le divorce ou le prédécès du mari. Lorsque le mariage était dissous par la mort de la femme, le mari n'avait rien à restituer à ses héritiers, et l'on disait alors qu'il retenait ou qu'il gagnait la dot. La restitution de la dot à la matrone survivante remplaçait le droit de succession accordé à la *materfamilias*.

Ce n'était point par là seulement que la matrone était assimilée à la *materfamilias* : l'une et l'autre étaient créancières éventuelles du mari et non pas propriétaires de leur dot ; chacune d'elles subissait donc les conséquences

de l'administration maritale et courait le risque de perdre tout ou partie de sa dot par l'insolvabilité du mari. Le droit ne se préoccupe pas encore de cette dernière éventualité. Les institutions ne se produisent pas, dès le début, avec toutes leurs conséquences logiques ; elles ne procèdent pas comme Minerve, que l'on dit être sortie tout armée du cerveau de Jupiter : elles se ressentent longtemps de leur origine et de leurs causes. Le droit nouveau de la femme, matrone ou *materfamilias*, s'était produit pour protéger sa dot contre l'éventualité du divorce. Tant que la législation fut dominée par cette idée, l'obligation de restituer les dots, en cas de divorce, parut suffisante et donna satisfaction au sentiment public qui ne voulait pas qu'un mari pût renvoyer sa femme et garder sa dot. Si le mari éprouvait des revers de fortune, qui rendissent stérile l'action en restitution de la dot, c'était un malheur, ce n'était pas un scandale : la femme, après tout, ne faisait que partager l'infortune de son mari.

13. Mais nous n'en sommes encore qu'à l'enfance du régime dotal. La coemption et la confarréation vont disparaître. La législation va se préoccuper de la conservation des dots. Le principe de la séparation des biens, qui est dans l'origine et la nature du régime dotal, va être développé dans les lois d'Auguste et le droit des jurisconsultes ; il recevra une sanction tardive, mais définitive, dans la législation de Justinien, par la prohibition absolue d'aliéner la dot.

CHAPITRE II.

LOIS D'AUGUSTE. — DROIT DES JURISCONSULTES.

SOMMAIRE.

14. État de la société romaine sous le règne d'Auguste. — Loi *Julia de fundo dotali*; ses motifs et son but.
15. Corruption et dépopulation de Rome. — Les lois et le remède. — Les lois et les mœurs. — Mots d'Horace, de Tacite et de Châteaubriand.
16. Importance de la dot. — Obligation de doter.
17. La loi Julia défendait au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme.
18. Défendait-elle aussi de l'hypothéquer, même avec ce consentement? — Raisons de Théophile, de Cujas et de la cour de cassation. — Dissentiment entre M. Bachofen et M. Demangeat.
19. La prohibition d'aliéner et la conservation des dots avaient un but politique et d'ordre public : la multiplication des mariages et l'augmentation de la population.
20. La prohibition de la loi Julia s'appliquait-elle à la dot de la *materfamilias*? — Différence entre cette dot et celle du mariage libre.
21. Des droits respectifs de la femme et du mari sur la dot. — Caractère principal du droit de la femme.
22. Droit du mari sur le fonds dotal et les meubles dotaux. — Restriction de son droit de propriété par l'obligation de restituer les choses dotales en nature.
23. Si, depuis la loi Julia, le mari aliénait la dot, la femme pouvait évincer les acquéreurs du fonds dotal, mais non ceux des meubles dotaux.
24. Avant la loi Julia, le mari, propriétaire de la dot mobilière et immobilière, l'aliénait valablement : la femme ne pouvait pas évincer les tiers.
25. Le mari qui aliénait la dot mobilière ou immobilière contrevenait à l'obligation de la restituer en nature. — La femme avait contre lui une action en dommages-intérêts évalués par son serment. — Anomalie du droit romain à cet égard. — D'où vient-elle?
26. Doctrine des jurisconsultes romains au sujet des droits respectifs du mari et de la femme sur la dot.
27. Interprétation des romanistes modernes.
28. Conclusion et transition.

14. La première loi qui vint restreindre le droit du mari sur la dot, fut le célèbre plébiscite que l'empereur Auguste fit voter dans les comices par tribus, l'an 737 de la fondation de Rome, et qui est connu sous le nom de *lex JULIA de adulteriis et de fundo dotali*.

Les guerres civiles qui précédèrent l'établissement de l'empire avaient bouleversé la société romaine et décimé la population. Le célibat, le concubinat, l'adultère, le divorce, si cher et si facile aux Romains, dissolvaient l'empire et mettaient obstacle au développement de la population. Le trésor public était vide. Le mal était profond ; il n'avait pas échappé au regard pénétrant de Jules César, et de vaines tentatives avaient été faites pour l'arrêter ¹. Auguste voulut y porter remède par les lois.

Dans ce travail législatif, ce qui préoccupe le législateur, ce n'est pas précisément le droit de la femme ; c'est un intérêt supérieur, un intérêt politique et social. Le but que ces lois se proposent exige la conservation des dots, et c'est par occasion qu'elles font ressortir le droit de la femme, en séparant de plus en plus son patrimoine de celui du mari.

Comme toutes les lois anciennes, celles d'Auguste eurent pour objet principal les mariages et la procréation des enfants légitimes. Ce fut même par là que le premier empereur voulut commencer ses réformes ; il proposa d'abord une loi *JULIA de maritandis ordinibus*. Mais l'adoption de ce projet rencontra une opposition sérieuse. On fit remarquer que le principal obstacle au

1. Suétone, *in Julium*, xx, 43.

mariage venait de la difficulté pour les maris de trouver des femmes pudiques ¹. Il fallut donc s'occuper d'abord de réprimer l'adultère : c'est ce que fit la loi dont je viens de parler. L'obstacle étant levé, la loi *de maritandis ordinibus* fut également votée par les comices.

15. Vers la fin de son règne, Auguste fit voter une troisième loi, la loi Papia Poppæa, que les jurisconsultes romains désignent, en y réunissant la précédente, sous le nom de *lex Julia et Papia*, ou *leges caducariæ*, ou tout simplement *leges* ².

C'étaient en effet les véritables lois, les lois par excellence, à cause du but immense qu'elles se proposaient et qui n'était autre que la régénération du monde.

Rome était alors le genre humain. Elle était dans une de ces situations difficiles et solennelles qui marquent la décadence des nations : ses dieux étaient tombés sous la risée publique ³ ; les cœurs étaient vides : il n'y avait plus de place que pour le sensualisme et les appétits matériels, seule foi des hommes qui n'en ont plus. Le mariage se distinguait à peine du concubinat ; sa plus longue durée était celle d'un consulat, l'espace d'une année ⁴. C'était la polygamie successive, au lieu

1. *Et jam vix ullæ inveniri possent pudicæ uxores.* — Dion-Cassius, liv. LIV.

2. Cette dénomination est attestée par Heineccius, *Comment. ad leg. Juliam et Papiam Poppæam*, liv. I, ch. I, § 4, et liv. II, ch. XIX, § 2. Une foule de fragments ou lois du Digeste portent l'inscription *ad legem Juliam et Papiam* et prouvent que ces lois célèbres avaient exercé la plume de presque tous les jurisconsultes romains.

3. *Jam nimis multos audio... antefixa fictilia deorum Romanorum videntes*, disait Caton dans son discours. V. Tite-Live, liv. XXXIV.

4. Sénèque, *De beneficiis*, liv. III, ch. XVI.

de la polygamie simultanée. Les femmes, toutes suspectes d'impudicité, ne trouvaient plus de maris; les hommes préféraient les liaisons passagères et plus libres du concubinat; c'étaient les plus vertueux: les autres recherchaient ces plaisirs contre nature que Salluste a dépeints en disant que l'on voyait *viros pati muliebria*. Le monde s'agitait comme un malade qui cherche à se débarrasser de la fièvre en changeant de situation. L'ardeur des choses nouvelles disposait les esprits aux révolutions.

Les moyens employés pour combattre le mal qui dissolvait l'empire peuvent se résumer ainsi: peines contre l'adultère, faveur et dignité du mariage, obligation de doter et de restituer la dot après le divorce ou la dissolution du mariage arrivée par le décès du mari, afin que cette dot pût servir aux mariages subséquents; récompenses de la paternité et de la fécondité, incapacités de recevoir prononcées contre les célibataires et les *orbi*.

Ce sont ces lois célèbres que Tacite avait en vue, lorsqu'il écrivait: *Utque antehac flagitiis, ita nunc legibus laborabatur*.

Auguste n'attaqua point le divorce et le concubinat dans leur principe, mais dans leurs conséquences: il l'aurait tenté vainement. *Que peuvent les lois sans les mœurs?* s'écriait un poète contemporain qui, par cette pensée profonde, se montrait plus philosophe et plus législateur que le maître du monde ¹.

1. *Quid leges sine moribus,*

Vancæ proficiunt?

HORACE, Ode XXIV.

On donne des lois aux peuples, on ne leur donne pas des mœurs. L'obstacle au développement de la population était dans la dépravation des mœurs ; le remède eût consisté dans l'indissolubilité du mariage, si le sensualisme romain avait pu l'accepter. Pour en venir là, il ne fallait rien moins qu'une grande révolution morale qui changeât la face du monde païen et qui en fit disparaître les hontes¹ ; il fallait, selon la belle expression de Châteaubriand, que le monde allât des dieux à Dieu. Le christianisme eut la gloire et il avait seul la puissance d'opérer ce miracle de rénovation.

16. Loin de comprimer l'essor du mariage libre, les lois nouvelles s'en emparèrent, l'organisèrent et le firent servir à leurs vues réparatrices.

Le mariage libre était dépourvu des solennités de la confarréation et de la coemption, qui avaient l'avantage de distinguer l'épouse de la concubine. C'est de lui qu'Ulpien a dit : *Nuptias non concubitus, sed consensus*

1. Lampride atteste que, sous Alexandre-Sévère, les gouverneurs des provinces recevaient vingt livres d'argent et, quand ils n'étaient pas mariés, une concubine, *quod sine his esse non possent*, ajoute le biographe.—Voy. M. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, tome I, 2^e leçon. — Quelle force pouvaient avoir les lois quand l'administration supérieure était dans la nécessité de donner officiellement un démenti à l'esprit qui les avait dictées ! Le christianisme, en agissant sur les consciences, donna des mœurs au monde et, malgré ses préceptes de continence, multiplia les mariages plus que les lois d'Auguste, qui ne pouvaient s'adresser qu'à des intérêts matériels ; « et parce qu'on cherchait « alors sérieusement la perfection, dit Chabril (cité par Montesquieu, « *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. XXI), il ne résulta aucun inconvénient sensible de la loi de continence : la religion avait détruit les « passions que, sans elle, le célibat entretient parmi les hommes. »

facit ¹. L'épouse n'était séparée de la concubine que par sa dignité, par l'intention des parties et par la seule affection de l'homme ². Cette différence n'en était pas une. Aussi, les jurisconsultes romains eux-mêmes étaient-ils souvent embarrassés pour discerner si une femme était épouse ou concubine ; et, quand cette difficulté était levée, il s'en présentait souvent une autre : c'était de fixer le moment précis où le mariage avait commencé.

La dot était le principal signe du mariage libre. A l'avantage de faciliter les mariages, elle joignait celui d'établir une ligne de démarcation entre l'épouse et la concubine. Elle avait donc une importance qui grandissait à mesure que la confarréation et la coemption tombaient en désuétude. La loi Julia *de maritandis ordinibus* ne craignit pas de porter atteinte au principe de la puissance paternelle en défendant aux pères ou aux ascendants paternels de mettre obstacle, sans raison légitime, au mariage de leurs enfants ou petits-enfants placés sous leur puissance ; de plus, elle les obligea, sous peine de contrainte légale, à doter leurs filles ou petites-filles ³.

1. L. 30, D., *De reg. jur.* et 11 C. *De repudiis*.

2. Paul, *Sent.* liv. II, tit. XX ; L. 4, D. *De Concubinis* et 49, § 4, D. *De legatis*.

3. Ulpien, *Règles*, VI, 2 ; lois 19, D. *De ritu nupt.*, 52, D. *De admin. et pericul.*, 60 et 61, D., *De jur. dot.* — Telle fut l'origine de l'obligation de doter, qui eut tant d'importance dans l'ancien droit écrit ; elle y fut un véritable anachronisme. Sa persistance ne peut s'expliquer que par la puissance des traditions et la manie d'appliquer les lois romaines sans examiner si elles avaient encore leur raison d'être. Le droit coutumier la repoussa en proclamant la maxime contraire : *Ne dote qui ne veut*. Les rédacteurs du Code Napoléon l'ont repoussée aussi, et ils ont

17. La disposition la plus importante de la loi Julia fut celle qui défendit au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme : *Lege Julia de adulteriis*, dit Paul, *cavetur ne dotale prædium maritus alienet* (*Sent.*, liv. II, tit. 21, § 2). Gaius nous atteste ce point de droit en termes presque identiques (*Instit.* II, § 63). Ces deux jurisconsultes ne disent pas un mot de la prohibition d'hypothéquer le fonds dotal avec ou sans le consentement de la femme.

18. Il est vrai que la loi 4, D., *De fundo dotali*, fait dire à Gaius que la loi Julia *prospexit ne id (dotale prædium) marito liceat obligare aut alienare*.

Justinien a dit dans la loi un., § 15, C., *De rei uxoris act.* : « Lex Julia fundi dotalis italici alienationem prohibebat fieri a marito, non consentiente muliere, hypothecam autem nec si mulier consentiebat. » Il reproduit cette affirmation dans le *proæmium* de ses *Institutes*, *Quib. alien. licet vel non*.

Sur la foi de ces textes, tous les interprètes, depuis Cujas jusqu'à M. Ortolan, avaient pensé que la loi Julia défendait au mari d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme. Cujas avait même donné, sur la différence de ces deux prohibitions, l'explication suivante qui est restée célèbre : « Ratio diversitatis hæc est : quia facilius mulier consentit en mille fois raison (art. 204). Le mariage étant l'état normal de l'homme, il y a sans doute obligation naturelle ou devoir moral pour le chef de famille de marier ses enfants et de les doter. Mais, comme le fait remarquer Montesquieu, il est d'institution ordinaire que le père marie ses enfants ; sa prudence à cet égard est au-dessus des lois (*Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. VII).

« obligationi fundi dotalis quam alienationi ; nam obligatio non mutat dominium rei , et nimiam facilitatem lex refrenare voluit » (*Ad § ult. C., De rei ux. act.*). Vinnius a reproduit cette doctrine du grand romaniste français (*Instit. comment.*, lib. 2, tit. VIII, n° 8).

Il est juste de dire que Théophile, dans sa paraphrase des Institutes de Justinien, dont il fut un des rédacteurs, avait signalé cette raison. Il en ajoutait une autre qui a bien sa valeur : c'est que, par la vente, la femme reçoit un prix qui est l'équivalent de son fonds, tandis que, par l'hypothèque, elle perd ce fonds sans aucune compensation ¹.

Mais, dans ces derniers temps, on s'est demandé s'il était bien vrai que la loi Julia eût défendu l'hypothèque du fonds dotal. Voici à quelle occasion cette question a été soulevée :

Un savant jurisconsulte allemand, M. Bachofen, a cherché à déterminer le sens des mots *obligare prædium dotale*, employés dans la loi 4, D., *De fundo dotali*. En les rapprochant du § 15, *De rei ux. act.* et du *proæmium* des Institutes, *Quibus alien. lic. vel non*, on pourrait être tenté de croire qu'ils signifient *hypothéquer le fonds dotal*. Mais on fait remarquer que le mot *hypothèque* est grec et qu'il n'était pas encore connu des Romains, lorsque la loi Julia fut votée, ni lorsque Gaius écrivait le fragment qui est devenu la loi 4, D., *De fundo dot.* On ajoute que le droit romain en était encore à la *fiducia*

1. On sait que, de nos jours, ces deux raisons ont été invoquées par la cour de cassation pour résoudre la question de savoir si la faculté que la femme s'est réservée d'aliéner son fonds dotal renferme celle de l'hypothéquer.

et que du temps de Gaius il arrivait au *pignus*¹ ; on conclut de là que les commissaires de Justinien ont commis une grave inexactitude, quand ils ont affirmé que la loi Julia défendait l'hypothèque du fonds dotal.

Est-ce à dire que les compositeurs des Pandectes aient interpolé la loi 4, D., *De fundo dotali*, pour la mettre d'accord avec le § 15, *De rei ux. act.* ?

M. Bachofen ne le croit pas, parce que les mots *obligare prædium* avaient, du temps d'Auguste et de Gaius, un sens technique. Celui qui devenait débiteur de l'État, par exemple, en se portant fermier de l'impôt, signait un acte dressé par le *quæstor ærarii* dans lequel il désignait les *prædes* et les *prædia* qui répondaient pour lui : tous ses biens étaient obligés au profit du fisc, comme conséquence de l'engagement de sa personne : *Bona eorum qui cum fisco contrahunt... velut pignoris jure fisco obligantur ; non solum ea quæ habent, sed ea quoque quæ postea habituri sunt*². Voilà ce qu'on entendait par *obligare prædia* ; Gaius lui-même suppose que *rem obligatam sibi populus vendiderit* (*Inst.*, II, § 61) ; il ajoute : *Qui mereatur a populo PRÆDIATOR appellatur*. C'est cette *obligatio prædii dotalis*, que, suivant M. Bachofen, la loi Julia aurait prohibée, même avec le consentement de la femme³.

M. Demangeat n'admet pas cette interprétation : il

1. *Pignoratæ res*, dit Gaius dans la loi 15, *De dote præleg.* — Est-il bien vrai que l'hypothèque fût inconnue des Romains, du temps d'Auguste et de Gaius ?

2. Voyez le *fragmentum veteris cujusdam jurisconsulti*, n° 5, dans le *Manuale juris synopticum* de M. Pellat, p. 834.

3. *Ausgewählte Lehren*, p. 115.

pense que la loi Julia ne prohibait que l'aliénation et qu'elle était muette sur l'obligation du fonds dotal; il croit à une interpolation de la loi 4, *De fundo dot.*¹.

En comparant ces deux opinions, on voit qu'au siècle d'Auguste, ce qui devint plus tard l'hypothèque était une aliénation prohibée par la loi Julia. En effet, le débiteur transférait la propriété à son créancier qui s'obligeait par un contrat de fiducie à la lui rétrocéder après sa libération. Mais il restait encore au mari la possibilité d'aliéner indirectement le fonds dotal, en le désignant parmi ses *prædia* dans l'acte par lequel il se constituait débiteur envers l'État. La loi Julia dut, à cause de l'importance de son but, s'efforcer d'être complète et de fermer la porte aux aliénations indirectes de la part du mari. Cette considération, corroborée par les affirmations géminées de Justinien, affaiblit l'induction que M. Demangeat tire du silence de Gaius et de Paul.

Au surplus, si la prohibition d'obliger le fonds dotal n'existait pas dans la loi Julia, il faudrait admettre, avec M. Demangeat lui-même, qu'elle résulta du sénatus-consulte Velléen qui vint défendre plus tard aux femmes les intercessions ou cautionnements, soit pour leur mari, soit pour des tiers. Dans cette hypothèse, les commissaires de Justinien et de Cujas, qui a suivi leur foi, se seraient seulement trompés de date en attribuant à la loi Julia ce qui résultait des principes généraux du sénatus-consulte Velléen. La fameuse distinction de Théophile et de Cujas, entre l'aliénation et l'hypothèque, n'en reste pas moins pleine de vérité.

1. *De la condition du fonds dotal*, p. 210 et suiv.

Le principe en avait été posé par Ulpien interprétant le sénatus-consulte Velléien : *Mulier se facilius obligat quam alicui donat* (L. 4, D., *Ad S.-C. Vell.*).

On peut aller plus loin et faire remonter jusqu'au règne d'Auguste la prohibition d'obliger le fonds dotal même avec le consentement de la femme. En effet, si ce consentement fut considéré comme une intercession indirecte, prohibée par le sénatus-consulte Velléien, pourquoi n'aurait-il pas été, par la même raison, frappé d'impuissance par l'édit d'Auguste, qui vint défendre aux femmes de se porter cautions pour leurs maris, *ne pro viris suis intercederent* (Ulpien, loi 2, pr. D., *Ad S.-C. Vell.*) ? N'est-il pas vraisemblable que l'idée de cet édit reçut son application et passa dans la loi Julia ?

19. La prohibition d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme et de l'hypothéquer, même avec ce consentement, avait pour objet la conservation des dots ; cette conservation favorisait les mariages subséquents de la femme et la procréation des enfants légitimes ; l'importance de ce but la fit élever jusqu'à la hauteur d'un intérêt public. Paul écrivait : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* » (L. 2, D., *De jure dot.*). Pomponius exprimait la même idée en termes non moins énergiques : « *Dotium causa semper et ubique præcipua est ;*
« *nam et publice interest dotes mulieribus conservari cum*
« *dotatas esse feminas ad sobolem procreandam re-*
« *plendamque liberis civitatem maxime sit necessa-*
« *rium* » (L. 1, D., *Sol. matr.*).

Ces derniers mots ne sont pas une vaine déclama-

tion : un coup d'œil sur la situation de l'empire romain fera ressortir toute leur justesse.

Les grandes propriétés s'étaient concentrées dans les mains d'un petit nombre de riches et formaient ces domaines immenses qui faisaient dire à Pline : *Latifundia Romam perdiderunt!* et à Sénèque que les rivières qui jadis avaient séparé les États traversaient maintenant les domaines des simples particuliers ¹. La classe moyenne était décimée et disparaissait successivement. Ce fait social n'avait pas échappé au coup d'œil de Tacite : *Minor in dies plebs ingenua*, disait-il. Denys d'Halicarnasse, contemporain d'Auguste, assure que, de son temps, la plupart des villes qui florissaient jadis étaient désertes et désolées. Tarente et Antium, veuves de leurs citoyens, recevaient, sous Néron, des colonies de vétérans, qui bientôt les abandonnaient et se dispersaient ². Les lois d'Auguste n'avaient pas réussi à combler les vides des guerres civiles et de la dépravation des mœurs ; le mal n'avait fait que grandir pendant cette série de tyrans stupides qui déshonorèrent la pourpre des Césars. Il y avait des terres qui ne trouvaient pas de maîtres ³ ; toutes manquaient de bras libres et laborieux pour les cultiver. On n'ignorait pas que ceux qui cultivent bien le sol sont les meilleurs soldats quand il s'agit de le défendre ⁴. L'heure de la décadence commençait à sonner pour les Romains.

Voilà pourquoi la conservation des dots était d'inté-

1. Pline, *Hist. nat.*, lib. xviii, cap. VII ; Sénèque, *Epist.* 89.

2. Gibbon, t. II, p. 180 et t. III, p. 387.

3. L. 1, C., *De omni agro deserto*.

4. Caton en avait fait la remarque dans son livre *De re rustica*.

rêt public; on croyait qu'en multipliant les mariages, elle ferait cesser l'affreuse dépopulation de l'empire.

20. Il importait autant à l'intérêt public de conserver la dot de la *materfamilias* que celle de la matrone.

Les femmes, soumises toutes au même but, durent l'être au même moyen. Le but est bien connu : c'est le mariage. Le moyen ne l'est pas moins : c'est la conservation des dots. Ne faut-il pas voir dans ces mots : *dotes*, *dotium*, employés par Paul et par Pomponius, des expressions générales s'appliquant aux deux dots : à celle de la femme *in manu*, comme à celle de la femme du mariage libre? Cela est tout à fait conforme au but suprême que se proposait la législation d'Auguste.

On ne peut pas admettre non plus que la loi Julia *de maritandis ordinibus*, en imposant l'obligation de doter, l'eût restreint à la dot du mariage libre. Il eût été trop facile aux pères et aux autres ascendants d'éluder cette obligation, en disant : Notre fille veut être une *materfamilias* et non une matrone : nous n'avons rien à lui donner en dot. Ici encore la loi qui voulait favoriser les mariages devait entendre par *dot* un rapport fait au mari, sans se préoccuper du régime qui serait adopté; elle devait surtout éviter de gêner la liberté de la femme et de sa famille, en leur imposant un régime qui pouvait ne pas leur convenir.

La loi Julia dut s'efforcer d'être complète, pour atteindre au but d'intérêt public, et ses dispositions, si elles ne s'étaient adressées qu'à la dot du mariage libre, auraient dû abolir le mariage par coemption et par confarreation. Or, il n'en fut pas ainsi, car Gaius nous dit

que, de son temps (environ 150 ans après le règne d'Auguste), le mariage par confarréation était encore celui des prêtres flamines majeurs, *flamines maiores, id est, diales, martiales, quirinales*¹; et Ulpien, énumérant les personnes qui sont au nombre des héritiers siens, y comprend la femme *in manu*: « Sui autem heredes
« sunt liberi quos in potestate habemus...; *item uxor*
« *quæ in manu est*² ».

En résumé, la loi, en imposant l'obligation de doter, avait dû laisser aux parties le choix du régime matrimonial qui leur convenait et ne pas gêner leur liberté à cet égard; elle avait dû aussi appliquer le principe de conservation des dots et la prohibition d'aliéner le fonds dotal à la dot des deux régimes.

La différence entre la dot des deux régimes devait porter sur la restitution; la dot de la *materfamilias* n'était restituable que dans un cas: celui de divorce, tandis que la dot de la matrone était, en outre, restituable lorsque le mariage était dissous par le décès du mari, parce que la femme, n'étant pas entrée dans la famille du mari, ne prenait aucun droit d'héritier sien dans sa succession: sa dot devait donc lui être restituée.

Telle était, je crois, la condition des dots sous la législation d'Auguste.

21. Quels étaient les droits respectifs du mari et de la femme sur la dot du mariage libre?

Ce qui caractérise surtout le droit de la femme c'est la restitution éventuelle de son apport dotal. Avant les

1. *Instit. Comm.* 1, § 112.

2. *Règles*, xxii, 14 et tit. ix *De his qui in manu sunt*.

lois d'Auguste, cette restitution avait lieu dans l'intérêt exclusif de la femme ; mais , sous l'empire des nouvelles lois , elle a lieu principalement dans un intérêt public. Le droit nouveau protège la conservation des dots, parce que leur restitution est une pièce nécessaire du système qui a voué la femme au mariage et à la reproduction.

Ce système, composé d'éléments hétérogènes que la législation avait appropriés à ses vues, n'était qu'une transition. Quelles transformations subira-t-il, au point de vue des droits respectifs du mari et de la femme sur la dot, lorsque le régime de la *manus* sera tombé en désuétude¹, et surtout lorsque le christianisme, monté avec Constantin sur le trône des Césars, sera venu abattre le divorce et réprouver les secondes noces ?

C'est ce qu'il importe de rechercher, car on verra bientôt que, dans le droit moderne, les partisans de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari invoquent le droit romain, sans dire lequel, et croient avoir tout dit quand ils se sont placés sous cette invocation.

22. Le mari était propriétaire, *dominus*, du fonds dotal, quoiqu'il ne pût pas l'aliéner : *Dotale prædium*, dit Gaius, *maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum*². Ainsi le fonds dotal appartient au mari, soit parce qu'il lui a été mancipé ou cédé juridiquement, soit parce que le mari l'a

¹ 1. L'usucapion de la femme était tombée en désuétude dans la période qui s'étend depuis Cicéron jusqu'à Gaius (Cicéron, *Pro Flacco*, 34 ; Gaius, *Inst.* 1, § 3)

² 2. *Instit.* II, §§ 62 et 63.

acquis par usucapion. En effet, la mancipation, la cession juridique et l'usucapion sont les trois modes par excellence employés par le droit civil des Romains pour transférer la propriété.

A plus forte raison, le mari était-il propriétaire des meubles dotaux; bien plus, l'aliénation ne lui en était pas défendue.

Ce résultat est conforme à une observation que nous avons déjà faite; c'est que la législation romaine n'avait pas fait de la constitution de dot un contrat spécial; il avait donc fallu se contenter du droit tel qu'il était, et employer les modes usités pour livrer la dot au mari, c'est-à-dire des modes translatifs de la propriété des objets dotaux. C'était l'usage qui avait établi le nouvel ordre de choses: la législation avait laissé faire plus qu'elle n'avait fait. La réaction d'où était sorti un principe informe de régime dotal avait été dirigée surtout contre les conséquences du divorce qui, sous le régime de la *manus*, faisait perdre à la femme tous les biens qu'elle possédait et la plaçait dans une situation déplorable. C'est ce qui explique pourquoi la transformation consista d'abord dans la restitution de la dot à la *materfamilias* en cas de divorce; les droits du mari sur les biens de la femme *in manu* ne subirent pas d'autre atteinte jusqu'à la loi Julia. La dot des femmes qui avaient préféré le mariage libre, *mero consensu*, à celui de la *manus*, fut une imitation de celle de la *materfamilias*; elle n'entra pas dans le patrimoine du mari par les effets du mariage, mais par ceux de la constitution de dot; le contrat de constitution de dot fut translatif de la propriété au mari, soit par lui-même, soit par son

exécution¹, sauf toujours l'obligation de restitution. Ici, la restitution avait lieu nécessairement dans deux cas : celui du divorce et celui de la dissolution du mariage par le décès du mari.

Cette situation avait été créée par les habitudes nationales : les lois d'Auguste l'acceptèrent ; elles fortifièrent l'obligation éventuelle de restituer la dot et la rendirent plus efficace par la prohibition d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme ou de l'hypothéquer même avec ce consentement.

Nous n'en sommes encore qu'au début d'une institution qui grandira et fera son chemin ; il ne faut pas, de prime abord, la juger avec nos idées modernes. Ce que nous appelons le régime dotal n'existe encore qu'en germe et ne se formule que par l'obligation du mari de restituer éventuellement la dot.

Cette obligation de restituer la dot éventuellement n'en avait pas moins apporté une grave restriction au droit du mari sur les biens dotaux.

La restitution, lorsqu'il y avait lieu, devait se faire en nature et comprendre identiquement la chose même apportée en dot, quand elle n'avait pas été estimée², ou quand elle n'était pas de celles qui consistent en poids, nombre ou mesure³.

1. La constitution de dot par la *promissio* ou la *dictio* ne transférait la propriété au mari que par la tradition, comme en matière de vente. Voy. plus haut, n° 11.

2. L'estimation des objets constitués en dot valait vente au mari (LL. 10 et 69, § 8, D., *De jure dot.*, 5 et 10, C., *De jure dot.*) ; de là la règle : *Dos æstimata dos vendita*.

3. Ulpien, *Règles*, tit. VI, § 8 ; M. Pellat, *Textes sur la dot*, p. 15 et 16. — La dénomination de l'action en restitution le prouve surabondamment : *Actio REI uxoriæ*.

23. Si le mari aliénait la dot, quel était le droit de la femme, soit contre lui, soit contre les tiers ?

Il faut distinguer :

S'il s'agissait d'un fonds dotal, l'aliénation qui était contraire à la prohibition de la loi n'avait aucune valeur : *Venditio non valet*, dit Papinien (L. 42, *De usurp.*). Ici, la prohibition d'aliéner imprimait une nouvelle énergie au droit de la femme ; l'acheteur contrevenait lui-même à la prohibition de la loi, et cette contravention le constituait en mauvaise foi : *Malæ fidei possessorem esse nullus ambigit, qui contra legum interdicta mercatur*, disent les empereurs Valentinien et Valens¹ ; il ne pouvait pas usucaper le fonds dotal². La femme pouvait donc, le cas de restitution de la dot arrivant, faire révoquer l'aliénation et évincer l'acheteur³.

S'il s'agissait de meubles dotaux, l'aliénation n'en était point prohibée par les lois, comme celle du fonds dotal.

24. On a beaucoup discuté, dans le droit ancien et moderne, la question de savoir si le mari était propriétaire de la dot en général, et surtout s'il avait le droit d'aliéner la dot mobilière.

Cette question doit être examinée historiquement et chronologiquement ; en suivant une autre marche, il serait difficile d'éviter la confusion.

Avant la loi Julia, le mari était propriétaire de la dot. Pouvait-il aliéner même le fonds dotal ? Tous les

1. L. 2, C., *De agricol. et censit.*

2. L. 16, D., *De fundo dot.*

3. Argument de la loi 17, D., *De fundo dot.*

commentateurs l'ont affirmé; ils ont dit : Ce qui prouve que le mari avait le pouvoir d'aliéner le fonds dotal, avant la loi Julia, c'est que cette loi lui en défendit l'aliénation; la défense eût été inutile, si déjà le mari n'avait pas eu le pouvoir d'aliéner. Le raisonnement est superficiel; il renferme une équivoque et n'est vrai qu'à demi.

Sans doute, le mari était propriétaire; mais il n'en restait pas moins placé sous le coup de l'obligation éventuelle de restituer la dot identiquement et en nature. La femme était créancière de cette obligation éventuelle de lui restituer sa dot : ce qui veut dire que, d'après les principes du droit romain, son droit était une action personnelle, et non pas réelle pour contraindre son mari à lui restituer sa dot; le mari était tenu envers elle d'une obligation de faire, c'est-à-dire de lui restituer sa dot en lui en rétrocédant la propriété¹. Si donc le mari, abusant de son titre de propriétaire, aliénait la chose dotale, meuble ou immeuble, la femme n'avait pas la revendication contre les tiers : la revendication, action réelle, n'appartient qu'au propriétaire.

Il y a dans la législation romaine une institution identique et contemporaine qui prouve que le droit a eu des commencements grossiers et matérialistes. Comment un débiteur pouvait-il donner un gage à son créancier? Le droit romain, surtout celui de ce temps-là, renfermait la liberté des conventions et des agissements dans un formalisme étroit et restreint à un certain

1. Il est à peu près certain que le mari restituait la dot en retransférant à la femme la propriété des choses dotales : cela est tout à fait conforme aux exigences du droit civil romain.

nombre de contrats déterminés. Le cas n'avait pas été prévu, et ce débiteur se trouva placé dans la même situation que la femme qui voulait apporter une dot au mari en se réservant le droit de la reprendre dans certains cas. On se tira d'embarras par le même expédient : le débiteur, pour remettre la chose en gage à son créancier, lui en transféra la propriété, et celui-ci s'obligea, par un pacte adjoint, appelé *fiducia*, à lui restituer cette chose et à lui en retransférer la propriété, dès qu'il aurait reçu le paiement intégral de sa créance. C'était l'enfance du *pignus* ou contrat de gage. Si le créancier gagiste, abusant de son titre de propriétaire, aliénait la chose engagée, le débiteur qui avait payé ne pouvait pas, en vertu d'un pacte fiduciaire de restitution, revendiquer la chose entre les mains des tiers et les évincer : il n'avait qu'une action personnelle contre le créancier ¹.

Telle était précisément la situation de la femme envers son mari.

Quand on dit que le mari avait le pouvoir d'aliéner, on est dans le vrai, si l'on entend par là que l'aliénation produisait tous ses effets à l'égard des tiers et que la femme ne pouvait pas les évincer ; mais on est dans le faux, si l'on croit que le mari pouvait se défendre contre la femme, en lui répondant : J'ai usé de mon droit de propriétaire en aliénant la chose dotale ; celui qui use de son droit ne porte préjudice à personne : *Non injuriam facit qui jure suo utitur*. La réponse est que le droit de propriété du mari était restreint en faveur de

1. Voyez M. Dalloz, *Vis Privilèges et hypothèques*, n° 8.

la femme par l'obligation de lui restituer sa dot dans certains cas. Celui qui est soumis à l'obligation de restituer une chose, même éventuellement, ne peut pas en disposer; il doit la conserver, afin de pouvoir la rendre quand le moment en est venu. Tel est, dans notre droit, le grevé de substitution.

La loi Julia, en prohibant l'aliénation du fonds dotal, eut pour objet de fortifier et de sanctionner l'obligation du mari de restituer ce fonds; elle imprima un caractère absolu à cette obligation, et la femme eut désormais le droit d'agir contre le tiers; mais les choses restèrent dans le *statu quo*, quant à la dot mobilière.

On conclut de là que le mari pouvait aliéner les meubles dotaux. En effet, plusieurs textes lui reconnaissent le droit d'affranchir les esclaves dotaux lorsqu'il est solvable. Papinien le dit d'une manière fort nette dans la loi 21 : *De manumiss. : Servum dotalem vir qui solvendo est, constante matrimonio, manumittere potest. Si autem solvendo non est, licet alios creditores habeat, libertas servi impeditur, ut constante matrimonio deberi dos intelligatur.* Le jurisconsulte proclame d'abord le droit du mari solvable d'affranchir l'esclave dotal. Que, s'il était insolvable, le mari se trouvait soumis à la disposition de la loi *Ælia Sentia*, comme tout maître qui voulait affranchir son esclave en fraude des droits de ses créanciers. La loi 3, C., *De jure dotium*, décide que le mari a le droit de donner par testament la liberté aux esclaves dotaux : *Dotalibus servis maritus testamento directam et fideicommissam libertatem JURE dedit.* Plusieurs autres textes renferment de semblables décisions¹.

1. L. 1, D. *Sol. matrim.*; LL. 1 et 7, C., *De serv. pign. dat. manum.*

Les esclaves étaient, après les immeubles, les choses les plus précieuses : de là on conclut encore que le mari pouvait, à plus forte raison, aliéner les autres choses mobilières dotales, et l'on fait remarquer que si les textes parlent spécialement de l'affranchissement des esclaves dotaux, et non des autres modes de disposition des meubles, c'est qu'il fallait, sur les conséquences de l'affranchissement, des décisions détaillées qui étaient inapplicables aux autres cas ¹.

Le mari qui aliénait les meubles dotaux agissait sans doute dans les limites de son droit de propriétaire, mais il contrevenait à l'obligation de restituer la dot en nature, le cas échéant. L'aliénation, quoique valable, n'en était pas moins un dol ou une faute envers la femme, puisqu'elle anéantissait son droit à la restitution de la dot en nature. « Si la dot, dit M. Pellat, consiste en corps certains, c'est-à-dire si le mari doit restituer identiquement les choses mêmes qu'il a reçues, il ne jouit d'aucun délai. Car, ou il a conservé ces choses, et il peut les rendre tout de suite, ou il ne les a pas conservées comme il l'aurait dû, et sa faute ne doit pas lui procurer un répit qu'il n'aurait pas eu d'ailleurs. S'il les a perdues par un événement qui ne lui soit pas imputable, il est libéré de l'obligation de rendre ². »

25. Le mari, en sa qualité de propriétaire, pouvait-il contrevenir impunément à l'obligation de restituer la

1. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, t. XXV, p. 152, M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 13.

2. *Textes sur la dot*, p. 16.

dot en nature ? Quel était le droit de la femme contre le mari qui, par son dol ou sa faute, s'était placé dans l'impossibilité de restituer les choses dotales ?

Un fragment de Paul, devenu la loi 25, § 1, *Sol. matrim.*, s'explique nettement à cet égard : *Maritum, in reddenda dote, de dolo malo et culpa cavere oportet ; quod si dolo malo fecerit quominus restituere possit, damnandum eum quanti mulier in litem juraverit ; quia invitis nobis res nostras alius retinere non debeat*. Le mari qui, par son dol ou sa faute, s'était placé dans l'impossibilité de restituer la dot identiquement et en nature, était passible de l'action *arbitraire*, ainsi appelée parce que le défendeur, qui n'obéissait pas à l'ordre du juge de restituer la chose due ou qui, par son fait, s'était mis dans le cas de ne pas pouvoir restituer cette chose, était condamné au paiement d'une somme arbitrée par le juge à titre de dommages-intérêts ¹. Ici, l'action *arbitraire* avait un caractère particulier ; les dommages-intérêts étaient fixés par le serment de la femme : *Quanti mulier in litem juraverit* ².

En droit romain, l'obligation de livrer une chose déterminée ne faisait pas un propriétaire, comme dans notre droit moderne, mais simplement un créancier ; elle donnait lieu à une action, *condictio*, contre la personne du débiteur, *in personam*, et non pas à une action

1. *Actiones arbitrarias*, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat (*Instit. De actionibus*, liv. IV, tit. VI, § 31 ; L. 68, D., *De rei vindic.*).

2. Voyez aussi Paul, L. 2, § 1, D., *De in litem jur.*

de propriété, *vindicatio*, dirigée contre la chose qui avait fait l'objet de la promesse, *in rem*. Le débiteur était tenu d'une obligation de faire, c'est-à-dire de livrer la chose, et c'était par l'effet de la tradition que la propriété était transférée au créancier, suivant la règle : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (L. 20, C., *De pactis*). Le créancier d'une chose déterminée ne pouvait pas s'en mettre en possession, soit par lui-même, soit par les agents de la force publique, alors même que l'objet dû était possédé par le débiteur. Pour en venir là, il aurait fallu transformer la théorie de la transmission de la propriété et convertir l'action personnelle en action réelle, comme si la seule convention avait eu la puissance de transférer la propriété ; et quand même le demandeur eût été propriétaire, le résultat n'aurait pas été différent, à cause du mécanisme étroit de la procédure formulaire ; en effet, quand le juge avait donné au défendeur l'ordre de restituer la chose au demandeur, celui-ci était obligé de revenir à la charge contre le défendeur qui ne restituait pas, et de le faire condamner au paiement d'une somme arbitrée par son serment : *Quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur*, dit Gaius (*Instit.* IV, § 163). Paul a dit dans le même sens : *Quum reus haberet possessionem, noluit eam restituere, et ideo magno condemnatus est* (L. 73, D., *De fidejuss.*). Cette forte condamnation, *magno*, était le seul moyen de vaincre l'injuste résistance du possesseur ; autrement on ne s'expliquerait pas le taux exorbitant de cette condamnation, qui mettait le défendeur à la discrétion du demandeur, puisque celui-ci estimait la

chose ce qu'il voulait, sans autre restriction que celle de son serment ¹. On comprendrait encore moins que le mari, s'il avait eu, dans ses rapports avec sa femme, le droit d'aliéner la dot mobilière, pût expier l'exer-

1. Il en était autrement avant la procédure formulaire, sous le système des actions de la loi, *legis actiones* : le juge condamnait le défendeur à remettre ou restituer la chose elle-même : *Judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est*, sicut olim fieri solebat, *sed, aestimata re, pecuniam eum condemnat* (Gaius, *Inst.* IV, § 48). Dans le système de la procédure formulaire, les condamnations étaient pécuniaires. M. Ortolan a très-bien expliqué les causes historiques de cette particularité du droit romain (*Expl. hist. des Instit. de Justinien*, t. III, nos 1924 et 1937).

La loi 68, D., *De rei vindicatione*, fait dire à Ulpien : *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habet rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur...* Mais est-ce bien là le texte de ce jurisconsulte ? Les compilateurs des Pandectes n'y ont-ils pas ajouté pour le faire concorder avec le droit de Justinien qui permettait l'emploi de la force publique pour faire exécuter les décisions du juge ordonnant la restitution d'une chose possédée par le défendeur ? C'est une question controversée parmi les interprètes anciens et modernes.

Ce qui rend probable une interpolation de la loi 68 par les commissaires de Justinien, c'est que Gaius et Paul ne parlent que de condamnations pécuniaires sans dire un mot de l'emploi de la force publique. Ce silence me paraît d'autant plus significatif que Paul était contemporain d'Ulpien et que la partie de la loi 68 qui est suspecte d'interpolation n'exprime pas une opinion, mais constate un fait qui serait pratiqué par le juge : *Manu militari, officio judicis, possessio transfertur*. Aussi cette partie du texte d'Ulpien est-elle considérée comme apocryphe par le président Fabre, *Conjectur.*, XVI, 17, et, dans ces derniers temps, par MM. Heimbach, *Die Lehre von der Frucht*, p. 198, et de Savigny, *System.*, t. V, § 221, note d, p. 133 de la traduction en français.

En sens contraire, la sincérité du texte d'Ulpien compte d'illustres et nombreux défenseurs : Cujas, sur cette loi ; Bynkershoek, *Observat.* III, 14 ; Vinnius et Heineccius (*notes* sur Vinnius, p. 742) ; Uber, *Eunomia*, p. 313 ; Glück, *Pand.* t. VIII, p. 228 ; Keller, *Ueber litis contestation.*, p. 215 ; Zimmern, *Geschichte de Romischen Privatrecht*, III, p. 198 ; M. Pellat, *Sur la propriété et l'usufruit*, p. 370 et suiv. Le savant doyen de la faculté de Paris fait remarquer que le passage

cice de ce droit par la condamnation au paiement d'une somme énorme, fixée par le serment de la femme. Comment Paul aurait-il pu écrire, dans le fragment qui est devenu la loi 25, § 1, *Solut. matrim.*, que le mari s'était mis par son dol dans l'impossibilité de restituer la chose dotale à la femme? Il n'y a ni dol, ni faute, dans le fait de celui qui use de son droit. Paul n'ignorait pas certainement cette règle de justice naturelle; car, un autre jurisconsulte, Gaius, qui lui était bien antérieur, avait écrit : *Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (L. 55, D., *De div. reg. jur.*); Paul lui-même a dit : *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (L. 151, D., *De div. reg. jur.*).

Il est donc vrai de dire que, si le mari était propriétaire des choses dotales, c'était par suite des nécessités

de Paul (*Sent.* liv. 1, tit. XIII, A) : *Venditor cogi potest ut tradat aut mancipet*, ne se réfère qu'au moyen de contrainte par la condamnation pécuniaire. La loi 58, *De rei vindic.*, qui est aussi de Paul, en est la preuve manifeste.

M. Demangeat a une opinion à part : il admet que toute la loi 68 est d'Ulpien; mais il en restreint l'application au cas où le défendeur qui a reçu l'ordre de restituer use de fourberie et prétend que la restitution lui est impossible, quoiqu'il ait la chose chez lui; et comme il est difficile de cacher les immeubles, M. Demangeat est conduit à n'appliquer la loi 68 qu'aux choses mobilières, tandis qu'elle a une partie générale, ainsi que le dit Ulpien lui-même, à la fin de cette loi (*Du fonds dotal*, p. 123).

Cette question eut une influence malheureuse dans l'ancien droit, notamment en matière de promesses de vente; on disait qu'une telle promesse devait se résoudre en dommages-intérêts. Caylet, professeur à l'Université de Poitiers, fut un des premiers à soutenir que la convention de livrer en propriété une chose déterminée avait pour effet de transférer la propriété sans tradition. Pothier professait l'opinion contraire, il n'y a pas encore un siècle. C'était la lutte du matérialisme du droit contre son spiritualisme. De l'obligation de livrer en nature, il n'y avait qu'un pas à faire pour conclure au transport de la propriété par la convention.

du droit romain qui ne permettait pas à la femme de livrer la dot au mari sans lui en transférer la propriété. Le droit tenait compte de ces nécessités dans les règlements entre les époux : la loi 25, § 1, *Solut. matrim.* en est une preuve manifeste. De plus, on avait égard à la cause de l'apport dotal : il avait eu lieu *dotis causa*, avec l'obligation de restitution éventuelle par le mari ou par ses héritiers. Le droit du mari était essentiellement restreint envers la femme pour cette obligation de restituer éventuellement la dot en nature, ce n'était pas un véritable droit de propriété par rapport à la femme ; quant à elle, l'aliénation faite sans son consentement par le mari était un abus ¹. Aussi Paul, dans la loi 25, § 1, mettant le droit de la femme en face de celui du mari et se plaçant au point de vue de la femme, appelle-t-il les choses dotales *res nostras*.

Cette anomalie vient des circonstances difficiles au milieu desquelles le régime dotal s'établit à Rome. Une cause fortuite, le divorce, donna lieu d'abord aux *cautiones rei uxoriæ* qui renfermaient déjà le principe essentiel du régime dotal, la séparation des biens des époux. Bientôt les femmes ne voulurent plus du mariage par confarréation ou par coemption, qui avait pour elles des effets désastreux, lorsque le divorce arrivait ; elles préférèrent le mariage libre et sans puissance maritale sur leur personne et leurs biens. Les maris jetèrent les hauts cris, au nom de leur intérêt et des habitudes nationales : leur opposition empêcha la législation d'or-

¹ Voyez en sens contraire M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 13 et 23, et M. Troplong, *Du contrat de mariage*, n° 3204.

ganiser les rapports que le divorce avait subitement détruits entre les époux.

N'avez-vous jamais vu un jeune chêne que le hasard a fait naître à l'ombre d'un vieux ? Il végète et se contourne pour atteindre les rayons du soleil qui sont sa vie. Quand le vieux chêne, dont on n'a jamais coupé la moindre branche pour faire place à l'autre, tombe de caducité, il est trop tard pour que le jeune fasse un arbre bel et droit. Que de personnes et de choses sont ce jeune arbre !

Tel fut le régime dotal à Rome.

La politique timide et cauteleuse d'Auguste ne fit pour lui les choses qu'à demi, pour ne pas choquer la résistance des maris ; et quand le régime de la *manus* fut tombé en désuétude, l'art admirable des jurisconsultes romains fut impuissant pour redresser les défec-tuosités d'une institution dont les commencements avaient été si pénibles ; il aurait fallu à ces hommes immortels plus que du génie, la puissance législative.

26. Comment les jurisconsultes romains ont-ils envisagé les droits respectifs du mari et de la femme sur la dot en général, et, en particulier, sur la dot mobilière ?

Les jurisconsultes de la période classique ont caractérisé le droit du mari et de la femme sur la dot, dans les termes suivants : pour le mari : *Dos est in bonis mariti* (LL. 21, § 4, D., *Ad municip.*, 7, § 3, D., *De jure dot.*) ; *apud maritum dominium est* (L. 75, D., *De jure dot.*) ; pour la femme : *Dos ipsius filiae proprium patrimonium est* (LL. 3, § 5, D., *De minor.* et 16, D., *De relig.*) ; *Dos mulieris est*

(LL. 71, D., *De evict.* et 75, D., *De jure dot.*); *Mulier habet dotem* (L. 43, § 1, D., *De adm. et puric. tut.*). Et ces textes ne se contredisent point; car, dans la loi 75, D., *De jure dot.*, Tryphoninus dit : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.*

En présence de ces textes, les anciens commentateurs, privés de l'appui de la méthode historique, s'agitèrent dans le vide et tournèrent indéfiniment dans le cercle vicieux de la thèse et de l'antithèse : ils se livrèrent à toute espèce de systèmes : il est fort inutile de les exposer ici ¹.

Pour résoudre ce problème juridique, il faut, au lieu de s'attacher tout d'abord à la lettre des textes et de les opposer les uns aux autres, prendre en considération l'origine de la dot et le droit complexe qui résultait de la constitution dotale pour le mari et pour la femme : après cela, les textes s'expliqueront facilement et ne s'opposeront plus aucune contradiction.

Le mari était certainement propriétaire de la dot mobilière et immobilière; ce titre résultait pour lui, soit de la constitution de dot, soit de l'exécution qui la suivait. Les effets de ce droit de propriété étaient différents, suivant la nature de la dot.

S'agissait-il d'un fonds dotal? La loi Julia défendait au mari de l'aliéner sans le consentement de la femme et de l'hypothéquer même avec ce consentement. Si le mari contrevenait à cette prohibition, l'aliénation n'était

1. On trouve l'exposé de ces divers systèmes de conciliation dans Hiliger, notes sur Doneau, lib. XIV, cap. IV, note 6, dans le *Thesaurus* de Meerman, t. II, p. 64, et dans Vinnius, *Instit.*, lib. II, tit. IV, p. 245, et lib. II, tit. VIII, p. 294, n° 2 et suiv.

pas valable; la femme pouvait la faire révoquer et évincer les tiers. Ici la propriété du mari était plus nominale que réelle; il lui manquait un de ses éléments essentiels, le droit de disposition, *jus abutendi*.

S'agissait-il de meubles dotaux? La loi Julia n'en défendait pas l'aliénation au mari. Il ne faut pas en conclure qu'elle la permettait, comme on l'a fait trop souvent en raisonnant *à contrario*; il en résulterait que le mari aurait eu un droit absolu d'aliéner la dot mobilière, tandis que ce droit n'était que relatif. Quant à la dot mobilière, la loi d'Auguste laissa les choses telles que l'usage les avait établies; les époux continuèrent à être gouvernés par la constitution de dot. En conséquence, si le mari aliénait les meubles dotaux, l'aliénation était valable, parce que la loi ne la défendait pas et qu'elle se soutenait par le titre de propriétaire qui appartenait au mari. Mais la femme avait droit à la restitution éventuelle des meubles dotaux en nature; et si le mari se trouvait, par sa faute, dans l'impossibilité de les restituer, c'était tant pis pour lui; la femme pouvait le forcer à lui rendre compte avec la sévérité de l'action arbitraire. Le droit du mari sur la dot mobilière était donc encore ici tenu en échec par le droit de la femme à la restitution éventuelle de la dot.

En résumé, le mari est propriétaire de la dot en général, sous l'obligation et à la charge de la restituer, dans certains cas, identiquement et en nature. La femme n'est pas propriétaire, mais elle est créancière de cette obligation de restitution éventuelle en nature; elle est créancière des choses dotales elles-mêmes.

Entre un tel droit de créance et un droit de propriété, quelle distance y a-t-il ?

La question n'en serait pas une, s'il fallait la résoudre d'après les principes du Code Napoléon. Dans notre droit moderne, être créancier d'une obligation de livrer un objet certain et déterminé ou être propriétaire de cet objet, c'est la même chose ¹. Il n'en était pas ainsi en droit romain ; il suffit de rappeler notamment que le contrat de vente n'était point par lui-même translatif de la propriété et qu'il fallait de plus le fait matériel de la tradition. Et cependant notre principe n'avait pas échappé au regard profond des jurisconsultes romains ; leur admirable analyse, devançant l'œuvre des siècles, cherchait à se dégager des étreintes du matérialisme juridique. Paul dit : « Celui qui a une action pour le recouvrement d'une chose, est censé avoir cette chose même : *Qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (L. 15, D., *De div. reg. jur.*) ». Ulpien n'est pas moins précis : « On est censé avoir les choses « pour lesquelles il nous appartient une action, car « nous avons ce que nous pouvons réclamer : *Id se quis « habere videtur, de quo habet actionem : habetur enim « quod peti potest* (L. 143, D., *De verb. signif.*) ». Modestin, le dernier des jurisconsultes romains dignes de ce nom, donne encore plus de développement à cette doctrine : « Nous sommes censés avoir une chose dans notre pa-

1. Cette différence est capitale, et cependant elle n'a pas été aperçue par les jurisconsultes modernes qui invoquent le droit romain pour résoudre la question de savoir si, dans notre droit, le mari peut aliéner la dot mobilière. Ils n'ont pas vu que leur invocation de droit romain est condamnée par les principes contraires du Code Napoléon.

trimoine, soit lorsque nous la possédons et qu'il nous appartient une exception pour la retenir, soit lorsque, sans la posséder, nous avons une action pour la recouvrer : *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes, exceptionem, aut amittentes, ad recuperandam eam, actionem habemus* (L. 52, D., *De acquir. rer. domin.*) ».

La femme avait cette action éventuellement pour le recouvrement ou la restitution de sa dot, *actio rei uxoriæ*; elle avait donc la chose dotale; et le mot *habere*, dont Ulpien et Modestin ont si bien déterminé le sens, lui était parfaitement applicable. C'est précisément l'expression employée par Paul, dans la loi 43, § 1, D., *De adm. et peric. tut.* Le jurisconsulte suppose qu'un oncle, curateur de sa nièce, a promis de donner en dot cinquante pièces d'or à son mari. Le patrimoine de la jeune femme se trouvant inférieur à la somme promise, le curateur restera-t-il néanmoins tenu? S'il est tenu envers le mari, tout au moins doit-on admettre qu'il a un recours contre la femme et qu'il peut même la poursuivre durant le mariage, parce que, dit Paul, la femme a la dot, comme on dit qu'elle l'a, quand il s'agit de la rapporter à la succession du père qui l'a dotée : *Quia HABET dotem, sicut in collatione bonorum dicitur*. Le même jurisconsulte exprime la même pensée par les mots : *res nostras*, qu'il emploie dans la loi 25, § 1, D., *Sol. matrim.* Un autre jurisconsulte, Gaius, a dit, dans la loi 81, § 1, D., *Ad leg. falcid.*, que la femme qui recouvre sa dot est censée recouvrer sa chose : *Suam rem mulier recipere videtur*. Ulpien a émis la même idée en termes plus énergiques encore : La dot, dit-il, est le propre patri-

moine de la fille : *Dos ipsius filicæ proprium patrimonium est* (L. 3, § 5, D., *De minor.*).

On peut comprendre maintenant le célèbre fragment de Tryphoninus, devenu la loi 75, *De jure dot.* : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* ; et le jurisconsulte, revenant sur son idée, ajoute : *Quamvis apud maritum dominium sit*. Ainsi, quoique la dot soit dans le patrimoine du mari, quoiqu'elle soit sa propriété, cela n'empêche pas qu'elle n'appartienne à la femme. Le jurisconsulte, par la manière dont il s'exprime, va d'abord au-devant d'une objection et aplanit une difficulté. Il y a là deux droits juxtaposés, qui semblent former antithèse et s'exclure l'un l'autre. Si le mari est propriétaire, comment la femme peut-elle l'être, et *vice versa*? La propriété est une, et il semble que les deux droits ne peuvent pas coexister. L'objection, ainsi présentée abstractivement, perd beaucoup de sa force, si on analyse la situation dans laquelle la femme se trouve par rapport à sa dot. Dans l'espèce de la loi 75, la femme s'était constitué en dot un fonds qu'elle avait acheté, en ayant soin de stipuler, comme c'était l'usage dans l'achat des choses importantes, qu'en cas d'éviction, le vendeur lui payerait le double du prix. Le fonds dotal ayant été évincé entre les mains du mari, la femme pouvait-elle agir actuellement, *statim*, contre le vendeur, en vertu de la stipulation du double, sans être obligée d'attendre que les événements ultérieurs eussent prononcé si sa dot devait lui être restituée? Telle est la question que le jurisconsulte examine et qu'il aborde en énonçant la règle qui renferme la solution : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est*. La femme peut agir actuelle-

ment : elle a intérêt à ce que le fonds ne soit pas évincé ; elle est évincée elle-même, puisqu'elle cesse d'avoir le fonds en dot, *in dotem HABERE*, dit le jurisconsulte. De plus, pendant le mariage et quoique la dot appartienne au mari, la femme jouit de cette même dot ; elle en recueille l'émolument, puisque c'est avec la dot que le mari soutient les charges du mariage et entretient la femme elle-même.

27. C'est principalement sur ce fragment de Tryphoninus que les romanistes modernes ont établi leur doctrine.

« La *dotis datio*, dit M. Bachofen, implique une convention du genre *do ut facias* ; le mari devient propriétaire sous l'obligation d'entretenir la femme avec les revenus de la chose. L'entretien de la femme est ainsi le but : en d'autres termes, le *dominium mariti* est la forme sous laquelle la femme, pendant le mariage et conformément à la nature de cette union, profite de sa chose ¹. »

« Durant le mariage, dit M. Pellat, les biens qui composent la dot sont au mari et non à la femme. Le mari est véritablement propriétaire des choses dotales, il en a le *dominium ex jure quiritium*, il les a *in bonis* ; il peut, si celui de qui il les a reçues n'était pas propriétaire, les usucaper *pro dote* ; il les revendique même contre la femme, si elle en a la possession. Il peut en transférer la propriété soit à un tiers, soit même à la femme ; et, si une loi positive, la loi *Julia*,

1. *Ausgewählte Lehren*, p. 107.

« lui défend d'aliéner les immeubles dotaux, la possi-
« bilité et la nécessité d'une défense spéciale à ce sujet
« est la preuve la plus décisive qu'il est vraiment pro-
« priétaire.

« Cependant on dit, d'un autre côté, que la dot ap-
« partient à la femme, qu'elle est son patrimoine.

« Cette contradiction apparente ne s'explique qu'en
« reconnaissant la nature anormale de cette institution.

« Le mari a la dot dans ses biens, mais il supporte
« les charges du mariage, au nombre desquelles figure
« en première ligne l'entretien de la femme.

« Celle-ci retire donc un profit de la dot ; elle en a la
« jouissance, non comme un droit positif dont elle
« puisse actuellement faire reconnaître l'existence et
« s'assurer l'exercice par une action, mais comme un
« avantage que lui garantit sa position de femme
« mariée ; on peut dire de cette jouissance, comme de
« l'état de mariage lui-même : *In facto potius quam in*
« *jure consistit* ¹. »

Il ne faut pas apporter ici des idées absolues. La doctrine romaine sur le droit de la femme au sujet de sa dot est un savant effort de l'art des jurisconsultes pour redresser une situation anormale et illogique. A l'époque où nous sommes rendu, la confarréation et la coemption s'en vont rapidement ; les femmes ne veu-

1. *Textes sur la dot*, p. 48. — La même doctrine est enseignée par M. de Savigny, dans son *Traité de droit romain*, traduction de M. Guenou, t. II, p. 113, 114 et 115 ; et par M. Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 12 et suiv. — M. Troplong la repousse en disant : « C'est le contraire qui est vrai ; et il faut être bien mal inspiré pour voir une propriété de fait là où toute la jouissance effective est entre les mains du mari (*Du contr. de mar.*, n° 3098) ».

lent plus de ce formidable lien de la puissance maritale qui absorbe leur personne et leurs biens, et qui n'a plus pour compensation la perpétuité de l'union conjugale ; les mariages sont presque tous libres. La puissance du mari sur les biens, allant jusqu'à la propriété, n'est donc plus un effet du mariage ; elle n'est pas même nécessaire pour remplir le but de la dot.

28. Mais l'établissement du régime dotal avait rencontré l'obstacle du droit civil dont les étroites dispositions ne permettaient pas à la femme d'apporter une dot au mari sans lui en transmettre la propriété. Cette inconséquence eut d'abord l'avantage de ménager la transition entre l'ancien ordre de choses et le nouveau ; ses inconvénients se révélèrent lorsque le régime dotal devint dominant. Le divorce était devenu si fréquent que la dot devait presque toujours être restituée. La femme pouvait la perdre par l'insolvabilité du mari, quoique, dans ce cas, elle pût en exiger la restitution pendant le mariage¹ ; elle avait de plus et dans tous les

1. L. 24, pr. D., *Solut. matrim.* ; L. 30, C., *De jure Dotium* ; Nouvelle 97, ch. VI. — Remarquez que le régime dotal établit par lui-même une séparation de biens entre les époux (V. *supra*, n° 9). On ne sépare point ce qui n'est pas uni. En conséquence, lorsque la dot était mise en péril par l'insolvabilité du mari, la femme pouvait en demander la restitution pendant le mariage, *dotis exactio*, sans avoir besoin de recourir préalablement à cette procédure, inconnue des Romains, qui, dans notre droit, s'appelle *séparation de biens*. En droit romain, *separatio bonorum* exprime ce que nous appelons *séparation des patrimoines* en matière de succession et d'hérédité. La séparation de biens vient du droit germanique et coutumier qui confond les biens de la femme dans ceux du mari, en vertu du principe de puissance maritale, comme autrefois la *manus* romaine les confondait au nom du même principe. A la fin du XVI^e siècle, la séparation de biens n'avait pas encore été importée des pays de communauté dans ceux de dotalité ; Antoine Fabre, l'illustre pre-

cas un *privilegium inter personales actiones* pour lui assurer la restitution de son apport dotal ¹. Mais ces

mier président du Sénat de Savoie, qui écrivait à la fin du ^{xvi}e siècle et au commencement du ^{xvii}e, ne prononce pas le mot de *séparation de biens* ; il exprime l'idée correspondante, en disant : *Marito vergente ad inopiam*. Mais, plus tard, la séparation de biens s'introduisit dans la jurisprudence de droit écrit. Est-ce à dire que les anciens jurisconsultes du Midi, en acceptant la séparation de biens, méconnurent le principe que le régime dotal est par lui-même une séparation de biens ? Nullement ; ils furent guidés par une idée d'utilité incontestable. En effet, il était souvent fort difficile, en droit romain, de déterminer le point de départ de l'action de la femme en restitution de sa dot. C'est même à l'occasion de ce point de départ, qu'Ulpien énonce, dans le *proæmium* de la loi 24, *Solut. matrim.*, que si le mari devient insolvable, la femme peut agir en remboursement de sa dot. La fixation de ce point de départ, qui n'était autre que la survenance de l'insolvabilité du mari, fut bien plus importante encore lorsque Justinien eut décidé dans la loi 30, C., *De jure dotium*, que la prescription des actions de la femme courrait du jour où l'insolvabilité du mari serait survenue ; on devait éprouver les mêmes embarras qu'aujourd'hui chez nous, pour déterminer l'époque de la cessation des paiements d'un commerçant. Pour éviter les difficultés et les contestations qui devaient naître de cette situation, les pays de droit écrit empruntèrent la séparation de biens aux pays de communauté, malgré l'inconséquence qu'il y avait à le faire. L'admission de la séparation de biens par la jurisprudence de droit écrit fut un véritable progrès et un avantage marqué pour les époux. La femme devint libre de faire courir la prescription de ses actions, dans les cas où cette prescription courait contre elle par la déconfiture du mari ; elle n'eut plus à craindre qu'on vînt lui dire : Votre mari est insolvable depuis telle époque ; donc votre action est prescrite. Quant au mari, la femme ne fut plus obligée de s'enquérir sans cesse de l'état de ses affaires, ni de se tourmenter dans la crainte qu'on lui opposât plus tard la prescription. Sous ces divers rapports, les rédacteurs du Code Napoléon ont bien fait d'appliquer la séparation de biens au régime dotal (art. 1563). Mais, pour les tiers, la séparation de biens n'a pas, sous le régime dotal, la même importance que sous le régime de communauté, parce que les biens des époux sont séparés et que ceux de la femme ne sont pas le gage des créanciers du mari. Aussi croyons-nous que certaines exigences de la loi, en matière de séparation de biens, n'ont pas, sous le régime dotal, la même raison d'être que sous le régime de communauté.

1. L. 74, D., *De jure dot.* ; L. 22, § 13, D., *Solut. matrim.*

garanties étaient souvent insuffisantes. Et cependant la conservation des dots est d'intérêt public, nous disent les jurisconsultes romains, et ils ne distinguent pas entre la dot mobilière et la dot immobilière¹. On voulait la conservation des dots, mais les moyens ne répondirent pas à la fin. Les institutions juridiques, celles-là surtout qui ont l'importance du régime dotal, ne s'improvisent pas ; elles ne se font pas en un jour : il leur faut l'épreuve du temps et de la pratique. Le régime dotal était né dans les aspérités d'une législation et de mœurs qui étaient contraires à son principe ; pour le rendre régulier et logique, il fallait plus que l'art des jurisconsultes : il fallait la puissance d'un législateur. Justinien en fera un système complet, solidement relié dans toutes ses parties.

1. L. 2, D., *De jure dot.* ; L. 1, D., *Solut. matrim.*

CHAPITRE III.

RÉFORMES DE JUSTINIEN.

SOMMAIRE.

29. La société et la législation à l'avènement de Justinien. — Persistance de la règle que la conservation des dots est d'intérêt public, quoique le christianisme supportât à peine les seconds mariages. Pourquoi ?
30. Abrogation du vieux droit civil et quiritaire par Justinien. — L'anomalie qui signalait tour à tour le mari et la femme comme propriétaires de la dot, n'avait plus sa raison d'être.
31. Importance de la dot dans la lutte de l'Église contre le concubinat et le divorce. — Pourquoi les canonistes confondirent la dot romaine avec la dot germanique et la donation *ante nuptias*. — Abrogation de la règle de droit romain que le consentement suffit pour la validité du mariage.
32. Réforme du régime dotal par Justinien. — Lois 30 C., *De jure dotium* et unique C., *De rei ux. act.* — Action en revendication et action hypothécaire accordées à la femme. — Négation de la propriété du mari sur la dot : la femme est déclarée propriétaire. — Inaliénabilité absolue du fonds dotal.
33. Importance de ces lois ; elles consacrent le principe fondamental du régime dotal : la séparation des biens des époux. — Le mari n'a plus que la jouissance et l'administration de la dot.
34. Contrariétés que ces réformes ont fait éprouver aux interprètes anciens et modernes. — D'où viennent-elles ?
35. Division de la matière.
36. *Action en revendication*. — Pourquoi était-elle nécessaire à la femme ? — En droit romain, l'obligation de livrer ou de restituer une chose déterminée faisait un créancier et non pas un propriétaire. — La procédure formulaire et les condamnations pécuniaires.
37. Vices de ce système. — A quelle occasion ils se révélèrent. — Justinien ordonne que les condamnations porteront sur la chose due. — Abrogation de l'action arbitraire. Progrès vers la théorie moderne qui veut que la convention de livrer une chose déterminée en transfère la propriété.
38. La femme peut revendiquer entre les mains des tiers les meubles

- dotaux aliénés par le mari. — Dissentiment avec M. Demangeat. — Réfutation.
39. Singulière interprétation de la loi 30, C., *De jure dotium*, par M. Troplong. — Réfutation. — Nouvelles preuves que l'action en revendication, même des meubles dotaux, est accordée contre les tiers et non contre le mari.
40. Défense de la loi 30, C., *De jure dotium* contre les critiques de M. Troplong au sujet des choses dotales estimées.
41. Importance de ces controverses. — But et nécessité de certaines interprétations modernes sur la loi 30, C., *De jure dotium*.
42. Résumé sur cette loi. — La revendication des meubles dotaux ne pouvait pas avoir lieu dans les pays de droit écrit, à cause de la maxime : *Mobilia non habent sequelam*, admise par les parlements du Midi. — Elle n'a pas lieu non plus, sous le Code Napoléon, toutes les fois que les tiers peuvent invoquer l'article 2279.
43. *Action hypothécaire*. — Sa nécessité et son avantage pour la femme.
44. Fondement de l'action hypothécaire de la femme. — Critiques de M. Demangeat. — Réfutation.
45. Sous l'empire du Code Napoléon, la jurisprudence applique encore la loi 30, C., *De jure dotium*, et accorde à la femme une action hypothécaire à raison de l'aliénation de ses immeubles dotaux par le mari. — Date de l'hypothèque en pareil cas.
46. Inaliénabilité absolue du fonds dotal. — Elle eut pour but d'empêcher la femme de renoncer à son hypothèque privilégiée sur le fonds dotal en consentant à l'aliénation de ce fonds.
47. Le motif de cette inaliénabilité est, d'après Justinien, dans la fragilité de la femme, c'est-à-dire dans sa faiblesse relativement à la puissance du mari.
48. Critique de ce motif par M. Troplong qui argumente de ce que les propres de la femme commune en biens ne sont pas inaliénables. — Réfutation.
49. Suite. — Pourquoi l'inaliénabilité est nécessaire à la femme dotale. — Pourquoi ne l'est-elle pas à la femme commune en biens ?
50. Autre critique par un professeur de droit romain qui impugne la *fragilitas muliebris sexus* dont parle Justinien par la *levitas animi* dont parle Gaius. — Différence manifeste entre ces deux choses.
51. La femme peut-elle renoncer à son hypothèque privilégiée sur les meubles dotaux ? — *Quid* de son hypothèque tacite sur les biens du mari ? — La loi d'Anastase (24, C., *Ad senatusc. Velleianum*) a-t-elle été abrogée par le § 15, C., *De rei ux. act.* ?

52. La dot mobilière ne peut être aliénée par le mari? — Peut-elle l'être par la femme?

53. Dans la législation de Justinien, l'action en revendication du fonds dotal se prescrivait-elle pendant le mariage, après la déconfiture du mari? — Difficultés que présentent sur ce point de droit la loi 30, C., *De jure dotium* et le § 15, C., *De rei ux. act.* — Renvoi sur cette question.

54. Résumé et transition.

29. Quand Justinien parvint à l'empire, en 527, le christianisme était monté depuis longtemps sur le trône des Césars, soit en Orient, soit en Occident. Son esprit était tout opposé à celui des lois d'Auguste : loin de favoriser les secondes noces, il les supportait à peine. Une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose privait du droit de succéder à ses enfants du premier lit la mère qui avait eu le malheur de se remarier, *mater secundis nuptiis funestata*¹.

Qu'était donc devenue la célèbre règle de Paul et de Pomponius : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt*? Elle s'était maintenue, mais son but s'était modifié ; elle n'était plus vraie que dans sa première moitié. Les prohibitions qui protégeaient la dot avaient désormais pour objet de la conserver comme un patrimoine sacré pour la femme et sa famille, et de maintenir entre les époux la séparation de biens qui est la base du régime dotal.

30. Le droit héroïque et quiritaire, ce vieux droit civil que Gaius nous représente comme propre au génie de l'ancienne Rome, avait fait son temps et n'avait plus sa raison d'être. Les idées de droit naturel et d'équité

1. L. 3, C., *De secundis nuptiis*.

l'avaient tellement battu en brèche, qu'on ne le comprenait plus : Justinien l'abrogea ¹. Avec lui devait disparaître aussi l'anomalie qui signalait tour à tour le mari et la femme comme propriétaires de la dot. La propriété du mari était une réminiscence de l'antique régime de la *manus*, une nécessité imposée par le vieux droit civil au régime dotal : elle avait fait le tourment des jurisconsultes de la période classique et n'apparaissait plus que comme un contre-sens et une énigme juridique. Les solennités de la coemption et de la confarréation avaient disparu depuis longtemps. Depuis longtemps aussi les mariages étaient célébrés en présence de l'Église, par la bénédiction du prêtre ; ils étaient en même temps un lien civil et religieux ².

31. L'Église avait encore grandi l'importance de la dot ; elle s'en était fait une arme pour abattre le divorce et le concubinat, ces deux plaies de l'ancien paganisme.

La dot distinguait l'épouse de la concubine. L'Église l'exigea pour la validité du mariage ³ ; et il lui fut indifférent, pour atteindre son but, que l'apport dotal fût fait par la femme au mari ou par le mari à la femme.

1. L. un. C., *De nudo jure quiritium tollendo*.

2. Lettre du pape Cyrice à Himerius de Tarragone, de l'an 385, rapportée au tome II des *Conciles* du P. Labbe ; concile de Carthage, IV, canon 13, de l'an 389 ; Bingham, *Orig. antiq. eccles.*, lib. XXII, cap. IV, § 1.

3. Saint Jérôme disait dans une de ses lettres : *Uxori tabulis et jure dotali opus est quibus concubinæ sunt destitutæ*. Saint Augustin a écrit sur la Genèse, liv. XII, ch. XLI : *Talis esse debet quæ uxor habenda est ; secundum legem sit casta in virginitate et dotata legitime*.

Les canonistes arrivèrent ainsi à mettre sur la même ligne et à confondre la dot romaine avec la dot germanique ou la donation *ante nuptias* faite par le mari à la femme ¹. Ces exigences canoniques heurtaient le droit civil et le principe du mariage libre : *Nuptias consensus facit*; elles portèrent le trouble dans les esprits. On s'adressa aux empereurs : Théodose et Valentinien répondirent, conformément au droit civil, que la donation *ante nuptias* n'était pas plus nécessaire que la dot pour la validité du mariage, et que le consentement des époux suffisait (L. 22, C., *De nuptiis*). Mais bientôt une Novelle de Majorien vint donner raison aux idées religieuses et fit de la dot une des conditions essentielles du mariage ². Le concile d'Arles, tenu en 525, reconnut éga-

1. Chez les Germains, c'était le mari qui dotait la femme : *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*, disait Tacite. Cette dot paraît n'avoir été d'abord que le prix du *mundium*, ou de l'achat de la femme par le mari (V. le chapitre suivant). La donation *ante nuptias*, faite par le fiancé à sa fiancée, fut-elle autre chose que la dot ou le prix du *mundium*? Nous n'avons à cet égard que des conjectures. Ce qui est certain, c'est que la dot, soit romaine, soit germanique, dut précéder le mariage et être constituée *ante nuptias*. La formule 15, liv. II, de Marculfe nous représente un père faisant une donation à la fiancée de son fils, en ces termes : *Dono... ante diem nuptiarum... hoc est in tantodono aut libellum dotis...* Une autre formule porte : *Dum te rapto scelere in conjugio sociavi... sed vitam obtinui sic tamen ut quod tibi in tantodono vel in dotis titulum, ante diem nuptiarum, si te desponsatam habuissem, conferre DEBUERAM* (M. de Rozière, *Formules usitées dans l'empire des Francs*, 243^e formule). C'est ainsi que fut abrogée la règle du droit romain : *Dos aut antecedit aut sequitur matrimonium*. La dot eut un caractère immuable, comme l'union des époux, et dut *perpetualiter inconvulsa permanere*, suivant l'énergique expression de la loi des Ripuaires. — Les art. 1394 et 1395 du C. N. exigent aussi cette antériorité et cette immutabilité pour les conventions matrimoniales (Voyez le n^o 158 note).

2. Nouvelles de Majorien, tit. VIII.

lement la nécessité de la dot dans les mariages : *Tunc per concilium et benedictionem sacerdotis et consulta aliorum bonorum hominum eam sponsare et legitime dotare debet* ¹. Trois ans après, le droit civil romain s'affirma encore dans la constitution de Justinien, devenue la loi 11, C., *De repudiis*. Ce fut son dernier effort : le droit canonique l'emporta ².

La dot avait encore l'avantage de consolider le mariage et d'être un obstacle au divorce : elle devait être restituée après le divorce ; le mari qui l'avait reçue avait donc intérêt à ne pas divorcer, afin de n'avoir pas à la restituer.

32. Les empereurs chrétiens avaient opéré des réformes partielles pour mettre la législation romaine en harmonie avec la doctrine du christianisme. Justinien vint les compléter : elles furent radicales quant à la dot, et l'empereur put intituler une de ses constitutions : *De rei uxoriæ actione et DE NATURA DOTIBUS PRÆSTANDA*. Il fut le véritable fondateur du régime dotal.

Par une première constitution du mois de novembre 529, devenue la loi 30, C., *De jure dotium*, Justinien accorda à la femme :

1^o Une action en revendication de toutes les choses apportées en dot, mobilières ou immobilières, estimées

1. Dans Gratien, *Capitul.* lib. VII, cap. CV.

2. *Nullum sine dote fiat conjugium, nec sine publicis nuptiis quisquam nubere præsumat.* — Sciendum est quod hi qui uxores ducere voverint ad eas casti et incorrupti debent accedere easque cum benedictione sacerdotis, sicut in sacramentario continetur, accipere ; sed prius eas dotali titulo debent conligare (*Capitulaires* des rois de France, liv. VI, ch. CXXXIII et liv. VII, ch. CCCLXXXIX).

ou non estimées (pourvu qu'elles existent) : *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moven- tibus (si tamen exstant), sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint*;

2^o Une action hypothécaire sur ces mêmes choses, action qui rendait la femme préférable à tous les créan- ciers du mari, même antérieurs en hypothèque.

L'empereur motive sa constitution en disant qu'en réalité la femme est restée propriétaire des choses do- tales : *Cum eadem res et ab initio uxoris fuerint et natura- liter in ejus permanserint dominio... Ex naturali jure ejus- dem mulieris res esse intelligantur... quasi propriis*. S'expli- quant au sujet de la propriété du mari sur les choses dotales, Justinien l'appelle UNE SUBTILITÉ DES LOIS : *Le- gum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti... secundum legum... subtilitatem ad mariti substantiam per- venisse*.

L'année suivante (novembre 530), Justinien publia une autre constitution qui forme la loi Unique, au Code, *De rei ux. act.*, par laquelle il convertit l'an- cienne action *rei uxoriæ* en action *ex stipulatu*, comme étant plus utile à la femme pour la restitution de sa dot. Cette nouvelle constitution rentre entièrement dans la pensée de la précédente et en forme le complément.

Après avoir nié dans la loi 30, et surabondamment aboli la propriété du mari sur la dot, il était logique de décider que le mari ne gagnerait plus la dot par le pré- décès de la femme, à moins de conventions contraires. C'est ce que fit le § 6, *De rei ux. act.*, en ces termes : *Illo procul dubio in ex stipulatu actione servando, ut si deces- serit mulier, constante matrimonio, dos non in lucrum ma-*

riti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur, sive expressa fuerit, sive ex hac lege inesse intelligatur. La réforme de Justinien s'accroît : la dot n'est plus le bien que la femme apportait en propriété au mari et qui ne lui était restituable qu'en cas de divorce ou de prédécès du mari. Désormais le mari la restituera dans tous les cas ; l'action en restitution ne sera plus personnelle à la femme ; elle passera à ses héritiers. Il n'y a plus de raison pour que le mari gagne la dot ; il n'en est pas propriétaire. D'ailleurs, la destination de la dot, les motifs de sa conservation, tout est transformé.

Bien plus, la restitution sera entière ; les anciennes *retentiones* sont abolies par le § 5, *De rei ux. act.*

Enfin, le mari ne pourra pas aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de la femme : l'inaliénabilité est absolue (§ 15, *De rei ux. act.*).

33. Ces deux lois ont une importance capitale : elles appliquent d'une manière éclatante le principe de la séparation de biens entre époux, principe fondamental qui est à l'origine et dans la nature même du régime dotal¹, et qui a eu tant de peine pour vaincre la résistance des mœurs romaines et se dégager de l'obstacle que lui opposèrent les étroites exigences du vieux droit civil. Le mari ne peut plus être considéré comme propriétaire de la dot qui n'a pas été estimée ou qui ne consiste pas en choses *quæ pondere, numero mensurave*

1. V. *supra*, n° 9.

constant. Le contrat de constitution de dot n'a donc plus des effets translatifs de la propriété au mari ; celui-ci n'a désormais qu'un droit de jouissance et d'administration de la dot. En conséquence , s'il aliène l'immeuble dotal , la femme, alors même qu'elle aurait consenti à l'aliénation , peut la faire révoquer ; s'il aliène les meubles dotaux , l'aliénation ne se soutient plus à l'égard des tiers par le titre de propriétaire , que la constitution de dot ou son exécution donnait au mari ; la femme ayant droit à la restitution des meubles en nature peut les revendiquer entre les mains des tiers ; elle peut même , à son choix , préférer l'action hypothécaire sur les choses apportées en dot, soit meubles ou immeubles.

34. Ce droit de revendication et d'hypothèque a doublement contrarié les interprètes anciens et modernes :

1^o Parce qu'il brise les actes du mari sur la dot même mobilière ;

2^o Parce qu'il est diamétralement opposé à la maxime de droit germanique et coutumier : *Mobilia non habent sequelam*.

Longtemps avant Justinien , la génération de ces hommes immortels que nous appelons les jurisconsultes romains avait disparu : il y avait bien encore des jurisconsultes , mais ils n'étaient plus que les squelettes des anciens. Le droit de Justinien n'eut pas de commentateurs. Quand cet empereur monta sur le trône, l'empire d'Occident avait été envahi et démembré par les barbares. Les Francs , sortis des forêts de la Germanie,

avaient conquis les Gaules ; ils y avaient apporté des mœurs et des coutumes qui, en fait de mariage, se confondaient, sous le nom de *mundium*, avec le régime de la *manus* romaine, et qui ont servi de type à notre régime de communauté ¹. Les commentaires du droit de Justinien et du droit romain en général n'arrivèrent qu'après la renaissance des lettres et la reprise des études juridiques. Ils furent trop souvent influencés par le principe du droit germanique et coutumier, qui fait tomber la dot mobilière de la femme dans la puissance et la communauté du mari, et qui lui en permet la libre disposition.

Pour interpréter sainement les deux constitutions de Justinien, il faut les voir telles qu'elles sont et non pas telles que les ont désirées autrefois, et que les désirent encore de nos jours, les préoccupations du pouvoir marital sur les meubles dotaux.

35. C'est ce que je vais entreprendre ; et pour mettre plus d'ordre dans cette explication, j'examinerai :

1^o L'action en revendication ;

2^o L'action hypothécaire ;

3^o L'inaliénabilité absolue du fonds dotal.

§ 1^{er}. — *Action en revendication des choses dotales.*

36. En accordant à la femme le droit de revendiquer entre les mains des tiers les choses dotales aliénées par le mari, Justinien fut conséquent avec lui-même : il

1. Voyez la preuve de ceci au chapitre suivant.

venait de dire en termes géminés, dans la loi 30, *De jure dotium*, que la propriété du mari sur les biens dotaux n'était qu'une subtilité de l'ancien droit et qu'en réalité la femme restait propriétaire de la dot; par conséquent, le mari n'avait pas pu transmettre aux tiers acquéreurs un droit de propriété qu'il n'avait point; par conséquent aussi, la femme avait le droit de revendiquer ses biens dotaux entre les mains des tiers.

La dot devait être restituée à la femme, identiquement et en nature; mais, avant les réformes de Justinien, ce droit de la femme était infirmé par un droit rival que le mari trouvait dans son titre de propriétaire. C'était la perpétuelle contradiction contre laquelle les jurisconsultes romains avaient épuisé leur génie, et que Justinien désigne quand il appelle la propriété du mari *une subtilité des lois*. Ce droit du mari n'avait plus sa raison d'être, et les causes qui l'avaient fait naître étaient en opposition formelle avec les idées de droit naturel et d'équité sur lesquelles était fondée la législation de Justinien. La dot avait commencé par des stipulations, en vertu desquelles la femme se réservait la restitution éventuelle de son apport dotal. Le bon sens et l'équité disent que celui qui livre une chose dans de telles conditions n'en abdique pas entièrement la propriété, et qu'il est censé n'avoir jamais cessé d'en être propriétaire, si son droit à la restitution vient à s'ouvrir.

Mais, à l'époque où ces stipulations s'établirent par l'usage, le droit romain était encore dans toute sa rudesse en matière de transport de propriété et de revendication.

La procédure formulaire vint encore interposer son influence pour tenir en échec le droit de la femme. L'obligation de livrer une chose déterminée faisait un créancier et non pas un propriétaire, comme dans notre droit. Le mari, devenu propriétaire par la constitution de dot, et par le fait matériel de la tradition, n'était qu'un débiteur de l'obligation de restituer éventuellement les choses dotales; un autre fait matériel de tradition était nécessaire pour restituer à la femme son apport dotal. Il résultait de là que le mari était tenu d'une obligation de faire; et l'on s'arrêtait scrupuleusement devant la règle, que nul ne peut être contraint directement à faire une chose : *Nemo potest præcise cogi ad factum*¹. Le propriétaire lui-même, qui n'avait jamais promis ni livré sa chose et qui la revendiquait contre un usurpateur, était arrêté par cette règle dont un faux libéralisme avait exagéré la portée : il était exposé, par la résistance du défendeur, à recevoir une indemnité pécuniaire à la place de sa chose. Ce singulier résultat explique l'énormité de l'action arbitraire qui permettait au demandeur de fixer lui-même la valeur de sa chose, sans autre condition que celle de son serment. C'était une exagération qui en corrigeait une autre; Dieu lui-même, par le serment du demandeur, était associé aux vices de la procédure; le droit était sacrifié au matérialisme de la forme.

37. Il vint un jour où les vices de ce système se révélèrent dans tout leur éclat; on en trouve un exemple

1. Cette règle fut tirée de la loi 13, § 1, D., *De re judicata*, et de la loi 72, pr. D., *De verb. oblig.*

célèbre dans le rescrit de Justinien, devenu la loi 47, C., *De fideic. libert.* :

Un testateur avait légué la liberté fidéicommissaire à son esclave ; en d'autres termes, il avait légué l'esclave lui-même, mais à la charge par le légataire de lui donner la liberté. Dans la simplicité de notre droit, cet esclave serait libre au moment même du décès du testateur. Mais le droit romain n'allait pas si vite ; il ne pratiquait pas l'axiome de droit et de géométrie, que la ligne droite est le plus court chemin pour arriver au but : *Linea recta, brevissima*. La liberté de l'esclave devait traverser deux caprices : celui de l'héritier d'abord, et ensuite celui du légataire. Le légataire avait exercé l'action *ex testamento* contre l'héritier, pour l'obliger à lui livrer l'esclave en propriété : cette propriété était nécessaire au légataire afin de pouvoir affranchir l'esclave ; et la charge de l'affranchissement ne rendait pas l'action du légataire sans intérêt, puisqu'il avait les avantages du droit de patronat sur l'esclave affranchi. L'héritier, dit le rescrit impérial, avait refusé d'obéir à l'ordre du juge de livrer l'esclave au légataire : les parties étaient ensuite revenues devant le juge qui, appliquant les règles de l'action arbitraire, avait condamné l'héritier récalcitrant, non pas à livrer l'esclave au légataire, mais à lui en payer l'estimation fixée par son serment : *Judex non in ipsum servum, sed in æstimationem litis condemnationem proferat*, dit Justinien.

Voilà, certes, la cause de la liberté bien avancée ! La liberté est une chose inestimable, disent les jurisconsultes romains : la voilà cependant estimée dans la personne de l'esclave.

Le rescrit de Justinien nous apprend qu'un doute s'était élevé, en pareil cas, dans l'esprit des anciens jurisconsultes, à cause de l'obstacle qui en résultait pour la liberté : *Veteris juris interpretes dubitant, ne quod obstaculum libertati ex hac causa procedat* ¹. Le cas fut soumis à Justinien ; voici sa réponse : *Miramur quare judex... non omnimodo condemnationem in servum, sed in æstimationem ejus fecerit : cum ipsius vitium etiam ejusmodi præbuit altercationi occasionem. Unde si talis quæstio emergerit, nullum quidem judicem ita esse stultum putamus ut hujusmodi proferat condemnationem : sed si legatarius immineat, quatenus ei servus restituatur et post litem contestatam duorum mensium spatium effluxerit, censemus illico ad libertatem eripi servum, et illum quidem liberum esse...* L'empereur condamne l'action arbitraire sur le dos du juge, dont la décision est sévèrement jugée, malgré le doute des anciens jurisconsultes.

Il est vrai que le § 31 des Institutes, au titre *De actionibus*, mentionne l'action arbitraire comme une institution qui est encore en vigueur ; mais, comme le fait remarquer M. de Savigny, ce paragraphe a été emprunté textuellement aux écrits de quelque ancien jurisconsulte : il faut se souvenir que les Institutes de Justinien ont pour objet l'instruction de la jeunesse. Au surplus, le § 32 lèverait le doute, s'il y en avait, puisqu'il déclare que le juge doit avoir soin, toutes les fois que cela est possible, de faire porter la condamnation sur la chose due : *Curare autem debet judex ut omnimodo, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam*

1. Voyez la dernière note du n° 25, sur la loi 68, D., *De rei vindic.*

ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.

Quand on veut la fin, il faut en prendre les moyens. Pour donner satisfaction aux idées d'équité et de justice naturelle qui dominant dans le droit de Justinien, il fallait écarter les obstacles que le droit antérieur leur opposait. Dans la pensée de Justinien, la négation de la propriété du mari et la revendication des choses dotales par la femme se lient d'une manière intime, comme la cause à l'effet. La cause, c'est-à-dire la propriété du mari, étant supprimée, la femme reste propriétaire des choses dotales; elle peut par conséquent les revendiquer, soit entre les mains du mari, soit entre les mains des tiers, si le mari les a aliénées.

Ici le droit de Justinien est éminemment progressif; il fait le premier pas vers la théorie moderne de la transmission de la propriété par la puissance de la convention. En droit romain, celui qui avait promis de livrer une chose, même certaine et déterminée, en restait propriétaire jusqu'à la tradition; mais, depuis la chute de l'action arbitraire, le juge devait le condamner à livrer cette chose, et si le débiteur, resté propriétaire, n'obtempérait pas à sa décision, le créancier avait le droit de l'y contraindre par l'emploi de la force publique, *manu militari*, c'est-à-dire par l'exécution même de la chose¹. De là au transport de la propriété par la convention, il n'y avait pas loin, et la doctrine romaine qui ajourne ce transport de la propriété jusqu'au mo-

1. Cela ne peut pas être douteux dans le droit de Justinien; s'il y a une interpolation dans la loi 68, D., *De rei vindic.*, elle prouve la possibilité de cette exécution; si elle n'y est pas, cette possibilité existait déjà dans le droit des jurisconsultes (V. *supra*, n° 25).

ment de la tradition, ne se soutient plus que par les mots. Un droit de propriété que l'on traitait avec si peu de façon n'en était plus un : le propriétaire l'avait abdiqué en s'obligeant à livrer; le créancier d'une telle obligation était plus propriétaire que lui : il avait droit à la chose, son action était réelle, et le *jus ad rem* s'était transformé en *jus in re*. A la vérité, le débiteur pouvait faire évanouir le droit du créancier en aliénant la chose; mais il ne fallait pas presser beaucoup la logique de cette situation pour en conclure qu'il ne le pouvait pas. Les jurisconsultes romains avaient posé des règles qui conduisaient à ce résultat, ils avaient dit : *In omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora fit, quominus fiat* (L. 39, D., *De div. reg. jur.*); *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (L. 54, D., *De reg. jur.*). La revendication contre les tiers était la conséquence logique de cet état de choses; les jurisconsultes du ^{xvii}e et du ^{xviii}e siècle la déduiront; elle passera dans le Code Napoléon. Justinien ne l'avait déduite que partiellement, en raisonnant ainsi : Le mari devant restituer la dot en nature, sa propriété n'en est pas une; elle n'est qu'une subtilité des lois et une anomalie; il est juste que la femme reprenne sa dot, et, pour cela, il faut que, si le mari aliène la chose dotale, elle en ait la revendication contre les tiers.

38. Cependant M. Demangeat n'entend pas qu'il en soit ainsi. Le savant professeur de la Faculté de Paris dit :

« Si les meubles dotaux ont été aliénés par le mari, même sans le consentement de la femme, comme l'alié-

nation est parfaitement valable, ainsi qu'il résulte encore de la constitution de 530 (L. Un., § 15, C., *De rei ux. act.*), il m'est impossible de comprendre que le tiers acquéreur, après avoir traité avec un homme qui avait pouvoir d'aliéner, soit sous le coup d'une revendication. Ce tiers, si la femme n'a pas concouru à l'aliénation, pourra bien être tenu envers elle de l'action hypothécaire, mais non de l'action en revendication : il aura donc toujours le droit de garder l'objet mobilier en en payant la valeur ¹...

Il m'est impossible de partager cette opinion. Je ne vois rien dans le § 15, *De rei ux. act.*, qui autorise à penser que Justinien y reconnaît la validité des aliénations des meubles dotaux que le mari pourrait consentir. Si ce § 15 disait ce que lui fait dire M. Demangeat, Justinien aurait fait une œuvre de Pénélope : il aurait défait, par la constitution de 530, l'œuvre de celle de 529 : une telle contradiction n'est pas acceptable. Le § 15, *De rei ux. act.* dit bien : *Eam (legem Anastasianam) intelligi oportet in rebus mariti, vel dotis quidem æstimatis, in quibus dominium et periculum mariti est* ; mais je ne puis pas croire qu'un romaniste aussi exact que M. Demangeat ait confondu l'aliénation des choses dotales estimées

1. *De la condition du fonds dotal*, p. 97 et 98. — M. Demangeat se fonde sur l'autorité de MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 502 de la 3^e édition. Il aurait pu invoquer encore celle de plusieurs autres jurisconsultes qui ont également écrit en droit français, et dont je discuterai les opinions lorsque je serai arrivé à notre ancienne jurisprudence et au Code Napoléon. J'espère démontrer que cette doctrine est de droit germanique et coutumier, et qu'elle masque son origine sous une invocation de droit romain qu'elle s'efforce de faire servir à ses vues de communauté.

avec celle des choses dotales inestimées. L'estimation, soit des meubles, soit des immeubles constitués en dot, en rend le mari propriétaire : *Æstimatio venditio est*, et c'est avec pleine raison que Justinien assimile les choses estimées aux choses du mari. Si la loi 30, C., *De jure dot.*, accorde à la femme un droit de revendication ou d'hypothèque sur les choses estimées, c'est parce que la femme exerce un droit analogue à celui qui appartient, dans notre droit, au vendeur non payé, soit de faire résoudre la vente et de revendiquer la chose, soit d'exercer sur cette chose son droit de créancier.

Quand il s'agit de l'action hypothécaire, M. Demangeat entend, avec raison, les mots *si tamen exstant* de la loi 30, C., *De jure dot.*, dans le sens d'une existence matérielle, *in natura rerum*, et non pas dans le sens d'une existence civile ; en d'autres termes, les biens sont considérés comme *existants*, quoique le mari les ait transmis à des tiers. « Il est tout à fait impossible, dit-il, « d'entendre les mots *si tamen exstant*, en ce sens, que « l'hypothèque privilégiée n'a lieu qu'autant que les « choses apportées en dot n'ont pas été aliénées par le « mari, mais sont restées dans son patrimoine : on ne « voit pas pourquoi Justinien aurait traité la femme « moins bien que les simples créanciers hypothécaires, « en lui refusant d'une manière absolue le droit de « suite contre les tiers acquéreurs ¹. » L'éminent professeur se fonde sur la loi 50, D., *Sol. matr.* à laquelle

1. *De la condition du fonds dotal*, p. 91. — Telle est aussi la doctrine qu'enseigne M. Burdet, professeur de droit romain à la faculté de Grenoble, dans son *Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal*, p. 286.

on peut ajouter la loi 10, § 6, D., *De jure dot.* et les loi 36, 37 et 55, D., *De donat. int. vir. et ux.*

Mais quand il s'agit de l'action en revendication, M. Demangeat s'arrête devant le droit de propriété et le pouvoir d'aliénation qu'il reconnaît au mari, même après la loi 30, C., *De jure dot.*; il refuse la revendication à la femme contre les tiers. Le savant romaniste ne fait pas attention qu'il donne forcément aux mots *si tamen exstant*, un sens tout à fait opposé, puisque, dans son opinion, la revendication cesse d'appartenir à la femme, dès que les biens ont été transmis à des tiers par le mari et se trouvent en leur possession. Il n'y a pas, dans la loi 30, deux *si tamen exstant*, avec un sens différent, l'un pour l'action hypothécaire, l'autre pour l'action en revendication.

M. Demangeat persiste à considérer le mari comme propriétaire, après que Justinien a dit qu'il ne l'est pas et que c'est la femme qui l'est; il est ainsi conduit à affirmer un pouvoir d'aliénation qui est repoussé par l'action en revendication et l'action hypothécaire de la femme.

Sans doute, Justinien, après avoir qualifié la propriété du mari comme il l'a fait dans la loi 30; après avoir, en outre, accordé à la femme une double action qui est la négation du pouvoir d'aliénation par le mari, n'avait pas besoin de dire que le mari n'aurait pas le droit d'aliéner. En supprimant la cause, on supprime aussi l'effet.

39. M. Troplong a donné, lui aussi, une singulière explication de la loi 30, C., *De jure dot.* Après avoir

entrepris de combattre l'opinion de Gregorius Tholosanus, l'illustre magistrat attaque la doctrine d'un savant jurisconsulte de Bordeaux sur cette même loi, et s'exprime ainsi (n° 3204) :

« Il est vrai qu'à en croire M. Tessier ¹, il y aurait une autorité décisive dans la loi 30, C., *De jure dot.*, laquelle porte : « *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus.* » — « Vous le voyez, dit M. Tessier, la dot mobilière ne peut pas plus se perdre que la dot immobilière ; car la femme a un droit pour revendiquer sa dot mobilière dans le cas d'insolvabilité du mari ². » — « Mais comment M. Tessier n'a-t-il pas vu que Justinien n'a donné à la femme le droit de ressaisir ses meubles dotaux qu'autant qu'ils sont encore extants : *si tamen exstant* porte la loi 30 précitée ? Et d'ailleurs, quand on réfléchit que Justinien étend sa loi autant aux choses estimées qu'aux choses inestimées, comment peut-on croire qu'il y a, dans la pensée de cette constitution, quelque chose qui mette la dot mobilière hors du mouvement ordinaire du droit commun ? »

Dans le livre de M. Tessier, le texte de la loi 30 ne porte pas les mots *si tamen exstant*, ni dans celui de M. Troplong, qui paraît les avoir pris dans M. Tessier ; il en résulte que, quand on voit M. Troplong invoquer ces trois mots contre M. Tessier, on éprouve une espèce de

1. *De la dot*, t. 1, note 499.

2. M. Tessier, *loc. cit.*, suppose, en effet, que la loi 30 ne s'applique qu'au cas d'insolvabilité du mari.

déception. Il est vrai que tout à l'heure j'ai supposé que ces mots existaient dans la loi 30; ils existent en effet, suivant le texte du *Corpus academicum*, après le mot *im-mobilibus*, mais entre parenthèses, lesquelles signifient qu'ils ne se trouvent pas dans toutes les éditions, comme le prouve surabondamment le livre de M. Tessier et celui de M. Troplong lui-même. Cette remarque n'est pas futile : elle fait soupçonner que les trois mots sont une addition de quelque ancien copiste, aussi maladroit que peu scrupuleux, qui visait au commentaire. Les textes du droit romain emploient les mots *si res exstant*, dans le sens d'une existence matérielle, physique et non pas civile¹; donc Justinien aurait exprimé une de ces grosses vérités que personne n'ignore : c'était bien inutile; tout le monde sait que le néant n'est susceptible ni de revendication, ni d'hypothèque.

Au surplus, que les trois mots soient de Justinien ou d'un copiste, peu importe : la réponse de M. Troplong à M. Tessier, par voie d'interrogation, n'en est pas moins une erreur manifeste.

Comment M. Troplong lui-même n'a-t-il pas vu que la loi 30 accorde la revendication à la femme pour le cas où les choses dotales ont été aliénées par le mari, c'est-à-dire pour un cas tout autre que celui qu'il suppose? Quand les choses dotales n'ont pas été aliénées par le mari et se trouvent entre ses mains, l'action *rei uxoriæ* suffit à la femme, puisqu'elle lui donne le droit de se faire restituer ces choses identiquement et en nature.

1. Voy. le n^o précédent.

Cela n'est pas douteux dans la législation de Justinien ; la preuve manifeste en est :

1^o Dans la loi 17, D., *De fideic. libert.*, dont je viens de parler ;

2^o Dans la loi 68, D., *De rei vindic.*, dont j'ai également parlé ¹. Si l'on admet qu'il n'y a pas d'interpolation dans cette loi, il est vrai de dire que déjà, du temps des jurisconsultes de la période classique, le demandeur pouvait employer la force publique pour se faire restituer sa chose en nature contre les tiers qui la détenaient ; et si l'on admet une interpolation, comme elle est l'œuvre des compilateurs des Pandectes, il est encore vrai de dire que, du temps de Justinien au moins, l'emploi de la force publique était permis au propriétaire qui revendiquait sa chose contre les tiers. Par conséquent, dans la législation de Justinien, le demandeur, soit qu'il agit par l'action personnelle contre la personne avec laquelle il avait contracté, soit qu'il agit par l'action réelle et comme propriétaire contre les tiers, avait le droit d'exiger la restitution de la chose même qui faisait l'objet de son action, à moins qu'elle n'eût cessé d'exister en nature.

L'action *rei uxoriæ* était personnelle, puisqu'elle dérivait de la stipulation expresse ou tacite par laquelle la femme se faisait promettre par le mari la restitution éventuelle de la dot. Cette action faisait un créancier et un débiteur ; elle ne faisait pas un propriétaire. Or, en droit romain comme en droit français, il fallait être propriétaire et avoir le *jus in re* pour exercer l'action en

1. V. *supra*, n^o 25, à la note.

revendication contre les tiers, parce qu'elle est essentiellement réelle. Mais il ne faut pas s'y tromper ; la stipulation, quand elle avait pour objet un corps certain et déterminé, procurait l'avantage de l'action en revendication au créancier qui agissait par l'action personnelle contre le débiteur, lorsque celui-ci possédait l'objet promis ; en effet, le créancier, après avoir obtenu une condamnation contre le débiteur, pouvait la faire exécuter par la force publique, *manu militari*, en faisant saisir et remettre cet objet chez lui ; il en devenait propriétaire par cette tradition judiciaire et forcée. Il résulte de là évidemment que Justinien, en accordant la revendication contre le mari et non pas contre les tiers auxquels le mari aurait transmis un meuble dotal, comme le prétend M. Troplong, n'aurait rien accordé à la femme, puisque celle-ci avait déjà, par l'action personnelle *rei uxoriæ*, ce qu'on voulait lui accorder par l'action en revendication. S'il en était autrement, cette partie de la loi 30 ne serait qu'une doublure inutile.

Concluons donc que l'action en revendication était accordée à la femme contre les tiers et qu'elle brisait les actes d'aliénation consentis par le mari : ce qui prouve que le mari n'avait plus le pouvoir d'aliéner la dot mobilière, et qu'il faut prendre la loi 30 au sérieux, quand elle dit que la propriété du mari sur la dot est une subtilité des lois.

Mais quand les choses dotales avaient été aliénées par le mari, l'action *rei uxoriæ* ne suffisait plus à la femme pour les recouvrer. En effet, cette action, étant personnelle et non pas réelle, ne pouvait pas atteindre les tiers ; ses effets ne se produisaient qu'entre les par-

ties contractantes. Pour pouvoir agir contre les tiers en restitution ou remise d'une chose, il faut en être propriétaire, et alors, en droit romain comme en droit français, l'action s'appelle *revendication*.

C'est cette action que Justinien accorde à la femme; elle lui était nécessaire, comme sanction de l'obligation de restituer la dot en nature, obligation à laquelle le mari pouvait se soustraire en aliénant la dot mobilière. Pour en venir là, il fallait transformer le droit de la femme sur les choses dotales et le convertir en droit de propriété, qui est une condition de l'action *in rem* ou de la revendication. Aussi Justinien dit-il, dans sa loi 30, qu'il veut que la femme soit considérée comme étant propriétaire des choses dotales et qu'elle ait une action réelle : *Volumus itaque eam (mulierem) IN REM ACTIONEM in hujusmodi rebus QUASI PROPRIIS HABERE*.

Si l'explication de M. Troplong n'est pas fausse, la loi 30, C., *De jure dotium* est absurde. En effet, cette loi n'accorde pas seulement une action en revendication à la femme, elle lui accorde de plus une action hypothécaire. Il ne faut pas perdre de vue qu'en droit romain les meubles sont susceptibles d'hypothèque comme les immeubles, et que la maxime : *Mobilia non habent sequelam*, est de droit germanique et coutumier. Que veut prouver M. Troplong? Qu'il n'y a rien, dans la loi 30, qui mette la dot mobilière hors du mouvement ordinaire du droit commun. Mais il y a, au contraire, une chose énorme, l'action hypothécaire qui atteint incontestablement les tiers par son droit de suite, en les soumettant à payer la valeur du meuble hypothéqué, s'ils veulent le conserver. Voilà donc les actes du prétendu pouvoir marital

sur la dot mobilière brisés par l'effet de l'action hypothécaire accordée à la femme. Comment, après cela, peut-on soutenir que l'action en revendication ne s'adresse qu'au mari et ne va pas chercher les meubles dotaux entre les mains des tiers auxquels le mari les a transmis ? Avec l'explication de M. Troplong, la loi 30, lue sept fois dans le palais de Constantinople, est un acte législatif sans idée et sans système ; c'est un travail de Pénélope défaisant, par l'action hypothécaire, l'œuvre prétendue de l'action en revendication.

Justinien déclare, dans la loi 30, qu'il a voulu accorder à la femme une protection pleine et entière au sujet des choses dotales : *Ut ei plenissimè consulatur*. Cela ne serait pas vrai, si l'action en revendication n'avait pas lieu contre les tiers ; car la femme aurait perdu, par le fait du mari, le droit important de se faire restituer ses meubles dotaux en nature.

Il faut conclure de là que la loi 30 marque une ère nouvelle dans le régime dotal, et que désormais la femme a un droit de propriété sur les choses apportées en dot. Cette conclusion est logique ; si elle ne l'était pas, la revendication serait un effet sans cause et n'aurait pas sa raison d'être. Et ceci prouve qu'il faut prendre au sérieux la manière dont Justinien qualifie la propriété du mari, et voir dans ses expressions quelque chose de plus qu'une vaine phraséologie orientale. L'empereur, en effet, procède comme les logiciens ; après avoir posé le principe, il en applique les conséquences.

40. La loi de Justinien s'appliquait autant aux choses

estimées qu'aux choses inestimées. M. Troplong en conclut, contre M. Tessier, qu'il n'y a rien dans la loi 30 qui mette la dot mobilière hors du mouvement ordinaire du droit commun.

La réponse est bien leste. Va-t-elle au fond des choses ? Est-elle concluante ? Examinons.

Justinien n'a pas abrogé la règle : *Dos aestimata, dos vendita*, et je ne sache pas que personne ait contesté que le mari soit propriétaire des choses estimées et qu'il puisse en disposer. Ulpien, dans la loi 10, D., *De jure dot.*, et l'empereur Alexandre, dans la loi 5, C., *eod. tit.*, déclarent qu'en pareil cas, le mari n'est débiteur que du prix d'estimation. Cette dernière loi assimile le mari à un acheteur ; elle ajoute qu'il peut retenir les choses estimées en payant leur prix : *Retinebit eas si pecuniam tibi offerat.*

Cependant notre loi 30 accorde, d'une manière générale et sans distinction, la revendication des choses non estimées, comme de celles qui sont estimées. Est-ce à dire que Justinien ait abrogé la loi 5, C., *De jure dot.*, au chef qui autorise le mari à retenir les choses estimées, à la condition d'en payer le prix ? Cela n'est pas admissible. La loi 30, en accordant la revendication des choses estimées, suppose, comme la loi 5, que le mari n'offre pas le prix d'estimation. C'est seulement sur les choses dotales non estimées, que Justinien nie la propriété du mari ; il la reconnaît formellement sur les choses estimées, dans le § 15, *De rei ux. act.*, qui vient ainsi expliquer la pensée de la loi 30. La revendication des choses estimées n'est donc que subsidiaire, soit contre le mari, soit contre les tiers. A l'égard de

ceux-ci, la revendication subsidiaire ne diffère de l'action hypothécaire que par une nuance. Par l'action hypothécaire, les tiers, pour éviter l'éviction, doivent payer la valeur de la chose, tandis que, par l'action de revendication subsidiaire, ils doivent payer le prix de l'estimation originaire. Puisque le mari est assimilé à un acheteur des choses estimées, il est de toute justice que la femme ait le rôle et les droits d'un vendeur. En conséquence, la revendication subsidiaire suppose la résolution de la vente qu'avait produite l'estimation des choses apportées en dot : les effets de cette estimation sont subordonnés à la condition résolutoire tacite que le mari payera le prix. Sous ce rapport, la vente résultant de l'estimation des choses apportées en dot a un caractère particulier et exceptionnel dans le droit romain ; elle diffère des ventes ordinaires dans lesquelles la condition résolutoire n'était pas sous-entendue comme dans notre droit moderne ; si la condition résolutoire n'était pas stipulée, le vendeur qui avait suivi la foi de l'acheteur, en lui accordant terme, n'avait que l'action personnelle ¹. La raison de cette différence était dans

1. Ce qui était une exception en droit romain est devenu la règle en droit français. L'art. 1184 dispose que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, et l'article 1654 applique ce principe à la vente. L'origine de ce point de droit ne vient pas du sujet qui nous occupe. S'il en était ainsi, nous trouverions la condition résolutoire tacite dans la jurisprudence des parlements du Midi, tandis que ces corps illustres, notamment le parlement de Toulouse, appliquaient le droit romain et ne sous-entendaient pas la condition résolutoire dans les ventes ordinaires. Ce furent les parlements de droit coutumier qui sous-entendirent la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques : ils en empruntèrent l'idée à la théorie romaine des contrats innommés, et à la *condictio causâ datâ, causâ non secutâ*

la faveur exceptionnelle de la dot. Pour la conserver, le droit faisait souvent fléchir la rigueur de ses principes ordinaires ; il annulait les actes de la femme qui pouvaient compromettre sa dot, notamment la novation de son action en restitution. La rescision de l'estimation et le rétablissement de l'action en revendication, par l'inaccomplissement de la condition : *Si maritus pretium obtulerit*, est une application de cette théorie.

On peut maintenant apprécier l'opinion de M. Troplong à sa juste valeur. Sans doute l'estimation des choses constituées en dot, mobilières ou immobilières, donne le droit au mari de les aliéner ; mais l'aliénation n'a pas un effet irrévocable et définitif : si le mari ne paye pas le prix, la femme pourra se faire restituer la chose en nature, lorsqu'elle n'a pas été aliénée par le mari et, dans le cas contraire, la revendiquer entre les mains des tiers. Il faut être bien mal inspiré pour voir dans un tel résultat quelque chose qui prouve que la loi de Justinien ne met pas obstacle à l'aliénation de la dot mobilière.

41. Les interprétations que les jurisconsultes modernes veulent faire prévaloir au sujet de la loi 30, C., *De jure dotium*, doivent fixer l'attention. Pour en com-

(Voy. Doneau, t. VIII, p. 755 ; Pothier, *De la vente*, n° 476). La pauvreté de notre langue a traduit le mot *condictio*, par celui de *condition*, dans l'article 1184 ; et voilà pourquoi la condition résolutoire ne ressemble que par le nom à la condition ordinaire qui est définie par l'art. 1168. — La loi 30 donna lieu, dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit, à la *dotalité subsidiaire* : quand le mari ne pouvait pas payer le prix des objets constitués en dot avec estimation, on les considérait comme subsidiairement dotaux, et la femme pouvait les revendiquer entre les mains des tiers, sauf l'application de la maxime : *Mobilia non habent sequelam*.

prendre toute l'importance, il faut dire de suite que si, chez nous, le régime dotal et le régime de communauté sont en contact par la place qu'ils occupent dans le Code Napoléon, ils sont à cent lieues de distance par leur origine et leur principe. Le régime dotal est né d'une réaction contre la *manus* romaine ou, en d'autres termes, contre le principe de puissance maritale sur la personne et les biens de la femme ; il a son fondement dans la séparation des biens des époux ¹. Au contraire, le régime de communauté est né du *mundium* germanique dont le principe, semblable à celui de la *manus* romaine, avait pour fondement la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme. Au moyen-âge, l'importance que l'on attachait à la propriété foncière et à la conservation des biens dans les familles fit soustraire les immeubles de la femme à la puissance du mari et à son pouvoir de disposition ; les meubles seuls restèrent soumis à la puissance et à la disposition du mari, ce qui revient à dire qu'ils tombèrent dans la communauté ².

Un de nos plus anciens légistes a écrit que « ceux qui « sont nourris aux pays de coutume, donnent leur « arrest en faveur de la communauté de biens ³ ». Cette remarque judicieuse n'a converti personne. Les auteurs modernes, *nourris* pour la plupart *aux pays de coutume*, trouvent que la communauté est, sans contredit, le meilleur de tous les régimes ; ils ne peuvent pas comprendre que, sous le régime dotal, le mari n'ait pas

1. Voyez *supra*, n° 9.

2. Voyez, pour plus de détails et les preuves, le chapitre suivant.

3. Pasquier, *Recherches de la France*, liv. iv, ch. XXI.

sur la dot mobilière le pouvoir qu'il a, sous le régime de communauté, sur les meubles de la femme. Ils invoquent le droit romain et ils s'efforcent de franchir l'obstacle que leur oppose la législation de Justinien, notamment la loi 30, C., *De jure dotium*, de manière à conserver au mari le droit de disposer de la dot mobilière.

42. En résumé, le droit inauguré par la loi 30, C., *De jure dotium*, est celui-ci :

Si le mari aliène un fonds dotal, la loi de Justinien, quoiqu'elle fasse porter la revendication sur les choses dotales, immobilières et mobilières, n'ajoute rien à la garantie que la femme trouvait dans la prohibition de la loi *Julia* : cette prohibition rendait l'aliénation nulle et sans effet ; la femme pouvait la faire révoquer et revendiquer le fonds dotal entre les mains des tiers.

Si le mari aliène une chose dotale mobilière, la femme a également une action en revendication contre les tiers ; sur ce point il y a innovation.

Si le mari aliène une chose dotale estimée, soit immobilière, soit mobilière, la dotalité est, en quelque sorte, subsidiaire, et la femme ne peut revendiquer que dans le cas où le mari ne payerait pas le prix d'estimation.

Nous verrons bientôt que dans les pays de droit écrit la loi 30, C., *De jure dotium* ne put pas recevoir d'application, à cause de la maxime que les meubles ne sont pas susceptibles du droit de suite, ni du droit de revendication : *Mobilia non habent sequelam*. Les parlements du Midi avaient admis cette maxime, malgré son ori-

gine germanique et coutumière. La revendication des meubles dotaux corporels, aliénés par le mari, n'a pas lieu non plus sous le Code Napoléon, toutes les fois que les tiers peuvent invoquer l'article 2279.

§ II. — *Action hypothécaire.*

43. Dans le droit des Pandectes ou des jurisconsultes, la femme avait une action privilégiée entre les actions personnelles, *privilegium inter personales actiones*¹. Mais cette action étant personnelle, ne produisait aucun effet contre les créanciers du mari qui avaient acquis des droits réels de gage ou d'hypothèque, ni contre les acquéreurs de ses biens. La femme était seulement préférée aux créanciers qui n'avaient, comme elle, qu'une action personnelle; et encore fallait-il en excepter le fisc. Elle n'était donc pas suffisamment protégée par cette action. Il est vrai qu'elle était protégée aussi par la prohibition absolue d'aliéner le fonds dotal; mais, là encore, le droit de la femme pouvait se trouver compromis.

En effet, la prohibition d'aliéner le fonds dotal ne s'appliquait qu'à l'aliénation *volontaire*; elle ne comprenait pas l'aliénation *nécessaire*². Il en était ainsi de l'hypothèque, quoiqu'elle fût considérée comme une aliénation d'une espèce particulière; elle grevait le fonds dotal toutes les fois qu'elle était considérée comme *nécessaire*. On considérait comme telles les hypo-

1. L. 74, D., *De jure dotium*; L. 22, § 13, D., *Solut. matrim.*

2. L. 13, D., *Famil. ercisc.*; L. 1, pr. D., *De fundo dotali*.

thèques légales, parce qu'elles émanaient de la volonté de la loi, et non de celle du mari. Ainsi, lorsque Constantin eut accordé une hypothèque légale aux pupilles sur tous les biens présents et à venir de leurs tuteurs, et aux mineurs de 25 ans sur ceux de leurs curateurs, cette hypothèque frappait même les biens dotaux entre les mains du mari tuteur ou curateur et primait la femme.

Justinien voulut remédier à ce mal par la loi 30, C., *De jure dotium*, en accordant à la femme une hypothèque privilégiée sur toutes les choses apportées en dot, mobilières ou immobilières, estimées ou non estimées. Cette hypothèque, accordée en même temps que la revendication, marcha de pair avec elle : la femme eut le droit d'exercer, à son choix, soit l'action en revendication, soit l'action hypothécaire, *ut ei plenissime consulatur*, dit Justinien. Par l'action en revendication, les choses apportées en dot, même celles qui avaient été estimées, étaient considérées comme n'ayant pas cessé d'appartenir à la femme. Par l'action hypothécaire, ces mêmes choses étaient considérées comme passées définitivement en la propriété du mari ; la femme s'abstenait de les revendiquer, pour exercer sur elles un droit de gage et d'hypothèque préférable à tous les droits que le mari pouvait avoir concédés à ses créanciers, même aux hypothèques légales.

44, Les raisons données par Justinien dans la loi 30, C., *De jure dotium*, pour justifier, soit l'action hypothécaire, soit l'action en revendication qu'il accorde à la femme sur les biens dotaux aliénés par le mari, n'ont pas satisfait M. Demangeat. L'éminent professeur de la

Faculté de Paris a critiqué la loi 30 sous le rapport de l'action en revendication qu'elle accorde à la femme : il la critique également sous le rapport de l'action hypothécaire en ces termes :

« C'est ici le lieu de faire remarquer une assez
« étrange contradiction dans laquelle Justinien tombe
« quand il veut justifier le double avantage qu'il accorde
« à la femme. Pour expliquer que la femme ne doit
« être primée par aucun créancier du mari, il com-
« mence par dire que *naturaliter* la femme est restée
« propriétaire ; puis, de ce qu'elle est restée proprié-
« taire, il conclut qu'elle peut revendiquer. Mais peu
« satisfait sans doute lui-même de cette manière de
« présenter les choses, il en indique immédiatement
« une seconde qui est la négation de la première : « Que
« l'on considère la femme comme restée propriétaire,
« alors elle pourra revendiquer ; que l'on considère, au
« contraire, *secundum legum subtilitatem*, le mari comme
« ayant acquis la propriété, alors la femme aura une
« action hypothécaire... » Ainsi l'hypothèque privilé-
« giée apparaît d'abord comme supposant que la femme
« est restée propriétaire et ensuite comme supposant
« qu'elle a cessé de l'être ¹. »

Cette critique porte à faux.

M. Demangeat ne tient pas compte d'un fait important qui justifie pleinement l'action hypothécaire de la femme : c'est l'aliénation des choses dotales par le mari. Cette aliénation est une violation des droits de la femme et des devoirs du mari. La femme tient pour fait

1. *De la condition du fonds dotal*, p. 102, note 1.

ce que le mari a fait : il s'est conduit en propriétaire : comment pourrait-il trouver mauvais que sa femme le considère comme tel, à raison de son acte d'aliénation, et qu'elle respecte cet acte en préférant le prix ? Telle est la pensée de Justinien. La femme a une option entre l'action en revendication et l'action hypothécaire. Elle pouvait briser l'acte du mari par l'action en revendication, mais elle préfère le maintenir ; et ce parti pris par la femme fait que *le mari est considéré comme ayant acquis la propriété des choses dotales*, puisqu'il les a aliénées et que l'aliénation est ratifiée par l'option de la femme. Il est donc juste que la femme, propriétaire originaire, ait la situation privilégiée d'un vendeur et une action hypothécaire en paiement du prix. Qu'y a-t-il là de contradictoire ?

Il est rare qu'une erreur n'en amène pas une autre.

M. Demangeat n'admet pas qu'après la loi 30, le mari ait cessé d'être propriétaire de la dot, quoique Justinien déclare qu'il ne l'est plus. Voilà pourquoi il lui est impossible de comprendre l'économie de la loi de Justinien, puisque, dans son opinion, le mari avait le pouvoir de faire ce qu'il a fait.

45. En 530, Justinien accorda une hypothèque légale à la femme sur les biens du mari par le § 1 de la loi unique, au Code, *De rei ux. act.* ; l'année suivante, il attacha à cette hypothèque légale un privilège qui fut personnel à la femme et à ses descendants, et qui ne passa point à ses autres héritiers. Cette dernière constitution, qui forme la loi 12, au Code, *Qui potior. in pign.*, fut arrachée à Justinien, ainsi qu'il en con-

vient lui-même , par les incessantes exigences des femmes : *Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*¹.

Les deux constitutions de Justinien , qui sont devenues les lois 30, C., *De jure dot.* et un. § 1, C., *De rei ux. act.*, ont encore dans notre droit moderne une importance de premier ordre. On y trouve le germe du privilège du vendeur et l'origine de l'hypothèque légale de la femme sur les biens du mari ; elles ont un rôle considérable sur deux questions qui sont controversées sous l'empire du Code Napoléon , à savoir :

1^o Si la femme dont les immeubles dotaux ont été aliénés par le mari peut , à son choix, exercer son hypothèque légale soit sur les immeubles dotaux, aliénés , soit sur les immeubles du mari, ou bien , si elle n'a que l'action en révocation de l'aliénation de ses immeubles dotaux ?

2^o Quel est l'effet de cette option , si elle existe , quand la femme l'exerce pendant le mariage ?

Nous examinerons ces deux difficultés en temps et lieu.

Remarquons, quant à présent, que la loi 30 n'accorde l'action hypothécaire à la femme que sur les biens do-

1. La législation athénienne accordait aussi aux femmes une hypothèque privilégiée (Samuel Petit, *Leges atticæ*, lib. vi, tit. ii, § 2), et c'est peut-être à cette circonstance que fut due la fameuse loi *Assiduis*. Le parlement de Toulouse appliquait cette loi avec certains tempéraments dans l'intérêt des créanciers du mari, et telle était l'influence de sa jurisprudence en cette matière , que les rédacteurs du Code Napoléon ont cru devoir l'abroger spécialement par l'article 1572. Les jurisconsultes modernes, sous l'influence des idées de crédit qui agitent notre époque , considèrent la loi de Justinien et la jurisprudence du second parlement de France comme une faveur exorbitante. La civilisation athénienne n'en avait pas été choquée. Il faut savoir tenir compte de la différence des temps et des systèmes économiques.

taux aliénés par le mari : *in ipsis rebus dotalibus*, et non pas sur les biens du mari. En effet, à l'époque où parut la loi 30, en 529, la femme n'avait pas encore une hypothèque légale sur les biens du mari; cette hypothèque ne lui fut accordée que l'année suivante, par le § 1, *De rei ux. act.* Les termes de la loi 30 sont bien formels à cet égard; s'il pouvait y avoir du doute, Cujas l'aurait dissipé d'avance. Voici, en effet, comment s'exprime l'immortel romaniste français :

« Hoc ergo privilegium lex *in rebus* 30 dat tantum in ipsis rebus dotalibus, sive æstimatæ sint, sive inæstimatæ sint... Et hoc quidem de rebus dotalibus, ut in eis mulier habeat privilegium et inter personales et inter reales actiones. An idem habeat etiam in aliis bonis mariti? Minime, quod jam ante docui. Non habuit in aliis bonis mariti ante legem ultimam infra *Qui potior. in pign.*, et constitutionem unicam Cod. *De rei ux. act.* ».

Nous avons insisté sur ce point pour signaler une inadvertance de la Cour de cassation qui vise simplement la loi 30 C., *De jur. dot.* et les articles 2121, 2135 et 2195 du Code Napoléon, pour décider que, dans le droit moderne, la femme dont les immeubles dotaux ont été aliénés peut, à son choix, exercer l'action révocatoire ou l'action hypothécaire sur les biens du mari. La Cour suprême serait entièrement dans le vrai, si elle visait en outre le § 1, *De rei ux. act.*

Au surplus, nos jurisconsultes modernes, qui ont critiqué la double action révocatoire et hypothécaire que la Cour de cassation accorde à la femme, sont punis par où ils ont péché; dans leurs commentaires, ils ont mis la loi 30 à rebours, afin de ne pas y voir la néga-

tion du pouvoir du mari sur la dot mobilière, et ils ne la comprennent plus quand il faut y trouver le principe de l'action révocatoire et de l'action hypothécaire.

§ III. — *Inaliénabilité absolue du fonds dotal.*

46. De toutes les réformes de Justinien, en matière de dot, la plus importante est sans contredit celle qui, en 530, défendit au mari d'aliéner le fonds dotal, même avec le consentement de la femme; cette innovation est portée par le § 15 de la loi unique, au Code, *De rei ux. act.* en ces termes :

« ... *Cum autem hypothecam ei etiam ex hac lege donavimus, sufficiens habet remedium mulier, et si maritus fundum alienare voluerit. Sed ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire, hoc tantummodo addito ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam...* »

On vient de voir qu'en 529, Justinien avait accordé à la femme, par la constitution devenue la loi 30, C., *De jure dotium*, une hypothèque privilégiée sur toutes les choses dotales, mobilières ou immobilières, estimées ou non estimées.

On a vu aussi que, l'année suivante, il avait accordé à la femme une hypothèque générale sur tous les biens du mari, par cette même loi unique, § 1, au Code, *De rei ux. act.*

Malgré toutes ces garanties, la dot pouvait encore être compromise par le consentement donné par la

femme à l'aliénation du fonds dotal; voici comment :

La loi Julia défendait bien au mari l'aliénation du fonds dotal, mais elle ne la défendait qu'autant que la femme n'y donnait pas son consentement. La femme, en consentant à l'aliénation, renonçait par cela même à son hypothèque privilégiée sur le fonds dotal aliéné; elle était censée aliéner elle-même par le consentement qu'elle donnait à l'aliénation, et on lui appliquait la règle que nul n'est admis à venir contre son propre fait : *Nemo proprio facto contravenire potest* (L. 49, D., *Mandati vel contr.*); *Adversus factum suum movere controversiam prohibetur* (L. 25, D., *De adoptionibus*). Si le mari n'avait aucuns biens propres, ou si ceux qu'il avait étaient grevés d'hypothèques antérieures à celle de la femme, la dot pouvait être compromise par la renonciation de la femme à son hypothèque privilégiée sur le fonds dotal; car l'hypothèque générale et tacite, accordée à la femme par le § 1, C., *De rei ux. act.*, sur les biens du mari, n'était pas encore privilégiée.

C'est ce résultat que Justinien voulut rendre impossible en défendant au mari, par dérogation à la loi Julia, d'aliéner le fonds dotal, quand même la femme y consentirait. La prohibition d'aliéner le fonds dotal devint donc aussi absolue que celle de l'hypothéquer. Justinien indique clairement ce but, lorsqu'il dit : *Sed ne et consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur*, etc.

Dans le droit des jurisconsultes, la femme ne pouvait point renoncer à son *privilegium inter personales actiones*. Il en fut ainsi jusqu'à l'année 508 (ou 517, suivant d'autres), époque à laquelle l'empereur Anastase, par une constitution qui est devenue la loi 21, C., *Ad senatusc.*

Velleianum, permet à la femme de renoncer à son droit d'hypothèque, *juri hypothecarum sibi competenti*¹. La loi d'Anastase ne s'appliquait qu'à l'hypothèque ou au *privilegium* de la femme sur les biens du mari et sur les biens apportés en dot avec estimation. C'est Justinien qui nous l'apprend dans le § 15 de la loi unique, au Code, *De rei ux. act.* Il faut conclure de là que la loi d'Anastase ne fut pas abrogée par celle de Justinien, c'est-à-dire par la loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.*, puisque celle-ci s'appliquait à la renonciation de la femme à son hypothèque privilégiée sur le fonds dotal proprement dit, *in fundo non aestimato qui et dotalis propriè nuncupatur*, tandis que celle-là n'avait en vue que la renonciation de la femme à son hypothèque sur les biens du mari.

Tel fut le but que se proposa Justinien par le § 15 de la loi unique, au Code, *De rei ux. act.*

47. Le motif de cette loi n'est pas moins remarquable que le but; Justinien le place dans la faiblesse de la femme : *Ne (mulier) fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam*. Il rappelle cette réforme dans le *proœmium* du titre de ses *Institutes* : *Quibus alienare licet vel non*, et il revient sur le motif qui l'a inspirée : *Ne sexus*

1. La loi d'Anastase parle des hypothèques qui appartiennent à la femme; or, les textes de droit romain qui nous sont parvenus ne mentionnent qu'un *privilegium inter personales actiones*. On est tenté d'en conclure que, dans l'intervalle de la période classique à la loi d'Anastase, le droit romain avait accordé une hypothèque à la femme soit sur le fonds dotal, soit sur les biens du mari. Mais, si la femme avait déjà cette hypothèque, comment expliquer que Justinien la lui ait accordée par la loi 30, C., *De jure dotium* sur les choses dotales, et par la loi un. § 1, C., *De rei ux. act.* sur les biens du mari?

muliebris fragilitate in perniciem substantiæ earum converteretur. Les mots *fragilitas naturæ suæ... muliebris sexus*, ont fait illusion aux meilleurs esprits. On n'a pas compris que, dans la pensée de Justinien, cette faiblesse de la femme est toute relative et qu'elle dérive du mariage même. L'homme a été créé le plus fort par la nature, et la femme lui est livrée par le mariage. Le mari, abusant de sa supériorité et de sa domination, pourrait s'approprier les biens de la femme en la forçant, soit à consentir à l'aliénation qu'il en ferait lui-même, soit à les aliéner elle-même pour pouvoir s'emparer du prix. Or, le caractère essentiel et dominant du régime dotal, c'est la séparation de biens qu'il établit entre les époux¹; il fallait donner une sanction énergique à ce principe pour empêcher l'omnipotence du mari de rétablir, au profit de ses convoitises, l'ancienne confusion des biens, qui était un des effets du régime de la *manus*.

C'est ce que fit Justinien en décrétant l'inaliénabilité absolue du fonds dotal; sa constitution fut le couronnement de l'édifice, et, dès lors, le régime dotal forma un système complet, solidement relié dans toutes ses parties.

48. Et cependant, qui le croirait? M. le premier pré-

1. Voyez *supra*, n° 9. — Remarquez que la femme du mariage libre n'entrait pas dans la famille et la puissance du mari; au lieu d'être émancipée, comme chez nous, par le mariage, elle restait dans la famille et sous la puissance de son père ou de ses ascendants paternels mâles, si bien que souvent cette puissance paternelle portait le trouble et la discorde entre les époux par ses exigences (Voyez *supra*, n° 6). Mais le mari n'en avait pas moins une puissance de fait sur sa femme pour lui faire subir ses volontés.

sident Troplong, après avoir mentionné cette réforme si importante, la critique en ces termes :

« La raison qu'il (Justinien) en donne, c'est, à son *ordinaire*, la fragilité du sexe féminin... Se contente qui voudra de cette raison banale. La femme mariée en communauté n'est pas d'une nature plus énergique, plus prévoyante, plus avisée que la femme mariée sous le régime dotal, et cependant on n'a pas vu dans sa faiblesse un empêchement suffisant pour lui interdire l'aliénation de ses propres (n° 3202). »

Voilà donc la femme du régime dotal comparée à celle du régime de communauté; celle-ci doit servir de modèle à celle-là; bien plus, c'est le régime de communauté, pour lequel M. Troplong réserve ses admirations et ses préférences, qui doit étendre son domaine sur le régime dotal et l'annexer. La femme du régime de communauté n'est pas plus forte que celle du régime dotal, et cependant ses biens ne sont pas inaliénables; donc, sous le régime dotal, les biens dotaux devraient être aliénables, comme ceux de la femme mariée en communauté.

On peut retourner le raisonnement du savant magistrat et dire : Puisque la femme mariée en communauté n'est pas d'une nature plus énergique, ni plus prévoyante que la femme dotale, ses propres doivent être inaliénables comme la dot du régime dotal. Avec cette logique, on impose le régime dotal au régime de communauté, tandis que M. Troplong veut que le régime dotal subisse celui de la communauté. Il y a un meilleur parti à prendre : c'est de laisser à chacun des deux régimes le principe qui lui appartient.

La raison invoquée par Justinien pour justifier l'inaliénabilité du fonds dotal n'est *banale* que pour les esprits prévenus qui se font une fausse idée du régime dotal. Les préjugés de communauté cachent à leurs yeux le principe qui sert de base au régime dotal : la séparation de biens entre les époux.

Dire que, sous le régime dotal, les biens des époux restent séparés, c'est énoncer que la femme n'est pas commune en biens, c'est-à-dire associée. Et de là résultent des conséquences qui expliquent rationnellement pourquoi les biens dotaux sont inaliénables, tandis que les propres de la femme mariée en communauté ne le sont pas.

49. La femme commune en biens est protégée par la situation même que lui fait la loi. Le sacrifice des biens qui lui sont restés propres n'est pas gratuit, ni en pure perte pour elle : en aliénant ses biens personnels, elle peut et, dans tous les cas, elle espère faire prospérer les affaires de la communauté. Si cet espoir se réalise, elle reprendra en valeur ses propres aliénés, et, de plus, elle partagera avec avantage une communauté qu'elle aurait dû répudier sans le sacrifice qu'elle s'est imposé. Il faut savoir risquer pour gagner ; tel est précisément le système de la communauté : c'est un régime aléatoire. La femme commune en biens est encore, sous le rapport juridique, l'amazone germanique dépeinte par Tacite ; elle est mêlée aux affaires aventureuses de son mari ¹. Le droit est de l'histoire, et l'histoire est du droit.

1. *De moribus Germanorum*, XVIII.

Au contraire, la femme dotale n'est pas associée ; ses intérêts sont distincts et séparés de ceux de son mari ; il n'est donc pas juste qu'elle aliène ses biens, soit dotaux, soit paraphernaux, pour faire prospérer des affaires dont elle ne retire aucun profit. Telle est la stricte justice et la sévère équité du régime dotal.

De plus, la femme, en se constituant des biens en dot, les soumet par cela même à l'inaliénabilité. Est-ce à dire qu'elle soit moins fragile et moins imprévoyante pour les biens dotaux que pour les biens paraphernaux ? Nullement. Pourquoi donc la loi protège-t-elle les uns plus que les autres ? La raison de cette différence est historique. Dans le droit romain antérieur aux réformes de Justinien, le mari, quoique propriétaire de la dot, ne pouvait aliéner le fonds dotal qu'avec le consentement de la femme. Justinien rendit la prohibition absolue en l'étendant à la femme elle-même. La législation se préoccupa des biens dotaux parce qu'elle avait à réagir contre les pouvoirs que la constitution de dot attribuait au mari. C'est ce qui explique pourquoi les biens paraphernaux restèrent soumis au droit commun et ne furent protégés que par la prohibition du sénatus-consulte Velléien, quoique la femme ne fût pas d'une nature plus forte pour les biens paraphernaux que pour les biens dotaux. D'ailleurs, les femmes ne devaient avoir que rarement des biens paraphernaux ; et quand elles en avaient, ils devaient être de peu d'importance, car l'exigence des maris et le désir de faire un mariage avantageux obligeaient les femmes ou leur famille à comprendre dans la dot autant de biens que possible.

50. La raison qui a fait interdire l'aliénation du fonds dotal par le mari, même avec le consentement de la femme, a le privilège de faire illusion aux plus fermes esprits. Dans ces dernières années, nous avons entendu un savant professeur critiquer Justinien au sujet de sa *fragilitas muliebris sexus* ; il lui opposait le passage des *Institutes* de Gaius, dans lequel le jurisconsulte romain dit que la tutelle des femmes ne paraît pas fondée sur une raison sérieuse, et que celle qu'on invoque, leur légèreté d'esprit, est plus spécieuse que solide, car les femmes gèrent elles-mêmes leurs affaires, et l'autorisation de leur tuteur est de pure forme ¹. Après quoi, il ajoutait : Vous le voyez, les femmes ne sont pas faibles pour l'administration de leurs affaires, et Justinien s'est trompé lorsqu'il a invoqué leur faiblesse pour justifier l'inaliénabilité absolue du fonds dotal.

Cette critique porte à faux ; elle confond la *levitas animi* dont parle Gaius avec la *fragilitas muliebris sexus* dont parle Justinien. La *levitas animi* exprime un état organique, inné chez la femme et indépendant des circonstances extrinsèques, tandis que la *fragilitas muliebris sexus*, substantif du verbe FRANGERE, *briser*, indique un état factice, une situation produite par une cause extérieure et par une force qui fait la faiblesse de la femme. Cette force, c'est la puissance et la supériorité du mari sur la femme. Ainsi, pour avoir raison de cette dernière critique, il n'est pas même nécessaire d'être jurisconsultes ; il suffit de connaître la langue latine et la véritable signification des mots.

1. Instit. Comm., 1, § 490.

Nous avons donc raison d'affirmer tout à l'heure que, dans la pensée de Justinien, la faiblesse de la femme est toute relative et qu'elle dérive du mariage et de la prédominance du mari. La raison tant contestée est fondée sur les rapports que la providence a établis entre l'homme et la femme ; elle était écrite dans la nature avant de l'être dans les lois, et tous les efforts de la critique moderne ne parviendront pas à l'ébranler.

51. La loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.*, ne s'exprime pas en termes formels sur le point de savoir si la femme peut renoncer, soit à son hypothèque privilégiée en tant qu'elle porte sur ses meubles dotaux, soit à son hypothèque générale et tacite sur les biens du mari.

On n'a pas oublié les motifs qui déterminèrent Justinien à prohiber l'aliénation du fonds dotal par le mari, même avec le consentement de la femme ; l'empereur voulut empêcher la femme de diminuer ses hypothèques par son consentement à l'aliénation : *Ne et consensu mulieribus HYPOTHECÆ ejus minuantur*. Le motif de la prohibition est général ; il s'applique aux hypothèques de la femme, non-seulement à l'hypothèque qui grève le fonds dotal, mais encore à celle qui porte sur les meubles dotaux et sur les biens meubles ou immeubles du mari. Il faut ajouter que cette prohibition de renonciation n'était pas nouvelle en droit romain et qu'elle s'appliquait à la dot en général. Écoutons M. de Savigny :

« Sans doute, dit le célèbre professeur de Berlin, la
« femme ne peut pas renoncer au droit de gage que la
« loi lui donne pour ses répétitions dotales (L. unique,
« § 15, C., *De rei ux. act.*). Cela résulte de cette règle

« qu'en matière de droits dotaux, la condition de la
« femme ne peut être empirée par contrat : *Causa dotis*
« *pacto deterior fieri non potest* ¹. »

Un autre savant romaniste, M. Machelard, professeur à la Faculté de Paris, écrivait en 1861 : « La femme,
« durant le mariage, ne peut faire aucune convention
« qui compromette le sort de sa dot, de même que, en
« règle générale, l'impubère est incapable de rendre sa
« condition pire ². »

M. Demangeat rejette cette doctrine. Il fait remarquer que Justinien ne parle que du fonds dotal, et il n'admet pas qu'il fût interdit à la femme de renoncer à son hypothèque privilégiée, en tant qu'elle portait sur les meubles dotaux ; il croit que Justinien s'est exprimé d'une manière trop générale, quand il a dit : *Ne consensu mulieris hypothecæ ejus minuantur*.

Cette opinion n'est pas la nôtre ; nous tenons pour suspecte toute interprétation qui en est réduite à l'extrême nécessité d'accuser d'inexactitude les termes de la loi elle-même. Il est certain et admis par tous, par M. Demangeat lui-même, que, dans le droit des jurisconsultes et jusqu'à Justinien (sauf l'exception introduite par la loi d'Anastase), la femme ne pouvait pas renoncer aux garanties légales qui lui assuraient la restitution de sa dot. La question n'est donc pas de savoir si le § 15, *De rei ux. act.*, ne s'applique qu'au fonds dotal, mais si Justinien, qui a tant fait pour les dots, n'a pas entendu

1. *Traité de droit romain*, t. IV, § 149, note *h*, page 57 de la traduction française.

2. *Des obligations naturelles en droit romain*, p. 350.

conserver aux femmes une garantie que l'ancien droit leur accordait. Ainsi posée, la question est résolue : les expressions que M. Demangeat trouve trop générales rendent exactement la pensée de Justinien.

De là résulte une conséquence qui mérite d'être signalée. Pour ceux qui, comme nous, admettent la doctrine de M. de Savigny, la loi d'Anastase (L. 21, C., *Ad senatusc. Velleianum*) a été entièrement abrogée par le § 15, C., *De rei ux. act.*, tandis que, pour M. Demangeat, elle a continué d'être applicable aux renonciations que la femme pourrait faire à son hypothèque légale sur les biens du mari ou sur les biens dotaux estimés.

52. Nous pouvons maintenant résoudre l'importante question de savoir si, dans le droit de Justinien, la dot mobilière est inaliénable, soit par le mari, soit par la femme.

Elle est certainement inaliénable par le mari, puisque la femme peut, au moyen de l'action en revendication ou de l'action hypothécaire, briser les actes d'aliénation faits par le mari et aller chercher entre les mains des tiers, soit les meubles aliénés, soit leur valeur.

Quant à la femme, nous venons de voir, avec M. de Savigny et M. Machelard, qu'elle ne peut pas renoncer valablement à son hypothèque privilégiée sur les meubles dotaux.

On est allé plus loin : on a soutenu que la femme, en donnant son consentement à l'aliénation des meubles dotaux, ne pouvait pas plus renoncer à son droit de revendication qu'à son droit d'hypothèque ; en d'autres termes, que Justinien avait étendu à la dot mobilière

l'inaliénabilité de la dot immobilière. En effet, Justinien, après avoir consacré, par sa Novelle LXI, § 3, l'inaliénabilité des immeubles compris dans la donation *propter nuptias*, ajoute : *Et multo potius hæc IN DOTE valebunt, si QUID DOTIS aut alienetur aut supponatur*. Ici, le législateur ne parle plus de *prædio* ou *fundo dotali*, ni de *rebus soli*; il dit d'une manière générale : *Si quid dotis alienetur*. De plus, on a fait remarquer que, dans la Novelle XCVII, Justinien dit encore : *Dotem minui nullo modo sinimus*. Barthole, Baldus Novellus, Perezius¹, Schneidewin², Gregorius Tholosanus³ conclurent de ces expressions que l'inaliénabilité s'appliquait aux meubles dotaux comme aux immeubles. Cette doctrine fut dominante parmi les jurisconsultes du xiv^e et du xv^e siècle. Cujas ne l'admit pas; son opinion devint une arme puissante entre les mains des germanistes et des partisans du droit coutumier.

§3. Dans la partie finale de la loi 30, C., *De jure dotium*, Justinien décidait que la prescription courrait contre la femme à partir du moment où elle aurait pu exercer ses actions dotales, c'est-à-dire à compter de la déconfiture du mari ou de la dissolution du mariage : *Omnis temporalis exceptio... mulieribus eo tempore opponatur ex quo possint actiones movere, id est, opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis, ex quo hoc infortunium eis illatum esse claruerit*. La pensée de Justinien est celle-ci : Pen-

1. *Prælectiones in codicem*, liv. V, tit. XXIII, n^o 7.

2. *Instit.*, liv. IV, tit. VIII, n^o 10.

3. *Syntagma juris*, liv. IX, tit. XXII, n^{es} 13 et 14.

dant le mariage, tant que les affaires du mari ne sont pas dérangées, la femme ne peut pas agir en restitution de sa dot; mais, quand ses actions lui sont ouvertes, la prescription court contre elle.

On comprend cette prescription extinctive en 529, à une époque où la femme pouvait aliéner sa dot par ses actes, soit positifs, soit négatifs.

Mais lorsque, un an après, le § 15, *De rei ux. act.* eut déclaré le fonds dotal inaliénable par la femme, que devint la partie finale de la loi 30, qui faisait courir la prescription des actions dotales à dater de la déconfiture du mari? Nous sommes disposé à croire qu'elle fut implicitement abrogée par le § 15, *De rei ux. act.*, comme incompatible avec la prohibition d'aliéner le fonds dotal par le consentement de la femme, lorsque le possesseur tenait son droit du mari ou des deux époux. Il nous paraît inadmissible que Justinien ait entendu priver la femme de la protection que lui accordait la loi 28, D., *De verb. signif.* La prescription extinctive des actions dotales produisait les mêmes effets que la prescription acquisitive: elle entraînait la perte du fonds dotal pour la femme.

L'ancienne jurisprudence de droit écrit interpréta autrement le § 15, *De rei ux. act.*; elle appliqua simultanément les deux lois de Justinien, et plaça l'imprescriptibilité dans l'inaliénabilité. Nous verrons plus tard comment on en vint là et quelles furent les conséquences de cette interprétation.

54. Nous venons d'exposer l'origine et la nature du régime dotal en droit romain; nous avons établi qu'il

fut une réaction contre la puissance des maris sur les biens des femmes et que la séparation des biens des époux fut son principe fondamental. On a vu pourquoi les conséquences logiques de ce principe ne s'étaient développées que lentement et difficilement jusqu'à ce que la législation de Justinien vint faire du régime dotal un système complet.

Nous allons maintenant étudier rapidement le régime dotal dans notre ancienne jurisprudence de droit écrit, et le voir fonctionner à côté du régime de communauté dont l'origine et le principe lui sont entièrement opposés ; nous constaterons les causes des luttes et des contradictions qu'il eut à subir et que l'on reproduit de nos jours au nom des idées de communauté.

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE UNIQUE.

ROMANISME ET GERMANISME. — LUTTE ENTRE LE RÉGIME DOTAL ET LE RÉGIME DE COMMUNAUTÉ. — JURISPRUDENCE DE DROIT ÉCRIT.

SOMMAIRE.

55. Invasion des Gaules par les peuples du nord. — Les mœurs et les lois de ces peuples avaient pour principe, comme la *manus* romaine, la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme.
56. Du mariage par achat de la femme, chez les Germains et les Francs. — *Mundium* germanique. — Ses similitudes avec la *manus* romaine.
57. Le *mundium* germanique est l'origine et la source du régime de communauté. — Preuves à cet égard. — Erreur de l'école historique française. — Véritable caractère du *mundium*. Il fut une puissance et une protection. — Fausse idée que M. Troplong s'en est faite. — Le droit de la femme fut d'abord un droit de succession.
58. Progrès du droit de la femme. — Comment il devint un droit d'association ou de communauté, fixé au tiers. — Origine des propres de la femme. — Le mari, quoiqu'il en soit *seigneur et maître*, ne peut les aliéner.
59. Impulsion donnée à la communauté par le mouvement commercial de la fin du xvi^e siècle. — L'apport de la femme double le crédit du mari.
60. Le régime dotal se retrouve en face du principe de puissance maritale et de communauté. — Il se conserva dans le midi de la France malgré la conquête. — Quels étaient les pays de droit écrit? — Pourquoi étaient-ils ainsi appelés?

61. Nouvelle lutte entre les deux régimes opposés. — Premières interprétations des lois romaines au sujet des droits du mari sur la dot. — Harménopule et les Glossateurs. — Cujas et son école.
- 61 bis. Le mari fut qualifié *dominus dotis*, sans distinction entre la dot mobilière et immobilière. — Cette qualification exprima le droit du mari à la jouissance et à l'administration de la dot, avec l'exercice des actions dotales qui devaient plus tard en être détachées.
62. Conséquences. — Le mari ne pouvait pas être considéré comme ayant la disposition de la dot mobilière. — Similitudes apparentes entre le régime de communauté et le régime dotal. — Efforts des romanistes pour imposer la dotalité à la communauté : discussions devant le parlement de Paris, à la fin du xvi^e siècle. — Efforts contraires des germanistes ou partisans de la communauté pour imposer au régime dotal la puissance maritale sur la dot mobilière.
63. Trouble dans la doctrine et la jurisprudence de droit écrit. — Idées de communauté émises au sein du parlement de Toulouse à propos de la question de savoir si la dot mobilière était inaliénable par la femme dans son intérêt ou dans celui du mari. — Arrêts qui décident qu'elle est inaliénable dans l'intérêt de la femme.
64. Mêmes difficultés au parlement d'Aix. — Arrêts pour et contre.
65. Triomphe momentané des idées de communauté à Grenoble et à Bordeaux. — Critique de Furgole. — La jurisprudence des deux parlements revient aux vrais principes.
66. Concentration de la lutte sur le point de savoir si le mari était propriétaire de la dot mobilière. S'il pouvait l'aliéner. Si ses créanciers pouvaient la faire saisir.
- Examen de la jurisprudence de droit écrit sur cette question.
67. *Parlement de Toulouse.*
Les créanciers du mari ne pouvaient pas faire saisir les meubles dotaux corporels. — Raisons de cette jurisprudence.
68. Le mari était-il propriétaire des créances dotales ? pouvait-il les céder ? ses créanciers pouvaient-ils les faire saisir ? — Doctrine de quelques jurisconsultes du ressort à cet égard. — Leurs raisons particulières n'ont aucune valeur dans le droit moderne.
69. Autres raisons données par de Juin et Serres. — Extension qu'elles donnent à la doctrine de Catelan et de Vedel.
Examen de ces raisons et des lois invoquées à l'appui.
70. Loi 2, C., *De oblig. et action.* — Explication historique de ce rescrit. — Abus que l'on fait des mots : *Ad similitudinem ejus qui nomen emerit.*

71. Lois 11, D., *De pactis*, et 5 D., *De impens. in rem dot. fact.* — Elles sont invoquées à tort par de Juin et Serres.
72. De Juin et Serres ont cru que la loi *Julia* permettait l'aliénation de la dot mobilière au mari parce qu'elle ne lui défendait expressément que l'aliénation du fonds dotal. — Réfutation de cette erreur invétérée. — Théorie du droit romain à cet égard. — Renvoi.
73. Conséquences de cette erreur. Par elle on attribue au mari sur la dot mobilière plus de droits qu'il n'en a sur les meubles de la femme tombés en communauté. — Nécessités du droit romain au sujet des droits du mari sur la dot. — Les jurisconsultes romains ne raisonnèrent pas comme de Juin et Serres. — Pourquoi ceux qui invoquent le droit romain en cette matière ne l'appliquent qu'à demi. — Importance de cette critique.
74. Raisons décisives qui, en droit écrit, devaient et firent déclarer la dot mobilière inaliénable.
75. Argument abusif que de Juin a tiré du *proœmium* aux Institutes de Justinien, tit. *Quib. alien. lic.* — La découverte des Institutes de Gaius en a révélé la fausseté.
76. Singulières conséquences de la doctrine de de Juin et de Serres. — Le mari est propriétaire même de la dot immobilière, dans la jurisprudence de droit écrit. — Dans le droit moderne, M Troplong et la Cour de cassation aboutissent à la même impasse juridique.
77. Confusion de de Juin au sujet des actions dotales.
78. Doctrine de Boutaric, contraire à celle de de Juin et de Serres.
79. Conclusion et preuve que, dans le ressort du parlement de Toulouse, le mari ne pouvait pas aliéner la dot mobilière.
80. *Parlement de Bordeaux.*
Le mari avait la jouissance et l'administration de la dot. — Les biens dotaux étaient indistinctement inaliénables. — Les créances dotales étaient insaisissables.
81. M. Troplong préfère la jurisprudence du parlement de Toulouse, telle qu'il l'entend, à celle du parlement de Bordeaux. — Raisons qu'il en donne. — Renvoi pour la réfutation.
82. *Parlement de Paris.*
Dans les pays de droit écrit ressortissant à ce parlement, la dot mobilière et immobilière était inaliénable par le mari et par la femme conjointement ou séparément. — Coutume d'Auvergne. Coutume de la Marche.
83. La dot mobilière et immobilière était également inaliénable dans le Lyonnais, Forez, Beaujolais et Maconnais.
84. Edit du roi Louis XIV, qui abroge cette jurisprudence. — Objet et conséquences de cet édit.
- 84 bis. *Parlement de Provence.*

La femme était véritablement propriétaire de la dot ; le mari n'en avait que la jouissance et l'administration. — Le parlement d'Aix était le seul qui accordât au mari l'exercice des actions dotales.

85. *Parlement de Grenoble.*

La femme était également propriétaire de la dot ; ce qui n'empêchait pas le mari d'en être maître ; mais la maîtrise du mari n'était que celle des fruits, des revenus et de l'administration. — La femme ou ses héritiers pouvaient faire révoquer l'aliénation des meubles dotaux faite par le mari.

86. *Sénat de Savoie.*

Un édit de Charles-Emmanuel, de 1582, avait déclaré les biens dotaux inaliénables, meubles et immeubles.

87. Résumé et conclusion qu'en droit écrit, le mari et la femme ne pouvaient pas plus aliéner la dot mobilière que la dot immobilière.

55. À l'époque où Justinien régnait en Orient, l'empire d'Occident n'existait plus ; il avait été envahi et démembré par les Barbares venus du Nord. Les Gaules avaient subi le sort des autres provinces romaines. Les Francs, qui devaient donner leur nom à un nouvel empire, s'étaient établis dans le nord des Gaules ; les Burgondes ou Bourguignons à l'est, les Wisigoths au midi.

Quel était le droit apporté par ces peuples sortis des sombres forêts de la Germanie ? Quelle fut son influence sur la législation romaine, restée en vigueur dans les Gaules depuis leur conquête par Jules César ? Il faudrait écrire plusieurs volumes pour résoudre ces questions auxquelles nous n'avons que quelques pages à consacrer, afin de savoir d'où viennent les idées que l'on s'efforce de faire prévaloir aujourd'hui par rapport aux droits du mari sur la dot mobilière.

C'était une idée accréditée chez les Germains, comme chez tous les peuples barbares, que la femme est un être faible, que l'homme lui est supérieur et doit la do-

miner. La femme germane, comme la femme romaine, était placée sous une tutelle appelée *MUNDIUM*, du vieux mot saxon *MUND* (*main, tutelle, protection*), qui indique son origine germanique ¹. Le *mundium* de la fille appartenait au père; à défaut du père, au frère ou à tout autre parent paternel; celui de la mère devenue veuve appartenait quelquefois à son propre fils ².

56. On trouve ici le même phénomène juridique qu'à Rome, sous le régime de la *manus*. Le mariage, c'est l'achat de la femme par le mari, c'est-à-dire la transmission du *mundium* ou de la puissance par les parents de la femme au mari; alors, la femme appartient au mari; elle est sa femme. Chez les Francs, les jeunes filles étaient fiancées *per solidum et denarium*: c'est ainsi que Clotilde fut mariée à Clovis ³. Chez les Scandinaves, les femmes étaient également en tutelle, *malmskap* ⁴; leur mariage était un achat, et les enfants, pour établir leur légitimité, devaient prouver que leur mère avait été achetée ⁵.

La femme germane, achetée par le mariage, devenait avec tous ses biens la propriété du mari; sa personne et ses biens passaient sous sa puissance: *Qui eam per mundium suam fecit*, dit la loi des Lombards ⁶: *Sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat*,

1. Lex Saxonum, tit. VII, art. 11.

2. Ducange, *Glossaire*, v^o *Mundualdus*.

3. Frédégaire, *Chroniques*, ch. XVIII; Bignon, *formules*, V.

4. Thorlacius, *Borealiurn veterum matrimonia*, p. 21 et 22.

5. Nordstrom, *Histoire du droit suédois*, t. II, p. 13 et 14; Kolde-
rup-Rosenwiengen, *Histoire du droit danois*, t. I, p. 157; Finsen, *Du
droit de famille suivant les lois d'Islande*, p. 207.

6. Lex Rotharis, art. 205.

dit la loi des Burgondes ¹. La loi des Saxons n'est pas moins énergique : *Mittat eam sub mundio cum omnibus rebus mobilibus aut immobilibus quæ ei legibus pertinent* ².

Telle avait été la *manus* romaine, tel fut le *mundium* germanique : leurs effets juridiques ne sont séparés que par une nuance. Chez les Romains, le droit de la femme dans la succession du mari était variable, parce qu'elle avait la place d'une fille dans la famille du mari ; chez les Germains, il était invariablement fixé au tiers.

57. C'est de ce droit qu'est sorti le régime de la communauté. Toute l'école historique allemande affirme cette origine, et elle a dix fois raison contre l'école française qui la nie timidement, ne faisant qu'une seule objection : c'est que les lois barbares accordaient à la femme un droit de survie, et nullement un droit d'association et de communauté.

L'objection n'est pas sérieuse et ne prouve qu'une chose : c'est que, chez les Barbares, le droit du mari sur la personne et les biens de la femme avait la même énergie que chez les Romains, à tel point qu'on est à se demander si les Germains avaient emprunté leur *mundium* à la *manus* romaine, ou les Romains leur *manus* au *mundium* germanique. L'esprit du temps croyait avoir assez fait pour la femme en lui accordant l'entretien et la protection dans la famille du mari : on ne s'occupait

1. *Leges Barbarorum*, dans Canciani, t. II, p. 476.

2. Canciani, *cod. loc.* — Loyseau n'a eu qu'à traduire ces lois pour exprimer les principes qui dominaient dans notre ancien droit coutumier : « Comme donc les maris ont puissance sur leurs personnes, ainsi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens » (*Du déguerpissement*, liv. II, ch. IV, n° 7). Tel est le langage de tous les auteurs de droit coutumier.

d'elle qu'autant qu'elle survivait; alors on lui accordait le tiers de la succession du mari.

Mais les institutions ne se forment pas en un jour; elles ont leurs époques et leurs transformations: c'est ce qui a fait illusion ¹.

58. Le droit de la femme a marché et s'est modifié

1. M. Troplong, dans la préface de son commentaire *du contrat de mariage*, p. 140 et suiv., propose de nouvelles objections, en s'efforçant de réfuter M. Ginoulhiac. « Il n'est pas vrai, dit l'éminent magistrat, « que les droits de la femme sortent de son assujettissement même; il « n'est pas vrai que le *mundium* soit pour elle la source d'une association « qui, à un jour donné, la met sur le pied de l'égalité avec son mari. » M. Troplong ne comprend pas que le droit de la femme ait pu sortir de son assujettissement même, c'est-à-dire de la puissance maritale. C'est qu'il s'est fait une fausse idée du *mundium*: il le croit établi dans le seul intérêt du mari, tandis qu'il l'était aussi dans celui de la femme. *Mundium* signifie *tuitio*, *munitio*, *defensio*, *mundeburgis* (Voy. M. Laferrière, *Histoire du droit français*, p. 154, note 1, édition de 1852-53)—*Sub mundeburde quietus residere*, dit Marculfe (liv. 1, formule 24) en parlant du pouvoir et de la protection que les rois de France exerçaient sur leurs sujets, dans les premiers temps de la monarchie; et remarquez que chez nous, comme dans les premiers temps de Rome, la puissance des rois portait le même nom que celle du mari sur la femme (V. *supra*, n° 3).

Ceci posé, la question est de savoir si le protégé, dont tous les biens ont été attribués au protecteur par une espèce d'achat de sa force protectrice, peut *residere quietus sub mundeburde* avec la perspective de rester sans aucuns biens après la perte de son protecteur. Les Coutumes germaniques répondent que la femme prendra, comme héritière, le tiers des biens du protecteur, ce qui suppose qu'elle lui survit. Et c'est fort logique: quand elle meurt avant lui, elle n'a plus besoin de sa protection.

Le droit dérivant du *mundium* ne fut pas d'abord l'association: il fut la successibilité. Ce fut cette successibilité qui se transforma en association, quand on donna pour cause au droit de la femme sa collaboration et non plus la protection du mari. Alors il fut logique de reconnaître à la femme un droit d'association, comme il l'était auparavant de ne lui accorder qu'un droit de succession et de survie; en effet, nous n'avons pas besoin de succéder aux choses que nous avons acquises.

sous l'influence du christianisme et des idées chevaleresques de la féodalité.

Dans l'atmosphère féodale, la terre était tout; elle seule donnait l'honneur et la puissance. Le *mundium*, en faisant passer la femme dans la propriété du mari, avec tous ses biens meubles et immeubles, avait l'inconvénient de faire sortir de la famille les terres patrimoniales qui faisaient sa force et sa conservation (*terra salica*, *allod*, *bonum avitum paternumque*; et de là aussi le mot *héritage*, désignant un immeuble patrimonial): il se modifia, sous l'influence de ces idées et de ces mœurs, à une époque dont il est difficile de préciser la date. Cette modification fut l'origine des propres immobiliers; écoutons Renusson :

« La jurisprudence des propres s'est établie par un
« usage et une convention tacite des peuples. Il serait
« inutile de rechercher le temps de la première origine ;
« elle est aussi ancienne que notre nation même ¹. Ce
« que l'on en peut dire, c'est que les Français ont tou-
« jours eu grand soin, par-dessus les autres nations, de
« perpétuer leur famille et d'en établir la durée dans la
« postérité ². »

Le mari n'eut plus qu'un droit de jouissance et d'administration sur les immeubles de la femme; il n'eut pas le droit de les aliéner sans le consentement de celle-ci; mais son droit de puissance et son pouvoir de disposi-

1. Pas tout à fait. La preuve manifeste en est dans les lois des Barbares, notamment dans la loi des Burgondes et dans celle des Saxons, que je viens de citer. On peut, sans crainte de se tromper beaucoup, fixer l'origine des propres à l'époque de l'établissement de la féodalité.

2. *Traité des Propres*, ch. 1, sect. 1, n° 3.

tion restèrent entiers sur les meubles et les conquêts ou acquêts.

Pour faire prévaloir les idées d'équité et d'égalité qui étaient dans l'esprit du christianisme, on considéra que la femme, par son travail, avait contribué à l'acquisition des meubles et des acquêts. Le droit de la femme, ainsi modifié dans sa cause, dut logiquement se modifier dans ses effets ; il cessa d'être un droit de succession, et devint un droit de collaboration ou d'association ; car nous n'avons pas besoin de succéder aux choses qui sont le fruit de notre travail. Par conséquent, ce droit nouveau ne fut pas subordonné, comme l'ancien, à la condition de survie de la femme ; il ne lui fut pas personnel, comme un droit de succession, et passa aux héritiers.

Il en fut de cette innovation comme de presque toutes celles qui s'opèrent par l'influence des idées et des mœurs : sa marche fut lente et timide. On se contenta d'abord de transformer la cause du droit de la femme, sans en modifier la quotité. Mais bientôt on éprouva des scrupules de ce que le droit de la femme n'était que du tiers. Le *Miroir de Souabe*, recueil du droit coutumier allemand, composé par Eccard de Repgow, chevalier saxon, au commencement du XIII^e siècle, expliquait cette inégalité, en disant que les femmes ne savent ni ne peuvent travailler aussi bien que les hommes. Sous la seconde race de nos rois, le droit de la femme fut fixé à la moitié des meubles et conquêts¹,

1. *Établissements de saint Louis*, liv. 1, ch. XV ; *Capitulaires des rois de France*, liv. IV, ch. XXI ; *Assises des bourgeois*, ch. CLII.

et un de nos plus anciens jurisconsultes put écrire : « Ce qui allait anciennement au tiers , par succession de temps , est allé à la moitié ¹ ».

C'est bien là le régime de la communauté, ou je ne le connais pas. Il a été d'abord un droit de succession, et cette origine explique pourquoi la femme doit accepter ou renoncer ; pourquoi aussi, en acceptant, elle est tenue de tous les actes du mari, comme un héritier est tenu de ceux du défunt.

Le mari fut *seigneur et maître* des biens de la communauté : *Herr und meister*, dit le *Miroir de Souabe*. Beaumanoir, qui écrivait en 1283, et après lui, Coquille, Dumoulin, d'Argentrée, Lebrun, Pothier, ont reproduit cette doctrine : elle est l'exacte expression du droit germanique et coutumier.

Et, remarquez bien ceci :

Le mari n'était pas seulement seigneur et maître des biens de la communauté ; il l'était encore des propres immobiliers de la femme, quoiqu'il ne pût pas les aliéner sans son consentement : *Vocatur dominus, non tamen alienare potest*, disait Dumoulin. Les immeubles de la femme furent appelés *propres*, parce qu'ils restaient sa propriété et qu'ils étaient exclus de la communauté : en d'autres termes, ils ne se confondirent pas dans le patrimoine du mari et n'entrèrent pas dans son pouvoir de disposition. Le mari en eut la jouissance et l'administration ; ce résultat était indifférent pour atteindre le but de conservation que l'on s'était proposé en excluant les immeubles de la communauté. Par conséquent, la

1. Pasquier, *Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI.

qualification de *seigneur et maître*, que l'on conserva au mari relativement à ces biens, après les avoir exclus de la communauté, ne désigna plus que la *seigneurie* et la *maîtrise* de sa jouissance et de son administration. Ceci est important, et les conséquences qui en résultent apparaîtront bientôt.

59. Le mouvement commercial qui marqua la fin du xvi^e siècle, en produisant la richesse mobilière, donna l'impulsion à la communauté : l'apport mobilier de la femme fut une espèce de mise sociale qui doubla le crédit du mari. L'esprit commercial s'empara du principe de puissance maritale et du pouvoir de disposition qui en résulte, pour le faire servir à ses vues.

60. Singulière destinée des institutions humaines ! Le régime dotal avait lutté pendant des siècles contre la *manus* romaine ; il était parvenu à vaincre le principe de la puissance du mari sur les biens de la femme. L'invasion des Germains le remit en face de son vieil ennemi qui s'appelait, cette fois-ci, le *mundium* germanique, et qui devait devenir bientôt le régime de la communauté. Aussitôt la lutte recommença entre les deux principes opposés. La loi romaine et le régime dotal se conservèrent dans le Midi. On appela ces contrées *Pays de droit écrit*¹, par opposition à celles du

1. Les pays de droit écrit comprenaient les ressorts des quatre grands parlements de Toulouse, de Bordeaux, d'Aix, de Grenoble ; dans le vaste ressort du parlement de Paris, le Lyonnais, le Mâconnais, le Forez, le Beaujolais, une partie de l'Auvergne et de la Basse-Marche ; dans le parlement de Dijon, la Bresse, le Valromey et le Gex ; il faut y ajouter la Franche-Comté et la Savoie, dont le sénat fut illustré à la fin du xvi^e siècle par le président Antoine Fabre.

centre et du nord de la France, qui furent régies par la loi franque et que l'on appela *Pays de droit coutumier*, parce que les Francs, ne connaissant point l'art de l'écriture, n'avaient que des coutumes. Ces hommes puissants et fiers, qui dédaignaient le commerce et qui ne pouvaient pas s'y livrer sans déroger, portaient dans leurs mœurs, sans le savoir, un principe commercial !

61. Le germanisme et le romanisme luttèrent pour s'imposer réciproquement leurs idées et leurs principes. Il importe de suivre cette lutte dans la doctrine et la jurisprudence.

On examina d'abord quels étaient les droits du mari sur la dot en général et spécialement sur la dot mobilière. L'interprétation se trouva en face du droit des jurisconsultes romains et des réformes que Justinien y avait apportées, notamment par la loi 30, C., *De jure dot.*, et la loi un., C., *De rei ux. act.*

Le mari était-il encore *dominus dotis* ? S'il l'était, quel sens fallait-il, depuis les réformes de Justinien, attacher à cette qualification ?

Les premières interprétations s'établirent sur la loi 21, C., *De donat.*, ainsi conçue : *Constante matrimonio dotem penes maritum suum constitutam, avia tua tibi donare non potuit.*

Harménopule, un des rares jurisconsultes grecs qui écrivirent sur le droit après les réformes de Justinien, avait paraphrasé cette loi de la manière suivante : *Cum, constante matrimonio, dominus dotis sit maritus, non ergo potest uxor eam donare.* Le jurisconsulte grec avait tra-

duit les mots : *dotem penes maritum* de la loi 21 par ceux-ci : *maritus dotis dominus*. On ne pouvait pas supposer qu'il eût affirmé, en faveur du mari, un droit de propriété que Justinien avait si énergiquement nié dans la loi 30, C., *De jure dotium*.

Les glossateurs pensèrent donc que les mots : *penes maritum* exprimaient la possession ou la jouissance de la dot par le mari, et que les mots : *dominus dotis* de la paraphrase d'Harménopule désignaient le droit du mari à cette possession ; en d'autres termes, le mari, au lieu d'être considéré comme propriétaire de la dot, fut considéré comme propriétaire de la jouissance de la dot ; et de là on conclut que la femme ne pouvait rien faire qui pût porter atteinte à ce droit de jouissance du mari. Accurse, le dernier des glossateurs, disait : *Mulier non potest fundum dotalem donare ut interim viro præjudicet*. Salicet a exprimé la même pensée en ces termes : *Uxor non potest donare in præjudicium mariti*.

Cujas vint prêter son puissant appui à cette explication. Le grand romaniste français établit sa doctrine en mélangeant le droit du Bas-Empire et celui de Rome. Justinien avait dit, dans la loi 30, C., *De jur. dot.*, que les choses dotales restaient naturellement la propriété de la femme : *Et ab initio uxoris fuerint (res dotales) et NATURALITER in ejus permanserint DOMINIO*. Cujas en conclut que la femme avait la propriété naturelle des choses dotales : *dominium naturale*. Mais cette propriété naturelle de la femme n'excluait pas le droit du mari de percevoir les fruits de la dot, ni, par conséquent, celui d'administrer les choses dotales. Ce droit du mari fut appelé *dominium civile*. Telle fut l'interprétation de Cujas, sur la

loi 30, C., *De jure dot.* ; il fut suivi dans cette voie par toute la foule des commentateurs. On ajouta au droit du mari l'exercice des actions, à cause de l'interprétation que l'on donnait alors aux lois 11, C., *De jure dot.*, et 9, C., *De rei vindic.*

Perezius déterminait le droit du mari sur la dot en ces termes : *Dicitur maritus DOTIS DOMINUS juris fictione, propter usumfructum, exercitium actionum et administrationem rerum dotalium quam lex ei concedit* ¹.

Doneau a traité longuement le même sujet : il résume ainsi son opinion : « Maritus, constante matrimonio, « dominus est dotis, jure civili ; mulier domina existi- « matur natura... Ad hæc omnia sit nobis hoc respon- « sum, maritum dominum dotis esse, non simpliciter, « sed modo quodam et ex parte, nempe *vindicatione* « *tenus et fruendi potestate*, in servis autem etiam ma- « numittendi et jubendi jure : *cætera dominii ejus non* « *esse*, ut vere et simpliciter dominus dici non possit, « nec jure gentium, nec jure civili ². »

Le cardinal De Luca, qui était en même temps un savant jurisconsulte, enseignait la même doctrine en ces termes : « *Dominium naturale ac directum* remanet penes « mulierem ; in virum autem transit quoddam *dominium* « *civile*, seu *utile*, propter fructus, ita ut rei commo- « dum vel periculum, seu augmentum ac diminutio fit « mulieris ; vir autem, de hujusmodi bonâ vel malâ « alteratione participat incidenter ac accessorie,

1. Sur le Code, liv. v, tit. xii, nos 1 et 2. — Ajoutez Fontanella, *De pact. nupt.*, p. 257 ; A. Sande, *De prohib. rer. alien.*, p. 39 ; Schneidewin, *Instit.*, p. 233.

2. Lib. ix, Comm. X, no 23.

« propter interesse fructuum quos ex alteratione præ-
« dicta augeri vel minui contingat... Atque sunt hodie
« conclusiones forensibus planæ, cum apud solos scho-
« lasticos remaneant disputabiles, ut in specie, quod
« rei dotalis dominium naturale resideat penes mulie-
« rem, in virum autem transeat solum civile¹. » Et ail-
« leurs, il disait : « Dicitur maritus *legalis administrator*
« dotis² ».

Le voilà enfin prononcé, le mot tant cherché !

Il ne fut pas difficile à De Luca, ni aux anciens inter-
prètes de transformer le mari *dominus dotis* en adminis-
trateur de la dot. Le droit romain de la période classique
avait ouvert la marche dans cette voie ; il voyait un
dominus dans celui qui, suivant notre droit français,
n'est qu'un administrateur. La loi 27, D., *De admin. et*
peric. tut., dit : *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad pro-*
videntiam pupillarem, DOMINI loco habetur. La loi 7, § 3,
D., *Pro emptore*, est plus formelle encore : *Tutor in re*
pupilli tunc DOMINI loco habetur cum tutelam ADMINISTRAT,
non cum pupillum spoliat, ce qui ne veut pas dire assu-
rément que le tuteur est assimilé à un *propriétaire*, mais
à un *maître*, quand il administre les affaires du pupille :
en d'autres termes, le droit n'accorde des effets civils
qu'aux actes du tuteur qui ont un caractère d'adminis-
tration ; il les refuse à ceux qui ont un caractère d'abus
et de spoliation. Le tuteur n'est un maître que pour les
premiers, et ceux-là seuls ont la puissance d'obliger
le pupille. Nous exprimons la même idée en droit fran-

1. *De dote*, Disc. 158, nos 1 et 3.

2. *De dote*, Disc. 71, n° 5.

çais quand nous disons : *les pouvoirs d'un administrateur*.

Si la doctrine des pays de droit écrit, cédant aux efforts du droit germanique et coutumier, avait appliqué le droit romain des jurisconsultes, en le mélangeant de celui de Justinien, on serait arrivé, suivant les vœux des partisans de la communauté, à décider que le mari était propriétaire de la dot mobilière et qu'il pouvait l'aliéner, parce que nul texte de loi ne lui défendait cette aliénation. On serait ainsi allé plus loin que le droit romain lui-même, et l'on aurait livré la dot mobilière à la libre disposition du mari, puisque la femme n'avait plus le tempérament et la garantie de l'action arbitraire depuis que Justinien l'avait abrogée.

On ne pouvait pas non plus appliquer le droit de Justinien dans toute son intégrité, car la femme n'avait plus, sur ses meubles dotaux, ni l'action en revendication, ni l'action hypothécaire que Justinien lui avait accordée; voici pourquoi cette double action lui faisait défaut :

En droit romain, les meubles étaient, comme les immeubles, susceptibles d'hypothèque et du droit de suite. Le propriétaire pouvait les revendiquer entre les mains de tout tiers détenteur, tant que l'usucapion ne s'était pas accomplie; la revendication était même perpétuelle pour les objets volés ou ravis par violence. Le droit romain consacrait énergiquement le droit de propriété en disant : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (L. 54, D. De div. reg. jur.).

Il n'en était pas ainsi chez les Germains. Ces peuples guerriers et nomades ne pratiquaient pas le luxe des

Romains ; ils ne connaissaient pas la propriété foncière, et ils considéraient les meubles comme un accessoire de la personne. De là ces maximes de notre ancien droit coutumier : *Les meubles suivent le corps ; ils n'ont pas d'assiette ; ils n'ont ni côté, ni ligne ; ils n'ont pas de suite par hypothèque ; leur possession vaut titre.*

Dans les principes du droit coutumier et à l'inverse du droit romain, le propriétaire d'un effet mobilier ne peut plus, sauf le cas de vol, le revendiquer que contre la personne même avec laquelle il a traité de cet objet ou à laquelle il l'a remis ou confié ; toute revendication lui est interdite contre les tiers qui le tiennent de cette personne. On trouve la preuve positive de ces principes germaniques : 1^o dans la loi des Wisigoths, quoique rédigée sous l'influence du clergé d'Espagne et du droit romain ; 2^o dans les *Assises de Jérusalem*, le plus ancien monument de notre droit coutumier ; 3^o dans Beaumanoir et dans le *Grand Coutumier*. Loysel les a mis en brocards, et ils sont devenus la célèbre règle de l'article 2279 : *En fait de meubles, la possession vaut titre*¹.

De la loi des Wisigoths qui s'étaient établis dans le midi de la France, la maxime germanique et coutumière était passée dans la jurisprudence des parlements de droit écrit². Voilà pourquoi, en droit écrit, la femme n'avait plus ni l'action en revendication, ni l'action hypothécaire que lui accordait la législation de Justi-

1. M. Klimrat, *Histoire du droit français*, liv. VIII, tit. III ; M. Pardessus, *Mémoire sur les origines du droit français*, p. 334. — On sait que la règle est reproduite par l'art. 2279 du Code Napoléon et spécialement appliquée par les art. 2118 et 2119 du même Code.

2. Vedel, *Observations sur Catelan*, *infra*, p. 141.

nien ; car l'action en revendication applique le droit de suite comme l'action hypothécaire ; les deux actions étaient donc atteintes par la maxime : *Mobilia non habent sequelam*.

Placée dans cette situation difficile, la jurisprudence de droit écrit appliqua le droit de Justinien, qui, contrairement au droit romain des jurisconsultes, déniait au mari la propriété de la dot, soit mobilière, soit immobilière ¹. Elle le fit et devait le faire, d'autant plus que le mari, quoique n'étant pas propriétaire, pouvait en fait, comme il le peut encore dans notre droit moderne, aliéner irrévocablement les meubles dotaux corporels en faveur des tiers de bonne foi.

61 bis. Le mari fut qualifié *maître de la dot* par la doctrine et la jurisprudence de droit écrit. Mais il est essentiel de remarquer que cette qualification ne reproduisit pas le sens que le droit romain antérieur à Justinien attachait à celle de *dominus dotis*. On vient de voir, en effet, que les commentateurs du droit romain, Harménopule, les Glossateurs, Perezius et une foule d'autres à leur suite, n'attachaient qu'un droit d'usufruit et d'administration à la qualification de *dominus dotis* qu'ils accordaient au mari. On se souvient que Cujas avait attribué le *dominium naturale* de la dot à la femme et le *dominium civile* au mari. L'école du grand maître vit dans le *domaine naturel* la propriété de la dot pour la femme, et dans le *domaine civil* la maîtrise de la jouissance et de l'administration de la dot pour le mari.

1. Voyez *supra*, nos 28 et suiv.

C'est pourquoi le cardinal De Luca qualifiait indifféremment le mari *dominus dotis* ou *legalis administrator*, preuve que dans sa pensée le *dominus dotis* n'était qu'un *administrator*.

Maintenant remarquez bien ceci :

1^o Le mari était qualifié *dominus dotis*, sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière : ce qui prouve que cette qualification n'exprimait pas la propriété, ni le droit d'aliéner la dot ; autrement il aurait fallu distinguer entre la dot immobilière et la dot mobilière et restreindre à celle-ci le titre de *dominus dotis*. On n'ignorait pas la prohibition de la loi Julia.

2^o Nos anciens jurisconsultes ou arrêtistes qui écrivirent en français ne qualifièrent jamais le mari *propriétaire de la dot* ; ils le qualifièrent *maître de la dot*, toujours sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière, ce qui prouve encore que, dans leur pensée, cette qualification n'était pas celle de la propriété, ni du pouvoir d'aliéner ; autrement ils auraient nié le principe incontesté de l'inaliénabilité absolue de la dot immobilière.

Vainement voudrait-on infirmer ces inductions en faisant remarquer qu'en droit romain, la prohibition d'aliéner le fonds dotal n'empêchait pas le mari d'en être propriétaire : *Dotale prædium maritus, invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit* ¹. Le mari ne fut plus propriétaire de la dot, soit mobilière, soit immobilière, à partir de la constitution

1. Gaius, instit. comm. II, §§ 92 et 93.

de Justinien qui forme la loi 30, C., *De jure dotium*. Si l'on niait cette vérité, en reproduisant contre la loi 30 les objections auxquelles nous avons déjà répondu, nous aurions encore à présenter deux réflexions :

1^o Les lois barbares attribuaient au mari la propriété de tous les biens de la femme, meubles et immeubles¹; cette propriété a cessé sur les immeubles, sans le secours d'aucune loi, par la seule force des mœurs nationales. Les immeubles de la femme lui sont restés propres.

2^o Il serait absurde que, sous le régime de communauté, malgré son principe de puissance maritale, les immeubles eussent cessé d'appartenir au mari, et que les immeubles dotaux eussent continué de lui appartenir sous le régime dotal, dont le principe, les traditions historiques et le but répugnaient à cette propriété. On verra d'ailleurs, plus loin, qu'en droit écrit, la femme pouvait donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants, en réservant l'usufruit au mari², ce qui prouve jusqu'à l'évidence que le mari n'en était pas propriétaire.

Nous croyons donc pouvoir conclure avec certitude qu'en droit écrit, le mari n'était pas propriétaire de la dot immobilière. Notre argument revient donc dans toute sa force : le mari n'était pas propriétaire de la dot immobilière, et cependant les interprètes du droit romain et les jurisconsultes de droit écrit l'ont qualifié *maître de la dot*, sans distinguer entre la dot mobilière

1. *Supra*, n^o 56.

2. *V. infra*, n^o 122.

et la dot immobilière ; donc cette qualification n'exprimait pas le droit de propriété et de disposition ; elle ne désignait que la *maîtrise* de la jouissance et de l'administration sur la dot en général.

62. Il était donc logique de décider, en droit écrit, que le mari n'était pas propriétaire de la dot mobilière et qu'il ne pouvait pas en disposer, puisque son titre de *dominus dotis* ou de *maître de la dot* ne comprenait que la jouissance et l'administration des biens dotaux avec l'exercice des actions.

Telle fut, en effet, la première interprétation des romanistes.

Vers le milieu du xvi^e siècle, Cujas parut l'avoir ébranlée, en enseignant que la législation de Justinien n'avait point prohibé l'aliénation de la dot mobilière. Ce n'était qu'une question de mots, puisque la femme trouvait tous les effets d'une telle prohibition dans l'action en revendication et dans l'action hypothécaire que lui accordait la loi 30, C., *De jure dotium*.

Mais la garantie de cette double action n'avait plus lieu en faveur de la femme, à cause de la maxime de droit germanique et coutumier : *Mobilia non habent sequelam*, maxime que les parlements de droit écrit appliquaient, et qui est reproduite par l'art. 2279 du Code Napoléon. La femme se trouvait donc réduite à invoquer, soit la partie de la loi 30, dans laquelle Justinien nie la propriété du mari sur les choses dotales et l'appelle *une subtilité des lois*, soit la Novelle 97, dans laquelle il dit : *Dotem minui nullo sinimus modo*. On répondait que la loi Julia ne défendait au mari que l'alié-

nation du fonds dotal sans le consentement de la femme, et l'on en concluait par argument *à contrario* que le mari pouvait aliéner la dot mobilière. Parmi les jurisconsultes qui prirent part à cette controverse, quelques-uns se signalèrent par leurs idées germaniques et coutumières; de ce nombre fut Vinnius, jurisconsulte belge, qui écrivait : *Prohibita rerum mobilium alienatione, facile fieri posset ut multi deciperentur et multa inde sequerentur incommoda* ¹.

Les interprètes qui accordaient au mari le droit d'aliéner la dot mobilière avaient le tort de raisonner comme si la législation lui permettait cette aliénation, par cela seul qu'elle ne la lui défendait pas ². Le but de ce sophisme est facile à comprendre; la règle que *les meubles n'ont pas de suite* ne protégeait que les tiers contre l'action en revendication et l'action hypothécaire de la femme; elle laissait le mari exposé à une action en dommages-intérêts de la part de la femme, pour s'être mis dans l'impossibilité de lui restituer sa dot en nature. On voulait soustraire le mari à cette éventualité, en lui attribuant sur la dot mobilière du régime dotal les pouvoirs de disposition qu'il avait, en droit coutumier, sur la dot mobilière versée à la communauté.

Entre le régime dotal et le régime de communauté,

1. Instit., liv. II, tit. VIII, n° 1. — La règle : *Meubles n'ont point de suite*, est trop ancienne pour avoir été établie dans l'intérêt des tiers; sa raison d'être s'était transformée. On est étonné qu'un jurisconsulte aussi instruit et aussi exact que Vinnius ait pu faire servir cette règle à l'interprétation du droit romain. De nos jours, M. Troplong a reproduit la même idée. V. *infra*, n° 103.

2. Telle était notamment la doctrine de de Juin et Serres. V. *infra*, n° 72.

il y avait de ces similitudes que le hasard et les mots semblent avoir créées pour produire la confusion.

Sous le régime de la communauté, tous les biens mobiliers de la femme tombaient en communauté, c'est-à-dire dans la puissance et le pouvoir de disposition du mari. Les immeubles seuls échappaient à cette puissance et à cette communauté, à cause de l'importance que l'on attachait à la conservation de la propriété foncière dans les familles : le mari ne pouvait pas les aliéner sans le consentement de la femme. La manie d'imiter le droit romain, ou plutôt l'influence des idées canoniques, avait fait admettre que, sous le régime de la communauté, tous les biens de la femme étaient dotaux ; cette dot ressemblait à celle dont parle Cicéron sous le régime de la *manus* romaine. Le même principe conduisait aux mêmes conséquences. Le mari était qualifié *seigneur et maître* de la dot, c'est-à-dire des biens de la femme en général ; il ne pouvait pas aliéner les immeubles, parce qu'ils restaient propres à la femme : *Vocatur dominus, non tamen alienare potest*, a dit Dumoulin. Quant aux meubles, le mari en était plus complètement seigneur et maître ; il pouvait en disposer seul et sans le consentement de la femme.

En droit écrit, le mari était également qualifié *maître de la dot*, comme il était qualifié *dominus dotis*, en droit romain ; il ne pouvait pas aliéner les immeubles dotaux, même avec le consentement de la femme. Mais ne pouvait-il pas aliéner les meubles ? C'est ce que voulaient les partisans du droit coutumier, afin d'assimiler le régime dotal au régime de communauté, relativement à la dot mobilière.

Si, à cette époque, on s'était préoccupé des études historiques, et si l'on était remonté à l'origine des choses pour en déterminer la nature et les conséquences, on serait facilement parvenu à comprendre pourquoi, sous le régime de communauté, le mari pouvait disposer de la dot mobilière, et pourquoi, sous le régime dotal, il ne pouvait pas avoir ce pouvoir.

Dans le système coutumier, le droit du mari sur la dot était une conséquence de sa puissance sur la personne de la femme¹; c'était toujours le principe germanique : *Ut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat*. Il en résultait que l'administration de la dot mobilière par le mari était absolue et qu'elle renfermait le droit de propriété et de disposition.

En droit écrit, au contraire, le mariage n'émancipait pas; la femme ne passait pas en puissance du mari; elle restait sous celle de son père et n'en sortait que par une émancipation expresse ou par une habitation séparée, pendant dix ans, hors de la maison paternelle². Le droit du mari sur la dot du régime dotal n'était donc pas une conséquence de sa puissance sur la personne de la femme; il ne dérivait que du contrat de constitution de dot, qui avait pour but principal la jouissance du mari, pour soutenir les charges du ma-

1. V. Pothier, *De la puissance du mari*, et tous les auteurs de droit coutumier.

2. Catelan, *Arrêts du parlement de Toulouse*, t. II, liv. IV, ch. LI, LII, LIII; et *Observations* de Vedel; Cambolas, liv. I, ch. XXVII; Maynard, liv. VIII, ch. LX; Fabre, *Cod.*, liv. II, tit. IX, déf. 4; Argou, *Instit. au droit français*, liv. I, ch. IV; Furgole, *Quest. sur les donat.*, XXIV, 1; Serres, *Instit.*, liv. I, tit. XII; M. Bénéch, *De l'emploi et du remploi de la dot*, p. 371.

riage. Ici l'administration n'était pas absolue et n'allait pas jusqu'au pouvoir de disposition, comme celle des biens de communauté; elle appartenait au mari par une double raison : 1^o comme accessoire de son droit de jouissance, et parce qu'il n'y a point de fruits sans administration; 2^o dans l'intérêt de la femme envers laquelle le mari est responsable de ses fautes, ce qui exige que son administration soit libre et indépendante de la volonté de la femme.

Voilà pourquoi cette administration du mari doit durer autant que sa jouissance; pourquoi aussi, elle ne peut pas être révoquée par la femme, comme un mandat ordinaire. C'est à cause de cette irrévocabilité de jouissance et de cette indépendance d'administration que le mari était considéré comme *maître de la dot*.

Mais, pour des esprits superficiels, comme pour ceux qui se préoccupent, avant tout, du but qu'ils poursuivent, il y avait, entre les deux régimes, certaines apparences d'analogie. Ici, le mari était *seigneur et maître de la dot*; son administration était absolue quant à la dot mobilière; il ne pouvait aliéner les immeubles. Là il était maître de la dot; il en avait l'administration, mais il ne pouvait pas aliéner les immeubles à cause de la prohibition de la loi Julia, renouvelée et fortifiée par la loi un., C., *De rei ux. act.* Si l'on parvenait à faire accepter que le *maître de la dot* en droit écrit était le même que le *seigneur et maître de la dot* en droit coutumier, et que l'administration de l'un devait s'entendre dans le même sens que celle de l'autre, le principe de la communauté se glissait dans le régime dotal et se l'appropriait.

63. Ce conflit d'idées porta le trouble dans la doctrine et la jurisprudence de quelques parlements de droit écrit, et ce ne fut qu'après de nombreuses controverses que les vrais principes finirent par se dégager de la confusion accumulée par les doctrines germaniques et coutumières. On ne vit pas que ces idées partaient de deux principes diamétralement opposés : l'un appartenant à la race germanique, principe de puissance maritale sur la personne et les biens de la femme ; l'autre appartenant à la race latine, principe de séparation de biens entre les époux.

Il importe d'étudier la marche que suivait le droit coutumier pour faire accepter son principe par la doctrine et la jurisprudence de droit écrit, et de prouver comment il se couvrait du droit romain, qu'il interprétait suivant ses idées, pour se déguiser et se rendre méconnaissable. Cette étude n'a pas seulement un intérêt de curiosité historique ; elle est indispensable. On va voir, en effet, que la doctrine moderne cherche à faire diversion et à se dérober aux motifs et aux textes du Code Napoléon en présentant les anciens efforts du régime de communauté comme étant l'expression de la jurisprudence de droit écrit.

Les partisans des idées de communauté prétendirent d'abord que l'inaliénabilité de la dot était établie en faveur du mari, dans l'intérêt de sa puissance maritale. Cette prétention monstrueuse n'était rien moins que la négation du principe même du régime dotal et sa confiscation au profit du régime de communauté. Elle avait pour objet d'assimiler la dot mobilière ou immobilière de la femme dotale aux biens de la femme commune.

Il en serait résulté, en effet, que la dot, même immobilière, aurait pu être aliénée par la femme, comme les propres immobiliers du régime de communauté, avec le consentement du mari : le mari aurait dû fournir son autorisation comme preuve de renonciation à son droit et, par là, le régime de communauté aurait gagné un principe de plus sur le régime dotal, la nécessité de l'autorisation maritale. En l'absence de cette autorisation, la femme n'aurait pu aliéner qu'en réservant l'usufruit au mari.

C'est précisément dans un cas d'aliénation de la dot mobilière par la femme, avec réserve de l'usufruit au mari, que la question se présenta pour la première fois au parlement de Toulouse. D'Olive nous a transmis les détails les plus intimes de cette lutte intéressante :

Une femme avait donné sa dot, consistant en 10,000 livres, à un de ses frères, avec réserve de l'usufruit à son mari : devenue veuve, elle demanda la nullité de cette donation, comme étant faite contrairement à la prohibition d'aliéner la dot. La question, ayant été portée au parlement, y rencontra de sérieuses difficultés. Parmi les conseillers, les uns étaient d'avis d'annuler la donation, parce que la défense d'aliéner la dot était établie dans l'intérêt de la femme ; ils invoquaient la loi Julia et la loi 21, C., *De donat.* ; les autres écartaient l'application de ces deux lois, parce que ni l'une ni l'autre ne prohibait l'aliénation du *fonds dotal* faite par la femme elle-même. Les défenseurs de cette dernière opinion expliquaient la loi 21 en disant que sa prohibition n'avait lieu qu'en faveur du mari : ils invoquaient, à l'appui de cette thèse, l'opinion d'Harméno-

pule, qui a paraphrasé la loi 21 en ces termes : *Cum, constante matrimonio, dominus dotis sit maritus, non ergo potest uxor eam donare* ¹. Les voix furent partagées, mais le partage fut vidé en faveur de la première opinion par arrêt du 2 janvier 1637 ; la donation fut annulée ². Deux ans après, la même question se présenta devant le parlement et y reçut la même décision par arrêt du 3 février 1639 ³. Le parlement de Toulouse persista dans cette jurisprudence par un troisième arrêt, en date du 23 février 1654.

Il ne faut pas considérer comme contraire un quatrième arrêt du 6 février 1723, rapporté par Vedel sur Catelan, et qui « décida qu'une donation faite par une « dame Mafré à la demoiselle d'Arbusquier, sa nièce, en « faveur de son mariage, de 50 livres, faisant partie « des cas dotaux de la tante, était valable. » Fromental fait remarquer que cet arrêt ne devait pas tirer à conséquence, parce que la modicité de la donation en fut le seul motif ³.

64. Au parlement d'Aix les partisans des idées de communauté partagèrent non plus les voix, mais les arrêts. Le droit coutumier en compta autant que le droit écrit : ce qui faisait dire à l'annotateur de Dupé-

1. La paraphrase d'Harménopule, rapprochée de la loi 21, C., *De donat.*, prouve certainement que la femme ne pouvait pas disposer de la dot au préjudice du mari. Mais il restait à savoir quel était le droit du mari. Était-ce un droit de propriété ou de jouissance et d'administration ?

2. D'Olive, *Questions notables de droit*, liv. III, ch. XXIX. — Le parlement de Toulouse décidait donc en même temps que la dot mobilière était inaliénable, comme la dot immobilière : autrement il n'aurait pas pu annuler la donation.

3. V^o *Dot.*, p. 256.

rier : « Je n'ai pas vu de question sur laquelle il soit intervenu devant le même parlement tant d'arrêts opposés les uns aux autres. On peut soutenir le pour et le contre... *Il est certain* que le principal objet de la loi qui a interdit l'aliénation de la dot a été *l'intérêt et la puissance du mari*, à qui l'administration en est confiée ¹.

65. A Grenoble et à Bordeaux, le droit coutumier fit décider la question en sa faveur; son triomphe ne devait pas durer longtemps.

Furgole examina la question et prouva, avec son savoir ordinaire, que l'inaliénabilité de la dot est établie pour protéger la faiblesse de la femme contre la puissance du mari, et non pas la puissance du mari contre la faiblesse de la femme. Les parlements d'Aix et de Bordeaux abandonnèrent leur jurisprudence et se rallièrent à sa doctrine ².

66. Les efforts de la lutte se concentrèrent sur la dot mobilière. Le mari en était-il propriétaire? Pouvait-il aliéner les meubles, céder les créances? Ses créanciers pouvaient-ils les faire saisir?

Sur cette question, les jurisconsultes modernes traitent la jurisprudence de droit écrit comme ils traitent le droit romain : ils en faussent le sens et lui font dire ce qu'elle ne dit pas. On va voir que les parlements et les rares Coutumes du midi étaient unanimes pour décider que la dot mobilière était inaliénable comme la dot immobilière, et spécialement que le mari ne pouvait pas l'aliéner, ni ses créanciers la faire saisir.

1. *Questions notables*, liv. 1, quest. 3.

2. *Des donations*, quest. 24, nos 14 et suiv.

§ I^{er}. — *Parlement de Toulouse.*

67. La jurisprudence de ce parlement est importante. On l'invoque comme exprimant la doctrine des pays de droit écrit au sujet des droits du mari sur les créances dotales ; elle est devenue le point de départ des erreurs modernes en matière de dot mobilière.

Un arrêt du 11 août 1645 décida que les meubles dotaux corporels ne sont pas saisissables par les créanciers du mari ¹. La saisie attestait l'insolvabilité du mari ; cette insolvabilité donnait le droit à la femme d'agir en répétition de sa dot. On ne voulait pas que les créanciers du mari pussent s'emparer de cette dot au moment même où la femme était fondée à se la faire restituer.

68. En était-il autrement des créances dotales ? Le mari pouvait-il les céder ? Ses créanciers pouvaient-ils les faire saisir ?

Il ne paraît pas que le parlement ait jamais décidé cette question d'une manière positive.

Mais Catelan, qui fut, pendant 46 ans, conseiller au parlement de Toulouse, et une des lumières de ce corps illustre, invoque l'opinion qui fut émise, le 30 mai 1665, par ses collègues de la première chambre des enquêtes, et s'en autorise pour affirmer que le mari est le maître absolu des créances dotales, qu'il peut les céder et que ses créanciers peuvent les faire saisir. Il s'exprime ainsi :

« Le mari étant le maître absolu des obligations qui

1. Albert, *Arrêts du parlement de Toulouse*, ch. XII, p. 216.

« lui ont été constituées en dot, et pouvant les nover et
« en retirer payement comme bon lui semble, sans être
« obligé de donner caution, il s'ensuit que, tandis que
« ces obligations appartiennent au mari, ses créanciers
« peuvent faire saisir et arrêter les sommes dotales
« entre les mains des débiteurs et qu'ils doivent en
« avoir la recréance, sans que la femme puisse s'y oppo-
« ser, *si les biens de son mari ne sont pas en distribution.*
« On demeura d'accord de ces propositions en la pre-
« mière chambre des enquêtes, le 30 mai 1665, quoique
« la question n'y fût pas jugée, à cause des circons-
« tances.

« Il s'ensuit pareillement de là que le mari peut,
« en payement de ses dettes propres, céder *les obliga-*
« *tions qui lui ont été constituées en dot*, tout comme
« d'autres obligations lui appartenant; et *il a été jugé*
« qu'après la cession que le mari a faite de *ses obligations*
« dotales, ou autres lui appartenant, et après l'accep-
« tation faite par les débiteurs, la femme, quelque pri-
« vilège qu'elle puisse avoir pour la répétition de sa
« dot, ne pourra pas agir sur ces obligations encore
« extantes et non payées, ni les saisir. L'arrêt qui l'a
« ainsi décidé est du 20 juin 1668, après partage porté
« de la grand'chambre en la première chambre des en-
« quêtes par M. de Puymisson, rapporteur, et M. de
« Papus, compartiteur. En cette espèce, la nommée
« Capoulade, se mariant avec Balista, se constitue la
« somme de 7,500 livres, qu'André Capoulade frère
« paye dans le même contrat de mariage en argent ou
« en cessions, entr'autres en une cession de la somme
« de 750 livres que la communauté d'Azillanet lui

« devait, avec le pouvoir de s'en faire payer comme de
« sa dette propre. Quelques années après, Balista fait
« cession de cette somme de 750 livres à la nommée
« Fournas, veuve de Labrousse... Les biens de Balista
« ayant été généralement saisis, Capoulade, sa femme,
« fait saisir ladite somme de 750 livres entre les mains
« de la communauté d'Azillanet.

« L'avis du compartiteur, qui passa, était de casser la
« saisie par les raisons suivantes :

« Que la somme de 750 livres, cédée sur la commu-
« nauté d'Azillanet, n'était pas dotale, n'ayant pas été
« constituée en dot, mais baillée en paiement de la dot ;
« et que, quand même cette obligation aurait été cons-
« tituée en dot, le mari en serait par là devenu le maî-
« tre, et aurait pu l'exiger et la prêter après en son
« nom, et l'employer au paiement de ses propres
« créanciers, et que, *par conséquent*, il pouvait la
« céder et la déléguer à ses créanciers.

« Que la cession étant acceptée, la dette était censée
« novée et dénaturée, en sorte qu'il ne fallait plus la
« considérer comme dette appartenant à Balista, mais
« à Fournas¹. »

On remarquera d'abord que la question ne fut point
jugée par l'arrêt du 30 mai 1665 ; Catelan lui-même en
fait la remarque. Elle ne le fut pas davantage et ne
pouvait pas même l'être dans l'espèce qui donna lieu à
l'arrêt du 20 juin 1668. Évidemment, la créance de 750
livres sur la communauté d'Azillanet n'était pas dotale,
puisque'elle n'avait pas été constituée en dot, mais

1. *Arrêts remarquables*, liv. IV, ch. XLVII.

donnée en paiement de la dot au mari par le frère de la femme auquel elle appartenait. La femme n'y avait aucun droit et sa saisie ne pouvait pas se soutenir.

Catelan n'a pas suffisamment expliqué les raisons de cette opinion. Mais Vedel a complété l'explication par les observations suivantes :

« Je crois que l'arrêt, après partage, du 20 juin 1668, est conforme aux règles, et qu'il faut constamment décider que, quand la cession faite par le mari à un de ses créanciers, d'une somme dotale, a été acceptée par le débiteur de cette somme, la femme ne peut plus agir sur l'obligation cédée, quoique extante, si la cession a été faite dans un temps non suspect et où les biens du mari n'étaient pas dérangés. La raison de le décider ainsi est prise de deux maximes également reçues : la première, que l'argent est meuble de sa nature, et, *par conséquent*, les obligations et cédules...; la seconde, que les obligations étant réputées meubles, ne peuvent plus être saisies par les créanciers du cédant lorsqu'elles ont été dénaturées au moyen d'une cession acceptée, parce que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, lorsqu'ils sont hors des mains du débiteur par l'aliénation qu'il en a faite... La loi 30, C., *De jure dotium*, ne peut être appliquée, suivant nos maximes, aux cessions acceptées, parce qu'alors les sommes ne sont plus extantes, mais dénaturées par la cession et l'acceptation, ce qui empêche la femme de les pouvoir suivre par hypothèque ¹. »

¹. *Observations* sur Catelan, liv IV, ch. XLVII et XLIX, t. II, p. 93 et suiv.

Ainsi, le mari pouvait disposer des créances dotales, et ses créanciers pouvaient les faire saisir pour deux raisons :

1^o Parce que les obligations, c'est-à-dire les créances, étaient assimilées à des sommes d'argent ;

2^o Parce que, comme tous les meubles corporels, elles n'étaient pas susceptibles du droit de suite.

Chacune de ces raisons mérite un examen particulier ; commençons par celles de Vedel.

Assimiler les créances dotales à des sommes d'argent, c'était décider, par cela même, qu'elles appartenaient au mari, qu'il pouvait en disposer et que ses créanciers pouvaient les faire saisir. En effet, les sommes d'argent rentrent évidemment dans la catégorie des choses *quæ pondere, numero mensurave continentur* ; voilà pourquoi on les appelle aussi *du numéraire* ; or, tout le monde est d'accord que le mari peut disposer des sommes dotales, lorsqu'il n'est pas tenu d'en faire emploi : *Res in dotem datæ, quæ pondere, numero, mensura constant... in hoc dantur ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat*¹.

Le parlement de Toulouse, en décidant que les créances étaient des sommes d'argent, s'écartait des vrais principes. La dot qui consiste en créances non estimées ne consiste pas pour cela en sommes d'argent, en choses fongibles ; elle consiste en ce qui est dû. *Nomen est debitum*, disait Bartole², et il distinguait si la créance avait été estimée ou non. Le président Fabre enseignait aussi que les créances ne pouvaient pas être

1. L. 42, D., *De jure dot.* ; L. 2, D., *De reb. cred.*

2. Sur la loi 49, D., *Sol. matrim.*

considérées comme portant avec elles-mêmes leur propre estimation : *Quid ergo si nomen in dotem datum sit? An quia videtur dos hoc casu in pecunia numerata consistere, pro æstimata habebitur? Minime. Id enim potius datum doti intelligitur quod eo nomine exigi potuerit*¹. Telle est aussi la doctrine des auteurs modernes². La première raison indiquée par Vedel, comme ayant déterminé la jurisprudence du parlement de Toulouse, n'est donc pas applicable sous l'empire du Code Napoléon.

La seconde ne l'est pas plus que la première.

A l'époque où le parlement de Toulouse agitait la question de savoir si le mari pouvait disposer des créances dotales, on ne s'était pas fait, même en droit coutumier, une idée exacte de la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre*. La nécessité de la bonne foi chez les tiers n'était pas encore entrée dans la jurisprudence, et l'on ne distinguait pas, comme aujourd'hui, sous l'empire de l'art. 2279, entre les meubles corporels et les meubles incorporels. Cette règle n'est pas applicable aux créances dotales, puisque le titre révèle aux cessionnaires que le mari n'en est point propriétaire.

Catelan ne mentionne pas d'une manière formelle aucune des deux raisons que Vedel assigne à l'opinion ou à la décision qu'il rapporte. Catelan disait : Le mari est le maître absolu des créances constituées en dot ; il peut en exiger le paiement ; donc ces créances lui ap-

1. Code, liv. v, tit. vii, def. 52, note 1, p. 524.

2. Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 122, p. 151 ; M. Troplong, *Contr. de mar.*, nos 3164 et 3165 ; M. Tessier, *Questions sur la dot*, n° 130.

partiennent ; il peut en disposer ; ses créanciers peuvent les faire saisir et arrêter.

Ce raisonnement rentre-t-il dans l'une des deux raisons indiquées par Vedel ? Il le paraît bien ; car , étant admis que , dans la jurisprudence du parlement de Toulouse, les créances étaient assimilées à des sommes d'argent , on comprend que Catelan ait dit que le mari en est le maître absolu et qu'elles lui appartiennent. Vedel l'entendait bien ainsi , puisqu'il ne reproduit pas la raison indiquée par Catelan. On peut donc dire de la raison de Catelan ce que nous avons dit des deux raisons de Vedel : c'est qu'elle n'est plus de mise sous l'empire du Code Napoléon.

Et cependant nous allons retrouver bientôt ce même raisonnement dans la jurisprudence de la Cour de cassation ; il faut donc l'apprécier dès à présent, en supposant qu'il ne rentre dans aucune des deux raisons signalées par Vedel.

Catelan et le parlement de Toulouse ont confondu les actes d'administration avec les actes de propriété.

Recevoir le capital d'une créance à l'échéance ou même auparavant , s'il plaît au débiteur de se libérer avant le terme, c'est faire un acte d'administration ; le mari, en sa qualité d'administrateur, a le droit et même le devoir de faire un tel acte. Mais céder une créance, c'est aliéner ; c'est faire un acte de propriété ; il faut donc être propriétaire et plus qu'un administrateur, pour avoir le droit de faire un pareil acte.

Ces propositions sont élémentaires et se défendent par elles-mêmes ; mais, s'il leur fallait un autre appui,

la Cour de cassation le fournirait. En effet, sous le régime de la communauté conventionnelle, le mari est administrateur des créances de la femme, exclues de la communauté par le contrat de mariage; il a donc le droit de recevoir le paiement de ces créances (article 1531); et la Cour de cassation décide, comme on le verra plus loin, que le pouvoir d'exiger et de recevoir le paiement de ces créances ne renferme pas pour le mari le droit de les céder, tandis que, sous le régime dotal, le pouvoir d'exiger et de recevoir le paiement des créances constituées en dot renferme, pour le mari, le droit de les céder. Est-ce à dire que la Cour de cassation ait deux poids et deux mesures pour juger deux situations identiques? Non; elle se trompe, voilà tout. Entraînée par les préjugés de communauté, elle a cru trop facilement que les rédacteurs du Code Napoléon avaient conservé le droit romain en cette matière, et que le mari, *maître de la dot* en droit écrit, *administrateur de la dot*, suivant l'art. 1549 du Code Napoléon, n'était autre que le *dominus dotis* du droit romain antérieur à Justinien. Nous réfuterons bientôt cette erreur accompagnée de plusieurs autres; nous démontrerons qu'en droit écrit, la *maîtrise* de la dot n'était que celle de la jouissance et de l'administration et que l'article 1549 accorde cela, tout cela, mais rien que cela au mari.

On remarquera que le parlement de Toulouse refusait au mari le pouvoir de céder les créances dotales lorsqu'il était insolvable au moment de la cession; alors l'omnipotence parlementaire faisait bon marché des raisons signalées par Catelan et Vedel. *Si les biens de*

son mari ne sont pas en distribution, disait Catelan, et Vedel ajoutait : *Si la cession a été faite dans un temps non suspect et où les biens du mari n'étaient pas dérangés*. Cette restriction avait été empruntée à la loi 21, D., *De manumiss.*, qui refusait au mari insolvable le pouvoir d'affranchir les esclaves dotaux.

69. Un autre conseiller au parlement de Toulouse, de Juin, peu satisfait sans doute des raisons données par Catelan et Vedel, écrivait en 1736 :

« L'aliénation des hypothèques dotales est permise au
« mari pendant le mariage, parce que la loi ne défend
« au mari que l'aliénation des fonds dotaux (LL. 2, C.,
« *De obl. et act.*, 11, D., *De pactis* et 5, D., *De impensis*
« *in rem dot. fact.*; Catelan, liv. 4 ch. 47).

« Mais cette aliénation n'est pas permise à la femme,
« parce qu'elle n'a point l'exercice des actions dotales,
« qui résident sur la tête du mari (Instit. *Quib. al.* § 1; l.
« *unica*, C., *De rei ux. act.*; l. 21, C., *De donat.*; Louet,
« lettre D, somme 12; Expilly, ch. 123; d'Olive, liv. 3,
« ch. 29. Despeisses combat l'arrêt de d'Olive, qu'il cite,
« et s'appuie sur Accurse en la loi *Constante*, *De donat.*
« au C., et sur Salicetus *in dicta lege*)¹. »

Serres, professeur à Montpellier dans la seconde moitié du siècle dernier, a reproduit presque littéralement la doctrine de de Juin, en ces termes :

« Puisqu'il n'y a que l'aliénation du fonds dotal qui
« soit défendue par la loi, il s'ensuit que le mari est le
« maître absolu des sommes, *actions*, obligations ou

1. *Journal du palais*, t. VI, p. 46 et 47.

« hypothèques dotales, et qu'il peut les aliéner comme
« il trouve à propos ¹. »

Ces opinions sont la voie d'erreur par où, sous l'empire du Code Napoléon, la jurisprudence et la doctrine se précipiteront ; loin de les accepter, la jurisprudence du parlement de Toulouse les repoussait implicitement ². Il faut en faire la dissection juridique pour savoir ce qu'elles valent.

On remarquera d'abord que de Juin et Serres ne subordonnent plus, comme Catelan et Vedel, le droit du mari à sa solvabilité. De plus, ils donnent à leur doctrine un point d'appui dont Catelan et Vedel ne parlent pas : c'est que la loi ne défend au mari que l'aliénation des immeubles dotaux. Catelan et Vedel, partant de l'idée vraie dans la jurisprudence du parlement de Toulouse, que les créances étaient assimilées à des sommes d'argent, disaient : Le mari peut exiger et recevoir le paiement des créances dotales ; il peut ensuite faire ce qu'il veut des sommes reçues ; donc, il est le maître absolu de ces actions ou créances : il peut les céder ; ses créanciers peuvent les faire saisir. De Juin et Serres donnent plus d'extension à cette doctrine ; ils l'appliquent à la dot mobilière en général, et disent : La loi

1. *Instit. du droit français*, p. 103.

2. Nous avons vu, en effet, au n° 63, que le parlement annulait, après dissolution du mariage, les donations que la femme avait faites de ses créances dotales pendant le mariage, même en réservant l'usufruit au mari. Et nous verrons plus loin, n° 145, que la femme pouvait donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants, ce qui comprend les meubles comme les immeubles. Il est inadmissible que l'on eût permis à deux personnes d'aliéner séparément la même chose. La femme devait réserver l'usufruit au mari : c'est tout ce qui lui appartenait (V. l'art. 1555 du Code Napoléon).

Julia ne défend au mari que l'aliénation des immeubles dotaux : donc le mari peut aliéner les meubles dotaux.

L'extension de la nouvelle doctrine se fonde sur diverses autorités qu'il importe d'examiner.

70. La loi 2, C. *De oblig. et act.* invoquée par de Juvinet et Serres, est un rescrit des empereurs Valérien et Gallien, de l'année 261, ainsi conçu : *Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio præcesserit, nec litis contestatio subsequuta fuerit, utilem tamen marito actionem, ad similitudinem ejus qui nomen emerit, dari oportere, sæpe rescriptum est*; ce qui veut dire : « Si des créances ont
« été constituées en dot, le mari doit avoir, même en
« l'absence de toute délégation ou de toute litiscontes-
« tation, une action utile pour en exiger le paiement,
« comme s'il était cessionnaire de ces créances ».

Supposons qu'un père, mariant sa fille, ait constitué en dot et promis à son gendre 10,000 sesterces que lui doit Tertius. Quels seront les effets de cette constitution de dot dans les rapports du mari, soit avec le beau-père, soit avec Tertius ? Ces effets n'ont pas été toujours les mêmes dans la législation romaine.

Dans le principe, le mari ne pouvait pas agir directement contre le débiteur dont l'obligation avait été promise en dot. Tertius ne devait qu'à celui envers lequel il s'était obligé, au beau-père. En droit romain, l'obligation est considérée comme un rapport de droit entre le stipulant et le promettant ; ce rapport est personnel et ne peut être changé par l'une des parties, sans que l'essence même de l'obligation en soit altérée ; en d'autres termes, le débiteur n'est pas tenu de subir

un autre créancier, ni le créancier un autre débiteur. Cependant les obligations, ou plutôt les actions qui en dérivent font partie de nos biens¹, et il est souvent très-utile de pouvoir les transmettre à des tiers. Si toutes les parties intéressées sont d'accord, l'obstacle qu'oppose le caractère personnel de l'obligation sera facilement levé par une délégation parfaite, opérant une double novation. Le mari se fera promettre par Tertius les 10,000 sesterces que le beau-père lui a constitués en dot : il deviendra ainsi créancier direct de Tertius qui sera libéré envers le beau-père, comme le beau-père sera libéré envers son gendre. L'obligation de Tertius peut encore être transmise au mari par l'expédient de la litiscontestation et de la novation judiciaire qui en résulte. Le beau-père donnera mandat à son gendre de poursuivre Tertius en paiement des 10,000 sesterces ; en d'autres termes, il le constituera son *cognitor* ou son *procurator ad litem*² ; et le prêteur délivrera contre le débiteur Tertius une formule d'action dont l'*intentio* sera au nom du beau-père et la *condemnatio* en faveur du mari. Lorsque ce *cognitor* ou *procurator*, sur la tête duquel avait été reporté tout le bénéfice du procès, n'était qu'un simple mandataire, il rendait compte à son mandant du résultat de la condam-

1. La loi 15, D., *De reg. jur.*, exprime cette vérité en disant : *Qui habet actionem habet rem*. Voy. aussi les lois 49 et 143, D., *De verb. signif.*

2. Le *cognitor* fut en usage avant le *procurator* ; il était constitué en justice par des paroles solennelles qui exigeaient la présence du commettant ; le *procurator* était constitué plus commodément, comme un mandataire ordinaire et sans que le mandant eût besoin de se déplacer ; il finit par remplacer le *cognitor*.

nation. Mais si, indépendamment de cette qualité, il en avait une autre, telle que celle de mari auquel la créance avait été constituée en dot, alors il n'avait à rendre au mandant aucun compte du montant de la condamnation qu'il avait fait exécuter, et alors aussi on l'appelait *procurator in rem suam*. Notre loi 2, C., *De oblig. et act.* vise ces deux modes de transférer au mari les créances, *nomina*, qui lui ont été constituées en dot, lorsqu'elle dit : *quamvis nec delegatio præcesserit, nec litis contestatio subsequuta fuerit*.

Lorsque la délégation n'avait pas eu lieu, le mari avait une action contre son beau-père, pour le contraindre à lui céder ses actions contre le débiteur dont l'obligation lui avait été constituée en dot : c'est ce qu'on appelait *mandare* ou *cedere* ou bien encore *præstare actionem* ; et le beau-père faisait cette cession de son action en établissant le mari son *cognitor* ou son *procurator* comme on vient de le voir, à l'effet de poursuivre le débiteur de la créance constituée en dot. On tombait ainsi dans les embarras et les circuits de l'obligation de faire : le juge donnait l'ordre au beau-père de céder son action à son gendre en lui donnant le mandat de poursuivre le débiteur de l'obligation dotale ; mais si le beau-père n'exécutait pas cet ordre, le juge ne pouvait que le condamner à des dommages-intérêts ; il ne pouvait pas déclarer qu'il tenait la cession pour faite et autoriser le mari à poursuivre le débiteur.

On comprit enfin que le droit était emprisonné dans les ambages de la procédure. Le préteur, au nom de l'utilité, *utilitatis causa*, accorda directement au mari une action utile contre le débiteur dont l'obliga-

tion avait été constituée en dot. Il ne faut pas oublier que les actions accordées par le préteur étaient fictives et conçues dans la supposition de certains faits. C'est au moyen de ces fictions ingénieuses que le préteur éludait les aspérités du vieux droit civil, qu'il en tournait les obstacles et donnait satisfaction à l'équité. Par exemple, lorsque le mari devenait insolvable, la femme pouvait agir contre lui, pendant le mariage, en restitution de sa dot (L. 24, pr., D., *Solut. matrim.*). Quelle action avait-elle? Il semble, à première vue, qu'elle devait avoir l'action *rei uxoriæ*. Mais remarquez que cette action a pour fondement une stipulation expresse ou sous-entendue, que la dot sera restituée à la femme en cas de divorce ou de dissolution du mariage par le décès du mari, et n'oubliez pas cette pensée de Cicéron : *Cum satis esset ea præstare quæ fuerant lingua nuncupata* : on ne devait que ce qui était dans les paroles de la promesse. Or, ici les paroles n'ont pas prévu le cas, et l'inflexible matérialisme du vieux droit civil n'accorde pas d'action. Mais le préteur vient au secours de la femme et lui accorde une action utile *rei uxoriæ*, toujours fictive comme les actions prétoriennes et conçue sur la supposition du divorce, *quasi divortio facto*. C'est ce que nous apprend Justinien par ces mots de la loi 30, C., *De jure dot.* : *Ficti divortii falsa dissimulatione*.

Le préteur n'avait pas procédé autrement lorsqu'il avait accordé au mari une action utile pour agir directement contre le débiteur de la créance constituée en dot; il avait établi cette action sur l'hypothèse d'un achat de la créance par le mari. C'est précisément à cette jurisprudence prétorienne, que les empereurs Valérien

et Gallien font allusion, lorsqu'ils répondent au mari qui les consulte : « Il a été souvent déclaré dans des rescrits impériaux (*sæpe rescriptum est*) que le mari a une action utile, comme s'il avait acheté la créance constituée en dot : *Ad similitudinem ejus qui nomen emerit*.

Ce sont ces derniers mots qui ont fait illusion ; de Juin et les partisans modernes de sa doctrine les prennent à la lettre et, sans s'occuper ni de leur origine, ni des nécessités de fiction qui avaient présidé à l'établissement des actions prétoriennes, ils disent : Vous le voyez, le mari est une espèce d'acquéreur des créances dotales ; il en est donc propriétaire, il peut les céder, ses créanciers peuvent les faire saisir.

Avec cette logique, on arrive à décider que la femme qui s'est fait restituer sa dot pendant le mariage à cause de l'infortune de son mari, ce qui équivaut à notre séparation de biens, est une femme divorcée ; en effet, l'action en restitution ne lui était accordée par le préteur que dans la supposition d'un divorce entre les époux, *quasi divortio facto*. Et cette conséquence est évidemment fausse, puisque Ulpien nous dit dans la loi 24, D., *Sol. matrim.*, que, dans ce cas, la femme peut se faire restituer sa dot pendant le mariage, *constante matrimonio*.

Au surplus, la loi 2, C., *De obl. et act.* appartient par sa date à la jurisprudence classique, et l'on sait que dans cette période le mari était, en général, propriétaire de la dot. Mais le fut-il après les lois de Justinien, 30, C., *De jure dotium* et un. § 15, C., *De rei ux. act.* ? De Juin et Serres, au lieu de placer la question sur ce ter-

rain qui, de leur temps, était le véritable, la déplaçaient en la transportant dans le droit antérieur, c'est-à-dire dans une période de crise et de transition pour le régime dotal.

Ce procédé a laissé des imitateurs; dans les temps modernes, les partisans de la puissance maritale et de la communauté le font servir à la propagation de leur foi.

71. La loi 11, D., *De pactis*, qui fait suite à la partie finale de la loi 10, et qui est également invoquée par de Juin, dit que l'on peut payer à un mandataire. Sans doute, et il eût été bien difficile que les choses se fussent passées autrement. Le mandataire agissait en son nom personnel, contrairement à ce qui a lieu dans notre droit. Il en résultait que les actions actives ou passives étaient exercées par ou contre le mandataire, sauf à lui à reverser sur la tête du mandant toutes les conséquences de l'acte qu'il avait fait. La jurisprudence prétorienne finit par accorder au mandant une action utile contre les tiers avec lesquels le mandataire avait traité, et à ces tiers contre le mandant. On trouve encore ici l'enfance du droit et l'influence du formalisme romain avec ses interminables circuits d'action.

A l'époque où de Juin écrivait, ce droit n'existait plus; le mandataire pouvait recevoir le paiement, lorsque son mandant lui en avait donné le pouvoir.

Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'accord que le mari, jouissant et administrateur de la dot, a le droit d'en exiger et d'en recevoir le paiement; il fait alors un acte d'administration. Mais cela ne prouve pas qu'il

soit un propriétaire des créances dotales, ni qu'il puisse les céder, ni que ses créanciers puissent les faire saisir. Les tuteurs, les usufruitiers sont aussi des administrateurs ; ils peuvent exiger et recevoir le paiement des créances. En sont-ils pour cela propriétaires ? Peuvent-ils les céder ? Leurs créanciers personnels peuvent-ils les faire saisir ?

La loi 5, D., *De impensis in rem dot. fact.*, que de Juin a également citée, ne prouve absolument rien en faveur de sa doctrine.

72. Reste l'argument par lequel de Juin et Serres formulent leur doctrine, à peu près en ces termes :
« La loi (Julia) ne défend au mari que l'aliénation des
« fonds dotaux ; donc le mari peut aliéner les meubles
« dotaux ».

Ces deux auteurs avaient mieux à faire que d'aller chercher leurs raisons à 17 ou 18 siècles de distance. S'ils avaient regardé autour d'eux, au lieu de regarder si loin, ils auraient vu que, parmi les quelques Coutumes de droit écrit, il n'y en avait pas une seule qui déclarât la dot mobilière aliénable, soit par le mari, soit par la femme ; qu'au contraire, elles appliquaient l'inaliénabilité aux *biens dotaux* en général, sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière. Ils auraient vu encore que la jurisprudence du Midi, fidèle à l'esprit de ces Coutumes, appliquait le principe d'inaliénabilité à la dot mobilière comme à la dot immobilière. La preuve de ceci ne se fera pas attendre longtemps.

L'argument *a contrario*, que de Juin et Serres tirent de la prohibition de la loi Julia, n'est vrai qu'à demi. De

ce que cette loi ne défendait au mari que l'aliénation du fonds dotal, s'ensuit-il qu'elle lui permit celle des meubles dotaux ? Nullement. Elle laissait le mari sous l'empire de l'obligation de restituer les meubles dotaux identiquement et en nature. Si le mari les aliénait et que le droit à leur restitution vînt à s'ouvrir, la femme ne pouvait pas évincer les tiers. Deux raisons péremptoires s'y opposaient : 1^o le mari était propriétaire, et il n'y avait pas de loi qui lui défendît l'aliénation des meubles dotaux, comme celle du fonds dotal ; 2^o la femme était simplement créancière de l'obligation de se faire restituer éventuellement son apport dotal par le mari : en d'autres termes, elle n'avait qu'une action personnelle qui n'avait d'effet que contre son mari. Le droit de créance de la femme servait de contre-poids au droit de propriété du mari. En effet, le mari qui, par sa faute, s'était mis dans l'impossibilité de restituer la dot en nature, était condamné à en payer l'estimation telle que la fixait le serment de la femme ¹.

Ce n'est pas ainsi que de Juin et Serres entendent les pouvoirs du mari sur la dot mobilière ; ils lui reconnaissent un droit d'aliénation, comme si la loi lui permettait d'aliéner les meubles dotaux : « *L'aliénation des hypothèques dotales, dit de Juin, est permise au mari, pendant le mariage, parce que la loi ne défend au mari que l'aliénation des fonds dotaux.* » Ils ont fait parler le silence de la loi ; ils ont dit : La loi ne défend pas au mari l'aliénation des meubles dotaux, donc elle la lui permet. C'est le raisonnement, si souvent fautif :

1. L. 25, § 1, D., *Solut. matrim.*

Qui ne dit rien, permet. Ils n'ont pas vu que le silence de la loi, au sujet des meubles dotaux, laisse le mari dans l'obligation de les restituer en nature, suivant la convention expresse ou tacite renfermée dans la constitution de dot, et que cette obligation est exclusive du droit d'aliéner.

Ce sophisme, qui est devenu le point de départ des erreurs modernes, n'a pu être inspiré que par les préjugés de communauté. Sous ce régime, tous les meubles de la femme, présents et futurs, tombent dans la communauté, c'est-à-dire dans la puissance et le pouvoir d'aliénation du mari. Mais là, le mari trouve son pouvoir et sa permission d'aliéner : 1^o dans les traditions historiques du régime de communauté ; 2^o dans le droit coutumier ; 3^o dans l'association qui existe entre les époux et dont le mari est le chef. La femme, en apportant ses meubles à la communauté, comme une mise sociale, les fait entrer dans le mouvement des affaires de la communauté ; elle permet implicitement au mari d'en disposer, suivant la règle : *Qui veut la fin, veut les moyens.*

De Juin et Serres n'ont pas réfléchi que, sous le régime dotal, la condition de la femme est tout autre : les époux étant séparés de biens, au lieu d'être associés, il n'y a pas de raison pour que le mari ait le pouvoir de disposer de la dot mobilière. De plus, la constitution de dot, par son origine et sa nature, renferme la convention expresse ou tacite que l'apport dotal sera restitué en nature. A l'époque où de Juin et Serres écrivaient, la restitution devait, comme dans notre droit actuel, avoir

lieu, toujours et dans tous les cas, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage.

73. Les conséquences de cette erreur sont énormes. C'est par elles que l'on parvient à attribuer au mari, sur la dot mobilière du régime dotal, autant ou plus de droits que le régime de communauté ne lui en attribue sur l'apport mobilier de la femme. Les idées de communauté cachent cette énormité sous une invocation de droit romain qu'elles s'efforcent de faire servir à leurs vues.

Il faut se rappeler les nécessités que rencontra l'établissement du régime dotal à Rome et les circonstances qui s'opposèrent au développement logique de son principe de séparation de biens entre les époux. Les modes de constitution de dot étaient, par eux-mêmes ou par leur exécution ultérieure, transmissifs de la propriété de la dot au mari. La loi Julia avait apporté un tempérament considérable à la propriété du mari sur le fonds dotal; mais elle n'avait imposé aucune restriction à ce droit de propriété sur la dot mobilière. Cependant le mari était obligé de restituer éventuellement la dot identiquement et en nature, toutes les fois qu'elle n'avait pas été estimée ou qu'elle ne consistait pas en choses qui s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure, *quæ pondere, numero mensurave continentur*. Placés en face de cette anomalie, les jurisconsultes romains ne raisonnèrent pas comme de Join et Serres; ils ne dirent pas : La loi Julia ne défend au mari que l'aliénation du fonds dotal; donc elle lui permet celle de la dot mobilière. Ils dirent : Le mari qui aliène la dot

mobilière abuse de son droit de propriété ; il viole son obligation de restituer la dot en nature ; il est donc passible d'une action en dommages-intérêts arbitrés par le seul serment de la femme.

Telle était , en droit romain , la garantie de la femme contre les aliénations de sa dot mobilière par le mari ; Justinien la supprima ; mais , en même temps , il en accorda une autre beaucoup plus énergique à la femme , celle de l'action en revendication et de l'action hypothécaire.

Dans notre ancienne jurisprudence de droit écrit , la femme n'avait plus aucune de ces garanties ; elle n'avait pas la garantie de l'action arbitraire , puisque Justinien l'avait supprimée ; elle n'avait pas non plus celle de l'action en revendication , ni de l'action hypothécaire , à cause de la maxime germanique et coutumière : *Muebles n'ont pas de suite*.

C'est dans cette situation que de Juin et Serres , voulant prouver qu'en droit écrit , le mari pouvait disposer de la dot mobilière , invoquaient : 1^o son droit de propriété ; 2^o la permission d'aliéner la dot mobilière qu'ils faisaient résulter de ce que la prohibition de la loi Julia ne s'appliquait qu'au fonds dotal. Ils appliquaient donc le droit romain pour la propriété du mari et nullement pour la garantie de la femme.

C'est une nécessité fatale pour ceux qui invoquent le droit romain en cette matière , de ne pouvoir l'appliquer qu'à demi. En accordant à la femme l'action arbitraire que lui accordait le droit romain antérieur à Justinien , ils seraient conduits à dénaturer le droit que le régime de communauté attribue au mari , de disposer de la dot

mobilière ; car, qu'est-ce qu'un droit dont l'exercice est expié par une action pénale en dommages-intérêts ? Ils reconnaîtraient que la propriété du mari sur la dot n'était qu'une anomalie imposée par le formalisme romain et les circonstances qui présidèrent à l'établissement du régime dotal à Rome. En droit romain, le mari qui aliénait la dot mobilière, abusait de son droit ; en droit coutumier, au contraire, il usait de son droit et pouvait dire : *Non injuriam facit qui jure suo utitur*.

Le procédé d'interprétation, employé par de Juin et Serres, est réprouvé par les plus simples notions de la justice et de l'équité ; il n'est pas plus permis de scinder les lois que les conventions. Dès que la garantie de la femme n'existait plus, la propriété du mari et son pouvoir d'aliéner la dot mobilière ne devaient pas exister davantage. De Juin et Serres appliquaient le droit de Justinien pour l'extinction de la garantie de la femme, et ils le rejetaient pour la suppression de la propriété du mari sur la dot en général. Quel cas faisaient-ils de la loi 30, C., *De jure dotium* ? Ils trouvaient fort commode de n'en pas dire un mot, comme si leur silence devait avoir la puissance de l'abroger. Pour eux, la véritable doctrine romaine, en matière de dot, était dans la loi Julia, entendue comme on vient de voir qu'ils l'entendaient ; le progrès du régime dotal s'était opéré à reculons ; il fallait en voir l'expression dans cette période de crise, de transition et d'anomalie, qui établissait une similitude entre le droit du mari sur la dot mobilière et celui que le régime de communauté lui accordait sur l'apport mobilier de la femme.

Cette critique mérite l'attention. De Juin et Serres

ont laissé des continuateurs de leur système ; nous les retrouverons dans les interprétations modernes du Code Napoléon.

74. La jurisprudence de droit écrit ne pouvait pas s'associer à ces égarements ; il ne lui était pas possible de considérer le mari comme étant encore propriétaire de la dot, ni de lui reconnaître le droit d'en disposer. Chez les Romains, le mari était propriétaire des choses dotales, parce que la constitution de dot ne formait pas un contrat spécial ; pour remettre la dot aux mains du mari, il fallait employer les modes reconnus par le droit civil, c'est-à-dire des modes translatifs de la propriété de la dot au mari lui-même. Mais le droit français n'en était plus là au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècle. Les pays de droit écrit n'étaient régis par le droit romain qu'avec les tempéraments établis par les habitudes nationales et la jurisprudence des parlements : nous venons d'en voir un exemple remarquable dans l'application de la règle que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Le droit écrit portait, comme le droit coutumier, l'empreinte du caractère français : la simplicité, la droiture et l'équité y dominaient ; l'intention des parties contractantes avait déjà une influence prépondérante dans l'interprétation des conventions. En même temps, on arrivait à la grande théorie du droit moderne qui veut que les conventions aient la puissance de transmettre la propriété et, par conséquent, de la retenir. Il en résultait que la femme ayant droit, dans tous les cas, à la restitution de la dot identiquement et en nature, en restait forcément propriétaire, puisque le mari

était obligé de donner un objet certain et déterminé.

De plus, en droit romain, la dot était toujours constituée au mari par des moyens transmissifs de la propriété actuellement ou ultérieurement ; voilà pourquoi le mari en était propriétaire. Au contraire, en droit écrit, elle était toujours, comme dans le droit moderne, constituée à la femme, sans en excepter le cas où la femme se dotait elle-même ¹. L'anomalie du droit romain n'avait pas sa raison d'être en droit français.

A ces raisons venait s'en joindre une autre qui était décisive : c'était la législation de Justinien qui, dans la loi 30, C., *De jure dotium*, niait la propriété du mari sur la dot.

75. On vient de voir que de Juin, après avoir dit que l'aliénation des créances dotales, qu'il appelle des *hypothèques dotales*, est permise au mari, ajoutait : « Mais cette aliénation n'est pas permise à la femme, parce qu'elle n'a point l'exercice des actions dotales qui résident sur la tête du mari ». A l'appui de cette doctrine, qui était aussi celle de Serres, il citait : 1^o Les Institutes de Justinien, *proæmium* du liv. II, tit. VIII, *quib. alien. lic.* ; 2^o la loi un. C., *De rei ux. act.* ; 3^o la loi 21, C., *De donat.*

Le *proæmium* aux Institutes, *quib. alien. lic.*, dit que la loi Julia défend au mari d'aliéner le fonds dotal quoiqu'il soit sa propriété, sans le consentement de la femme : *Dotale prædium maritus, invita muliere, per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit*. Ce texte

¹. La formule était, et elle est encore aujourd'hui : « N... constitue en dot à la future épouse telle chose », ou bien : « La future épouse se constitue en dot telle chose ».

est la reproduction presque littérale des §§ 62 et 63 du commentaire II des Institutes de Gaius. A l'époque où ces questions s'agitaient en droit écrit, les Institutes de Gaius étaient perdues et ne devaient se retrouver qu'en 1816, dans la bibliothèque de Vérone. En l'absence même du livre de Gaius, il était bien difficile d'admettre que Justinien, dans le proæmium de ses Institutes, *quib. alien. lic.*, eût voulu modifier le Code et notamment la loi 30, *De jure dotium* : il n'aurait pas manqué de motiver cette modification avec son emphase ordinaire ; et d'ailleurs, il déclare que ses Institutes sont un livre composé pour l'instruction de la jeunesse sur le modèle des Institutes de Gaius.

Le texte invoqué ne modifie donc en rien le droit de Justinien et n'a pas plus de valeur que les §§ 62 et 63 des Institutes de Gaius. Il n'y a que des esprits prévenus qui aient pu s'y tromper.

76. De Juin et Serres citaient ce passage des Institutes pour prouver qu'en droit écrit le mari était propriétaire de la dot mobilière. Mais, chose remarquable ! le texte qu'ils invoquaient s'applique à la dot immobilière plus qu'à la dot mobilière ; ils devaient donc logiquement le rejeter pour le tout ou l'appliquer pour le tout ; et, dans ce dernier cas, il fallait dire qu'en droit écrit le mari était propriétaire de la dot, même immobilière. En prenant le parti de restreindre la propriété du mari à la dot mobilière, ils croyaient sans doute échapper au monstrueux anachronisme que je signalais tout à l'heure, d'autant plus monstrueux qu'en droit coutumier, le mari n'était pas propriétaire

des immeubles de la femme, et ne pouvait pas les aliéner, quoiqu'il en fût qualifié *seigneur et maître*; voilà pourquoi ces immeubles étaient appelés *propres* de la femme¹.

77. Il semble que les actions dotales dont parle de Juïn sont les actions de propriété, c'est-à-dire les actions pétitoires, puisqu'il leur donne pour motif le droit de propriété du mari. Mais voici la loi Unique, au Code, *De rei ux. act.*, que de Juïn invoque également. Cette loi est divisée en seize paragraphes et ne prend pas moins de trois colonnes de petit texte dans le *Corpus Academicum*. De Juïn la cite en entier, sans en indiquer spécialement aucun passage. Peu importe : nous savons qu'elle s'occupe de l'action en restitution de la dot et que cette action n'appartient pas à la femme, pendant le mariage, tant que le mari n'est pas en déconfiture. S'ensuit-il, comme l'affirme de Juïn, que les actions dotales appartiennent au mari et non pas à la femme? Il faut distinguer : s'il s'agit d'une action en paiement de la dot, elle appartient au mari seul, en sa qualité d'administrateur; s'il s'agit d'une action en restitution de la dot, elle ne peut être exercée par la femme qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage; il en est de même de l'action en révocation de l'aliénation de l'immeuble dotal, parce qu'elle se lie à

1. Sous le Code Napoléon, la doctrine et la jurisprudence aboutissent à la même impasse juridique. Pour en sortir, on traite l'article 1549 comme de Juïn et Serres traitaient le proæmium du titre des Institutes, *Quib. alien. licet.*; on dit que cet article donne au mari le droit d'aliéner la *dot mobilière*, tandis que le droit mentionné par ce texte s'applique aux *biens dotaux* sans distinction.

l'action en restitution de la dot. Mais, s'il s'agit de la revendication de la dot contre des tiers qui ne tiennent pas leurs droits des époux, ni de l'un d'eux, ou bien de défendre à cette revendication, l'action est pétitoire, et ne peut être exercée que par ou contre la femme autorisée de son mari. De Juin n'a pas fait cette distinction importante, et la confusion qui règne dans sa doctrine se retrouvera dans la jurisprudence moderne.

La loi 21, C., *De donationibus*, également citée par de Juin, avait reçu une interprétation qui ne vient pas appuyer la doctrine de l'arrétiste toulousain. On vient de voir que les premiers commentateurs, en la rapprochant de la paraphrase d'Harménopule, en avaient conclu que la maîtrise du mari n'exprimait que son droit de jouissance et d'administration de la dot. Cette explication avait été acceptée par les meilleurs interprètes; elle était dominante ¹.

De Juin et Serres furent les seuls qui, dans le vaste ressort du parlement de Toulouse, se laissèrent égarer par les idées de droit coutumier et de communauté. Avant eux, Despeisses avait défendu la doctrine d'Accurse et de Salicet sur la loi 21, C., *De donat.*, et celle de Gregorius Tholosanus. Il avait soutenu, non-seulement que la femme restait propriétaire de la dot mobilière, mais encore que cette dot était inaliénable comme la dot immobilière : « Il y a, disait-il, même raison que pour la dot immobilière ².... » Mais son abrégiateur, Rousseau de Lacombe, prit parti pour l'opinion

1. Voy. plus haut, n° 61.

2. Tit. *De la dot*, sect. 3, n° 20, p. 508.

de de Juin et de Serres, en se fondant sur les lois 9, C., *De rei vindic.*, et sur la loi 11, C., *De jure dotium*. Nous retrouverons encore cette erreur dans la jurisprudence moderne.

78. A l'époque où de Juin écrivait dans le *Journal du Palais* de Toulouse, Boutaric, professeur à l'Université de cette ville, écrivait, lui aussi, mais non pas de la même manière; il disait :

« J'ai dit que l'aliénation de *la dot* était prohibée dans
« presque tous les pays de droit écrit, parce qu'en
« effet, il y a quelques provinces régies par le droit
« écrit, où les femmes peuvent aliéner et hypothéquer
« *leur dot*; il y en a une déclaration du 21 avril 1664,
« portant que toutes les obligations passées et qui se
« passeront à l'avenir par les femmes mariées sans
« force, ni violence, dans la ville de Lyon, pays de
« Lyonnais ou Mâconnais, Forez ou Beaujolais, soient
« bonnes et valables, et que les femmes puissent, à l'a-
« venir, obliger valablement *tous et chacun* leurs BIENS
« DOTAUX ¹. » La déclaration du roi ajoutait : *mobiliers*
et *immobiliers*.

Les expressions employées par le professeur toulousain sont générales et appliquent l'inaliénabilité à la dot mobilière comme à la dot immobilière; on le nierait vainement. En effet, la déclaration du 21 avril 1664 fut édictée à la suite d'arrêts qui déclaraient la dot mobilière inaliénable. Aussi abrogea-t-elle la loi

1. Sur le liv. II, tit. VIII, des Instit. de Justinien, p. 219.— Roussilhe disait aussi : « Le mari ne peut vendre ni aliéner *les biens dotaux* de sa femme ».

Julia pour la dot mobilière comme pour la dot immobilière : ce qui prouve jusqu'à l'évidence, que la jurisprudence des pays pour lesquels fut faite la déclaration de Louis XIV appliquait la prohibition de la loi Julia à la dot mobilière et immobilière ¹. Cette déclaration ne toucha point à la jurisprudence des autres pays de droit écrit ; et c'est ce qui faisait dire à Boutaric que l'aliénation de *la dot* était prohibée dans presque tous les pays de droit écrit, parce qu'il y avait quelques provinces (celles auxquelles s'appliquait la déclaration de 1664), où les femmes pouvaient aliéner et hypothéquer *leur dot*. Il est certain que, dans la pensée de Boutaric, ces derniers mots : *leur dot*, ont toute l'étendue de la déclaration de 1664, puisqu'ils s'y réfèrent. Boutaric employait donc le mot *dot* comme désignant les meubles et les immeubles dotaux, et il ne lui donnait pas un autre sens quand il disait que l'aliénation de *la dot* était prohibée.

La déclaration du 21 avril 1664 prouve jusqu'à l'évidence que, dans les provinces du Lyonnais, Forez, Beaujolais et Mâconnais, la jurisprudence appliquait la prohibition de la loi Julia à la dot mobilière et immobilière, si bien que, pour abroger cette jurisprudence, la déclaration abrogea la loi Julia dans ces provinces. La jurisprudence de ces contrées n'avait donc pas raisonné comme de Juin et Serres ; elle n'avait pas dit : Puisqu'il n'y a que l'aliénation de la dot immobilière qui soit défendue au mari par la loi Julia, il s'ensuit que l'aliénation de la dot mobilière est permise au mari.

1. On trouvera ci-après, n° 84, la preuve de tout ce que j'affirme ici au sujet de la déclaration du 21 avril 1664.

79. La jurisprudence du parlement de Toulouse n'était pas autre que celle des provinces auxquelles fut appliquée la déclaration de 1664. On n'a pas oublié le débat qui précéda l'arrêt du 2 janvier 1637, sur la question de savoir si l'inaliénabilité de la dot était établie dans l'intérêt de la femme ou dans celui du mari. Dans cette espèce, il s'agissait d'une dot mobilière; on la considérait donc comme inaliénable, puisque l'on discutait sur la question de savoir si l'inaliénabilité était établie dans l'intérêt de la femme ou du mari. L'arrêt se prononça en faveur de la première opinion, et d'Olive nous apprend que les conseillers qui la défendaient se fondaient sur la loi Julia et sur la loi 21, C., *De donat*. Le parlement de Toulouse décida donc, par cet arrêt, suivi de plusieurs autres, que la dot mobilière était inaliénable et que cette inaliénabilité était établie dans l'intérêt de la femme. En réalité, on invoquait la loi Julia comme exprimant le principe de l'inaliénabilité de la dot.

Le parlement décidait encore que la femme pouvait donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants. C'est ce que nous établirons plus loin contre M. Troplong qui, pour attribuer la propriété et la disposition de la dot mobilière au mari, est forcé de soutenir que les mots *biens dotaux*, dans l'article 1555, ne désignent que les *immeubles dotaux*¹.

§ II. — *Parlement de Bordeaux.*

80. Le mari avait la jouissance et l'administration des biens dotaux. On tenait pour principe que les biens

1. Voyez le n° 122.

dotaux indistinctement étaient inaliénables; que les femmes, quoique séparées de biens et autorisées par leur mari ou par la justice, ne pouvaient les aliéner sauf le cas où les lois en permettaient l'aliénation. Les créances dotales étaient insaisissables pour dettes du mari.

Tout cela résulte de diverses attestations, consignées dans le *Recueil manuscrit* des attestations du barreau de Bordeaux, rappelées par Salviat et rapportées par M. Tessier, en ces termes :

« Attesté, le 17 août 1672, que *les dots* des femmes sont inaliénables. — Attesté, le 4 décembre 1686, que, pendant le mariage, le mari et la femme ne peuvent, conjointement ni séparément, faire aucun acte qui puisse nuire à *la dot*. — Attesté, le 7 juillet 1696, que *les biens dotaux* sont inaliénables, conformément au droit, et que les femmes mariées, quoique séparées de biens, ne peuvent aliéner leurs *biens dotaux* ¹. »

Salviat rapporte une autre attestation en ces termes :

« Attesté en 1713, syndics M^{es} Pasquet et St-Martin, que le mari a la jouissance de tous les biens dotaux de la femme, tant immeubles que meubles;... que les intérêts des sommes dotales qui lui appartiennent, sont toujours sujets au paiement de ses créanciers et peuvent être par eux saisis et arrêtés entre les mains des débiteurs des sommes dotales; mais qu'il en est autrement du capital, et que la dot de la femme, quoique constituée en obligations exigibles et que le mari en ait été fait, dans le contrat de mariage, procureur général, avec

1. *Traité de la dot*, t. I, p. 292, à la note.

pouvoir de les lever sans donner caution, ni fournir emploi, n'est jamais sujette aux dettes du mari; que ses créanciers ne peuvent ni saisir ni arrêter les capitaux des sommes dotales, pour quelque cause et prétexte que ce soit¹ ».

La cour de Bordeaux a dit, dans un arrêt du 21 août 1813, rendu sur les plaidoiries de deux de ses plus illustres avocats, MM. Ravez et Lainé :

« Dans le ressort du parlement de Bordeaux, il était de jurisprudence constante que la dot même mobilière était inaliénable pendant le mariage² ».

Le mari ne pouvait, soit en demandant, soit en défendant, exercer aucune action réelle relative aux *biens dotaux*³.

81. Cette jurisprudence ne porte aucune empreinte des tiraillements que les efforts du droit coutumier firent subir à celle du parlement de Toulouse; elle est claire et nette, et, par conséquent, elle a contrarié M. le premier président Troplong qui, sous l'empire du Code Napoléon, a entrepris la tâche difficile de réhabiliter les sophismes propagés par de Juin et Serres. Le célèbre magistrat préfère la jurisprudence du parlement de Toulouse, et il écarte sans façon celle du parlement de Bordeaux, par le motif que ce parlement considérait les meubles dotaux non fongibles comme

1. Salviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, v^o Dot, n^o 7, p. 394, édition de 1824; Automne, *Coutume de Bordeaux*, art. 53, n^o 50.

2. Sirey, 1815, 2, 106.

3. Salviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, v^o Dot, n^o 9; Merlin, vis *Puissance maritale*, sect. 2, art. 3, § 3.

inaliénables, et parce que le Code Napoléon donne au mari la disposition de la dot mobilière ¹.

Le vice de ce raisonnement consiste à résoudre la question par la question elle-même. En supposant que la jurisprudence du parlement de Toulouse fût conforme à l'opinion que M. Troplong s'en est faite, il resterait encore à savoir : 1^o quelle était la jurisprudence des autres parlements de droit écrit ; 2^o quel parti les rédacteurs du Code ont pris à cet égard. Avant de nous expliquer sur ce procédé, aussi expéditif que facile, il faut avoir en mains d'autres éléments de décision ; on ne perdra rien pour attendre.

§ III. — *Parlement de Paris.*

82. L'Auvergne, pays de droit écrit, dont une partie ressortissait au parlement de Paris, avait une Coutume qui portait (tit. 14, art. 3) :

« Le mari et la femme, conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent
« vendre, aliéner, permuter, ni autrement disposer
« des *biens dotaux* de ladite femme au préjudice d'icelle,
« et sont telles dispositions et aliénations nulles et de
« nul effet et valeur, et ne sont validées par serment ».

Sur quoi Chabrol, commentateur de cette coutume, a fait la remarque suivante :

« Les Coutumes de Paris, Bourbonnais, Berry, Nivernais, permettent au mari seul de disposer à son gré des meubles et conquêts ; mais la disposition des pro-

1. *Contrat de mariage*, nos 3174 et 3245.

pres lui est interdite, et il faut que la femme aliène conjointement et en l'autorité de son mari : ce que nous n'observons point, car l'on ne peut pas toucher aux biens dotaux de la femme pendant le mariage. »

La Coutume de la Marche avait des dispositions identiques (art. 299 et 300).

83. Le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais et le Mâconnais, régis par le droit écrit, dépendaient aussi du vaste ressort du parlement de Paris, et ce corps illustre décidait invariablement :

1^o Que la femme ne pouvait pas être saisie dans ses meubles dotaux pour les dettes du mari ¹ ;

2^o Que les actions réelles, relatives aux biens dotaux, devaient être exercées par ou contre la femme autorisée de son mari ².

Dans les provinces du Lyonnais, Forez, Beaujolais et Mâconnais, l'inaliénabilité de la dot eut les vicissitudes les plus diverses. Ces provinces avaient conservé la législation romaine et son régime dotal ; mais l'inaliénabilité de la dot gêna bientôt l'essor de leur commerce. L'abrogation du sénatus-consulte Velléien, par l'édit du 20 août 1606, ayant rendu aux femmes la capacité de s'obliger valablement pour leurs maris, le commerce lyonnais voulut en conclure qu'elles pouvaient désormais obliger leurs biens dotaux : c'était la perpétuelle confusion entre la capacité et l'aliénabilité. La magis-

1. Rousseau de Lacombe, *Recueil de Jurisp. civ.*, v^o Dot, p. 174 ; Mallebay de la Mothe, *Quest. de droit*, let. S, n^o 5.

2. Mornac, sur la loi 9, C., *De rei vindic.* ; Chabrol, sur la Coutume d'Auvergne, t. II, p. 176 ; d'Hérincourt, *De la vente des immeubles*, ch. IV, n^o 11.

trature ne donna pas une si large interprétation à l'édit d'Henri IV ; l'enregistrement de cet édit éprouva de sérieuses résistances et n'eut lieu que le 22 mai 1607. Les tribunaux ne confondirent pas la capacité de la femme avec l'aliénabilité de sa dot, et leurs décisions ne s'associèrent pas aux désirs du commerce. Alors eut lieu un véritable conflit d'idées et d'opinions contraires ; l'économie politique engagea la lutte contre la justice civile, comme elle l'engage, dans le droit moderne, au sujet de la dot mobilière. L'industrie lyonnaise voulait que les femmes pussent engager leurs biens dotaux pour aider le crédit des maris et favoriser la prospérité de leur commerce. La magistrature n'approuvait pas ces vues économiques, et les repoussait au nom de la justice civile ; elle comprenait que si les femmes devaient apporter leur dot comme une mise sociale dans le commerce des maris, au risque de la perdre, il était de toute justice qu'elles eussent la chance de l'augmenter, c'est-à-dire qu'elles fussent communes en biens et associées. Or, les provinces lyonnaises étaient profondément attachées au régime dotal, comme on va le voir, et se trouvaient dans la situation perplexe d'un homme qui veut la fin, mais qui recule devant les moyens. Dans ce choc d'intérêts opposés et d'opinions divergentes, quelques jurisconsultes et peut-être aussi quelques magistrats prirent parti pour les tendances économiques.

Un jurisconsulte lyonnais, Henrys, qui a raconté toutes les péripéties de la lutte, se demande *si la femme mariée peut intervenir et s'obliger pour le fait du mari, aliéner ou engager ses biens dotaux en pays de droit écrit* ; il expose

toutes les raisons dans le sens de la négative , et continue ainsi :

« Au surplus , il ne semble pas que le prétexte du
« commerce doive faire cesser la faveur des femmes ,
« puisque l'intérêt public est joint au leur *pour la con-*
« *servation de la dot sans laquelle les mariages ne se font*
« *plus à présent...* Nonobstant ces raisons, j'ai toujours
« cru que la femme pouvait valablement s'obliger et
« vendre ses héritages , encore qu'ils fussent dotaux...
« De fait , c'était l'usage commun de la province , et
« depuis que j'ai suivi le barreau, je n'ai point appris
« qu'aucune femme ait été relevée de l'aliénation de
« son bien dotal qu'en proposant et vérifiant des faits de
« force ou d'une crainte suffisante et autre que celle
« qui résulte de l'autorité maritale » (liv. iv, ch. iii,
quest. 8, nos 9 et 10).

L'auteur invoquait à l'appui de son opinion deux arrêts, l'un du 26 janvier 1621, l'autre du 14 juin 1636, qui avaient débouté une femme de ses lettres de rescission. Mais Brodeau (lett. D, n° 12) avait fait remarquer que ces arrêts n'étaient pas ponctuels et qu'ils se bornaient à déclarer valable l'obligation de la femme pour être exécutée sur les *biens paraphernaux*.

Henrys s'en était tenu à ces détails, conformant son opinion à ce qu'il appelait *l'usage commun de la province*. Mais, tandis qu'il continuait la composition de ses œuvres, la question se présenta de nouveau et fut agitée à grand bruit devant quatre tribunaux, presque en même temps. On fit appel aux officiers des sièges de Lyon, de Montbrison (capitale du Forez), de Villefranche (capitale du Beaujolais), et de Mâcon : ces officiers

délivrèrent des actes de notoriété, attestant que la loi Julia n'était pas observée dans l'étendue de leurs sièges. Malgré ces actes de notoriété, le parlement de Paris jugea par trois arrêts consécutifs des 7 septembre 1654, 8 mai 1657 et 13 juillet 1658, que la loi Julia devait être observée à l'égard de la dot, soit mobilière, soit immobilière.

Sur quoi, Henrys, reprenant la question qu'il s'était proposée, se soumit docilement à la jurisprudence de son parlement, en faisant les réflexions suivantes :

« On en murmure dans Lyon, et on dit que cela nuit
« au commerce. Mais, à dire vrai, la loi y étant si
« expresse, et n'y ayant point été dérogé par aucune
« ordonnance ni loi contraire, il n'y a pas sujet de se
« plaindre si la Cour confirme notre droit municipal. —
« Que s'il faut recourir à la raison, il n'y a plus d'appar-
« rence d'ôter aux femmes le pouvoir de vendre ou
« d'engager leurs biens dotaux que de leur laisser.
« Outre cette règle générale qui veut que le public s'in-
« téresse à la dotation des femmes, il est notoire que
« c'est un avantage commun aux familles, qu'y arri-
« vant de la disgrâce et de la déroute, il y ait quelques
« ressources pour la femme et pour les enfants; que
« celle qui aura apporté une bonne dot ne soit pas ré-
« duite à mendier l'assistance de ses proches; que ceux
« qui avaient eu une naissance avantageuse ne soient
« pas dans la nécessité de chercher leur pain; bref, que,
« dans un naufrage, il leur reste quelques tables de
« ces débris. — C'est de quoi les créanciers ne peuvent
« pas se plaindre; ils ont suivi la foi du mari... Que,
« s'ils se sont assurés sur l'obligation de la femme,

« ils ont pu apprendre que c'était un appui aussi
« faible que son sujet, et que, se pouvant faire relever,
« ils doivent en appréhender l'événement... » Henrys,
après avoir rapporté les trois arrêts précités, ajoutait : «... Tant y a que ce dernier arrêt (du 13 juillet
« 1658) rendu sur les requêtes civiles et avec grande
« connaissance de cause, ne doit plus laisser de doute,
« et il en faut demeurer là, s'il n'y est dérogé par un
« édit » (liv. iv, quest. 141, n° 4).

Le commerce lyonnais n'accepta pas sa défaite : le pouvoir judiciaire lui faisait défaut ; mais il lui restait la ressource du pouvoir législatif.

Le prévôt des marchands et les échevins de la ville de Lyon, les officiers de Montbrison, les échevins et les habitants de Villefranche s'adressèrent au roi Louis XIV, et le supplièrent d'abroger la loi Julia, comme Henri IV avait abrogé le sénatus-consulte Velléien par l'édit de 1606. La supplique supposait que la mesure sollicitée devait être accordée comme conséquence et par interprétation de l'édit de 1606 ; la décision à intervenir devait donc, par suite des règles qui gouvernent l'interprétation des lois, embrasser le passé et l'avenir, et s'appliquer aux obligations souscrites comme à celles qui le seraient dans la suite.

84. Le grand roi donna une entière satisfaction à ces vœux par sa déclaration du 21 avril 1664, et, deux ans après la mort d'Henrys, sa prédiction s'accomplissait.

Le préambule de cet édit est remarquable :

« La liberté que nous avons laissée à nos peuples de vivre chacun dans leurs provinces, suivant les lois

qu'un ancien usage leur avait établies, a fait que quelques-unes se sont conservées dans la possession de décider par les lois romaines les affaires sur lesquelles il n'y avait point d'ordonnances faites par les rois, nos prédécesseurs; les unes ont été régies par Coutumes, et les autres, nonobstant qu'elles fussent régies par le droit romain, n'ont pas laissé de recevoir, en certains cas, des usages différents. Notre ville de Lyon et les provinces du Lyonnais, Forez, Beaujolais et Mâconnais ont été de ces dernières. »

Après avoir énuméré diverses considérations invoquées dans la requête, notamment l'usage antérieur et l'intérêt du commerce, Louis XIV continue ainsi :

« ... C'est pour toutes ces considérations que nos chers et bien amez le prévôt des marchands et échevins de notre dite ville de Lyon nous ont fait remontrer qu'au préjudice de cet usage établi dans ladite ville et ses dites provinces, sur tant de fondements autorisés par une infinité d'autres obligations, jugements et sentences confirmés par arrêts et par le tacite consentement de nos sujets qui lui auraient pu donner force de loi quand il n'aurait point été ordonné par le susdit arrêt (édit) de 1606, il y aurait eu depuis quelques temps des arrêts qui auraient détruit lesdites obligations des femmes jusqu'à la concurrence des biens dotaux, suivant la loi *Julia* du fonds dotal; lesquels, s'ils rendaient la décision des procès formée sur cette matière incertains, en donnant atteinte à ladite coutume, engendreraient une infinité de troubles et de procès dans les familles, dont la plupart, ayant engagé presque tous leurs biens sur la foi publique, en

seraient ou beaucoup incommodées, ou absolument ruinées. A quoi désirant pourvoir, nous aurions résolu de déclarer sur ce notre volonté pour tenir lieu de loi certaine et constante en notre dite ville de Lyon et pays susdits.

« A ces causes, désirant que nos sujets desdites provinces soient maintenus et gardés dans ledit usage conforme à celui de beaucoup d'autres provinces, interprétant en tant que de besoin le susdit édit de l'année 1606, et voulant faire cesser sur cela la diversité des jugements :

« Nous, de l'avis de notre conseil et de notre certaine science, pleine puissance et autorité royale, avons déclaré et ordonné, déclarons, statuons et ordonnons par ces présentes signées de notre main, voulons et nous plaît que toutes les obligations ci-devant passées et qui se passeront à l'avenir sans aucune force ni violence par les femmes mariées dans notre dite ville de Lyon, pays de Lyonnais, Mâconnais, Forez et Beaujolais, sur lesquelles aucun arrêt n'est encore intervenu soient bonnes et valables et que par icelles les femmes aient pu par le passé et puissent à l'avenir obliger valablement, sans aucune distinction, *tous et chacuns leurs biens dotaux et paraphernaux, mobiliers et immobiliers*, sans avoir égard à la disposition de la susdite loi *Julia*, que nous avons abrogée et abrogeons à cet égard, sans qu'en ladite ville et pays susdits, l'on puisse plus y faire aucun fondement, ni y avoir aucun égard. »

La disposition de cet édit, en permettant aux femmes du Lyonnais, du Mâconnais, du Forez et du Beaujolais,

d'obliger valablement leurs biens dotaux, mobiliers et immobiliers, prouve surabondamment deux choses :

1^o Que les obligations contractées par les femmes dotales n'obligeaient pas leurs biens dotaux ; c'était une conséquence logique et juridique de la prohibition d'aliéner le bien dotal ;

2^o Que l'inaliénabilité s'appliquait à la dot mobilière comme à la dot immobilière. Nous savons déjà que les trois arrêts du 7 septembre 1654, du 8 mai 1657 et du 13 juillet 1658 avaient déclaré la dot mobilière inaliénable et que ces décisions géminées donnèrent lieu à la déclaration du 21 avril 1664. Si le mari avait été propriétaire de la dot mobilière et s'il avait pu l'aliéner, il était bien inutile sans doute que la déclaration du roi vint permettre aux femmes d'obliger *leurs biens dotaux mobiliers*. On peut dire ici, avec certitude, que l'exception confirme la règle.

§ IV. — *Parlement d'Aix.*

84 *bis*. On y considérait la femme comme étant véritablement propriétaire de la dot pendant le mariage ; le mari n'avait sur la dot qu'un domaine fictif ou civil, qui se réduisait à la jouissance, à l'administration de la dot et à l'exercice des actions dotales ¹,

La femme ne pouvait, pendant le mariage, ni aliéner, ni engager sa dot consistant soit en argent, soit en meubles, soit en immeubles ².

1. Janéty, *Journal du palais de Provence*, t. 1, p. 109 et suiv. ; Julien, *Eléments de jurisprudence*, p. 51, n^o 16 ; Bonnemant, *Maximes du palais*, t. 1, p. 464.

2. Julien, *Eléments de jurispr.*, p. 57, n^o 28.

§ V. — *Parlement de Grenoble.*

85. On y décidait également que la femme est propriétaire de la dot; que le mari en est maître, mais eu égard seulement aux fruits, aux revenus et à l'administration ¹.

La femme et ses héritiers avaient le droit de faire casser l'aliénation des meubles faite par le mari, lorsqu'ils ne consistaient pas en poids, nombre ou mesure, et l'on disait qu'il y avait même raison que pour l'immeuble dotal ².

§ VI. — *Sénat de Savoie.*

86. Un édit de Charles-Emmanuel, de l'an 1582, déclarait inaliénables tous les biens dotaux, meubles et immeubles ³.

87. En résumé, les Coutumes, la doctrine et la jurisprudence des pays de droit écrit décidaient unanimement que la dot mobilière était inaliénable comme la dot immobilière; il n'y avait d'exception que pour les provinces du Lyonnais, Mâconnais, Forez et Beaujolais, et il n'avait fallu rien moins qu'une déclaration de Louis XIV pour établir cette dérogation à la règle.

C'est ainsi que les auteurs du *Nouveau Denizart* ap-

1. Dupérier, *Questions notables*, liv. 1, quest. 3, p. 23 et 58, n° 29; Bonnemant, *Maximes du palais*, t. I, p. 185.

2. Arrêt du 14 août 1600, rapporté par Expilly, ch. CXXIII.

3. *Royales constitutions sardes*, liv. v, tit. XI, art. 7.

préciaient la jurisprudence de droit écrit vers la fin du dernier siècle, lorsqu'ils écrivaient :

« En pays coutumier..., on distingue les biens qui composent la communauté, quand il y en a, d'avec ceux qui sont propres. Ce n'est pas ici le lieu de parler de ces différentes espèces de biens ; nous renvoyons, à cet égard, à l'article *Communauté de biens*. On y verra qu'en général, le mari est maître absolu des biens de la communauté, et qu'à l'égard des propres de la femme, il n'en a que la jouissance, comme DES BIENS DOTAUX dans les pays de droit écrit ¹ ».

Et l'article 4 de la loi du 29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières, dit que « ... les maris, dans les pays où LES DOTS SONT INALIÉNABLES, même avec le consentement des femmes, ne pourront liquider les rachats des rentes ou redevances foncières appartenant... auxdites femmes mariées, qu'en la forme et aux taux ci-après prescrits ».

1. V^o Dot, § 14, n^o 11.

TROISIÈME PARTIE.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE SOUS L'EMPIRE DU CODE NAPOLÉON.

SOMMAIRE.

88. Division générale de la matière.

88. Nous voici parvenu au droit moderne. Nous allons traiter de l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière sous l'empire du Code Napoléon.

Ce sujet sera divisé en cinq chapitres, de la manière suivante :

1^o De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière pendant le mariage et avant la séparation de biens ;

2^o De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière pendant le mariage et après la séparation de biens ;

3^o De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière après la dissolution du mariage ;

4^o Des effets de l'inaliénabilité et de l'action en révocation de l'aliénation ;

5^o De la prescription en matière de dot.

CHAPITRE I.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE PENDANT LE MARIAGE ET AVANT LA SÉPARATION DE BIENS.

SOMMAIRE.

89. La dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière par le mari et par la femme, conjointement ou séparément. — Erreur de la doctrine et de la jurisprudence à cet égard. — Subdivision de ce chapitre.

89. Pour nous, la dot mobilière est aussi inaliénable que la dot immobilière, soit par le mari, soit par la femme, soit par les deux conjointement. Au contraire, la plupart des auteurs modernes et surtout la Cour de cassation décident que la dot mobilière est aliénable par le mari et inaliénable par la femme, en ce sens seulement que la femme ne peut pas céder l'action en reprise qui lui appartient contre son mari, ni renoncer à cette action. Dans notre intime conviction, cette doctrine est une immense erreur; nous allons la combattre avec autant d'indépendance que de fermeté. Nous espérons démontrer qu'elle est contraire à l'origine et au principe fondamental du régime dotal, à l'ancienne jurisprudence de droit écrit, aux motifs et aux textes du Code Napoléon, et qu'elle fait de la communauté au lieu de faire de la dotalité.

Ce chapitre sera subdivisé en quatre sections. Dans la première, nous traiterons de l'inaliénabilité de la dot par le mari; dans la seconde, de l'inaliénabilité de la

dot par la femme ; dans la troisième, des actes qui doivent être considérés comme une aliénation de la dot ; enfin, dans la quatrième, des exceptions au principe d'inaliénabilité de la dot.

SECTION I.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE

PAR RAPPORT AU MARI.

SOMMAIRE.

90. Les rédacteurs du Code en face du régime dotal et du régime de communauté. — Jugement sur ces deux régimes. — Leur antagonisme et leur grandeur. — Leurs tendances diverses.
91. Le projet du Code sacrifiait le régime dotal. — Protestations des provinces du Midi.
92. Nouveau projet qui permettait de stipuler le régime dotal, mais qui le mutilait en prohibant l'inaliénabilité de la dot.
93. Mémorable discussion au conseil d'Etat. — Protestations des députés du Midi. — Portalis, Cambacérès, Maleville. — Les députés du Nord défendent les idées de communauté. — Le conseil d'Etat vote le principe de l'inaliénabilité de la dot.
94. Conséquences de cette discussion et de ce vote.
95. Rapports et motifs. — Parmi les rédacteurs du Code, les uns disent que le mari n'a que l'usufruit de la dot, les autres expriment la même idée en disant qu'il n'a que la jouissance et l'administration, sans jamais distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière.
96. Singulière situation que l'on fait au régime dotal sous le Code Napoléon. — Mot de Bretonnier.
97. Renouvellement de la lutte contre le régime dotal pour lui faire subir le principe de la communauté. — Arrêt de la Cour d'Agen qui applique la doctrine de Serres. — Arrêt de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi. — La Cour de cassation altère l'article 1549 et substitue les mots *maître de la dot*, aux mots *administrateur des biens dotaux*. — Distinction arbitraire entre la maîtrise du mari sur la dot mobilière, et sa maîtrise sur la dot immobilière. — Contre-sens historique. — La Cour de cassation fait le mari propriétaire de la dot même immobilière.

98. Autre arrêt de la Cour d'Agen qui décide que le mari peut céder les créances dotales. — Réquisitoire de M. Delangle devant la Cour de cassation, à la suite du pourvoi. — Réfutation point par point. — Arrêt de la Cour de cassation qui rejette le pourvoi en reproduisant le célèbre sophisme de Câtelan.
99. Erreur de M. Troplong qui voit une défaite du régime dotal dans la loi et qui lui reproche de sacrifier le crédit du mari et la bonne foi. — Préjugés de communauté contre l'inaliénabilité de la dot.
100. Le régime dotal par son origine et sa nature est une séparation des biens des époux. — L'inaliénabilité de la dot est la conséquence et la sanction de ce principe essentiel. — Ruine du régime dotal et de sa séparation de biens, si la dot sert à payer les dettes du mari.
101. Moyen certain, en cette matière, de connaître si une doctrine est vraie ou fausse.
102. Conclusion que les biens dotaux ne peuvent pas servir aux affaires du mari sans que la femme soit commune en biens ou associée.
103. Autre erreur de M. Troplong qui veut que le mari *maître de la dot* en soit *propriétaire* et puisse aliéner la dot mobilière.
104. Autre arrêt de la Cour de cassation.
105. Cette doctrine et ces arrêts imposent le principe de la communauté à la dotalité. — Les raisons invoquées ne sont pas autres que celles qui furent condamnées par le conseil d'Etat.
106. L'origine, la nature et le but du régime dotal condamnent aussi cette doctrine et cette jurisprudence. — Raisons à cet égard. — Les partisans de la communauté ne veulent pas les comprendre. — Mot de Pasquier.
107. Ils veulent que l'administration dont parle l'article 1549 soit la même que celle dont parle l'article 1421, afin d'attribuer au mari le même pouvoir sur les meubles dotaux que sur les meubles de communauté.
108. Ils veulent que *le maître de la dot* en droit écrit soit le même que *le dominus dotis* en droit romain et que *le seigneur et maître de la dot* en droit coutumier. — La similitude n'est que dans les mots; l'argument qu'on en tire repose sur une équivoque. — Preuve qu'en droit coutumier la qualification de *maître de la dot* n'exprimait pas nécessairement le droit de propriété et de disposition. — Doctrine de Dumoulin et des auteurs coutumiers.
109. Erreur de MM. Delangle et Troplong qui croient qu'il suffit d'avoir prouvé que le mari était *dominus dotis* en droit romain et *maître de la dot* en droit écrit, pour pouvoir en conclure

- qu'en droit écrit, il pouvait disposer de la dot mobilière. — Réfutation.
110. But que l'on se propose. — Singulière opinion que l'inaliénabilité de la dot mobilière était une exception en droit écrit et n'avait lieu qu'au parlement de Bordeaux. — Raisons non moins singulières de M. Troplong pour préférer la jurisprudence du parlement de Toulouse à celle du parlement de Bordeaux. — Pourquoi ?
111. Jurisprudence des parlements de droit écrit.
112. Raisons de cette jurisprudence. — Pourquoi l'anomalie et la contradiction du droit romain n'avaient pas leur raison d'être en droit écrit. — On veut y ramener le régime dotal moderne.
113. Singulière raison donnée par M. Troplong pour expliquer comment le mari serait propriétaire de la dot sous le Code Napoléon. — La précieuse anomalie du droit romain dans le Code Napoléon. — Contradictions de M. Troplong.
114. Opinions exprimées par les rédacteurs du Code. — La doctrine et la jurisprudence n'en ont jamais dit un mot. — Conclusion qu'en droit écrit, la maîtrise du mari n'était que celle de la jouissance et de l'administration.
115. Comment et pourquoi le mari était *maître de la dot*. — La liberté et la responsabilité.
116. Pourquoi l'article 1549 qualifie le mari *administrateur* et non pas *maître* de la dot.
117. Erreur de la jurisprudence moderne qui interprète l'article 1549 en remplaçant l'administration par la maîtrise entendue dans le sens de propriété et de pouvoir d'aliéner. — Réfutation.
118. Singulières critiques et singulières aberrations. — Fausses idées qu'on se fait du régime dotal dans les pays de communauté.
119. Critiques adressées par M. Dupin au régime dotal. — Réfutation. L'économie des femmes dans le luxe effréné des femmes. — Les femmes dotales plus jurisconsultes que les jurisconsultes de communauté. — La femme dotale et sa chaise curule.
120. Erreur de M. Troplong et de la Cour de cassation qui, pour faire du mari un propriétaire de la dot, lui accordent l'exercice des actions dotales.
121. Nécessité de distinguer entre les diverses espèces d'actions dotales. — La question consiste à savoir si le mari seul a l'exercice des actions pétitoires.
122. Explication de l'article 1549 du Code Napoléon. — Son § 1^{er} n'accorde au mari que la jouissance et l'administration des biens dotaux ; son § 2 est une conséquence et une application du § 1^{er} ; il n'accorde au mari que l'exercice des actions relatives

- à la jouissance et à l'administration, et lui refuse celui des actions pétitoires. — Fausse interprétation que l'on donne aux mots : *poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux*.
123. Réponse à une objection. Véritable sens des mots : *débiteurs et détenteurs* dans l'article 1549.
124. Pourquoi cet article attribue au mari le rôle actif d'un demandeur, sans faire allusion au rôle passif d'un défendeur. — Embarras des jurisconsultes modernes sur le point de savoir si le mari peut défendre aux actions pétitoires. — Dissentiment avec M. Troplong.
125. Origine de l'article 1549, attribuée à la doctrine de Domat. — Examen de cette doctrine.
126. Le droit écrit refusait au mari l'exercice des actions pétitoires dotales, comme le droit coutumier lui refusait celui des actions pétitoires relatives aux propres de la femme. — Erreur de M. Troplong sur la doctrine de Roussilhe au sujet des actions pétitoires dotales.
127. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation qui apprécie mal la jurisprudence du parlement de Grenoble pour en conclure qu'en droit écrit, le mari avait l'exercice des actions.
128. Appréciation de la doctrine de droit écrit par les auteurs du *Nouveau Denizart*. — Harmonie du droit écrit et du droit coutumier en cette matière.
129. Les rédacteurs du Code n'ont pas défait cette unité de jurisprudence. Preuves à cet égard.
130. Comparaison et harmonie entre le § 2 de l'article 1549 et le § 2 de l'article 1428. — Pourquoi l'article 1549 n'impose pas au mari, relativement aux biens dotaux, les restrictions que l'article 1422 lui impose au sujet des biens de communauté.
131. Embarras de M. Troplong. — Vision de la précieuse anomalie du droit romain dans le Code Napoléon. — Prétendue incapacité de la femme en droit romain. — Résurrection de la *manus* romaine, du *mundium* germanique et de la loi *Julia*.
132. Distinction incurable de M. Troplong et de la Cour de cassation entre la dot mobilière et immobilière dans l'interprétation de l'article 1549. — Conclusion textuelle que le Code ne permet pas au mari d'aliéner ce qu'il l'oblige à restituer en nature.
133. Contradiction que l'article 83, § 6, du Code de procédure oppose à la doctrine qui accorde au mari l'exercice des actions pétitoires dotales.
134. Autre contradiction que lui opposent les articles 2208 et 818 du Code Napoléon.

135. Embarras des jurisconsultes modernes pour faire concorder les articles 818 et 2208 avec l'article 1549 tel qu'ils l'interprètent.
136. M. Dalloz a échoué, comme les autres, dans cette tentative de conciliation. Réfutation de son explication.
137. Concordance parfaite de l'article 83, § 6, du Code de procédure et des articles 818 et 2208 du Code Napoléon avec l'article 1549, quand on ne voit dans ce dernier article que des actions de jouissance et d'administration.
138. D'où sont venues les difficultés en cette matière. — L'attribution des actions pétitoires au mari est une des pièces nécessaires du système qui lui accorde la propriété et la disposition de la dot mobilière. — Cette nécessité n'a pas été comprise.
139. Retour à l'inaliénabilité de la dot mobilière par le mari.
140. L'article 83, § 6, du Code de procédure prouve tout à la fois que le mari n'a ni l'exercice des actions pétitoires dotales ni la disposition de la dot mobilière.
141. Dans l'article 1554, les mots *immeubles constitués en dot* signifient *fonds dotal* et comprennent les meubles comme les immeubles.
142. Autre explication de l'article 1554, qui conduit au même résultat.
143. L'article 1554 se complète par les articles 1555 et 1556 qui supposent évidemment que la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière.
144. Dissentiment avec M. Troplong qui croit que les mots : *biens dotaux*, dans les articles 1555 et 1556, ne s'appliquent qu'aux immeubles dotaux.
145. Importance de cette difficulté. — Conséquence énorme de l'interprétation de M. Troplong : c'est que le Code Napoléon n'a pas de texte qui permette à la femme de donner ses meubles dotaux pour l'établissement de ses enfants.
146. Toute l'ancienne jurisprudence de droit écrit permettait à la femme de donner ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants. — Preuves ponctuelles à cet égard. — Conclusion qu'en droit écrit, la dot mobilière était inaliénable comme la dot immobilière, et que c'était la femme et non le mari qui en était propriétaire.
147. Les articles 1555 et 1556 ont emprunté les mots : *biens dotaux* à l'ancienne jurisprudence de droit écrit.
148. Clarté de l'article 1555 pour la doctrine qui n'accorde au mari que la jouissance et l'administration de la dot. Cet article, en réservant l'usufruit au mari, lui réserve tous ses droits.
149. Difficultés que rencontre la doctrine contraire. — Sa condamnation textuelle par les articles 1564 et 1565.

150. Autres difficultés. — La doctrine contraire invoque le droit romain et ne l'applique pas. — Elle renverse la théorie moderne qui veut que le créancier d'une obligation de donner ou de restituer un objet certain et déterminé en soit propriétaire.
151. Autres difficultés. — Entraves que la doctrine contraire apporte au droit de la femme de disposer de ses meubles dotaux par testament. — Le legs est-il nul comme legs de la chose d'autrui? Est-il révoqué par l'aliénation consentie par le mari? — Si la femme prend le parti de léguer la valeur de ses meubles, le mari ne les aliénant pas, n'a-t-elle pas légué ce qui ne lui appartient pas?
152. Erreur de M. Troplong qui affirme que la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari aplanit toutes les difficultés et que celle de l'inaliénabilité en rencontre d'inextricables. — Ses contradictions. — Le mari propriétaire dans l'article 1549 et dépositaire dans l'article 1564. — Enigme juridique.
153. Le droit qu'on accorde à la femme sur ses meubles dotaux est semblable à celui de la femme commune sur les meubles de communauté. — Singulière conséquence. — Le mari est tenu de tout le passif mobilier de la femme, contrairement à tous les principes du régime dotal.
154. Le mari n'est pas propriétaire des meubles réalisés ou exclus de la communauté et ne peut pas en disposer. — Doctrine contraire de M. Troplong, pour éviter une contradiction. — Résurrection d'une erreur de Pothier, réfutée par Toullier.
155. Ce qu'on entend par le double domaine sur la dot. — Le domaine naturel de la femme sur la dot mobilière n'est qu'un droit de créance; le domaine civil du mari, c'est la propriété et le pouvoir de disposition.
156. La jurisprudence trouve l'erreur de Pothier mauvaise dans le régime de communauté, et excellente dans le régime dotal. — Rapprochement d'arrêts contradictoires.
157. Contre-sens de la jurisprudence moderne. — Le régime dotal n'est pas un régime sans communauté. — Conséquences. — Renvoi.
158. La Cour de cassation décide avec raison que, lorsque les époux sont mariés sans communauté, le mari n'est pas propriétaire des meubles de la femme et ne peut pas les aliéner.
159. Sous le Code, le mari est encore maître de la dot mobilière et immobilière, comme dans l'ancienne jurisprudence, c'est-à-dire maître de la jouissance et de l'administration. — Mot profond dans la Constitution du 14 janvier 1852.
160. Les raisons invoquées par la doctrine et la jurisprudence pour parvenir à l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari s'appli-

quent à tous les meubles qui ne tombent pas en communauté.

Mais on ne les applique qu'au régime dotal.

161. Contradictions de la Cour de cassation.

162. Vains efforts pour les éviter.

163. Autres contradictions.

164. Source de ces contradictions et de ces erreurs.

165. Pourquoi faut-il que la dot mobilière du régime dotal puisse être aliénée par le mari?

166. Raisons générales qu'on allègue. — Réfutation.

167. Singulières conséquences.

168. Les erreurs modernes cherchent leur point d'appui dans la jurisprudence du parlement de Toulouse et lui font dire ce qu'elle ne dit pas. — Comment les rédacteurs du Code ont apprécié la jurisprudence de droit écrit.

169. Erreur de M. Marcadé, calquée sur celles de M. Delangle, de M. Troplong et de la Cour de cassation. — Le mari *procurator*. Résurrection du système de M. Tigerstrom. — On croit faire du droit romain et l'on fait de la communauté. — Preuve.

170. Polémique instructive entre M. Marcadé et M. Bellot des Minières. — Appréciation.

171. Les créanciers du mari ne peuvent pas faire saisir les meubles dotaux corporels. — Jurisprudence ancienne et moderne.

172. Invocation des raisons économiques du régime de communauté. — Les deux économies. — Réfutation. — Le régime dotal dans le lit de Procuste.

173. Conséquences dangereuses. — Law et l'abbé Terrasson. — Le crédit et les manieurs d'argent. — La secte audacieuse. — Le droit et l'économie. — La conservation et l'acquisition.

174. Le Code Napoléon et les institutions du passé.

175. Les idées que l'on invoque aujourd'hui condamnées par les rédacteurs du Code.

176. L'intolérance dans la doctrine et la jurisprudence. — Philosophie de Montesquieu.

177. L'économie et la statistique judiciaire. — Pourquoi les séparations de corps et de biens sont plus fréquentes dans les pays de communauté que dans ceux de dotalité.

178. Conclusion que la jurisprudence fait de la communauté à propos de dotalité, comme naguère elle faisait de la dotalité à propos de communauté.

179. La femme mariée sous le régime dotal est mariée sous le régime de la communauté.

180. Destinée des institutions humaines.

90. Les rédacteurs du Code Napoléon se trouvaient en présence des deux régimes que nous venons de décrire : l'un dominant, depuis dix-huit siècles, dans le midi de la France, l'autre, depuis quatorze siècles, dans le centre et le nord. Le régime dotal et le régime de la communauté étaient opposés par leur origine, par leur nature et par leur but ; chacun d'eux avait ses avantages et ses inconvénients ; mais tous deux étaient grands par leurs traditions historiques, grands aussi par les idées qu'ils représentaient. Ils répondaient à deux besoins impérieux de l'homme, l'acquisition et la conservation.

L'un reflète le caractère entreprenant et aventureux de nos Francs : il est conquérant, au risque de tout perdre pour tout gagner : à lui la puissance maritale et le pouvoir de disposition.

L'autre est la fidèle image du génie romain : il n'aspire pas à augmenter les biens de la femme, mais à les conserver, et, par eux et avec eux, la famille. C'est le régime de ceux qui possèdent et qui veulent se contenter de ce qu'ils ont ; le pouvoir de disposition est contraire à son origine, à sa nature et à son but : à lui l'inaliénabilité de la dot.

Ces deux régimes représentent les deux grandes puissances des temps modernes, la propriété et l'industrie.

Enfin, à chacun d'eux correspondaient les habitudes et les mœurs nationales de la France depuis l'origine de la monarchie. Ces traditions méritaient d'être respectées.

91. Dès le principe, on les respecta fort peu.

Les rédacteurs du Code Napoléon avaient mission de doter la France du bienfait d'une législation uniforme : ils crurent d'abord que l'unité de législation exigeait le sacrifice d'un des deux régimes matrimoniaux qui se divisaient le sol français. L'homme est naturellement porté à croire que ses convictions sont toujours ce qu'il y a de meilleur, et quand il ne peut pas les faire accepter, il cherche à les imposer. En conséquence, le premier projet du Code ne renfermait pas de disposition autorisant expressément le régime dotal.

Les provinces du Midi, profondément attachées à ce régime, crurent que leur droit national était sacrifié à celui du Nord; elles réclamèrent avec vivacité. Pour mieux réussir, leurs représentants exaltèrent le régime dotal aux dépens de celui de la communauté, dont ils firent une amère critique. Ces exagérations rencontrèrent une résistance non moins vive de la part des provinces du Nord; elles n'atteignirent que partiellement leur but.

92. Un nouveau projet de loi fut présenté le 6 vendémiaire an XII, mais il ne donnait qu'une demi-satisfaction au droit du Midi. Il permettait de stipuler le régime dotal, mais il prohibait l'inaliénabilité de la dot, dont Justinien et les parlements du Midi avaient fait le principe et la base de ce régime.

Voici comment M. Berlier motivait ce dernier projet :

« Il est difficile de comprendre comment la femme
« était mieux protégée par le droit écrit, à moins que
« la pensée ne s'arrête à *l'inaliénabilité de la dot*; mais

« c'était une protection achetée bien chèrement par
« l'*incapacité* qu'elle imprimait à la femme de disposer
« de son bien dotal, même pour son intérêt évident,
« et sans qu'elle pût être relevée de cette incapacité par
« rien. Une telle protection ne serait-elle pas exacte-
« ment définie : *une entrave excessive* ?.... Qu'est-ce donc
« qu'un tel système a de préférable à celui qui admet
« l'aliénabilité sans distinction, mais sous des condi-
« tions sages, et qui donne à la femme toutes les
« actions, même hypothécaires, les plus étendues pour
« les emplois ¹ ? »

En conséquence, l'article 138 du projet portait :

« Les immeubles constitués en dot, même dans le
« cas du présent paragraphe, ne sont point inaliénables.
« Toute convention contraire est nulle... »

Quant aux meubles dotaux, l'article 134, devenu l'article 1531 de la rédaction définitive, en laissait la disposition au mari, sous la condition de restituer les capitaux à la dissolution du mariage ².

Ce second projet mutilait le régime dotal, en lui enlevant son caractère propre et essentiel, l'inaliénabilité de la dot ; il le réduisait au régime sans communauté,

1. Fenet, t. XIII, p. 524. — Il y a beaucoup d'inexactitude dans cette opinion de M. Berlier. Ainsi l'inaliénabilité du bien dotal n'imprime pas à la femme une *incapacité* d'en disposer ; l'inaliénabilité de la dot est un statut réel et non pas personnel. Quant à l'*entrave excessive*, il n'y a que des esprits imbus des préjugés de communauté qui puissent être influencés par ces idées. De plus, le régime dotal sans l'inaliénabilité de la dot est une injustice législative, et n'a pas la valeur du régime de communauté, puisque la femme court la chance de perdre sans avoir celle de gagner.

2. Locré, t. XIII, p. 148 ; Fenet, t. XIII, p. 520. — L'art. 1531 a modifié le projet ; il assujettit le mari à restituer les meubles et les immeubles en nature.

dont les articles 1530 et suivants déterminent les règles.

93. Les députés du Midi, profondément attachés à leur droit national, protestèrent de nouveau dans cette même séance du 6 vendémiaire an XII ; ils comptaient dans leurs rangs des hommes tels que Portalis, le consul Cambacérès, Maleville et l'ardent tribun Carion-Nisas. Aussitôt s'engagea une discussion mémorable, qui n'était autre que l'éternelle lutte entre le romanisme et le germanisme, entre le régime dotal et celui de la communauté. Cette discussion est capitale et décisive, car on va voir que les partisans de la communauté continuent la lutte dans la doctrine et la jurisprudence moderne au nom des idées qui furent vaincues dans cette mémorable séance, comme elles l'avaient été, au parlement de Toulouse, 200 ans auparavant.

Portalis, allant droit à la question, disait :

« Si la dot est déclarée aliénable, le système des pays
« de droit écrit est entièrement sacrifié, et ceux qui
« croiront le prendre pour règle de leur association se
« trouveront cependant régis par le système coutumier. »

Berlier lui répondit :

« A la vérité, l'article (138 du projet) contient une
« grande dérogation de la loi *Julia* ; car, par l'effet de
« cette loi, le fonds dotal était inaliénable, et l'article
« proposé ne veut pas même qu'une disposition spéciale
« puisse le rendre tel. L'on a considéré que la dot d'une
« femme lui était constituée ou par elle-même, ou par
« autrui, et notamment par ses parents. Au premier
« cas, on a trouvé qu'il était peu conforme au droit de

« propriété que la femme se privât de ce droit et s'im-
« posât à elle-même des entraves qui seraient souvent
« suivies de regrets. L'on a pensé aussi que *cette inca-*
« *pacité civile nuirait à la société entière*, et n'était qu'une
« espèce de substitution dont la femme se grevait elle-
« même. Au deuxième cas, c'est-à-dire lorsque la dot
« est constituée par des parents, ils peuvent stipuler
« soit un droit de retour, soit les dispositions permises
« par l'article 337 du livre 1^{er} du Code. »

Portalis répliqua :

« On se fait nécessairement une fausse idée de l'ina-
« liénabilité de la dot, lorsqu'on craint qu'elle ne mette
« obstacle au droit de retour et qu'elle ne ramène les
« inconvénients des substitutions. En effet, l'inaliénabi-
« lité n'existe et n'a de résultat que pendant la durée
« du mariage; elle s'évanouit aussitôt qu'il est dissous.
« Pendant le mariage, elle a le double objet de con-
« server la dot à la femme et les fruits de la dot au
« mari. Sous le premier rapport, *elle empêche le mari de*
« *disposer seul de la dot sous aucun prétexte*, et la femme
« d'en disposer même avec le consentement du mari,
« sans causes légitimes; sous le second, elle interdit à
« la femme de donner sa dot entre-vifs, mais elle lui
« laisse la faculté d'en disposer par testament, parce
« qu'alors la donation n'a d'effet que dans un temps où
« le mari n'a plus aucun droit aux fruits. Ainsi, la dot
« devenant aliénable après la dissolution du mariage, il
« est évident que l'inaliénabilité n'a rien de commun ni
« avec les substitutions, ni avec le droit de retour, qui
« ne peut avoir lieu qu'à une époque où l'inaliénabilité
« a cessé. »

Cambacérès disait « qu'il n'apercevait pas les motifs
« de l'innovation singulière qu'on proposait ; il ne voyait
« même pas l'utilité des articles destinés à fixer le sys-
« tème de droit écrit. Les parties pourront prendre le
« droit écrit pour règle de leur mariage ; il n'est pas
« besoin, pour cela, d'en insérer les dispositions dans
« le Code civil, mais il ne faut pas non plus l'établir en
« dénaturant le système. »

Treilhard, ce jurisconsulte inféodé au droit coutu-
mier, combattit ces idées en ces termes :

« Il sera difficile de concilier l'inaliénabilité de la dot
« avec *l'intérêt du commerce* et l'abolition des substitu-
« tions. Pourquoi, de tous les biens qui existent, ceux
« qui sont dotaux sont-ils seuls soustraits à la circu-
« lation¹ ? L'inaliénabilité en assurera le retour à la
« famille, mais cet intérêt est faible aux yeux du légis-
« lateur². »

Cambacérès répliqua « que l'inaliénabilité n'était pas
« établie pour ramener *la dot* dans la main du père,
« mais pour conserver le *fonds* affecté aux charges et le
« patrimoine des enfants. »

Le vote du conseil d'État est ainsi mentionné au
procès-verbal : *Le conseil adopte le principe de l'inaliéna-*
bilité de LA DOT.

94. Le conseil d'État ne revint pas sur la question, et
on ne trouve rien de plus dans les procès-verbaux des
discussions ; seulement, on voit qu'à la séance du

1. Cette assertion n'est pas exacte ; les biens des mineurs, des inter-
dits, des grevés de substitution sont soustraits à la circulation.

2. Fenet, t. XIII, p. 573 et suiv.

4 brumaire an XII, Cambacérès ayant fait remarquer que les exceptions au principe d'inaliénabilité étaient formulées d'une manière trop vague et trop générale dans l'article 168 du projet, devenu l'article 1558 actuel, Portalis répondit que la section s'en était référée à la jurisprudence pour l'explication de cet article.

Il résulte de cette discussion :

1^o Que l'inaliénabilité de la dot fut votée d'une manière absolue, sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière. Ce qui le prouve, c'est que la question était soulevée par les députés du midi, et la discussion ouverte par la plainte suivante de Portalis : « Si *la dot* est déclarée aliénable, le système des pays de droit écrit est entièrement sacrifié, et ceux qui croiront le prendre pour règle de leur association se trouveront cependant régis par le système coutumier. » L'inconvénient s'appliquait à la dot mobilière plus peut-être qu'à la dot immobilière. La même conséquence résulte des observations présentées par Cambacérès, qui demandait qu'on s'en référât purement et simplement au système des pays de droit écrit; et nous savons que la jurisprudence des parlements appliquait l'inaliénabilité à la dot mobilière comme à la dot immobilière. Aussi voyons-nous que le conseil d'État ne distingua pas non plus et qu'il vota le principe de *l'inaliénabilité de LA DOT*.

2^o Que l'on ne distingua pas davantage entre le droit du mari et celui de la femme au sujet de l'inaliénabilité de la dot. Il ne fut pas prononcé un seul mot dont on puisse induire que quelqu'un des rédacteurs du Code pensât à cette singulière inaliénabilité de la dot mobi-

lière, que la jurisprudence moderne réduit au droit de créance de la femme contre le mari.

3^o Que le conseil d'État ne se laissa pas toucher par *l'intérêt du commerce et de la circulation*, invoqué par les partisans de la communauté, notamment par M. Treilhارد, contre l'inaliénabilité de la dot : ce qui prouve de plus en plus que, dans la pensée comme dans les paroles des rédacteurs du Code, l'inaliénabilité s'appliquait à la dot mobilière aussi bien qu'à la dot immobilière. Il paraît que des considérations également empruntées à *l'intérêt du commerce et de la circulation* furent invoquées au sein du tribunat, car elles y furent réfutées avec éclat dans un éloquent discours du tribun Carion-Nisas¹.

95. Ces conclusions sont pleinement confirmées par les discours des orateurs chargés de porter le projet de loi devant les divers corps qui devaient concourir à sa formation.

M. Duveyrier disait, dans son rapport au tribunat, le 19 pluviôse an XII :

« *La propriété de LA DOT reste à la femme; mais les*
« *actions propriétaires demeurent suspendues pendant*
« *le mariage, parce que LA DOT est inaliénable. Cette*
« *inaliénabilité forme le caractère distinctif du régime*
« *dotal; c'est par elle qu'il développe ses plus grands*
« *avantages. C'est à l'impossibilité absolue d'aliéner*
« *le fonds dotal que la pratique du régime qui établit*
« *cette impossibilité attache la conservation des biens,*
« *l'assurance des hérités directes, la prospérité des*

1. Voyez une partie de ce discours au n^o 149.

« *familles et le lustre social* ¹. Ces avantages ne peuvent
« être contestés. Aussi les pays de droit écrit avaient—
« ils généralement admis cette règle dans le dernier
« état, et, sur ce point, le plus sévère de la législation
« romaine. Partout le mari était privé de la faculté
« d'aliéner, d'engager, d'hypothéquer *le bien dotal*,
« même avec le concours ou le consentement de la
« femme; et les parlements s'accordaient sur l'applica-
« tion, au point de déclarer nulles, après la dissolution
« du mariage, et sur la demande de la femme, les alié-
« nations de sa dot, qu'elle avait faites elle-même ou
« consenties. Le projet de loi conserve dans toute sa
« rigueur cette règle première et essentielle du régime
« dotal ². »

M. Siméon, présentant le vœu du tribunat au Corps législatif (séance du 20 pluviôse an XII), s'exprimait ainsi :

« Le mari était *usufruitier*, il rend *la dot*...
« LE MARI, *puisque'il* N'EST QU'USUFRUITIER, NE PEUT
« ALIÉNER CE QUI NE LUI APPARTIENT PAS; de là, *l'ina-*
« *liénabilité de LA DOT*. Il n'y a pas de prétexte à ce
« que le mari vende, puisque, si la vente était à vil
« prix, il blesserait les intérêts de son épouse, et si la

1. Il y a quelque inexactitude dans ces dernières expressions. L'inaliénabilité de la dot n'a pas pour objet l'*assurance des hérités directes*, ni la *prospérité des familles*, ni le *lustre social*. Ces idées sentent le régime féodal et les substitutions; elles ne sont pas celles de Justinien, ni de l'ancienne jurisprudence de droit écrit, ni du Code Napoléon. Ce qui le prouve, c'est que la femme, devenue veuve, peut aliéner sa dot. L'inaliénabilité de la dot a sa raison d'être dans le principe de séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux; elle est la sanction logique et la conséquence nécessaire de ce principe.

2. Fenet, t. XIII, p. 756.

« vente était avantageuse, il en profiterait. L'inaliénabilité *de la dot*, modifiée par les causes qui la rendent juste et nécessaire, et que la loi exprime, a l'avantage d'empêcher qu'un mari dissipateur ne consume le patrimoine maternel de ses enfants; qu'une femme faible ne donne à des emprunts et à des ventes un consentement que l'autorité maritale obtient presque toujours, même des femmes qui ont un courage au-dessus du commun. Elle conserve les biens dans les familles, sans en empêcher trop longtemps la disposition et le commerce, sans gêner l'administration du mari; elle oppose une barrière salutaire à ses abus.... A la dissolution du mariage la femme rentre de plein droit en possession de *ses biens dotaux*, comme un propriétaire grevé d'usufruit y rentre par le décès de l'usufruitier ¹. »

M. Duveyrier, après avoir expliqué les articles 161 et 162 du projet, devenus les articles 1551 et 1552 de la rédaction définitive, ajoutait : « Hors le cas de ces stipulations précises, *le mari n'a que la perception des fruits de LA DOT et son administration* ². »

M. Berlier lui-même, malgré son opposition première, disait devant le Corps législatif : « *Le mari n'a que l'administration et la jouissance DES BIENS DOTAUX* ³. »

96. En appréciant ainsi les droits du mari sur la dot, sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière, les rédacteurs du Code Napoléon n'étaient que

1. Fenet, t. XIII, p. 826, 827 et 829.

2. Fenet, t. XIII, p. 755.

3. Fenet, t. XIII, p. 682.

les fidèles interprètes de la jurisprudence de droit écrit, telle que je viens de l'exposer, telle que l'attestaient les auteurs du *Nouveau Denizart*, quelques années seulement avant le Code Napoléon.

Autrefois le régime dotal était appliqué et interprété par les parlements de droit écrit et par les juriconsultes du Midi, qui s'attachaient dans leurs écrits à reproduire la jurisprudence de leur ressort. Tous, magistrats et arrêtistes, appartenaient au pays dans lequel ils exerçaient leurs fonctions : ils en connaissaient les mœurs, les habitudes, les traditions nationales ; ils les acceptaient et s'y conformaient. Vers la fin du siècle dernier, des ouvrages généraux sur le droit français sortirent de la plume de juriconsultes appartenant aux pays de communauté. En parcourant ces livres, on voit que leurs consciencieux auteurs, loin de remplacer les principes de dotalité par ceux de communauté, s'étudiaient à reproduire scrupuleusement les doctrines et la jurisprudence de droit écrit.

Aujourd'hui les choses se passent autrement.

Le régime dotal a obtenu une petite place dans un coin du Code Napoléon, à côté de son éternel ennemi : le régime de communauté. L'uniformité de législation a exigé qu'il fût soumis à l'enseignement général du droit. Les professeurs du Nord, après avoir expliqué les 141 articles du régime de communauté, passent forcément à l'explication des 40 articles du régime dotal : ils ne se croient pas sortis de leur sujet ; ils font du régime dotal un commentaire qui est la continuation de celui de la communauté. Les magistrats du Nord vont indistinctement exercer leurs fonctions dans le Midi, et

y apportent leurs idées de communauté ; réciproquement, ceux du Midi transportent dans les sièges du Nord leurs principes de dotalité. Enfin, la Cour de cassation est composée, en grande majorité, de magistrats appartenant aux pays de communauté. « J'ai souvent remarqué, disait Bretonnier, que la prévention des auteurs de droit coutumier pour les successions *ab intestat*, leur brouillent les idées sur les *matières testamentaires*¹. » Cette remarque est fort judicieuse; il faut l'étendre et la compléter en disant que les préjugés des auteurs de droit coutumier pour le régime de communauté leur brouillent les idées sur les matières de dotalité. La preuve de cette vérité ne se fera pas attendre longtemps.

97. On n'a pas oublié les efforts qu'avait faits le droit coutumier pour imposer son principe de puissance maritale sur les biens dotaux à la jurisprudence de droit écrit, notamment à celle du parlement de Toulouse auquel il ne parvint jamais à faire accepter ses idées. Les embarras de doctrine qui en résultèrent sont devenus le point de départ du système qui attribue au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière. C'est la jurisprudence qui a fourni la première idée de cette interprétation.

Une femme, dont la dot consistait en argent, avait signé des lettres de change souscrites par son mari. Poursuivie en paiement, elle se défendit en invoquant l'inaliénabilité de sa dot. Cette exception fut admise, bien à tort, par le tribunal de première instance, tou-

1. Sur Henrys, liv. v, quest. 52, t. III, p. 237.

jours en confondant l'inaliénabilité de la dot avec l'incapacité de la femme. Il fallait condamner la femme purement et simplement, suivant la teneur de son obligation, sauf à annuler plus tard les actes d'exécution que le créancier aurait pratiqués sur les biens dotaux. Sur l'appel, la Cour d'Agen fut embarrassée en présence de l'article 1554 du Code Napoléon, qui ne mentionne littéralement que l'inaliénabilité des immeubles dotaux. Elle eut la mauvaise inspiration d'appliquer la doctrine de Serres ¹, et de dire que, pendant le mariage, le mari seul avait la disposition de la dot mobilière, pour en conclure que la femme ne pouvait pas l'aliéner.

Le 1^{er} février 1819, la Cour de cassation rejeta le pourvoi contre cet arrêt, par le motif que, « d'après les « dispositions du Code civil comme d'après celles du « droit romain ², le mari étant seul *maître de la dot* « mobilière, dont il a la propriété et la libre possession, « lui seul peut en avoir la libre disposition, et qu'ainsi, « sous ce rapport, la femme se trouvant dans l'heureuse impuissance d'aliéner elle-même directement « ses meubles ou deniers dotaux, il était inutile de lui « en interdire l'aliénation ³ ».

En droit romain et en droit écrit, le mari était *maître de la dot* en général et sans aucune distinction entre la dot mobilière et la dot immobilière. La Cour de cassation affirme que, d'après les dispositions du Code civil, le

1. *Instit.*, liv. II, tit. VIII. — V. *supra*, n^{os} 69 et suiv., ce que je dis de cette doctrine et du texte sur lequel Serres la fondait.

2. De quel droit romain la Cour de cassation entend-elle parler? Est-ce celui des jurisconsultes ou celui de Justinien? On verra bientôt que cela n'est pas indifférent.

3. Dalloz, *vis* *Contrat de mariage*, n^o 3503.

mari est également *maître de la dot* MOBILIÈRE. Cette affirmation renferme une double erreur : 1^o aucune disposition du Code Napoléon ne donne au mari la qualification de *maître de la dot*; 2^o l'article 1549, le seul texte que la Cour de cassation ait pu avoir en vue, ne dit pas que le mari soit *maître de la dot* MOBILIÈRE; il dit que le mari SEUL a *l'administration des BIENS DOTAUX*, ce qui comprend la dot *immobilière* comme la dot *mobilière*. Il résulte de là que la Cour de cassation, en remplaçant le mot *administration* par celui de *maîtrise* et de *propriété*, fait dire à l'article 1549 que le mari est même propriétaire des immeubles dotaux, ce qui est un contresens historique. A la vérité, l'ancien droit écrit donnait au mari la qualification de *maître de la dot*, et le droit coutumier, celle de *maître des propres* de la femme, soit mobiliers, soit immobiliers; mais cette maîtrise n'était que celle de la jouissance et de l'administration; ce n'était pas celle de la propriété ni celle de la disposition. L'article 1549 a reproduit la jurisprudence de droit écrit, et il l'a perfectionnée en s'abstenant de donner au mari l'ancienne qualification de MAÎTRE *de la dot*, afin d'éviter les équivoques auxquelles prête le sens vague de ce mot.

Il faut en convenir : la Cour de cassation n'a pas été heureuse au début de sa jurisprudence, qui a proclamé l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari; nous verrons bientôt si elle sera plus heureuse à la fin.

98. Ces décisions, rendues dans une espèce très-favorable, n'étaient qu'un effort de doctrine pour arriver à protéger la dot mobilière de la femme dotale, en

l'assimilant à la dot mobilière du régime de communauté ; le remède était pire que le mal , et ses dangers devaient se révéler plus tard.

Un père et une mère avaient constitué en dot à leur fille une somme de 60,000 francs , sur laquelle 10,000 francs étaient payables après le décès des constituants. Sur cette créance de 10,000 francs , le mari avait cédé 8,500 francs à un de ses créanciers , en paiement de sa dette. Les héritiers de la femme, ne trouvant pas des biens suffisants entre les mains du mari pour la restitution de la dot , demandèrent la nullité de cette délégation. — La Cour d'Agen rejeta leur demande par le motif suivant :

« Attendu que , sous le droit nouveau comme sous le droit ancien , le mari doit être considéré comme propriétaire de la dot mobilière et qu'il peut en disposer à sa volonté ; que c'est même par ce motif que les aliénations qui ont pu en être consenties par la femme pendant le mariage ont toujours été considérées comme nulles. »

Sur le pourvoi , M. Delangle , alors avocat-général , prononça , devant la Cour de cassation , le réquisitoire suivant , que nous sommes obligé d'annoter , afin de signaler l'erreur partout où elle se montre :

« Aux premières époques de la république romaine ,
« le mari était maître absolu de la dot , *dominus dotis*.
« Des intérêts politiques vinrent plus tard modifier ce
« principe : la loi *Julia* vit avec raison , dans la conser-
« vation des dots , le moyen le plus efficace de favoriser
« les mariages : *interest reipublicæ salvæ esse dotes*,
« *propter quas mulieres nubere possint*. Telle a été l'ori-

« gine de l'inaliénabilité de la dot. Cette inaliénabilité ne
« s'appliqua d'abord qu'aux fonds d'Italie; elle s'appli-
« qua ensuite aux fonds provinciaux. Mais, qu'on le
« remarque bien, l'inaliénabilité ne frappa toujours
« que les choses immobilières. A l'égard des choses
« mobilières, de l'argent, des créances, la règle primi-
« tive avait continué de subsister, *mariti dos est*; le mari
« avait la libre disposition de la dot mobilière. Ce n'était
« pas un administrateur, un tuteur, un usufruitier; il
« était maître de cette dot, *dominus*; il avait le pouvoir
« de l'aliéner quand et comme bon lui semblait¹.

1. Cet exposé historique est incomplet et inexact. Le droit romain a eu, en cette matière, une marche lente et pénible; il n'a formé un système complet que dans la législation de Justinien, dont M. Delangle ne dit pas un mot. On confond trop souvent, en cette matière, le droit romain des jurisconsultes avec le droit de Justinien. Dans la période qui commence au règne d'Auguste et à partir de la loi *Julia*, jusqu'à Justinien, l'inaliénabilité, ou mieux encore, la prohibition d'aliéner ne porte que sur le fonds dotal; elle est toute relative au mari, en ce sens qu'il lui est défendu d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme; si la femme donnait son consentement, l'aliénation était valable. De ce que la prohibition d'aliéner ne s'appliquait qu'au fonds dotal, on s'est trop hâté de conclure que le mari avait pleine liberté d'aliéner la dot mobilière; cette opinion domine dans le réquisitoire de M. Delangle. A notre avis, il faut distinguer : le mari, propriétaire de la dot mobilière et immobilière, pouvait aliéner les meubles dotaux, en ce sens que l'aliénation en était valable à l'égard des tiers; la femme n'avait pas la revendication contre eux, à cause de la propriété du mari et de l'absence d'une prohibition d'aliéner les meubles dotaux. Mais, dans les rapports particuliers des époux entre eux, l'aliénation était un abus du droit de propriété du mari : en effet, le mari était tenu de restituer la dot identiquement, en nature, et si, par une aliénation, il se plaçait dans l'impossibilité de restituer la chose même qu'il avait reçue, la femme avait contre lui l'action arbitraire; en d'autres termes, le mari était condamné à payer, pour la valeur de la chose dotale et les dommages-intérêts, une somme arbitrée par le seul serment de la femme (V. le n° 25).

Il n'est donc pas vrai de dire que le mari eut le droit d'aliéner la dot.

« Dans les pays de droit écrit, le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal a été entendu et appliqué dans le même esprit qu'il l'était à Rome et dans le Bas-Empire¹.

« On sait qu'en cette matière les auteurs du Code civil n'ont point voulu innover; leur unique pensée a été

mobilière comme et quand bon lui semblait. Ceux qui parlent tant du droit romain en cette matière, ne font pas attention qu'ils ne l'appliquent pas. Admettraient-ils que, sous l'empire du Code Napoléon, la femme ou ses héritiers pourraient faire condamner le mari à payer la valeur du meuble dotal et, en outre, des dommages-intérêts?

Justinien décréta l'inaliénabilité absolue du fonds dotal, même avec le consentement de la femme; il déclara que la propriété du mari sur la dot n'était qu'une subtilité des lois, et en même temps, il accorda à la femme une action en revendication et une action hypothécaire au sujet des choses dotales, soit mobilières, soit immobilières. Dès lors, la femme, avec son action réelle, put atteindre les tiers, et le mari n'eut plus le droit de transmission irrévocable en leur faveur. On peut soutenir, quoique ce ne soit pas notre opinion, que, suivant la législation de Justinien, la dot mobilière n'était pas inaliénable avec le consentement de la femme; mais elle était certainement inaliénable par le mari seul, tandis que la jurisprudence moderne veut non-seulement qu'elle soit aliénable par le mari seul, mais encore que la femme soit dans l'impuissance de l'aliéner.

1. Cela n'était pas possible, quand même on l'eût voulu: l'obstacle venait de la différence profonde qui existait entre le droit de Rome et celui du Bas-Empire, différence qui est exposée dans la note précédente (Voyez les développements et les preuves, *supra*, n° 24 et n° 38 et suiv.). Les conclusions de M. Delangle ne mentionnent pas les réformes si importantes de Justinien en cette matière. Si l'éminent magistrat s'en était donné la peine, il n'aurait pas pu assimiler le droit du Bas-Empire à celui de Rome, ce qui est une grave inexactitude; encore moins aurait-il pu dire que le droit écrit avait appliqué le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal dans le même esprit qu'à Rome et dans le Bas-Empire. La pensée de la phrase que j'annote me paraît être celle-ci: à Rome, c'est-à-dire dans le droit de la loi *Julia* et des jurisconsultes, le mari seul pouvait aliéner la dot mobilière (cela n'est vrai que relativement aux tiers); il en fut ainsi dans le droit du Bas-Empire (cela est inexact) et dans la jurisprudence française de droit écrit (cela est également inexact).

« de faire revivre le passé , de conserver le droit écrit
« tel qu'il existait au jour de la formation de la loi
« nouvelle ¹. Voilà le sens de l'article 1549 du Code
« civil ; l'administration qu'il confère au mari sur les
« biens dotaux *mobiliers* ² est une administration suprême,
« me , comme il en jouissait autrefois à Rome ou dans
« l'ancienne France, il n'est pas plus, sous le Code, un
« simple administrateur ou un usufruitier, qu'il ne l'était
« anciennement ; il est encore *dominus dotis*, disons
« le mot , il est propriétaire de la dot mobilière. La loi
« ne consacre l'inaliénabilité que pour le fonds dotal ,
« c'est-à-dire pour les immeubles dotaux ³.

1. Cela est vrai, et la Cour de cassation elle-même l'a reconnu par l'arrêt du 1^{er} février 1819 (V. cet arrêt dans Dalloz, vis *Contrat de mariage*, n° 3503). Reste à savoir quelle était la jurisprudence de droit écrit. MM. Delangle et Troplong affirment que le mari pouvait aliéner la dot mobilière. Nous affirmons, au contraire, qu'en droit écrit la dot mobilière était inaliénable comme la dot immobilière, soit par le mari, soit par la femme, soit par tous les deux conjointement (*Voy.* l'exposé de cette jurisprudence, *supra*, n° 67 et suiv., et l'opinion exprimée par les rédacteurs du Code Napoléon, n° 95).

2. L'art. 1549 ne distingue pas et ne devait pas distinguer entre les biens dotaux *mobiliers* et les biens dotaux *immobiliers* ; il n'accorde pas au mari plus de droits sur les uns que sur les autres , parce qu'il ne lui attribue sur les uns et sur les autres qu'un simple droit d'administration. La distinction que l'on veut établir est une erreur manifeste ; l'article 1549 n'emploie pas le mot *administration* à double sens : propriété et disposition pour les meubles : simple administration pour les immeubles. D'ailleurs les rédacteurs du Code ont déclaré à plusieurs reprises et de la manière la plus nette, que le mari n'est qu'usufruitier, qu'il n'a que la jouissance et l'administration de la dot (*Voyez* encore le n° 95).

3. C'est tout le contraire ; la loi , à l'exemple et par application de la jurisprudence de droit écrit, consacre l'inaliénabilité des meubles dotaux comme celle des immeubles ; la preuve en est : 1° dans l'art. 1555 qui établit une exception à la règle de l'inaliénabilité des *biens dotaux*, ce qui suppose que *les meubles* sont compris dans la prohibition comme *les immeubles* ; 2° dans l'art. 83, § 6, du Code de procédure civile qui or-

« Et comment pourrait-on étendre l'inaliénabilité
« aux choses mobilières ? Le mari, comme on vient de
« le dire, a sur ces choses un droit *absolu* d'administra-
« tion ¹; ce droit ne peut donc être entravé par aucun obs-
« tacle ²; or, pour administrer des objets mobiliers et LES
« RENDRE PRODUCTIFS, il faut en spéculer, il faut les vendre,
« les échanger, il faut innover, il faut les dénaturer ³.

donne de communiquer au ministère public les causes des femmes dotales lorsqu'il s'agit de leur DOT, sans distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière, et parce que la DOT est inaliénable, même avec le consentement de la femme, ainsi que l'expliquait fort bien le tribun Faure, motivant ce même art. 83, § 6, dont la doctrine contraire trouve fort commode de ne pas dire un mot (V. *infra*, n° 120). Quand même la dot mobilière ne serait pas inaliénable, s'ensuivra-t-il que le mari eût le pouvoir de l'aliéner ? Pourquoi la femme n'aurait-elle pas ce droit ? Est-ce que le régime dotal ne serait pas un régime sans communauté ? Est-ce que les meubles dotaux ne seraient pas des propres de la femme ?

1. Ce droit n'est pas *absolu* dans le sens que M. Delangle attache à ce mot ; il ne renferme pas la propriété ni le pouvoir d'aliénation (V. *infra*, n° 108).

2. C'est une erreur manifeste ; le droit du mari, s'il était ce que le font MM. Delangle et Troplong et la Cour de cassation, serait entravé et anéanti par le droit contraire que l'art. 1555 accorde à la femme, de disposer de *ses biens dotaux*, malgré la résistance du mari, pour l'établissement des enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage. L'argument fourni par cet article est la ruine du système qui accorde au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière. M. Troplong l'a bien compris, car, pour y échapper, il est réduit à soutenir que, dans l'art. 1555, les mots *biens dotaux*, ne désignent que les *immeubles* et nullement les *meubles dotaux*. Cette restriction est inacceptable (V. *infra*, n° 144).

3. Cette doctrine est aussi dangereuse qu'elle est inexacte ; elle est la ruine du droit de propriété, puisqu'elle transforme tous les administrateurs en propriétaires qui peuvent disposer. Où M. Delangle a-t-il vu que le mari doit *rendre* PRODUCTIFS les meubles dotaux ? Il n'y a que les idées systématiques de communauté qui aient pu lui suggérer une pareille aberration. Sous ce régime, en effet, la femme est associée, et son mari est le gérant de cette société qui s'appelle *la communauté*. Je comprends alors que le mari puisse et doive même rendre productifs les meubles que la femme apporte en communauté, afin qu'elle puisse plus tard pren-

« Comment d'ailleurs , en matière de créances , limiter
« le droit d'administration du mari ? Si la créance vient
« à échéance , il faut bien qu'il en subisse le rembour-
« sement ¹; il touche , il place, et, lorsque son contrat
« ne le soumet à aucun mode d'emploi , il place comme
« il veut ; il place à terme ou sans terme , comme il lui
« plaît. S'il a placé à terme et que sa position lui fasse
« un devoir de devancer l'échéance , comment l'empê-
« cher de céder *sa créance*, de la transporter à un tiers ²?

dre sa part du produit. Mais je ne comprends pas qu'il puisse en être ainsi sous le régime dotal ; la femme, n'étant pas associée, n'a rien à retirer des profits que son mari peut faire en trafiquant de sa dot mobilière. La destination de l'apport dotal n'est pas de favoriser les spéculations du mari, mais de l'aider à supporter les charges du mariage ; or, c'est avec les revenus , et non pas avec le capital , que l'on supporte les charges. M. Delangle fait du régime dotal une société léonine. La dot mobilière n'est pour la femme qu'une mise sociale placée dans la gérance du mari , qui doit la rendre productive dans son intérêt exclusif ; le risque de la perte n'est pas compensé par la chance du gain. Le régime dotal ainsi entendu n'est pour la femme qu'un régime de dupe (V. *infra*, n° 179).

1. Sans doute ; mais, qu'est-ce à dire ? Recevoir le remboursement d'une créance à l'échéance, et même auparavant, s'il plaît au débiteur de payer avant le terme, c'est faire un acte d'administration : le mari administrateur a ce pouvoir. Mais céder ou déléguer une créance, c'est vendre, c'est aliéner, c'est faire un acte de propriété et de disposition. Le propriétaire seul peut faire un tel acte. Pour prouver que le mari a ce droit, on conclut de son droit d'administration à son droit de propriété et de disposition ; c'est l'incurable sophisme de Catelan.

2. Ce n'est pas notre question. Quand le mari a reçu le remboursement des créances dotales, les capitaux reçus deviennent siens et les débiteurs sont valablement libérés toutes les fois qu'aucune condition d'emploi n'a été imposée au mari. Si le mari place ces capitaux, il doit certainement le faire en son nom, et la nouvelle créance est sa propriété ; il peut en disposer comme il l'entend ; on peut en dire autant des créances cédées au mari en paiement de la dot. Mais lorsque quelqu'un a constitué en dot une somme payable à terme, ou une créance sur un tiers ou des rentes sur l'État, le mari peut-il céder ces créances, comme s'il en était propriétaire ? Telle est notre question. On ne peut pas argumenter de la première situation à la seconde.

« Supposons que, sans anticiper ce terme, il se trouve
« dans la nécessité d'accepter un remboursement en
« effets avec des échéances diverses ¹ : ne faut-il pas
« qu'il négocie ces créances ²? Enfin, pour nous placer
« entièrement dans l'hypothèse où se présente la cause
« actuelle, le mari reçoit en dot, outre de l'argent comp-
« tant, une créance payable seulement au décès des
« père et mère de sa femme. Il ne faut pas s'égarer ici
« dans une interprétation arbitraire du motif qui a pu
« déterminer les père et mère à fournir ainsi la dot.
« Ils ont pu ne pas pouvoir faire mieux, ne pas pouvoir
« disposer de plus pendant leur vie, non pas en défian-
« ce du mari, mais eu égard à leurs moyens pécuniaires.
« Remarquons que le contrat n'exprime rien qui puisse
« marquer cette défiance ; aucune précaution n'a été
« prise contre le mari ; aucun emploi, aucune caution
« ne lui a été imposée ; la créance, bien qu'à terme, a
« été mise à son entière discrétion comme si on lui eût don-
« né de l'argent comptant ³. Il est administrateur de cette
« dot ; elle lui a été donnée pour l'aider à subvenir aux
« charges du mariage ; comment lui interdire de con-

1. Dans quels cas le mari est-il dans la nécessité d'accepter le rembourse-
ment de la dot en effets ? Je n'en connais aucun.

2. Soit ; mais ces créances ne sont pas dotales, puisque les effets de
commerce qui les représentent ont été souscrits ou cédés au mari en paye-
ment de la dot ; or, c'est des meubles dotaux, des créances dotales qu'il
s'agit.

3. Cette dernière proposition manque d'exactitude. Une créance ne
peut pas être assimilée à de l'argent comptant. Le président Fabre ne s'y
était pas trompé : *Quid ergo si nomen in dotem datum sit ? An, quia
videtur dos hoc casu in pecunia numerata consistere, pro aestimata
habebitur ? Minime. Id enim potius datum doti intelligitur quod eo
nomine exigi potuerit* (Cod., liv. v, tit. viii, def. 27). L'art. 1567 envi-
sage les créances de la même manière.

« vertir, par un transport, cette créance en *une valeur*
« *productive* ¹? Se prononcer pour l'inaliénabilité serait,
« en cette circonstance, aller directement contre le
« *texte* et contre le *vœu de la loi* ².

« Disons-le donc, le mari doit être le seul juge, le
« seul appréciateur des faits qui commandent l'aliéna-

1. C'est toujours l'idée systématique de communauté dans un régime qui est la négation de la puissance maritale et de la communauté. On ne veut pas que le mari soit obligé de se contenter des revenus de la dot; il faut qu'il puisse la convertir en *valeurs productives* pour le mouvement de ses affaires personnelles. Le bon sens dit que si le mari veut se livrer à des spéculations, il doit le faire avec ses biens personnels. L'équité et la justice distributive veulent que, si le mari a fait des profits en spéculant avec la dot de sa femme, celle-ci en ait sa part; elle ne peut pas être associée pour les pertes et non pour les bénéfices. Quand on part d'un principe de communauté, on doit arriver logiquement à des conséquences de communauté.

2. Ce texte ne peut être que l'article 1554 et surtout l'article 1549. Quand même l'article 1554 n'appliquerait l'inaliénabilité qu'aux immeubles, on ne pourrait pas en conclure que le mari a le pouvoir d'aliéner la dot mobilière; ce serait la femme autorisée qui aurait ce droit. Mais on veut que le mari seul ait ce pouvoir, et pour lui trouver un appui dans l'article 1549, on met ce texte à la torture. L'interprétation qu'on lui donne est manifestement démentie par les articles 1555, 1562, 1578 et 1564 du Code Napoléon et par l'article 83, § 6, du Code de procédure.

Quant au *vœu de la loi*, M. Delangle le connaît-il bien? A-t-il jamais lu les procès-verbaux de discussion, les rapports et les discours des orateurs du Gouvernement? Il y aurait lu notamment ceci :

« *Partout (en droit écrit) le mari était privé de la faculté d'aliéner*
LE BIEN DOTAL. » (Paroles de M. Duveyrier, rapportées par Fenet, t. XIII, p. 756.) — « *Le mari, puisqu'il n'est qu'un usufruitier, ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas.* » (Paroles de M. Siméon, rapportées par Fenet, tome XIII, p. 826.) — « *Hors le cas de ces stipulations précises (celles dont parlent les articles 1551 et 1552), le mari n'a que la perception des fruits de LA DOT et son administration.... La propriété de LA DOT reste à la femme.* » (Paroles de M. Duveyrier, rapportées par Fenet, tome XIII, p. 755 et 756.) — « *Le mari n'a que l'administration et la jouissance des BIENS DOTAUX.* » (Paroles de M. Berlier, rapportées par Fenet, tome XIII, p. 682.)

« tion de la dot mobilière ; il pourra l'aliéner à son gré,
« lorsque le contrat de mariage n'aura mis aucune
« limite à ce droit d'aliénation.

« Et néanmoins, en principe, il sera toujours vrai
« de dire que l'inaliénabilité est de l'essence du régime
« dotal. Mais si l'inaliénabilité de la dot mobilière, au
« regard du mari, n'est qu'un *vain mot*, cette inalié-
« nabilité existe dans toute son énergie au regard de
« la femme ¹.... »

Tel réquisitoire, tel arrêt.

Le 12 août 1846, la Cour de cassation rejeta le pour-
voi par les motifs suivants :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1549 du Code
« civil, le mari a l'administration des biens dotaux et le
« droit de recevoir le remboursement des capitaux, par
« conséquent celui de disposer *desdits capitaux*, lorsque
« aucune condition d'emploi n'a été stipulée ² ;

« Attendu que si, d'après les dispositions du Code civil
« sur le régime dotal, la dot mobilière est inaliénable,
« comme la dot immobilière, il s'ensuit seulement que
« la femme, même autorisée par son mari, ne peut
« aliéner ni directement, ni indirectement, les droits

1. C'est cette inaliénabilité bâtarde qui n'est qu'un *vain mot* : elle ne se soutient que par des affirmations, et jamais on n'a essayé d'invoquer en sa faveur aucun texte de loi. L'inaliénabilité, ainsi entendue, n'est que l'incapacité, aujourd'hui adoucie, dont le droit coutumier frappait la femme.

2. La Cour de cassation reproduit ici le célèbre sophisme soutenu par Catelan, il y a 250 ans, au sein du parlement de Toulouse. Je l'ai déjà réfuté en examinant l'ancienne jurisprudence de droit écrit et je le réfuterai encore *passim*. C'est une malheureuse confusion entre le droit d'administration et celui de disposition.

« qui lui sont assurés par la loi pour la conservation
« de sa dot ; — que ces droits , quant à la dot mobi-
« lière , lorsque le mari a usé de la faculté d'en dis-
« poser , consistent dans un recours contre le mari ,
« recours garanti par l'hypothèque légale, et auquel la
« femme , pendant le mariage , ne peut renoncer ; —
« que cette créance dotale contre le mari ne peut être
« aliénée ni par la femme , ni par le mari , ni par tous
« les deux conjointement ; mais que le mari qui reçoit
« le remboursement d'un capital constitué en dot , qui
« en fait un emploi plus ou moins utile , pour lui ou
« pour sa femme , ou qui fait cession à un tiers d'une
« créance dotale , ne fait qu'user du droit de libre dis-
« position , qui lui appartient à cet égard , puisque la
« propriété de la femme est convertie *par la loi* en une
« créance contre le mari , lequel est personnellement
« et hypothécairement obligé à la restitution, après la
« séparation de biens ou la dissolution du mariage ;
« D'où il suit qu'en démettant les défendeurs de leur
« opposition au commandement fait par Barada , ces-
« sionnaire de Lasserre , et en l'autorisant à donner
« suite audit commandement, l'arrêt attaqué a fait une
« juste application de l'article 1549 du Code civil et n'a
« violé ni les articles 1540, 1541, 1554 et suivants du
« même Code, ni aucune autre loi ¹. »

99. M. le premier président Troplong est venu prêter son puissant appui à cette doctrine ; il l'a développée avec la vigueur et l'éclat qu'il sait donner aux sujets

¹. Dalloz , 1846, 1, 296.

qu'il traite. On lit dans son commentaire *du contrat de mariage* :

« Plus le Code civil a accordé à la communauté, plus
« le régime dotal essaie de prendre des revanches indi-
« rectes. Sa défaite dans la loi stimule son zèle dans la
« pratique ; il cherche à s'étendre , à s'enfler, à reculer
« ses vraies limites. Il y a réussi dans plus d'une occa-
« sion, mais toujours aux dépens du crédit et de la
« bonne foi (n° 3002). »

Dans quel texte de loi l'illustre magistrat a-t-il vu cette défaite du régime dotal ? N'est-ce pas tout le contraire qui est vrai ? Le régime de la communauté, le germanisme, continuant la lutte quatre fois séculaire entre les deux régimes opposés, ne cherche-t-il pas à *s'étendre, à s'enfler, à reculer ses vraies limites* aux dépens du régime dotal, dont il s'efforce de confisquer le principe de la séparation de biens en prétendant lui faire subir le sien, celui de la puissance maritale sur les meubles dotaux, et en voulant que la dot mobilière aille se confondre dans la communauté du mari pour alimenter ses spéculations et son crédit ?

100. Immoler le crédit et la bonne foi ! tel est le perpétuel reproche que les préjugés de communauté adressent au régime dotal. On n'ose pas et on ne peut pas lui dire : Vous n'êtes pas une négation de la puissance du mari sur les biens, ni une séparation de biens entre les époux. On l'attaque dans ses conséquences, dans son inaliénabilité de la dot, et non pas dans son principe même, dont on ne dit jamais un mot. Ce principe, nous l'avons constaté à l'origine du régime dotal : nous avons

dit qu'il avait une importance capitale qui se révélerait plus tard ¹. Parvenu à la législation de Justinien, nous avons constaté encore que l'inaliénabilité de la dot était la conséquence logique et la sanction nécessaire de ce principe. Cette inaliénabilité, fondée sur la faiblesse relative de la femme, a pour objet de prêter main-forte à la séparation de biens entre les époux et de la faire respecter par le mari.

Si quelqu'un contestait un corollaire de géométrie, que devrait faire un mathématicien pour le réfuter? Il devrait invoquer le théorème, car les conséquences et les applications se soutiennent par leur principe, comme l'effet par sa cause.

Faisons de suite l'essai de cette méthode.

Ici, le théorème, c'est la séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux; le corollaire, c'est l'inaliénabilité de la dot, soit par le mari, soit par la femme.

Le régime dotal, dit-on, sacrifie le crédit et la bonne foi.

Ceux qui portent cette accusation veulent donc que les biens de la femme, et surtout sa dot mobilière, garantissent les dettes du mari; en d'autres termes, ils veulent que la femme puisse obliger ses immeubles dotaux et que le mari seul puisse obliger ou aliéner la dot mobilière, comme sous le régime de la communauté. C'est bien ainsi que M. Troplong entend que les choses se passent, puisqu'il soutient que les créanciers du mari peuvent faire saisir les meubles dotaux pour le paiement de leurs créances.

¹ V. *supra*, n° 9 et la note.

Ce système n'est rien moins que la ruine du régime dotal et sa transformation en régime de communauté.

101. Le régime dotal est une séparation de biens dans l'union des époux, tandis que le régime de communauté est la confusion ou l'union de leur personne et de leurs biens meubles. Il en est ainsi, parce que le régime dotal est né d'une réaction contre la puissance maritale sur la personne de la femme, et, comme conséquence, sur les biens. La séparation des biens produite par le régime dotal ne peut se maintenir entre les époux que par l'inaliénabilité de la dot, parce que le mari pourrait trop facilement abuser de son omnipotence pour confondre les biens dotaux dans les siens, en contraignant la femme à les vendre ou à les obliger dans son intérêt. Et voilà bien pourquoi, sous ce régime, la femme n'est pas associée, car ses biens dotaux ne sont pas un apport pour les affaires et le crédit du mari; ils ont pour principale destination d'aider le mari à supporter les charges du mariage; la constitution de dot n'a pas d'autre but.

En conséquence, toute doctrine qui a pour effet de méconnaître le principe essentiel de la séparation des biens entre les époux et de confondre la dot dans la puissance et le patrimoine du mari est certainement fausse : elle fait de la communauté dans la dotalité. Voilà quelle est la pierre de touche en cette matière.

102. Le reproche qu'on adresse à l'inaliénabilité dotale de sacrifier le crédit et la bonne foi ne supporte pas l'épreuve : il est évident que les biens dotaux, s'ils p

doivent payer les dettes du mari et servir à ses affaires, sont placés dans le principe de confusion ou de communauté, et nullement dans celui de séparation ou de dotalité. Si ces idées pouvaient prévaloir, les immeubles dotaux deviendraient les propres du régime de communauté, et les meubles dotaux tomberaient dans l'actif de la communauté, c'est-à-dire du mari, et alors la femme dotale devrait être commune en biens et associée ; car, ce qui fait la communauté, c'est la puissance du mari sur les biens de la femme et leur aliénabilité. La communauté protège la femme contre l'aliénabilité de ses biens par la chance de les augmenter. La loi ne peut pas tirer d'un même principe des conséquences opposées.

La doctrine moderne n'a pas pu assimiler la dot immobilière aux propres de la femme commune : la loi était trop formelle pour en venir là.

Mais la dot mobilière est assimilée par la jurisprudence aux meubles de la femme qui tombent en communauté. Nous avons déjà vu comment on en est venu là ; il nous reste à compléter l'exposé des moyens employés.

403. M. Troplong, partant des mêmes idées que M. Delangle, enseigne que le mari était *dominus dotis* en droit romain, *maître de la dot* dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit, et que les principes du droit romain ont été précieusement conservés par le Code civil en cette matière. Si l'article 1549 accorde l'administration des biens dotaux au mari, ce n'est pas à dire qu'il ne soit qu'un administrateur ; il est propriétaire

actif, propriétaire civil de la dot. La femme, pendant le mariage, n'a que la propriété naturelle; son droit est absorbé par celui du mari (nos 3102 et 3105).

Ensuite, dans le commentaire de l'article 1554, le célèbre magistrat enseigne que le mari, quasi-propriétaire et quasi-cessionnaire de la dot mobilière, peut en disposer, et que si la femme ne peut pas l'aliéner, c'est en ce sens seulement qu'elle ne peut point renoncer à son droit de créance contre le mari, ni le céder. Comme M. Delangle, il veut que le mari puisse spéculer avec la dot de la femme : « Déclarer la dot mobilière indisponible et inaliénable dans ses mains, dit-il, c'est arrêter tout mouvement d'affaires pendant le mariage, gêner le commerce des meubles, tromper la confiance des tiers et faire du régime dotal le plus grand embarras (n° 3226) ».

104. Cette doctrine est reproduite dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 6 décembre 1859, sous la présidence de M. Troplong lui-même, et dont les motifs révèlent sa main :

« La Cour : — Vu l'article 1549 du Code Napoléon ;
« Attendu que, dans le régime dotal, les biens constitués en dot à la femme sont protégés par diverses
« garanties qui doivent concourir à la conservation de
« la dot, et en tête desquelles se place la règle de l'inaliénabilité ; que cette règle toutefois diffère dans ses
« applications et dans ses effets, suivant la nature des
« biens affectés du caractère de dotalité ; que si, pour
« les biens de toute nature, elle protège la dot contre
« tous actes de disposition de la part de la femme, il

« n'en est pas ainsi, au même degré du moins, en ce
« qui concerne les actes du mari ;
« Attendu, en effet, que les droits du mari sur la
« dot excèdent les limites dans lesquelles se circonscrit
« la sphère d'action d'un administrateur ordinaire ou
« même d'un usufruitier ; que le mandat exclusivement
« conféré au chef de l'*association conjugale* par la pre-
« mière disposition de la section 2, ch. III, tit. 5, liv. III,
« C. Nap., lui attribue les actions dotales, et ne com-
« porte d'autres restrictions que celles expressément
« établies par les dispositions subséquentes de la même
« section ; que, restreint seulement à l'égard des im-
« meubles dotaux, pour lesquels il ne peut aller jus-
« qu'à l'aliénation ou l'hypothèque, si ce n'est dans
« des cas et sous des conditions rigoureusement déter-
« minées, il n'est soumis à aucune limitation analogue
« en ce qui concerne les valeurs mobilières constituées
« en dot ; qu'il eût été contraire au but même du
« régime dotal d'assimiler complètement, sous ce rap-
« port, la dot mobilière à la dot immobilière ; que si
« la dot immobilière se prête, aisément et sans danger,
« à des conditions d'immuable stabilité pendant la
« durée de l'*association conjugale*¹, il en est autrement
« de la dot mobilière ; que, soumise par sa nature
« à des chances diverses d'altération ou de perte, elle
« devait, dans les vues du législateur, comporter tous
« actes de disposition qui permettraient au mari d'en
« faire l'emploi le plus utile à l'intérêt de la famille ;

¹ 1. La Cour de cassation appelle *association conjugale* le mariage des époux régis par le régime dotal. Mais, sous ce régime, il n'y a point d'association entre les époux ; j'ai souvent remarqué la même inexactitude dans les auteurs ; il faut que le régime dotal subisse jusqu'au langage de celui de la communauté.

« que , dans le silence de la loi , il n'y a , à cet égard ,
« aucune raison de distinguer entre les choses fongi-
« bles ou les créances exigibles, et les choses qui ne se
« consomment pas par l'usage ou les droits incorporels
« productifs de revenus à des époques périodiques ;
« qu'il peut y avoir utilité, soit à transiger sur un droit
« mobilier, en présence ou en prévision d'un litige,
« soit à faire cession d'une créance non exigible, soit
« à convertir, comme dans l'espèce, une rente via-
« gère en un capital destiné à assurer l'avenir de la
« famille ;

« Attendu que, sauf les cas de concert frauduleux
« entre le mari et les tiers, ces appréciations et ces
« actes rentrent dans les limites du pouvoir du mari
« sur la dot mobilière ; que si, à côté des avantages
« d'une administration intelligente et sage, se présen-
« tent les dangers d'une gestion imprudente, c'est aux
« conventions matrimoniales d'y obvier ; que, à défaut
« de stipulations spéciales, il y est pourvu dans la
« mesure que la loi a jugé suffisante, par la responsa-
« bilité du mari avec la garantie de l'hypothèque légale
« sur tous ses immeubles ; que c'est ce recours hypo-
« thécaire de la femme qui ne peut être aliéné par
« elle ; qu'ainsi, pour la femme, la règle de l'inalié-
« nabilité, quant à la dot mobilière, se traduit dans
« l'impuissance légale de renoncer, même avec l'auto-
« risation de son mari, aux créances résultant pour
« elle de la responsabilité encourue par celui-ci dans
« l'exercice du pouvoir d'administration qui lui appar-
« tient ; Par ces motifs, casse...¹. »

¹. Dalloz, 1859, 1, 501.

105. Les motifs de ces trois arrêts n'ont pu être inspirés que par l'influence des principes de communauté, qu'on a transportés dans le régime dotal, sans réfléchir qu'ils sont contraires à son origine et à son essence même. C'est la continuation de la grande lutte entre le germanisme et le romanisme, entre le principe unioniste du régime de communauté et le principe séparatiste du régime dotal; elle dure depuis quatre siècles : il est temps qu'elle finisse.

Si l'on compare les motifs de cette doctrine et de cette jurisprudence à ceux qui furent invoqués devant le conseil d'État contre l'inaliénabilité de la dot, on voit tout de suite que M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation résolvent en faveur du régime de communauté une question que les rédacteurs du Code ont résolue en faveur du régime dotal. En effet, M. Treilhard disait, au nom des idées que nous combattons, qu'il serait très-difficile de concilier *l'inaliénabilité de la dot avec l'intérêt du commerce*, et que les biens dotaux seraient seuls soustraits à la circulation. Que répondait Portalis ? Que, pendant le mariage, l'inaliénabilité a le double objet de conserver la dot à la femme et les fruits de la dot au mari; que, sous le premier rapport, *elle empêche le mari de disposer seul de la dot*, sous aucun prétexte, *et la femme d'en disposer, même avec le consentement du mari*, sans causes légitimes. Quelle fut celle de ces deux opinions contraires qui l'emporta ? Celle que défendait Portalis, car la discussion se termina par le vote du conseil d'État qui adopta *le principe de l'inaliénabilité de la dot*.

Il ne faut pas oublier comment le débat s'était engagé.

Portalis venait de dire que l'inaliénabilité de la dot avait pour effet d'empêcher le mari d'en disposer seul, et la femme d'en disposer même avec le consentement du mari. Cette proposition était en opposition formelle avec le principe de la communauté légale, qui accorde au mari la disposition du mobilier de la femme, parce que ce mobilier tombe en communauté. Il suit de là qu'en donnant raison à Portalis, le conseil d'État condamna les idées de communauté qui cherchaient à s'imposer au régime dotal en invoquant l'intérêt du commerce et la faveur de la circulation.

106. L'origine, la nature et le but du régime dotal exigeaient impérieusement qu'il en fût ainsi.

« *L'origine*, car l'histoire atteste que le régime dotal s'est introduit à Rome par suite d'une réaction contre le régime de la *manus* romaine, c'est-à-dire contre le principe de puissance maritale sur les biens de la femme.

« *La nature*, car le régime dotal, par une conséquence logique de son origine, sépare les biens des époux, tandis que le régime de communauté, semblable à celui de la *manus*, les confondait autrefois et les confond encore aujourd'hui, quand ils sont meubles.

« *Le but*, car, sous le régime de la communauté, le mari spéculait avec les biens qui la composent. La femme est associée à ses actes et à ses spéculations : elle spéculait, elle aussi ; elle veut augmenter les biens qu'elle a versés dans la communauté, au risque de les perdre. Qui veut la fin, veut les moyens. Ce n'est pas avec les revenus, c'est avec les capitaux qu'on spéculait. Donc la femme qui

met ses biens dans la communauté, les livre au pouvoir de disposition du mari, comme au gérant d'une société dont elle fait partie. Telle est la raison d'être de l'administration suprême et absolue qui appartient au mari sur les biens de communauté.

Mais, sous le régime dotal, la femme n'est pas associée. Elle ne spéculé pas et n'a aucun profit à retirer des affaires de son mari; elle ne livre pas sa dot à des chances de gain ou de perte : son apport dotal n'a d'autre objet que d'aider le mari à supporter les charges du mariage. C'est avec les revenus et non avec le capital qu'on supporte les charges, parce qu'elles sont continues et durent autant que le mariage. L'administration ordinaire suffit donc au mari; l'administration suprême, absolue, comme l'entend M. Delangle, serait un effet sans cause. Donc encore, l'article 1549 s'exprime très-exactement lorsqu'il dit que le mari seul a l'administration de la dot; il ne dit pas, comme l'article 1421, au titre *De la communauté*, que le mari peut vendre et aliéner les meubles dotaux; en d'autres termes, que son administration est suprême et absolue. Il n'y a rien à ajouter, dans l'article 1549, au sens ordinaire du mot *administration*.

Et remarquez bien ceci :

Il n'existe pas dans le Code Napoléon, au titre *Du régime dotal*, aucun texte qui restreigne le droit d'administration que l'article 1549 accorde au mari. Ce silence s'explique à merveille, s'il est vrai, comme les rédacteurs du Code l'ont déclaré dans leurs rapports, que le mari n'est qu'usufruitier, et qu'il n'a que la jouissance et l'administration de la dot, ce qui veut dire apparem-

ment que son droit d'administration n'est qu'un accessoire de son droit de jouissance et ne va pas jusqu'au pouvoir d'aliénation. Mais, au contraire, si l'administration dont parle l'article 1549 est suprême et absolue, si elle renferme le pouvoir d'aliéner, comme celle dont parle l'article 1421, on ne comprend pas comment, sous le régime dotal, qui est un régime de conservation, le législateur n'aurait pas apporté au pouvoir du mari les mêmes restrictions qu'il y apporte sous le régime de communauté.

C'est ce que ne veulent pas comprendre ceux qui partent des idées et des préjugés de communauté pour interpréter et appliquer le régime dotal. Ils en sont encore au mot de Pasquier, qui écrivait, il y a près de quatre siècles :

« Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit
« *escrit*; ils vous diront que *la séparation de biens* (le régime dotal) est, sans comparaison, meilleure que la
« communauté; et ceux du pays de *coustume* donneront
« leur *arrest* en faveur de la communauté de biens : tant
« a de tyrannie sur nous un long et ancien usage ¹. »

107. Ils ont vu que, sous le régime de communauté, le mari, en sa qualité d'administrateur, est saisi de tout le mobilier de la femme et qu'il peut en disposer dans les limites des pouvoirs très-étendus que lui donne l'article 1421; et comme l'article 1549 attribue également au mari la qualité d'administrateur des biens dotaux, ils ont eu l'idée de transporter le principe de l'article 1421

1. *Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI.

dans l'article 1549, et d'interpréter celui-ci par celui-là. Entraînés par les traditions de la communauté, dominés par la *tyrannie du long et ancien usage* dont parle Pasquier, convaincus que le régime de communauté est infiniment meilleur que le régime dotal, ils ont renouvelé, sous l'empire du Code Napoléon, l'ancienne lutte entre les deux régimes, et réhabilité la thèse de Treilhard, solennellement condamnée par le vote mémorable du Conseil d'Etat. Ce vote et les exposés des motifs qui l'ont suivi n'ont rien appris, ni rien fait oublier aux optimistes de la communauté.

108. Le droit coutumier qualifiait le mari *seigneur et maître* des biens de communauté; et comme, sous ce régime, tout le mobilier de la femme tombe en communauté, il est vrai de dire que le mari en a *la seigneurie et la maîtrise* et qu'il peut en disposer. Le droit romain donnait au mari la qualification de *dominus dotis*, et l'ancien droit écrit celle de *maître de la dot*. L'analogie de ces qualifications est invoquée par les partisans du droit coutumier, comme elle l'était, il y a deux siècles, devant le parlement de Toulouse; elle est devenue le point de départ du système qui assimile les pouvoirs du mari sur la dot mobilière à ceux qu'il a sur les biens de communauté.

Mais la similitude n'existe tout au plus que dans les mots; elle repose sur une équivoque manifeste.

Le droit coutumier prenait pour base le principe germanique de la puissance maritale sur la personne et les biens de la femme. La puissance sur la personne avait pour conséquence la puissance sur les biens. Aussi le

mari était-il qualifié *seigneur et maître* de la personne et des biens de la femme. Le principe ne tarda pas à se modifier relativement aux immeubles, à cause de l'importance que l'on attachait à la propriété foncière qui faisait la force et la puissance des familles. C'est pour cela que le droit coutumier défendait en général de disposer à titre gratuit des immeubles patrimoniaux. Les immeubles furent donc soustraits à la propriété et au pouvoir de disposition du mari ; en d'autres termes, ils cessèrent de tomber en communauté. On voulut les empêcher de passer de la famille de la femme dans celle du mari ¹.

Mais le mari ne cessa point pour cela d'être qualifié *seigneur et maître* des biens de la femme, et notamment de ses immeubles.

Ce point de droit coutumier est enseigné par Dumoulin en ces termes : *Licet per matrimonium non transferatur in virum dominium bonorum immobilium uxoris, tamen transfertur plus quam ususfructus, quia habet COMMODA et DOMINUS vocatur.*

Ailleurs, Dumoulin développe la même doctrine en style moitié latin, moitié français : *Nota quod licet le propre de la femme soit propre et adæquate dos in terminis juris, quia vir, constante matrimonio, vocatur DOMINUS et fructus lucratur, NON TAMEN ALIENARE POTEST* ².

1. Voyez sur tout ceci, *supra*, n° 62.

2. Sur la Coutume de Paris, *Des douaires*, t. I, p. 892. — Adde Pothier, *De la puissance du mari*, n° 84. — La puissance du mari sur les biens de la femme est attestée par tous les auteurs coutumiers. Beaumanoir disait que « le mari est sire (seigneur) des biens à sa femme (ch. LVII, 2, p. 320). » Loyseau écrivait aussi, en traduisant la loi bourguignonne que j'ai citée au n° 56 : « Comme donc les maris ont puis-

Et pourquoi est-il appelé *dominus*, maître de la dot ? Parce qu'il en a la jouissance et l'administration, ajoute Dumoulin, *quia habet commoda et auctoritatem administrationis*.

Ainsi, la maîtrise du mari sur les immeubles et les propres de la femme, c'est-à-dire sur la dot qui ne tombait pas en communauté, n'était que la maîtrise de la jouissance et de l'administration : ce n'était pas celle de la propriété ni du pouvoir de disposition : *Non tamen alienare potest*.

109. Ceci nous avertit déjà que quand on a prouvé que le mari était seigneur et maître des biens de la femme, on ne peut pas en conclure que cette qualification lui donnait le pouvoir d'en disposer.

En était-il autrement en droit romain et en droit écrit ? Le *dominus dotis*, le maître de la dot avait-il plus que la souveraineté et la maîtrise de la jouissance et de l'administration de la dot ?

On le soutient.

Nous venons de voir, en effet, 1^o que, dans la lutte qui s'engagea au sein du parlement de Toulouse entre le régime dotal et le régime de communauté, de Juin et Serres prirent parti pour les idées de communauté, peut-être sans le savoir, et prétendirent que la loi Julia permettait au mari l'aliénation de la dot mobilière ¹ ; 2^o que la cour d'Agen d'abord et, sur le pourvoi, la Cour de cassation, par son arrêt de 1819, avaient adopté

« sance sur leurs personnes (des femmes), aussi l'ont-ils à plus forte raison sur leurs biens (*Du déguerpissement*, liv. II, ch. IV, n^o 7). »

1. V. *supra*, nos 69 et 72.

la même idée et décidé que sous le Code Napoléon, comme en droit romain, le mari, en sa qualité de *maître de la dot* MOBILIÈRE, avait la propriété et la libre disposition de cette dot ¹; 3^o que M. Delangle, dans son réquisitoire devant la Cour de cassation, et ensuite M. Troplong, dans son livre, ont reproduit la même doctrine et que ces deux illustres magistrats ont cru qu'il leur suffisait d'avoir prouvé que le mari était *dominus dotis* en droit romain, et *maître de la dot* en droit écrit, pour pouvoir en conclure qu'il était propriétaire de la dot mobilière et qu'il pouvait en disposer, soit en droit écrit, soit sous le Code Napoléon.

Le droit romain que l'on invoque n'est pas tout à fait le régime de la *manus*; c'est le droit des jurisconsultes auquel les réformes de Justinien n'auraient fait subir aucun changement. Nous avons déjà présenté l'explication du droit romain sur ce point; nous n'y revenons pas². La méthode que nous avons adoptée ne nous condamne qu'à trop de répétitions et de renvois, en nous obligeant à étudier le régime dotal à trois époques différentes, en droit romain, en droit écrit et sous le Code Napoléon, c'est-à-dire pendant un espace de deux mille ans. Nous avons expliqué pourquoi et comment la doctrine romaine reposait, en cette matière, sur une anomalie contre laquelle l'art des jurisconsultes s'efforça de lutter, quand le régime dotal fut définitivement entré dans les habitudes des Romains. Remarquons cependant que ceux qui invoquent cette anomalie du droit romain et qui veulent y ramener le Code

1. V. *supra*, n^o 97.

2. V. *supra*, nos 21 et suiv.

Napoléon, l'acceptent sous bénéfice d'inventaire et en détachent arbitrairement la partie qui contrarie leurs idées de communauté; ils se gardent bien d'appliquer la loi 25, § 1, D., *Solut. matrim.*, qui permet à la femme de faire condamner à des dommages-intérêts arbitrés par son seul serment, le mari qui, par sa faute, s'est mis dans l'impossibilité de restituer la dot en nature¹.

Quant au droit de Justinien, on vient de voir que M. Delangle l'assimile au droit romain des jurisconsultes, ce qui est déjà une confiscation des réformes opérées en cette matière par la législation du Bas-Empire, notamment par la loi 30, C., *De jure dot.*, et la loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.*². M. Troplong n'a pas condamné si lestement la législation de Justinien; la loi 30, C., *De jure dot.*, a eu l'honneur d'attirer son attention pour recevoir une interprétation qui arrive au même résultat que la prétérition de M. Delangle, et permet au mari de disposer de la dot mobilière. Nous avons réfuté cette interprétation: il est inutile d'y revenir³.

L'ancienne jurisprudence de droit écrit n'est pas

1. En droit écrit, de Juin et Serres ont employé le même procédé. Voyez ce que j'en dis, n° 73.

2. Voyez son réquisitoire, n° 98.

3. Voyez *supra*, nos 39, 40 et 41. — L'invocation du droit romain par la doctrine qui attribue au mari la disposition de la dot mobilière mérite de fixer l'attention. C'est le moyen ancien et moderne de produire la confusion et d'imposer le principe de la communauté à la dot mobilière du régime dotal. En 1863, la Conférence des avocats de Poitiers a discuté la question de l'inaliénabilité de la dot mobilière par le mari et l'a résolue en faveur de l'aliénabilité. Je tiens de notre honorable et regretté bâtonnier, M^e Duplaisset, qui présidait la conférence, que sa décision a été inspirée par le droit romain. C'est ce qui m'a décidé à traiter ce sujet par la méthode historique; elle seule m'a paru avoir la puissance de dissiper la confusion accumulée sur cette matière.

mieux traitée que le droit romain, soit antérieur, soit postérieur à Justinien. Ici, nous revenons à l'erreur qui consiste à voir dans le mari *maître de la dot*, en droit écrit, un propriétaire de la dot mobilière ayant le pouvoir de l'aliéner. Cette erreur est capitale; il faut la faire ressortir avec évidence.

110. Le but que la doctrine contraire se propose est celui-ci : franchir l'obstacle du droit romain de Justinien, soit par prétérition, soit par interprétation; cela fait, rattacher le *maître de la dot*, en droit écrit, au *dominus dotis* de l'ancien droit romain, et, par lui, au Code Napoléon, afin de pouvoir en conclure que l'administrateur dont parle l'article 1549 n'est pas autre que celui dont parle l'article 1421, c'est-à-dire que le mari a sur la dot mobilière du régime dotal les mêmes pouvoirs qu'il a sur les meubles apportés par la femme à la communauté.

On a trop abusé du droit romain en cette matière. A vrai dire, il n'a rien à faire dans notre grande question de l'inaliénabilité de la dot mobilière par le mari; son invocation place la question sur un terrain qui n'est pas le sien, et sur lequel on ne peut que s'égarer. Ce qui est plus important, c'est le sens que la jurisprudence de droit écrit attachait à la qualification de *maître de la dot* qu'elle donnait au mari. C'est une immense erreur de croire que ce titre de *maître de la dot* attribuait au mari la propriété de la dot mobilière et le pouvoir d'en disposer.

On n'a vu la jurisprudence de droit écrit que dans celle du parlement de Toulouse, telle que de Juin et

Serres la voulaient. La jurisprudence du parlement de Bordeaux était tout à fait contraire à l'opinion de ces deux auteurs. M. Tessier l'ayant invoquée en 1835, dans son *Traité de la dot*, voici comment M. Troplong lui a répondu, en 1850 :

« M. Tessier, dont l'opinion diffère de la nôtre sur ce point, nous oppose la jurisprudence du parlement de Bordeaux ; mais je récusé l'autorité de ce parlement, non à cause de ses lumières, mais à cause de son droit *exceptionnel*. Nous avons vu ci-dessus que le mari n'y avait pas l'exercice des actions pétitoires dotales, tant en demandant qu'en défendant¹. Or, quand l'article 1549 du Code a adopté un système tout contraire²; quand cet article a ramené le régime dotal à la *pureté* du droit romain, je ne conçois pas que l'esprit de M. Tessier n'ait pas été frappé du danger qu'il y a aujourd'hui à prendre pour guide les précédents du parlement de Bordeaux (n° 3174). »

Plus loin, M. Troplong dit encore :

« A cette jurisprudence (celle du parlement de Toulouse) on oppose celle du parlement de Bordeaux...; mais on sait que, dans le ressort du parlement de Bordeaux, on considérait les meubles non fongibles

1. Si l'on prouvait à M. Troplong qu'en matière d'actions pétitoires dotales, la jurisprudence du parlement de Toulouse ne différait pas de celle du parlement de Bordeaux, que deviendrait la raison qui lui fait rejeter celle-ci pour donner la préférence à celle-là ? Cette preuve sera faite plus loin.

2. C'est une erreur invétérée. Nous prouverons bientôt que tous les parlements de droit écrit, à l'exception d'un seul, celui de Provence, refusaient au mari l'exercice des actions pétitoires dotales, et que l'article 1549 du Code Napoléon le lui refuse également.

comme inaliénables. Or, quel cas peut-on faire de cette jurisprudence sous le Code qui donne au mari la disposition de la dot mobilière, et en présence des arrêts récents qui lui reconnaissent le droit absolu de céder, transporter les créances dotales, même à terme. Il est évident que dans l'état actuel des idées prédominantes, c'est la jurisprudence du parlement de Toulouse qui doit prévaloir, car elle est en harmonie avec les progrès que les divers arrêts de la Cour de cassation ont fait faire à la question (n° 3245). »

Et M. Marcadé, qui n'a vu le régime dotal que dans le livre de M. Troplong, a écrit : « L'inaliénabilité de la dot mobilière n'était admise qu'au parlement de Bordeaux et dans quelques localités. Elle était inconnue dans la majeure partie des pays de droit écrit, comme elle l'était en droit romain. L'aliénabilité était la règle générale ¹. »

Voilà donc deux jurisconsultes éminents qui affirment et qui croient avoir prouvé par des moyens trop expéditifs que dans la jurisprudence de droit écrit l'inaliénabilité de la dot mobilière était l'exception et que l'aliénabilité était la règle générale. Eh bien ! c'est tout le contraire qui est vrai.

111. Nous avons déjà présenté un exposé de la jurisprudence de droit écrit sur la question générale de savoir si le mari pouvait aliéner la dot mobilière. Cette question se lie intimement à celle de savoir si la qualification de *maître de la dot* ne donnait au mari que la

1. *Cours élémentaire de droit civil*, t. VI, p. 46 et 47.

maîtrise de la jouissance et de l'administration de la dot mobilière, ou bien si elle lui donnait de plus le pouvoir de disposer de cette dot. Nous avons vu que dans tous les pays de droit écrit la dot mobilière était inaliénable par le mari et par la femme, conjointement ou séparément. Il n'y avait d'exception que pour les pays du Lyonnais, Mâconnais, Forez et Beaujolais, et encore il avait fallu un acte du souverain pour l'établir. La maîtrise de la dot n'était donc pas, pour le mari, celle de la propriété ni du pouvoir de disposition.

Nous pourrions nous arrêter là ; mais, pour couper court à toute espèce de doutes et d'objections, nous voulons extraire de la jurisprudence de droit écrit les doctrines qui ont rapport à la maîtrise du mari sur la dot.

Parlement de Bordeaux. — Le mari avait la jouissance et l'administration de tous les biens dotaux de la femme ¹.

On remarquera que cette doctrine exclut la propriété du mari et son pouvoir d'aliéner la dot, soit mobilière soit immobilière. Il eût été absurde d'énoncer le moins pour exprimer le plus. Nous savons d'ailleurs que, de l'aveu de M. Troplong et de M. Marcadé, la dot mobilière était inaliénable dans la jurisprudence du parlement de Bordeaux.

Cette remarque est importante ; car, on se rappelle que l'article 1549 du Code accorde au mari l'administration des *biens dotaux* et que la jurisprudence moderne

1. *Attestation du barreau de Bordeaux*, de l'année 1713, rapportée par Salviat, p. 197.

voit dans cette administration l'ancienne maîtrise de droit écrit et dans cette ancienne maîtrise la propriété du mari et son pouvoir d'aliéner la dot mobilière.

Voilà déjà un parlement de droit écrit dont la jurisprudence n'entendait pas l'administration de la dot comme on veut l'entendre aujourd'hui.

Parlement d'Aix. — Le mari avait la pleine jouissance et la libre administration de la dot : c'était pour lui une administration *in rem suam*, et un usufruit à titre onéreux. La femme demeurait véritablement propriétaire des biens dotaux, pendant le mariage ; le mari n'acquiesrait sur ces mêmes biens qu'un *domaine civil* ou *fictif* qui se réduisait à l'usufruit, à l'administration et à l'exercice des actions ¹.

La femme autorisée de son mari pouvait donner *sa dot* à ses enfants ².

Parlement de Grenoble. — Le mari était *maître de la dot*, mais eu égard seulement aux fruits, aux revenus et à l'administration. La femme retenait la propriété de la dot ³ : elle pouvait, avec l'autorisation de son mari, donner valablement *sa dot* à ses enfants ⁴.

Parlement de Paris. — Mornac dit que le mari était

1. Janéty, *Journal du palais de Provence*, t. I, p. 109 et suiv. : Julien, *Éléments de jurisprudence*, p. 51, 59 et suiv., n° 32 ; Bonnemant, *Maximes du palais*, t. I, p. 464 ; Dupérier, *Maximes de droit*, liv. v, tit. I, p. 511 et *Questions notables*, liv. I, quest. 3 et 4, t. I, p. 17, 31 et 36.

2. Julien, *Éléments de jurispr.*, p. 58, n° 29 ; Dupérier, *Quest. not.*, liv. I, quest. 3, n° 23 ; Bonnemant, *Max. du palais*, t. I, p. 185, n° 15.

3. Chorier, sur Guy-Pape, p. 221 et suiv. ; Duport-Lavilette, *Questions de droit*, t. III, p. 102 et 116.

4. Duport-Lavilette, *Questions de droit*, t. II, p. 518 et suiv.

appelé *propriétaire* de la dot par fiction seulement et eu égard à la jouissance et à l'administration (sur la loi 9, C., *De rei vindic.*). Domat, avocat du roi au présidial de Clermont, a dit aussi que « le droit du mari consiste en « ce qu'il a la jouissance et l'administration du bien « dotal que la femme ne peut lui ôter » ¹.

La femme pouvait disposer de ses *biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants ².

Elle ne pouvait être saisie dans ses meubles dotaux pour les dettes du mari ³.

Parlement de Toulouse.— Le mari avait, sur les biens dotaux, un *domaine civil*, un *usufruit* à titre onéreux ; la femme retenait la propriété des biens dotaux ⁴.

La femme pouvait donner tout ou partie de sa dot à ses enfants, même sans le consentement du mari ; mais, en l'absence de ce consentement, elle devait lui réserver l'usufruit de la chose donnée ⁵.

Les meubles dotaux corporels ne pouvaient pas être saisis pour les dettes du mari ⁶.

1. *Lois civiles*, p. 107, édition de 1777.

2. Bergier, notes sur Ricard, p. 419. — Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, p. 245.

3. Mallebay de la Mothe, *Questions de droit*, p. 8 et suiv. ; Rousseau de Lacombe, *vo Dot*, part. 2, sect. III, n° 6, p. 174.

4. Boutaric, *Instit.*, p. 156 ; Furgole, sur l'art. 9 de l'*Ordonnance des donations*, p. 80 et *Traité des Testaments*, ch. VII, sect. 1, n° 83, t. II, p. 58.

5. Catelan, liv. IV, ch. IV, t. II, p. 12 et suiv. ; Vedel, sur Catelan, t. II, p. 9 et suiv. ; Roussilhe, *Jurispr. des donations*, nos 67 et 69 ; Soulatges, sur d'Olive, p. 321 ; de Juin, *Journal du palais de Toulouse*, t. I, p. 347.

6. Fromental, *vo Dot*, p. 245 ; Albert, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, lettre F, ch. XII, p. 216 ; Despeisses, tit. *De la dot*, sect. II, n° 33, et sect. III, n° 29.

Coutume d'Auvergne.— Cette Coutume déclarait la dot inaliénable par le mari et par la femme, conjointement ou séparément, et nous savons comment le parlement de Paris appréciait les droit du mari sur la dot.

Coutume de la Marche.— Elle était semblable à celle d'Auvergne.

Coutume de Franche-Comté.— Dunod a écrit : « Quoi-
« que le mari, à raison de sa *jouissance* et de son *admi-*
« *nistration*, ait quelque chose de plus qu'un simple
« *usufruit* (sur les biens dotaux), il n'y a cependant
« qu'un domaine civil et fictif, qui le rend *possesseur*...
« Le domaine naturel et véritable demeure toujours
« à la femme ¹. »

On le voit, la jurisprudence de droit écrit avait adopté la doctrine des commentateurs du droit romain, qui, sous des noms différents, n'accordaient au mari que la jouissance et l'administration de la dot ; ils y ajoutaient l'exercice des actions, à cause de l'interprétation qu'ils donnaient aux lois 11, C., *De jure dot.*, et 9 C., *De rei vindic.* Si les dénominations du droit du mari variaient, le sens que l'on y attachait était partout le même. Le maître de la dot n'était qu'un usufruitier et un administrateur.

Il est remarquable qu'en cette matière, le régime dotal et le régime de communauté avaient eu une marche analogue. Dans notre très-ancien droit coutumier, à l'époque où il se confondait encore avec le *mundium* germanique, le mari devenait propriétaire de tous les biens meubles et immeubles de la femme. Bientôt on

1. *Des prescriptions*, part. 3, ch. III, p. 254 et 255.

lui ôta la propriété des immeubles ; ce fut l'origine des propres. Mais, en même temps, on lui en conserva la jouissance et l'administration, et l'on continua à le qualifier *seigneur et maître* de tous les biens de la femme, meubles et immeubles. La *seigneurie* et la *maîtrise* des propres ne fut donc que celle de la jouissance et de l'administration : ce qui faisait dire à Dumoulin que le mari *vocatur dominus, non tamen alienare potest*. Le mari conserva néanmoins l'exercice des actions pétitoires relatives aux propres de la femme ; il l'avait encore du temps de Dumoulin, mais il le perdit à l'époque de la réformation des Coutumes, dans la seconde moitié du XVI^e siècle ¹. De même, la jurisprudence de droit écrit finit par enlever au mari l'exercice des actions pétitoires dotales ², et alors la maîtrise du mari sur la dot ne fut plus que celle de la jouissance et de l'administration ; elle ne fut pas celle de la propriété ni de la disposition.

C'est ce qui explique pourquoi la jurisprudence de droit écrit fit porter la maîtrise du mari sur la dot immobilière comme sur la dot mobilière, tandis que la Cour de cassation et les jurisconsultes qui ont suivi sa doctrine n'appliquent la maîtrise qu'à la dot mobilière, parce qu'ils veulent qu'elle exprime le droit de propriété et de disposition.

112. Des raisons impérieuses voulaient qu'en droit écrit, la maîtrise de la dot n'attribuât au mari qu'un droit de jouissance et d'administration, et non pas un droit de propriété et de disposition.

1. V. *infra*, n^o 126.

2. V. *supra*, n^{os} 58 et 103.

La propriété du mari et son pouvoir de disposer des biens de la femme étaient une conséquence du principe que le mariage par achat plaçait la femme et ses biens dans la puissance du mari. En droit romain, la femme du mariage libre n'étant pas mancipée au mari, ne tombait pas sous sa puissance ; ses biens n'y tombaient pas non plus, puisque la puissance du mari sur les biens de la femme était une conséquence de sa puissance sur la personne de la femme elle-même. C'est ce qui explique l'existence des biens paraphernaux, sur lesquels le mari n'avait aucune espèce de puissance ni de droit. Quant aux biens dotaux, nous savons que la constitution de dot en transférait la propriété au mari et qu'en même temps elle lui imposait l'obligation de les restituer éventuellement à la femme, identiquement et en nature. Ces deux effets de la constitution de dot se contredisaient mutuellement ; ils donnèrent lieu à cette célèbre anomalie du droit romain, que les romanistes modernes signalent et que l'on veut aujourd'hui faire subir au régime dotal, sous l'empire même du Code Napoléon.

Cette anomalie n'était pas possible dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit ; elle ne l'est pas davantage dans le droit moderne. En effet, en droit romain, la dot était constituée au mari ; en d'autres termes, elle était *data* ou *dicta*, ou *promissa* au mari ; mais, en droit écrit, elle était constituée à la femme, sans en excepter le cas où la constitution émanait de la femme elle-même. Il s'ensuit qu'en droit écrit, à la différence du droit romain, le mari ne trouvait pas son titre de propriétaire dans la constitution de dot.

Il ne trouvait pas non plus ce titre de propriétaire dans le fait du mariage, car la jurisprudence de droit écrit appliquait les principes de la puissance paternelle du droit romain, avec quelques tempéraments établis par l'omnipotence des parlements. Les enfants, quel que fût leur sexe, n'étaient pas émancipés par le mariage; la femme, au lieu d'être placée dans la puissance de son mari, restait dans celle de son père ou de ses ascendants paternels; elle n'en sortait que par l'émancipation expresse ou par une habitation séparée pendant dix ans hors de la maison paternelle¹. Et la femme, après avoir été libérée de la puissance paternelle, ne tombait pas dans celle du mari; elle restait libre, si bien qu'elle pouvait, en général, contracter sans son autorisation.

On ne pouvait donc pas, comme en droit coutumier, invoquer la puissance du mari sur la personne de la femme pour en conclure qu'il était maître de la dot; en raisonnant ainsi, on serait arrivé logiquement à lui attribuer la maîtrise sur tous les biens de la femme; il n'y aurait plus eu de biens paraphernaux.

A ces raisons venait s'en joindre une autre qui les résume toutes : c'est que le régime dotal, par son origine et sa nature même, établit une séparation de biens entre les époux. Les circonstances qui, en droit romain, avaient empêché le développement des conséquences logiques de ce principe, n'avaient plus leur raison d'être

1. Catelan, *Arrêts du Parlement de Toulouse*, t. II, liv. IV, ch. LXI, LXII, LXIII, et *Observations* de Vedel; Furgole, *Questions sur les donations*, quest. XXIV, n° 1; Serres, *Instit.*, liv. I, tit. XII; Argou, *Instit. au droit français*, liv. I, ch. IV.

en droit écrit ; l'anomalie et la contradiction du droit romain n'y étaient pas possibles. Il aurait été absurde d'imposer à la dot du régime dotal un principe de puissance maritale qui conduisait à la communauté de biens.

113. On a trouvé une singulière raison pour expliquer comment la jurisprudence de droit écrit et les rédacteurs du Code Napoléon avaient dû passer par-dessus toutes ces considérations. M. Troplong prend à la lettre la maîtrise du mari et y voit le pouvoir de disposer de la dot mobilière ; mais il est forcé de reconnaître que ce pouvoir était une anomalie du droit romain (n° 2255), et aussi du droit écrit, car l'éminent magistrat soutient qu'en droit écrit le mari avait le pouvoir de disposer de la dot mobilière et que ses créanciers pouvaient la faire saisir (nos 3243 et 1937). Puis, dans un autre passage de son livre, M. Troplong, oubliant ce qu'il avait écrit, affirme que les principes du droit romain ont été *précieusement* conservés par le Code Napoléon (n° 3102).

Qui aurait cru qu'une anomalie fût une chose précieuse ! L'anomalie n'est pas où M. Troplong la voit. L'article 1552 contredit radicalement ces malheureuses propositions. J'en trouve la preuve dans M. Troplong lui-même, qui a écrit : « L'article 1552 du Code civil a
« fait disparaître les subtilités que le droit romain
« tirait du droit de propriété que le mari avait sur la
« dot¹ ».

Une doctrine est certes bien à l'aise quand elle peut

1. *Des hypothèques*, n° 620.

braver tous les raisonnements et toutes les raisons en se retranchant dans une anomalie qu'elle impute à la loi, et qu'elle met sur le compte du respect pour les traditions historiques.

Il est très-vrai que les rédacteurs du Code ont voulu respecter les traditions du passé. Mais de quel passé ? Du droit romain antérieur à Justinien ? Il serait bien extraordinaire que le Code Napoléon n'eût pas préféré le droit naturel et équitable de Justinien à l'anomalie du droit romain antérieur. C'est donc le droit de Justinien que l'on a voulu reproduire ? C'est plus probable, mais cela n'est pas. Le législateur moderne avait mieux à faire que cela. C'était de reproduire la jurisprudence des pays de droit écrit et de respecter les habitudes nationales de vingt millions de Français ¹. C'était en 1804 ; à cette époque, l'Italie était française, et le génie qui guidait les destinées de la France aimait à conserver les grandes choses, parce qu'il savait les faire. Montesquieu avait écrit que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois. Ici, la politique se confondait avec le droit.

114. J'ai souvent remarqué que les défenseurs de la doctrine qui accorde au mari la disposition de la dot mobilière ne disent jamais un mot des discussions ni des exposés des motifs qui ont précédé le Code Napoléon. En consultant ces documents, on voit tout de suite que Portalis, Cambacérès, Maleville, engagèrent la discussion sur un projet d'article qui déclarait la dot aliénable et défendait même d'en stipuler l'inaliénabilité.

1. Voyez le n^o 175.

Portalis disait : « Si la dot est déclarée aliénable, *le système des pays de droit écrit* est entièrement sacrifié, et ceux qui croiront le prendre pour règle de leur association se trouveront cependant régis par le système coutumier ». Répondant ensuite à une observation de M. Berlier, il ajoutait : « On se fait nécessairement une fausse idée de l'inaliénabilité de la dot...; elle empêche le mari de disposer seul de la dot sous aucun prétexte, et la femme d'en disposer même avec le consentement du mari, sans causes légitimes ¹ ».

Ainsi, l'on se préoccupa du système des pays de droit écrit, et nullement de celui du droit romain, soit antérieur, soit postérieur à Justinien. La question n'est donc pas de savoir quel était le système du droit romain des jurisconsultes ou de Justinien, mais quel était le système des pays de droit écrit. Ce système, nous l'avons examiné; notre appréciation est tout à fait opposée à celle de M. Delangle, de M. Troplong et de la Cour de cassation; mais elle est entièrement conforme à celle des rédacteurs du Code. On vient de voir, en effet, que Portalis, après s'être plaint de ce que le projet d'article qui déclarait la dot aliénable et défendait d'en stipuler l'inaliénabilité, sacrifiait entièrement le système des pays de droit écrit, ajoutait que l'inaliénabilité de la dot empêche le mari d'en disposer seul sous aucun prétexte, et la femme d'en disposer même avec le consentement du mari, sans causes légitimes ².

1. Fenet, t. XIII, p. 573.

2. M. Troplong a entrepris de prouver que, suivant la jurisprudence de droit écrit, la maîtrise de la dot renfermait pour le mari le pouvoir d'en disposer, quand elle était mobilière. Mais il s'est trouvé en face de la doc-

Aussi, quand le conseil d'État eut voté le principe de l'inaliénabilité de la dot, les exposés des motifs qui suivirent ce vote furent entièrement conformes à l'appréciation de Portalis.

M. Duveyrier disait, dans le rapport qu'il présenta au tribunat, le 19 pluviôse an XII :

« La propriété de la dot reste à la femme... Partout le mari était privé de la faculté d'aliéner, d'engager, d'hypothéquer le bien dotal, même avec le concours ou le consentement de sa femme. » (Fenet, t. 13, p. 756.)

Il est donc démontré, ou jamais rien ne le sera, qu'en droit écrit la qualification de *maître de la dot* n'en attribuait pas la propriété au mari ni le pouvoir d'en disposer.

115. La maîtrise de la dot n'était point cela.

Le cardinal Deluca, qui était en même temps un savant jurisconsulte, a écrit que les femmes n'ont pas l'habitude de s'immiscer dans l'administration de leur dot, qu'elles ne le doivent pas, qu'elles ne le peuvent même pas : *Mulier habens virum non solet, nec debet, quinimo nec potest in dotis administratione et exactione se ingerere*¹.

trine de Julien, auteur provençal, qui a dit : « La femme ne peut, pendant le mariage, aliéner ni engager sa dot, soit que la dot consiste en argent, en meubles ou immeubles ». Pour se dérober à cette autorité contraire, M. Troplong dit : « Ce que Julien dit de la femme, l'aurait-il dit du « mari investi de la disposition de la dot (n° 3222) ? » Portalis était aussi un jurisconsulte provençal ; il connaissait la jurisprudence de son pays aussi bien que Julien. Eh bien ! le voilà qui affirme en plein Corps législatif, sans être contredit par personne, que l'inaliénabilité de la dot empêche le mari d'en disposer. Donc, ce que Julien a dit de la femme s'applique également au mari.

1. *De dote*, disc. 92, n° 9.

16 Pourquoi cela? Ne vous hâtez pas de répondre que c'est à cause de la puissance du mari sur la dot : vous tomberiez en plein droit coutumier et nous sommes en droit écrit. Nous savons qu'en droit écrit la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme était nulle, par la raison bien simple que le mariage n'avait pas pour effet de soustraire la femme à la puissance paternelle et de la placer dans celle du mari.

20 Les jurisconsultes de droit écrit rattachèrent la maîtrise du mari à son droit de jouissance et d'administration de la dot : *Dicitur maritus DOTIS DOMINUS*, disait Perezius, *propter usumfructum, exercitium actionum et administrationem rerum dotalium quam lex ei concedit*¹. Et pourquoi la loi accorde-t-elle au mari la jouissance et l'administration de la dot? C'est parce que la dot est la représentation des charges du mariage, dit Cujas : *Dos est repensatio onerum matrimonii*; sa destination, c'est d'aider le mari à supporter les charges du mariage. Le mari en a la jouissance parce qu'il supporte ces charges, *ratione oneris*; en cela, il diffère de l'usufruitier auquel la jouissance appartient simplement en vertu de son droit d'usufruit, *ratione juris*². Les charges du mariage durent autant que le mariage lui-même, et la constitution de dot fait partie des conventions matrimoniales, lesquelles ne peuvent recevoir aucun changement pendant la durée du mariage. La femme ne peut pas défaire le contrat de constitution de dot, ni enlever au mari la jouissance de la dot. Elle ne le peut que dans

1. *Ad cod.*, liv. v, tit. xii, n° 1 et 2.

2. *Recit. solem.*, in lib. xi, quæst. Papiniani.

un cas : c'est lorsque la cause de la constitution de dot vient à cesser pendant le mariage, c'est-à-dire lorsque le mari, par sa mauvaise administration, met la dot en péril ; alors la femme, en faisant prononcer sa séparation de biens, reprend l'administration de sa dot.

Sous ce rapport, le mari est *maître de la dot* dans son intérêt aussi bien que dans celui de la femme et de la famille.

Il l'est sous un autre rapport, mais seulement dans l'intérêt de la femme et de sa dot.

Le mari est administrateur de la dot, parce qu'il n'y a point de jouissance sans administration. La femme ne peut pas se mêler de cette administration ; ce n'est pas qu'elle soit frappée d'incapacité par la loi, comme en droit coutumier ; c'est parce que la dot étant inaliénable, le mari est responsable de son administration. Or, la responsabilité suppose la liberté. C'est une vérité de justice naturelle et de morale universelle. Dieu créa l'homme libre avant de lui imposer la responsabilité de ses actes. Cette responsabilité serait inique, si le mari, dans son administration, devait subir la volonté de la femme ; elle serait illusoire si, pour y échapper, il suffisait au mari de dire à la femme : C'est toi qui l'as voulu. La loi ne veut pas que la femme puisse vouloir, et cette défense est dans l'intérêt de sa dot et nullement dans celui de la puissance maritale, comme lorsqu'il s'agit des biens de communauté.

Voilà dans quel sens le mari était *maître de la dot* ; sa maîtrise était celle de la jouissance et de l'administration : ce n'était pas celle de la propriété ni de la disposition.

116. Il est remarquable que le Code Napoléon ne qualifie pas le mari *maître de la dot* : l'article 1549 se contente de dire qu'il a *seul l'administration des biens dotaux*. On est tenté de croire, à première vue, que ces expressions reproduisent l'ancienne qualification de *maître de la dot* : mais cela n'est pas entièrement exact. Sans doute, la rédaction nouvelle reproduit le sens de l'ancienne qualification, mais en même temps elle l'indique, le précise et le définit. Elle a l'avantage d'éviter le mot *maître*, mot vague, indéfini et qui prête à l'équivoque. Sous ce rapport, les premiers mots de l'article 1549 sont un véritable progrès de rédaction et de codification ; ils sont en parfait accord avec la pensée plusieurs fois exprimée par les rédacteurs du Code : « Le mari n'a que la jouissance et l'administration de la dot ». Si l'on avait voulu accorder au mari la propriété et la disposition de la dot, il fallait au moins lui conserver la qualification de *maître des biens dotaux*, au lieu de la remplacer par celle d'*administrateur*, dont la portée est moins large et ne comprend pas le pouvoir d'aliéner.

117. L'opinion que nous combattons traite sans façon le premier paragraphe de l'article 1549. Ainsi la Cour de cassation a dit, dans son arrêt du 1^{er} février 1849, « que, « d'après les dispositions du Code civil, comme d'après « les dispositions du droit romain, le mari étant seul « *maître de la DOT MOBILIÈRE*, dont il a la propriété ou la « libre possession, lui seul peut en avoir la disposi- « tion ¹ ».

1. V. cet arrêt dans Dalloz, *Jurisp. gén. vis Contr. de mar.*, n° 3503, et *supra*, n° 97.

Ce motif renferme une double erreur :

1^o La jurisprudence de droit écrit ne restreignait pas la maîtrise du mari à la dot mobilière ; elle décidait généralement et sans distinction que le mari était maître de la dot. Et l'on comprend que toute distinction entre la dot mobilière et immobilière était inutile, puisque la maîtrise du mari était celle de la jouissance et de l'administration, et non pas celle de la disposition. Ceux qui, en équivoquant sur les mots et en les prenant à contre-sens, veulent que la maîtrise du mari renfermât le pouvoir de disposer, sont obligés de distinguer entre la dot mobilière et la dot immobilière, parce qu'il est certain que le mari ne pouvait pas aliéner les immeubles dotaux.

2^o Le premier paragraphe de l'article 1549 dit : « Le mari seul a l'*administration* des BIENS DOTAUX ». La Cour de cassation lui fait dire : « Le mari est seul *maître* de la DOT MOBILIÈRE ». On n'a pas besoin sans doute de réfuter une doctrine qui, pour se soutenir, est obligée d'avoir recours à ces moyens extrêmes ; il suffit de faire remarquer : 1^o que la loi parle d'*administration* et non pas de *maîtrise* ; 2^o que le droit qu'elle accorde au mari ne s'applique pas seulement à *la dot mobilière*, mais aux *biens dotaux*, expressions dont la généralité comprend la dot immobilière comme la dot mobilière ; 3^o que si le mot *administration* signifiait *maîtrise* et *pouvoir d'aliéner*, l'article 1549, puisqu'il s'applique aux biens dotaux en général, serait en contradiction avec l'article 1554 qui défend au mari, à la femme et à tous deux conjointement d'aliéner les immeubles dotaux ; 4^o qu'en appliquant l'article 1549 à la dot mobilière seulement ce

qui est faire violence aux termes généraux de cet article, on arrive à cette conséquence que le Code Napoléon n'a pas de texte qui accorde au mari la jouissance et l'administration de la dot immobilière.

Une doctrine qui est obligée de traverser toutes ces difficultés, toutes ces impossibilités, n'est qu'un malheureux effort d'interprétation ; elle fait subir la torture à l'article 1549 pour le faire servir à ses vues de communauté. Les exposés des motifs ne permettent pas de confondre la *maîtrise* de la dot avec le pouvoir d'en disposer, ni l'administration dont parle l'article 1549 avec celle dont parle l'article 1421.

Ne serait-il pas absurde que, sous le régime dotal, la constitution de dot n'eût pas l'effet d'une clause exclusive de communauté ? Conçoit-on que par la constitution de dot, dont le caractère dominant est la conservation de la dot, la femme transmet tacitement au mari un pouvoir contraire au régime qu'elle adopte et au but qu'elle se propose ? On comprend ce pouvoir du mari sur les biens de communauté. Sous ce régime, la femme est associée ; elle spéculé et profite des spéculations du mari. Quand on veut la fin, on veut aussi les moyens. Il est donc rationnel que le mari puisse disposer des biens de communauté pour les augmenter dans un intérêt commun. Mais, sous le régime dotal, on ne comprend plus ce pouvoir de disposition : il serait un véritable contre-sens. Le régime dotal, par son origine, par son principe et par ses traditions historiques, est la négation de ce pouvoir de disposition. La femme, en se soumettant à ce régime, déclare implicitement qu'elle ne veut pas augmenter sa dot, ni la diminuer ou la per-

dre : son mari gagnerait un million avec sa dot , elle ne reprendra jamais que sa dot.

118. Le régime dotal, a dit M. Troplong, ne s'occupe pas des tiers.

Pourquoi s'en occuperait-il , puisque la femme , n'étant pas associée, ne retire aucun profit des affaires que le mari peut traiter avec eux ? Qu'aurait-on à dire si la femme avait stipulé que tous ses biens seraient paraphernaux , ou qu'ils seraient dotaux , mais qu'elle serait séparée de biens ? Prétendrait-on encore qu'un tel régime doit s'occuper des tiers ? Ceci n'empêche pas M. Troplong de décider que le mari est quasi-propriétaire des biens dotaux, qu'il est maître de la dot mobilière et qu'il peut l'aliéner. S'il en est ainsi, on ne comprend plus qu'il soit vrai de dire que le régime dotal ne s'occupe pas des tiers.

Le régime dotal, dit encore M. Troplong, est un régime de méfiance, il sacrifie tout à la conservation de la dot : confiance dans la bonne conduite des époux, disposition libre de la fortune de l'épouse , espérance de progrès , bonne foi des tiers (nos 3001, 3002, 3166 et *passim*).

Mais si la doctrine de M. Troplong n'est pas fausse, la femme dotale est certainement plus confiante, plus débonnaire, plus généreuse que la femme commune , puisqu'elle livre sa dot mobilière au mari pour en disposer, sans aucune espérance de profit pour elle-même.

Singulière doctrine ! qui commence par reprocher au régime dotal de manquer de certains avantages et qui , par une contradiction inconcevable , finit par les lui

reconnaître, comme si elle avait eu la puissance de lui donner ce qu'il n'avait pas !

119. Un autre magistrat, M. le procureur général Dupin, dont la Cour de cassation pleure la perte récente, a lancé l'anathème de ses sarcasmes au régime dotal; il disait, dans un de ses réquisitoires, en 1858 :

« La femme dotale est une espèce de matrone; elle
« siège, pour ainsi dire, dans une chaise curule; elle
« plane, presque sans y toucher, au-dessus des affaires du
« ménage, et si, par aventure, elles vont mal, elle répond
« avec un calme stoïque aux créanciers : « Ce sont les
« affaires de monsieur ».

« Dans la communauté de biens, c'est tout autre
« chose; la communauté conjugale est le régime fran-
« çais par excellence; c'est celui de nos pères; il re-
« monte aux origines même de la nation ¹. Là, les inté-
« rêts ne se divisent pas ²; ils se rapprochent, ils se con-
« fondent : c'est bien là l'*omnis vitæ consortium*, indivi-
« duam vitæ consuetudinem continens. Au sein de la com-
« munauté, point de cet égoïsme, de ce presque dédain,
« de cette indifférence qui trop souvent glace le régime
« dotal. C'est une sollicitude de tous les jours, de tous
« les instants; le mari travaille; sa femme, autant
« qu'elle le peut, lui vient en aide; il gagne, elle écono-
« mise ³; elle sait qu'elle peut gagner, et aussi qu'elle

1. M. Troplong pense, au contraire, que la communauté a son origine dans les sociétés taisibles du moyen âge V. *supra*, n° 57.

2. Ils sont donc séparés, dans le régime dotal, ce qui revient à dire que ce régime établit une séparation de biens entre les époux.

3. Le 22 juin 1865, M. Dupin adressait une allocution au Sénat, sur

« peut perdre (et il est bon qu'elle le sache), selon que
« la communauté sera bonne ou mauvaise ; que le sort
« des enfants, que l'honneur du mariage en dépend ¹ ! »

Ces critiques rentrent tout à fait dans les idées de M. Delangle, successeur de M. Dupin, qui veut que, sous le régime dotal, le mari puisse spéculer avec la dot de la femme, et qu'à cet effet, il ait un droit d'administration absolu, c'est-à-dire un droit de propriété et de disposition de la dot mobilière.

Tout cela est vrai sous le régime de communauté, parce que, sous ce régime, les meubles de la femme tombent dans la communauté ; or, la communauté a son principe dans la puissance du mari et dans son droit d'administration absolue des choses qui la composent. Il faut ajouter que, sous le régime de la communauté, la femme est associée ; sa dot mobilière forme son apport et sa mise dans la société qui s'appelle la *communauté conjugale*, dont le mari est le chef et le gérant.

Vouloir transporter ces idées dans le régime dotal, c'est faire un contre-sens ; au point de vue de l'histoire, c'est méconnaître l'origine, le principe et les traditions du régime dotal ; au point de vue de la logique, c'est poser un principe de communauté et en déduire des conséquences de dotalité. La conséquence est fille du principe ; elle est de la même nature ; elle lui est unie comme l'effet à la cause.

Portalis ne s'y était pas trompé ; il disait au conseil
le luxe effréné des femmes ; il l'a fait imprimer en petite brochure, et l'a adressée à toute l'aristocratie féminine de Paris.

1. Voyez ce réquisitoire dans Dalloz, 1858, 1, p. 17, 1^{re} colonne, 2^e et 3^e alinéas.

d'État : « Si la dot est déclarée aliénable , le système des pays de droit écrit est entièrement sacrifié, et ceux qui croiront le prendre pour règle de leur association se trouveront néanmoins régis par le système coutumier ¹ ».

Et trois cents ans auparavant, Pasquier avait le regard aussi profond, lorsqu'il écrivait : « Interrogez ceux qui sont nourris au pays de droit écrit ; ils vous diront que *la séparation de biens* (le régime dotal) est sans comparaison meilleure que la communauté ; et ceux du pays de coutume donneront leur arrêt en faveur de la communauté de biens , tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage ². »

Les romanistes modernes , qui ont approfondi le régime dotal romain , sont unanimes pour dire qu'il fut une séparation de biens entre les époux. Ce caractère essentiel n'avait pas échappé à la pénétration des rédacteurs du Code Napoléon. « Dans le dernier état de la législation romaine , disait M. Berlier, *la séparation entière des deux patrimoines* fut le but constant de ses dispositions ³. » M. Duveyrier disait aussi : « Le système dotal s'établit et ne peut exister que par la *division des biens* entre le mari et la femme ⁴ ».

Nous aimons ce mot : *séparation de biens*, qui contraste avec celui de *communauté de biens*. Les traditions historiques attestent que cette communauté est produite par la puissance du mari sur la personne et les

1. V. *supra*, n° 93.

2. *Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI.

3. Fenet, t. XIII, p. 662, 3^e alinéa.

4. Fenet, t. XIII, p. 713, avant-dernier alinéa.

biens de la femme et qu'elle a pour effet de confondre ces biens dans ceux du mari et d'en faire un patrimoine commun.

A l'époque où Pasquier écrivait, la puissance maritale sur les immeubles de la femme n'avait plus les effets absolus dont parlent les lois barbares ; cette puissance ou maîtrise ne comprenait que la jouissance et l'administration. La femme conservait la propriété de ses immeubles ; le mari ne pouvait pas les aliéner sans son consentement. Les meubles seuls étaient confondus et tombaient en communauté, c'est-à-dire dans le pouvoir de disposition du mari.

Les choses se passaient tout autrement en droit écrit : le régime dotal *séparait les biens des époux*, ce qui veut dire que la puissance du mari sur les biens dotaux n'allait pas jusqu'au pouvoir d'en disposer. Tout à l'heure, je soutenais contre M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation qu'en droit écrit la *maîtrise* ou la puissance du mari sur la dot était celle de la jouissance et de l'administration ; je niais qu'elle fût celle de la propriété et du pouvoir de disposition qui opère la confusion et la communauté des biens. La preuve en est dans un fait désormais acquis : c'est que le régime dotal a pour fondement essentiel la séparation des biens des époux. En effet, s'il était vrai, comme le veulent M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation, qu'en droit écrit, la puissance et la maîtrise du mari sur la dot mobilière était celle de la propriété et du pouvoir de disposer, on ne comprendrait pas comment le régime dotal aurait pu être une séparation de biens entre les époux. Ce principe de séparation de biens a pour conséquence lo-

gique et pour sanction nécessaire l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière.

C'est ce que n'ont pas compris les jurisconsultes, les professeurs et les magistrats de nos jours. Lisez leurs livres, leurs réquisitoires, leurs arrêts; vous n'y trouverez pas la mention de la séparation de biens entre les époux, pas un mot de ce principe originaire et essentiel du régime dotal. Aussi, quand ils entreprennent d'expliquer ou d'appliquer ce régime, ils ressemblent à des géomètres qui veulent démontrer un corollaire dont ils répudient le théorème. Et voilà pourquoi leurs explications sont si éloignées des conséquences du principe et sentent toujours les idées de communauté.

Les riches héritières de Paris, qui prennent le sage parti de placer leurs richesses sous la protection de la dotalité et de son inaliénabilité, en plein pays de communauté, sont plus jurisconsultes que nos jurisconsultes de communauté, quand elles répondent : « Ce sont les affaires de monsieur ». Pourquoi ces affaires seraient-elles celles de madame, puisque madame a apporté une belle dot pour supporter les charges du mariage dont monsieur est le modérateur suprême ? Est-il juste que la femme, qui n'est pas associée à la bonne fortune du mari, en partage la mauvaise ? Oh ! sans doute, la femme est associée par le cœur aux affaires du mari ; elle est heureuse quand elles prospèrent, malheureuse quand elles tournent en ruine ; mais son association ne va pas au delà.

On trouve plaisant et surtout bien concluant d'assimiler la femme dotale à une matrone qui siège indifférente sur une chaise curule ; on lui préfère la femme

commune, cette moderne amazone germanique qui est rivée à la fortune du mari; son rôle est plus brillant, surtout avec le succès qui justifie tant de choses. Mais, vienne le revers; tout tombe : mari, femme, enfants sont forcés, presque toujours, de se séparer et d'aller chercher ailleurs des moyens d'existence. En cas de revers aussi, cette matrone que vous aviez immobilisée sur sa chaise curule, en descend; sa dot n'avait pas dû s'engager dans la lutte des spéculations du mari; c'était une armée de réserve, destinée à couvrir la retraite de la famille dans la déroute des affaires du mari. Cette femme, que vous faisiez de marbre, parce qu'elle était prudente, reprend sa dot, et la famille y trouve un foyer domestique et des moyens d'existence; ses enfants ne vont pas grossir la population malheureuse des grands centres industriels.

120. M. Troplong et la Cour de cassation prennent pour base de leur doctrine l'article 1549 du Code Napoléon. La Cour de Montpellier ayant décidé, par arrêt du 6 mars 1844, que, sous le Code civil, le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux, M. Troplong la réprimande en ces termes :

« Aux yeux de la Cour de Montpellier, qu'est-ce
« donc que le droit du mari? Où puisera-t-elle, par
« exemple, la source de son droit d'exercer seul les
« actions en revendication (article 1549, § 2)? D'où peut
« sortir un pareil droit, *si énergiquement caractéristique*
« *du droit de propriété*, sinon des *principes du droit*
« *romain* PRÉCIEUSEMENT conservés par le Code civil? D'où
« vient aussi son droit de disposer de la dot mobilière,

« sinon de ce qu'il est *dominus dotis*? Quant à la partie
« de notre article qui représente le mari comme admi-
« nistrateur, j'y reviens pour dire que rien ne serait
« plus trompeur que de voir dans cette qualité le
« caractère dominant du mari. Le mari a toujours été
« représenté comme administrateur légal des biens
« dotaux, même par les auteurs qui ont le plus
« positivement enseigné qu'il est propriétaire à un
« certain point. Nous avons vu tout à l'heure ce que
« disait Deluca du domaine civil du mari. Or, cela
« l'empêche-t-il de trouver dans le mari l'administra-
« teur de la dot? nullement : *Maritus enim dicitur legalis*
« *administrator dotis...* (n° 3102). »

L'illustre magistrat ajoute :

« Et d'abord, le mari peut, d'après notre article
« (1549), poursuivre les débiteurs de la dot, et action-
« ner en désistement les détenteurs des immeubles.
« Possessoire, pétitoire, actions personnelles et réel-
« les, condictio ou revendication, tout cela est de son
« ressort (n° 3105)... »

La Cour de cassation a également visé l'article 1549, et rien que l'article 1549, dans ses arrêts du 12 août 1846 et du 6 décembre 1859.

Pour nous, le mari est ce que la loi dit qu'il est, *jouissant et administrateur* de la dot. Il est cela, tout cela, mais rien que cela.

De ce que le mari n'est pas absolument un usufruitier, s'ensuit-il qu'il soit un propriétaire? Les rédacteurs du Code ont dit que le mari est un usufruitier, pour exprimer qu'il n'a que la jouissance et l'administration de la dot : en effet, l'article 1549 déclare que le

mari seul a l'administration des biens dotaux, ou, en d'autres termes, qu'il est seul administrateur de la dot. Si l'administration dont parle cet article exprimait la propriété et le pouvoir de disposer, comment les rédacteurs du Code auraient-ils pu qualifier le mari *usufruitier*, puisqu'il n'y a rien de plus opposé à la propriété que l'usufruit? Pour forcer le sens du mot *administration*, employé par l'article 1549, M. Troplong affirme que le mari n'est pas seulement un administrateur, que de plus, il est un maître de la dot, c'est-à-dire un propriétaire.

C'est le retour au malheureux système de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 1^{er} février 1819; M. Troplong veut remplacer, dans l'article 1549, le mot *administration* par ceux de *maîtrise*, de *propriété* des biens dotaux. L'éminent jurisconsulte se fonde sur la doctrine des anciens interprètes, notamment sur celle du cardinal Deluca, qui qualifiait en même temps le mari *legalis administrator* et *dominus dotis*. Mais cette double qualification, au lieu d'appuyer l'opinion de M. Troplong, la condamne ponctuellement. En effet, les anciens interprètes nous expliquent ce qu'ils entendaient par le mari *dominus dotis*; ils nous disent qu'il était appelé ainsi *propter usumfructum et administrationem rerum dotalium*¹: ce qui veut dire apparemment que le mari est qualifié *maître de la dot*, à cause de son droit de jouissance et d'administration. Si les mots : *maître de la dot*, voulaient dire que le mari était propriétaire, il était fort inutile d'ajouter qu'il avait la jouissance et l'admi-

1. Voyez la doctrine des anciens interprètes, *supra*, n° 61.

nistration, puisque le droit de propriété comporte tout cela et plus que cela. Le mari *maître de la dot* n'est pas autre chose que le mari usufruitier et administrateur ; en d'autres termes, sa maîtrise n'est que celle de la jouissance et de l'administration des biens dotaux : ce n'est pas celle de la propriété ni du pouvoir de disposition.

Cette erreur de M. Troplong et de la Cour de cassation est capitale et repose sur une équivoque manifeste.

Le mari ne serait pas un propriétaire et n'aurait pas le pouvoir d'aliéner la dot, quand même l'article 1549 lui accorderait l'exercice des actions pétitoires dotales. Le droit de revendication n'est pas toujours le signe du droit de propriété ; les anciens commentateurs accordaient l'exercice des actions au mari, et cependant ils lui refusaient le droit de propriété. Cette doctrine était passée dans la jurisprudence du parlement de Provence. Tel est, sous le Code Napoléon, le tuteur ; il exerce les actions et il n'est pas propriétaire.

121. On vient de voir la Cour de cassation et M. Troplong affirmer, avec une confiance qui étonne, que l'article 1549 accorde au mari l'exercice des actions pétitoires dotales. Ces affirmations rappellent une question qui fut posée vers la fin du dernier siècle : Comment une dent d'or avait-elle pu naître dans la bouche d'un enfant ? Les savants s'assemblèrent, discutèrent et admirèrent le phénomène ; ils finirent par où ils auraient dû commencer : ils examinèrent. La dent d'or n'existait qu'en apparence. Eh bien ! l'exercice des actions dotales n'existe pas plus pour le mari dans l'article 1549, que la dent d'or dans la bouche de l'enfant.

Les deux premiers paragraphes de cet article sont ainsi conçus :

« Le mari seul a l'administration des biens dotaux
« pendant le mariage. — Il a seul le droit d'en poursui-
« vre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les
« fruits et les intérêts et de recevoir le rembourse-
« ment des capitaux. »

Tout l'édifice de la doctrine qui accorde les actions pétitoires au mari, repose sur la pointe des mots : *poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens dotaux*.

Tous les auteurs, excepté Pigeau¹ et Carré², ont pris ces mots à la superficie ; ils y ont vu des expressions générales renfermant pour le mari l'exercice des actions pétitoires dotales. Ainsi, M. Dalloz dit : « L'article 1549
« se sert des expressions les plus générales : *il a seul le*
« *droit de poursuivre les détenteurs*. On ne peut pas dire,
« comme dans le cas de l'article 1428, que la loi n'ayant
« parlé expressément que des actions mobilières et
« possessoires, refuse au mari, par son silence, les
« actions qui n'ont pas ce caractère³. »

Avant de réfuter cette opinion, il faut remarquer qu'indépendamment de l'action possessoire, les biens dotaux pouvaient, dans notre ancien droit, comme dans notre droit moderne, donner lieu, suivant les circonstances, à trois actions bien distinctes et qu'il ne faut pas confondre :

1^o L'action pétitoire ou en revendication, qui suppose qu'un tiers possède le bien dotal sans titre, ou en vertu

1. *Procédure civile*, t. I, p. 85.

2. *De la compétence*..., t. I, 245, 356 et 357.

3. *Jurisp. gén.*, vis *Contr. de mar.*, n^o 3320.

d'un titre consenti par quelqu'un qui n'en est point propriétaire, *a non domino* ; ou bien encore, que ce tiers se prétend propriétaire et revendique le bien dotal en vertu d'un droit qu'il ne tient pas des époux ou de l'un d'eux ;

2^o L'action en révocation ou en nullité de l'aliénation du fonds dotal, aliénation consentie par les époux ou par l'un d'eux, et qu'il faut faire tomber avant de pouvoir reprendre l'objet aliéné ;

3^o L'action en paiement de la dot au mari, que les commentateurs du droit romain appelaient *exactio dotis*.

La première de ces actions met en question le droit de propriété ; elle est donc une action de propriété et ne peut être exercée que par le propriétaire. Aussi l'opinion que je combats l'accorde-t-elle au mari pour en conclure qu'il est propriétaire de la dot.

La seconde n'a point ce caractère ; elle fait naître une question de nullité ou de validité de l'aliénation du bien dotal. Comment, après la révocation de cette aliénation, l'acquéreur pourrait-il se prétendre propriétaire, puisqu'il tient son droit des époux et que ce droit est résolu ?

La troisième a pour objet le paiement de la dot ; elle est une action d'administration ; elle appartient donc incontestablement au mari administrateur.

De ces trois actions, il faut d'abord éliminer la seconde, l'action révocatoire ; elle est gouvernée par l'article 1560 du Code Napoléon, et n'a rien à faire dans l'article 1549. On sait que, pendant le mariage, cette action ne peut être exercée par la femme qu'après séparation de biens ; il ne faut pas en conclure, comme on le fait trop souvent, que la femme, tant qu'elle n'est pas séparée de

biens, est incapable d'exercer l'action pétitoire dotale¹. Ce serait confondre l'action révocatoire avec l'action pétitoire, et transporter à celle-ci ce qui ne convient qu'à celle-là. Cette confusion est ancienne; elle a eu son point de départ dans l'interprétation du droit romain, qui accordait au mari l'exercice des actions, et dans l'incapacité dont le droit germanique et coutumier frappait la femme à l'époque où sa personne et ses biens devenaient la propriété du mari.

L'article 1549 accorde évidemment au mari l'action en paiement de la dot, l'action d'administration. Mais lui accorde-t-il aussi l'action pétitoire ou de revendication, l'action de propriété?

Telle est la question.

122. Le premier paragraphe de l'article 1549 n'ac-

1. Les arrêts qu'on a l'habitude d'invoquer comme jugeant notre question doivent être entendus avec discernement. Il leur est arrivé de confondre l'action révocatoire et en restitution de la dot avec l'action pétitoire. Cette confusion est échappée quelquefois aux meilleurs arrêtistes. Ainsi on trouve, dans l'excellent recueil de M. Dalloz, 1859, 2, 117, un arrêt de la Cour de Grenoble, du 23 avril 1858, qui a décidé qu'une femme dont la séparation de biens était nulle ne pouvait pas demander la main-levée de l'opposition formée par un nommé Meysson à un commandement du 8 novembre 1856. Il paraît que, dans l'espèce, il s'agissait d'une action en paiement ou en restitution de la dot : la femme n'étant pas séparée de biens, son action n'était pas recevable. L'arrêt est rapporté sans exposé de faits, et ses motifs ne les font pas suffisamment connaître : on en est réduit à des conjectures. Dans le sommaire de cet arrêt, M. Dalloz lui fait décider que, *sous le régime dotal, la femme non séparée est sans qualité pour exercer les actions dotales* et que *le mari peut seul exercer ces actions*. Je doute beaucoup que telle soit la portée de cet arrêt; il me semble décider tout simplement que, pendant le mariage, tant qu'il n'y a pas une séparation de biens régulière, la femme ne peut pas agir en paiement de sa dot. En disant qu'elle ne peut pas exercer les *actions dotales*, on donne à entendre qu'elle ne peut pas exercer l'*action pétitoire*.

corde au mari que la jouissance et l'administration des biens dotaux. C'est un point que j'ai définitivement établi contre MM. Delangle et Troplong, et contre la Cour de cassation.

Le second paragraphe de cet article n'est qu'une conséquence et une application du principe posé dans le premier.

Et d'abord le mot *poursuivre*, employé par notre paragraphe 2, suppose l'exécution d'un titre, ou plus généralement, il renferme l'idée d'un droit qui établit entre le mari et ceux qu'il attaque des rapports de créancier à débiteur. *POURSUITE*, a dit M. le procureur général Dupin, *actes faits en vertu d'un droit ou d'un titre pour contraindre quelqu'un à remplir une obligation*. (Manuel des avocats, p. 834.) Ce mot est employé dans le même sens par les articles 877, 2204, 2208 et suivants du Code Napoléon. Notre texte suppose donc que la personne poursuivie est liée par une obligation préexistante, supposition exclusive de l'action pétitoire qui, par sa nature, met le droit en question.

Les mots : *poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens dotaux* renferment la même idée ; ils supposent si peu une question de propriété et un litige sur le fond du droit, qu'ils préjugent virtuellement l'un et l'autre en appelant *détenteurs des BIENS DOTAUX* les personnes qui sont poursuivies par le mari. Primus a constitué en dot à sa fille et livré à son gendre le fonds Cornélien ; Secundus s'en prétend propriétaire et s'en empare : un procès est engagé contre lui. Appellerez-vous Secundus un *détenteur du bien dotal* ? Vous ne le pouvez pas ; car, jusqu'au jugement définitif, il est incertain si l'immeu-

ble appartient à la femme ou à Secundus : et si la justice décide que l'immeuble appartient à Secundus, il est certain que cet immeuble n'est pas un bien dotal. Mais vous appellerez *détenteur du bien dotal* Primus qui l'a constitué en dot et qui est en retard d'en faire la délivrance au mari. Les mêmes observations s'appliquent aux mots : *débiteur des biens dotaux*. La loi n'a pas pu qualifier ainsi celui dont l'obligation a été constituée en dot, et qui soutient qu'elle lui a été extorquée par violence ou qu'elle manque de cause. Le débiteur du bien dotal, c'est celui qui a promis une somme en dot ou dont on a constitué l'obligation en dot et qui est en retard de la payer.

123. Vainement dirait-on qu'ainsi entendu le *détenteur* n'est qu'un *débiteur* du bien dotal, ce qui ne peut pas être, puisque les termes de l'article 1549 comprennent *les débiteurs et les détenteurs*. Cette objection est sans force : elle repose sur une confusion des principes du droit romain et de ceux de notre droit français. On sait qu'en droit romain, le contrat seul n'avait pas pour effet de transférer la propriété ; il fallait de plus la tradition : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (L. 20, C., *De pactis*). Mais, sous l'empire du Code Napoléon, les choses se passent autrement : le contrat a la puissance de transférer la propriété. Spécialement, la constitution d'un immeuble en dot, quand elle émane d'un tiers, c'est-à-dire d'une personne autre que la femme, rend celle-ci propriétaire : le constituant n'est pas un *débiteur*, mais un *détenteur* du bien dotal. D'ailleurs, le Code Napoléon est

une loi populaire ; il est fait pour tous et il parle de manière à être compris par tous. Or, dans le langage ordinaire, on ne dit pas : *le débiteur d'un meuble ou d'un immeuble* ; on dit : *le débiteur* d'une somme d'argent et *le détenteur* d'un meuble ou d'un immeuble.

Le mot *détenteur* a un sens fort large : « *Détenteur*, dit « Merlin, c'est celui qui a la possession réelle et « actuelle d'un héritage, soit à titre de propriété, soit « à titre d'usufruit, ou de toute autre manière ».

La place même qu'occupent les mots dont argumente l'opinion contraire prouvent qu'ils ne se réfèrent pas aux actions pétitoires. Le § 1 de l'article 1549 venait de dire que le mari seul a l'administration des biens dotaux. Le paragraphe suivant, appliquant ce principe, ajoute : « Il a seul le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs, d'en percevoir les fruits et les intérêts, et de recevoir le remboursement des capitaux ». L'ordre de narration qui règne dans ce § 2 est remarquable et significatif. Si la loi eût commencé par dire que le mari aurait seul le droit de recevoir les intérêts et les capitaux dotaux, si ensuite elle avait ajouté qu'il aurait seul le droit d'en poursuivre les débiteurs, elle aurait mis au commencement ce qui, dans l'ordre des faits, est à la fin, et à la fin ce qui est au commencement. Le paiement ne précède pas la poursuite ; il la suit. Et comme le mari peut avoir aussi à réclamer la délivrance d'immeubles constitués en dot, notre texte comprend ce cas par le mot *détenteurs* : sa disposition s'applique et devait s'appliquer à la dot mobilière et immobilière. Si les mots : *en poursuivre les détenteurs*, visaient les actions pétitoires, ils ne seraient qu'une intercalation

maladroite et dangereuse entre d'autres expressions qui ne se réfèrent évidemment qu'à des actes d'administration ordinaire. Cette remarque reviendra bientôt avec une nouvelle force, lorsque nous aurons démontré que si le § 2 de l'article 1549 avait le sens qu'on lui donne, le législateur aurait abrogé la jurisprudence de droit écrit, ce qui est d'autant moins admissible que cette jurisprudence était en harmonie parfaite avec celle du droit coutumier, qui a été conservée par le Code Napoléon; et il l'aurait fait clandestinement, en intercalant le mot *détenteurs*, dont le sens pétitoire est plus que douteux.

124. On remarquera encore que les mots : *poursuivre les débiteurs et détenteurs*, ne désignent qu'un rôle actif du mari, c'est-à-dire un rôle de poursuivant et de demandeur. Ces expressions sont complètes, parfaitement justes et concordantes avec le droit de jouissance et d'administration que l'article 1549 accorde au mari. En effet, le mari fait exécuter le contrat de mariage; il exige le paiement de la dot; il a le rôle actif d'un créancier et d'un demandeur, et non pas le rôle passif d'un débiteur et d'un défendeur. Au contraire, dans l'action pétitoire, il n'y a pas de raison de le supposer demandeur plutôt que défendeur; si le § 2 de l'article 1549 avait voulu accorder les actions pétitoires au mari, les termes qu'il a employés seraient incomplets et n'exprimeraient pas exactement l'idée de l'action pétitoire.

Parmi ceux qui voient l'exercice des actions pétitoires dans les mots : *poursuivre les détenteurs des biens dotaux*, quelques-uns ont été frappés de l'insuffisance

de ces expressions ; ils se sont demandé si le mari avait le droit de défendre à l'action pétitoire dotale. Sur ce point, ils se sont divisés et le schisme s'est fait dans leur opinion.

Ainsi, M. Troplong est allé chercher le complément de l'article 1549 et le droit pour le mari de défendre à l'action pétitoire dans la loi 2, au Code, *De fundo dotali* (n° 3107). Cette loi suppose qu'un fonds indivis avec un tiers a été constitué en dot ; elle décide que le mari ne peut pas provoquer le partage, mais qu'il peut y défendre. La raison de cette différence vient de ce que le droit romain, en défendant au mari l'aliénation du fonds dotal, n'avait en vue que l'aliénation *volontaire* et non pas l'aliénation *nécessaire*. Or, l'aliénation était considérée comme volontaire lorsque le mari prenait l'initiative de la demande en partage (on sait qu'en droit romain le partage était considéré comme une aliénation) : au contraire, lorsque le partage était demandé par l'autre communiste, l'aliénation était considérée comme nécessaire, et le mari pouvait défendre à la demande en partage. Cette loi paraît avoir été inspirée par la théorie romaine qui défendait au mari l'aliénation du fonds dotal, bien plus que par la doctrine de l'exercice des actions pétitoires dotales. Si on l'applique à l'action pétitoire, il en résulte que cette action n'appartenait au mari qu'en défendant et qu'elle lui était refusée en demandant. D'autre part, si l'article 1549 s'appliquait aux actions pétitoires, il serait le rebours de la loi romaine, puisqu'il accorderait l'action pétitoire au mari en demandant et ne mentionnerait pas son droit d'y défendre. On ne peut pas

admettre que les rédacteurs du Code aient abandonné l'article 1549 à se compléter par la fin de la loi 2, C., *De fundo dotali*, alors qu'ils en avaient répudié le commencement. Ce serait imposer la divination à ceux qui sont obligés d'interpréter la loi et de l'appliquer.

Vainement M. Troplong dit-il que le droit d'intenter l'action pétitoire renferme celui d'y défendre, comme le plus renferme le moins ; c'est forcer l'argumentation. Défendre à l'action pétitoire est aussi grave, plus grave peut-être, que de l'intenter. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 16 mars 1827¹. Cette Cour, pensant que le droit de poursuivre les détenteurs des biens dotaux renfermait celui d'intenter les actions pétitoires, a refusé au mari le droit de défendre à ces mêmes actions. Elle en a donné pour raison que l'action du mari a pour objet de conserver la dot, tandis que l'action des tiers a pour objet de la diminuer.

Ces difficultés, rapprochées de la simplicité de notre explication, prouvent déjà combien est grande l'illusion de ceux qui ont cru voir dans l'article 1549 des expressions générales renfermant pour le mari l'exercice des actions pétitoires dotales.

125. M. Tessier (note 835) et M. Troplong (n° 3005) pensent que les deux premiers paragraphes de l'article 1549 ont été empruntés à la doctrine de Domat. Il n'en coûte rien à l'opinion que je défends d'admettre cette origine. Voici comment s'exprime l'auteur des *Lois civiles* (page 107, édition de 1777) :

1. Dalloz, 28, 2, 39.

« Le droit qu'a le mari sur le bien dotal de la femme est une suite de leur union et de la puissance du mari sur sa femme ¹ ; et ce droit consiste en ce qu'il a l'administration et la jouissance du bien dotal que la femme ne peut lui ôter, qu'il peut agir en justice au nom de mari pour le recouvrer contre les tierces personnes qui en sont les détenteurs ou les débiteurs, et qu'ainsi il exerce de son chef, comme mari, les droits et les actions qui dépendent de la dot, d'une manière qui le fait considérer comme s'il en était le maître, mais qui n'empêche pas que la femme n'en conserve la propriété. Et ce sont ces divers effets des droits du mari et de ceux de la femme sur le bien dotal qui font que les lois regardent la dot et comme un bien qui est à la femme et comme un bien qui est au mari. »

En comparant cette doctrine avec l'article 1549, on voit tout de suite que les rédacteurs du Code en ont corrigé quelques expressions. Ainsi les mots : *agir en justice* ont été supprimés. Voici pourquoi : A l'époque où Domat écrivait, les contrats de mariage pouvaient être faits par acte sous seing privé, suivant la jurisprudence de la plupart des parlements de droit écrit. Le mari pouvait donc être obligé d'agir en justice, soit pour faire exécuter le contrat de mariage contre les personnes qui avaient constitué la dot, soit contre les débiteurs dont l'obligation portée par acte sous seing privé avait été constituée en dot. Dans le droit moderne, les contrats de mariage sont nécessairement des actes notariés, revêtus de la formule exécutoire. Si la dot

1. Cette proposition est germanique et coutumière ; elle est contraire à l'origine et aux principes du régime dotal.

est due par ceux qui l'ont promise, le mari fait exécuter contre eux son contrat de mariage par la voie parée; il n'a pas besoin d'agir en justice. Si, au contraire, la dot est due par des tiers dont l'obligation, portée par un acte sous seing privé, a été constituée en dot, le mari peut être obligé d'agir en justice; mais alors il *poursuit un débiteur de la dot*, dans le sens que l'on attache au mot *poursuites*. Voilà pourquoi les rédacteurs de l'article 1549 ont supprimé les mots : *agir en justice*. Cette suppression serait inexplicable, si l'article 1549 avait voulu accorder au mari l'exercice des actions pétitoires.

Ce n'est pas à dire que ces expressions soient caractéristiques de l'action pétitoire, ni que Domat les eût employées pour indiquer que cette action appartenait au mari, comme le pensent MM. Tessier et Troplong. Le mari peut, même sous le Code Napoléon, agir en justice, sans que pour cela il exerce une action pétitoire : c'est ce qui arrive notamment lorsqu'il poursuit le paiement d'une créance dotale contre un débiteur qui n'est obligé que par un acte sous seing privé. La demande de paiement ne cesse pas d'être une action d'administration en prenant la forme d'une instance judiciaire; mais elle dégénère en action pétitoire dès que le défendeur oppose une exception qui met en question l'existence de la créance, par exemple s'il oppose la prescription ou la nullité de son obligation pour défaut de cause.

Domat a expliqué que le pouvoir du mari d'agir en justice a pour objet de *recouvrer le bien dotal*. Ces dernières expressions sont, comme le mot *poursuivre* qui

les a remplacées, caractéristiques des actions d'administration ; elles excluent les actions pétitoires ; recouvrer le bien dotal, c'est en poursuivre le payement et la délivrance contre ceux qui l'ont promis en dot.

Les mots *tierces personnes* ne sont pas reproduits par l'article 1549. Ce retranchement est encore bien significatif. Domat avait employé ces expressions par opposition au mari et à la femme dont il s'attachait à déterminer les droits respectifs sur la dot.

Enfin, tandis que Domat disait que le *mari peut agir...*, l'article 1549 dit qu'*il a seul le droit de poursuivre...* Ce changement est remarquable : un coup d'œil rétrospectif en fera ressortir toute l'importance.

126. Nous avons déjà expliqué comment et sous l'influence de quelles idées le droit coutumier avait exclu de la communauté les propres de la femme ; comment le mari, tout en conservant le titre de *seigneur et maître* de ces propres, n'eut plus le pouvoir de les aliéner sans le consentement de la femme. Sous le régime dotal, les biens dotaux sont des propres de la femme ; ils ne peuvent être aliénés ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement.

Quel parti notre ancien droit français prit-il au sujet des actions pétitoires relatives à ces biens ?

Le droit coutumier, après avoir soustrait les propres de la femme à la communauté et à la disposition du mari, n'enleva pas tout d'abord au mari l'exercice des actions pétitoires. Mais la femme put intervenir dans l'instance, afin d'empêcher toute collusion entre le mari et les tiers. Tel était le droit coutumier du temps

de Dumoulin : *Adeo ut possit uxor*, dit le célèbre jurisconsulte, *auctorata a judice, intervenire in propriis suis, ne colludatur*¹.

Enfin, la logique finit par avoir raison presque partout, lors de la réformation des Coutumes. De ce que le mari ne pouvait pas aliéner les propres de la femme, on conclut qu'il ne pouvait pas exercer les actions pétitoires qui les concernaient, et que ces actions devaient être exercées par ou contre la femme autorisée de son mari. La plupart des Coutumes qui défendaient au mari d'aliéner les propres de la femme se bornèrent à lui accorder l'exercice des actions mobilières et possessoires; elles lui retirèrent l'exercice des actions pétitoires par le silence qu'elles gardèrent au sujet de ces actions²; de ce nombre fut la Coutume de Paris, dont l'article 223 a servi de modèle à l'article 1428 du Code Napoléon. Le droit commun des pays de Coutumes refusa au mari le droit d'exercer les actions pétitoires sans le concours de la femme³.

La jurisprudence de droit écrit, dominée par les

1. Sur l'article 113 de l'ancienne Coutume de Paris.

2. Artois, art. 88; Étampes, art. 97; Laon, art. 30; Nivernais, chap. XXIII, art. 6; Péronne, art. 124; Sens, art. 276. — Trois Coutumes accordaient au mari l'exercice des actions pétitoires : Angoumois, art. 110; Melun, art. 214; Poitou, art. 228. — Deux le lui refusaient expressément : Châlons, art. 23; Vermandois, art. 30. — Un petit nombre n'accordait cet exercice au mari que dans l'intérêt de sa jouissance et sous la réserve des droits de la femme.

3. Boucheul, *Coutume de Poitou*, art. 228, n° 10, t. I, p. 744; Valin, *Coutume de La Rochelle*, t. I, p. 490 et suiv., n° 49 et p. 495, n° 36; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. II, sect. 4, nos 38 et 61; Renusson, *De la communauté*, 1^{re} part., ch. VIII, nos 2 et 6; Brodeau, sur Louet, lett. M, som. 1, n° 3, t. II, p. 91 et som. 25, n° 4, p. 185; Merlin, Répertoire, vis *Puissance maritale*, nos 3 et 35.

mêmes idées, suivit une marche analogue et arriva au même résultat. On se rappelle la doctrine de Cujas, qui attribuait au mari le domaine civil de la dot, et à la femme le domaine naturel. L'école de Cujas, précisant la doctrine du grand maître, réduisit le domaine civil à la jouissance et à l'administration de la dot; elle y comprit l'exercice des actions, à cause de l'interprétation que l'on donnait alors aux lois 11, C., *De jure dotium*, et 9, C., *De rei vindic.* Les parlements de droit écrit se trouvèrent en face de ces interprétations. A cette époque, il s'opérait dans notre droit français un travail de fusion, précurseur de notre unité nationale. L'importance que l'on attachait, en droit écrit comme en droit coutumier, à la propriété foncière, réagit contre l'interprétation des lois 11, C., *De jure dotium* et 9, C., *De rei vindic.* La jurisprudence, influencée par le droit coutumier, distingua entre les diverses actions et refusa au mari l'exercice des actions pétitoires dotales sans le concours de la femme, soit en demandant, soit en défendant.

M. Troplong se trompe quand il affirme le contraire. Je ne conçois pas qu'il ait pu invoquer l'opinion de Roussilhe qui, au lieu d'appuyer sa doctrine, la condamne d'une manière ponctuelle, en ces termes :

« *Le mari ne pouvant vendre ni aliéner LES BIENS DOTAUX de sa femme*¹ ne peut pas non plus, en sa qualité de

1. Ces expressions : *Les biens dotaux* s'appliquent, par leur généralité, à la dot mobilière et immobilière; elles prouvent donc que le mari ne pouvait pas plus aliéner la dot mobilière que la dot immobilière; en cela Roussilhe ne parle pas autrement que Boutaric dont j'ai invoqué la doctrine.

« mari, exercer en seul les actions réelles concernant
« la propriété de ce même fonds dotal. Il faut aussi que
« la femme soit partie, que tout se passe en son nom,
« autorisée de son mari ou en justice au refus de celui-
« ci... De ce que nous venons d'observer, il en résulte
« que le mari ne peut former en seul aucune demande
« en désistement, partage ou autre de cette nature con-
« cernant les biens dotaux de sa femme, ni exercer
« aucune action pétitoire concernant les mêmes biens,
« comme servitudes et autres; s'il le fait, sa demande
« ne peut se soutenir qu'en faisant intervenir la femme
« pour adhérer aux conclusions par lui prises... Toutes
« les demandes qu'on intente contre le mari pour des
« actions qui sont réelles à la femme sont irréguliè-
« rement formées, parce qu'il ne peut être convenu (assi-
« gné) en seul pour de pareilles demandes; il faut
« qu'elles soient formées contre la femme, et le mari ne
« doit être assigné que pour l'autoriser et rendre
« compte des jouissances, s'il en a faites et perçues ¹. »

Voilà pour la jurisprudence du parlement de Tou-
louse.

Salviat atteste que telle était aussi la jurisprudence
du parlement de Bordeaux.

« Quoique le mari puisse intenter les actions person-
« nelles, en qualité de mari, pour les biens dotaux, il ne
« peut néanmoins défendre aux actions réelles, comme
« désistat, décret et autres qui portent aliénation du
« fonds. La femme doit être dans l'instance, procédant
« sous l'autorité du mari, ou, à son refus, sous celle de

1. *De la dot*, t. I, nos 217, 219, 220.

« la justice; et les procédures qui sont faites dans le cas
« susdit avec le mari seul, sans que la femme y soit
« appelée, sont nulles et cassables ¹ ».

Dunod, examinant si la prescription court contre la femme au sujet des actions pétitoires qui concernent la dot, s'explique au sujet de ces actions et dit qu'elles appartiennent à la femme et non au mari :

« Quant aux autres biens dotaux (ceux qui ne con-
« sistent pas en poids, nombre ou mesure, ou qui
« n'ont pas été estimés), quoique le mari, *à raison de*
« *sa jouissance et de son administration*, ait quelque chose
« de plus qu'un simple usufruit, il n'y a cependant
« qu'un *domaine civil et fictif* qui le rend possesseur et
« par rapport auquel notre Coutume (celle de Fran-
« che-Comté, pays de droit écrit) lui donne le droit
« d'exercer pour lui-même, sans procuration de sa
« femme, les actions possessoires de la dot. Le domaine
« naturel et véritable demeure toujours à la femme.
« C'est pourquoi, notre Coutume veut qu'elle agisse
« elle-même au pétitoire, et, par conséquent, la pres-
« cription doit courir contre elle toutes les fois qu'elle
« n'est pas réputée, empêchée d'agir contre son
« mari ². »

Ce passage de Dunod est instructif; il prouve deux choses capitales :

1^o Que la maîtrise du mari sur la dot, comme je ne

1. *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, p. 196. — Adde Lapeyrère, lettre M, n^o 17; attestation du barreau de Bordeaux, du 30 juin 1673, mentionnée au Répertoire de Merlin, vis *Puissance maritale*, sect. 2, art. 3, § 3, t. X, p. 334.

2. *Des prescriptions*, part. 3, p. 254 et 255.

cesse de l'affirmer, n'était que celle de la jouissance et de l'administration ;

2° Que l'on tenait compte du *domaine naturel et véritable* qui *demeurait toujours à la femme*, et que l'on accordait à la femme l'exercice des actions pétitoires.

M. Troplong force donc le raisonnement et sort des bornes légitimes du vrai, lorsque, de la maîtrise ou du domaine civil du mari, il conclut à la propriété de la dot et à l'exercice des actions pétitoires.

Le parlement de Paris refusait aussi les actions pétitoires au mari ¹. Et, à cette occasion, je fais remarquer que si Domat, qui était avocat du roi au présidial de Clermont, avait enseigné, comme le croient MM. Tessier et Troplong, que les actions pétitoires appartenaien-
au mari, il serait vrai de dire que ce jurisconsulte n'aurait pas connu la jurisprudence de son parlement, ce qui n'est pas admissible.

127. Quelle était, sur ce point, la jurisprudence du parlement de Grenoble ?

Le 19 décembre 1855, la Cour de cassation, présidée par M. Troplong, a décidé que « *dans le pays de droit écrit*, le mari avait le droit d'exercer, en demandant
« comme en défendant, les actions dotales, soit comme
« conséquence de la propriété, soit comme consé-
« quence de la puissance que les lois romaines lui
« avaient conférée... ² ». Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si la jurisprudence du parlement de Grenoble

1. Mornac, *ad leg.* 9, C., *De rei vindic.*; Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, t. II, p. 176; d'Héricourt, *De la vente des immeubles*, ch. IV, n° 11.

2. Dalloz, 1856, I, 16.

accordait l'exercice des actions dotales au mari seul. L'arrêt se prononce pour l'affirmative ; mais il se charge lui-même de prouver tout le contraire de ce qu'il affirme, par le peu qu'il dit de la doctrine des anciens jurisconsultes dauphinois. En effet, il reconnaît que ces jurisconsultes accordaient l'action à la femme pour la revendication des choses dotales *exceptionnellement, lorsqu'il n'y avait pas eu estimation*. Là où la Cour de cassation n'a vu qu'une exception, il faut voir tout un principe. Il ne faut pas oublier qu'en droit romain, l'estimation des choses dotales, même immobilières, en valait vente au mari, et que telle était la règle des pays de droit écrit, malgré les controverses qui s'étaient élevées depuis que cette estimation était devenue nécessaire pour la perception des droits de contrôle et d'enregistrement. Le mari devenu propriétaire par l'estimation, devait donc avoir l'exercice des actions pétitoires. Mais, *lorsqu'il n'y avait pas eu estimation*, les actions pétitoires dotales appartenaient à la femme, d'après l'arrêt même de la Cour de cassation. Evidemment, on ne peut pas conclure de là que ces actions appartenaient au mari, et encore moins qu'il en était ainsi dans les pays de droit écrit. Cette dernière proposition, en effet, est formellement contredite par la jurisprudence des parlements de Toulouse, de Bordeaux et de Paris, c'est-à-dire par les trois grands parlements de droit écrit.

La Cour de cassation n'est pas plus dans le vrai lorsqu'elle affirme que, dans les pays de droit écrit, le mari avait l'exercice des actions dotales comme conséquence de *la propriété*. Cette affirmation n'a pas besoin d'être

réfutée : on verra bientôt que l'article 1555 du Code Napoléon n'a pas introduit un droit nouveau, et qu'en droit écrit, la femme pouvait donner ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfants, malgré la résistance du mari, en lui réservant l'usufruit, ce qui prouve que c'était elle et non pas le mari qui était propriétaire ¹.

128. La jurisprudence était tellement certaine en matière d'actions pétitoires, qu'elle fut reproduite et vulgarisée par les auteurs du *Nouveau Denisart* comme expression du droit commun dans les pays de droit écrit, quelques années seulement avant le Code Napoléon :

« Quant aux droits et actions qui sont relatifs à la
« propriété du fonds dotal, le mari ne les peut exercer
« au nom de sa femme, à qui ils appartiennent. De
« même, les demandes et procédures dirigées contre le
« mari seul, pour ce qui ne concerne que l'usufruit de
« la dot, sont valables; mais elles sont *nulles s'il s'agit*
« *de la propriété du fonds dotal*; il faut, dans ce dernier
« cas, qu'on s'adresse à la femme et au mari, sans
« l'autorisation duquel la femme ne peut point paraître
« en justice ². »

Il y avait donc, chose bien rare ! accord parfait en cette matière entre le droit écrit et le droit coutumier.

129. Convenons-en : si les rédacteurs du Code avaient accordé au mari seul l'exercice des actions pétitoires,

1. V. *infra*, n° 146.

2. V° *Dot*, § 13, p. 121 et 122.

ils auraient été bien mal inspirés. Ils ont déclaré (la Cour de cassation l'a reconnu par son arrêt du 1^{er} février 1819) qu'ils avaient voulu maintenir l'ancienne jurisprudence de droit écrit : ils venaient nous apporter l'unité de législation ; ils la trouvaient toute faite , et ils l'auraient défaite ; ils auraient déserté les traditions du droit écrit pour rendre hommage à l'anomalie du droit romain , comme si le principe de la conservation des biens dans les familles n'avait pas sa raison d'être en droit écrit , sous le régime dotal , aussi bien qu'en droit coutumier , sous le régime de la communauté !

Quand on abroge le droit national , le droit qui nous touche , pour aller chercher une anomalie à dix-huit siècles de distance , dans une législation étrangère , le moins que l'on doive faire , c'est de s'en expliquer d'une manière claire et non équivoque. Comment les rédacteurs du Code s'y seraient-ils pris pour abroger si malheureusement la doctrine et la jurisprudence de droit écrit , eux qui déclaraient qu'ils entendaient la conserver ? En intercalant dans l'article 1549 les mots : *poursuivre les détenteurs des biens dotaux* , entre d'autres expressions qui ne se réfèrent évidemment qu'à des actes d'administration. Pour des esprits qui ne sont point prévenus , le mot *détenteurs* est au moins équivoque et peut désigner les actions administratives aussi bien que les actions pétitoires. Cela seul suffirait pour écarter toute idée d'abrogation du droit écrit.

Mais il y a plus ! il suffit de se reporter aux exposés des motifs de l'article 1549 pour se convaincre que les rédacteurs du Code n'ont pas entendu accorder au mari l'exercice des actions pétitoires. En effet, ils ont déclaré

que le mari n'est qu'usufruitier (M. Siméon) ; qu'il n'a que la jouissance et l'administration des biens dotaux (M. Berlier). Le tribun Duveyrier disait, dans son rapport au Tribunat, le 19 pluviôse an XII :

« Hors le cas de ces stipulations précises (celles des
« articles 1551 et 1552), le mari n'a que la perception
« des fruits de la dot et son administration. C'est à lui
« qu'appartiennent, *en conséquence*, toutes les actions
« *possessoires et conservatoires*. C'est lui qui *poursuit*
« *les débiteurs et détenteurs* et qui reçoit même le rem-
« boursement des capitaux ¹. »

Il est donc vrai, comme je l'affirmais tout à l'heure, que le paragraphe 2 de l'article 1549 n'est qu'une application et une *conséquence* du premier, et qu'il ne se réfère qu'aux actions de jouissance et d'administration. Et ceci prouve en même temps que les rédacteurs du Code ont employé, dans le sens que je viens d'indiquer, les mots : *poursuivre les détenteurs*, sur lesquels l'opinion contraire a tant équivoqué. Les actions pétitoires sont celles qui intéressent la propriété ; elles n'appartiennent qu'au propriétaire : il faut donc que la femme agisse ou défende et représente, par sa personne, le droit de propriété qui repose sur sa tête. Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas cette vérité élémentaire et protectrice du droit de propriété.

L'article 1549 n'a donc pas en vue les actions pétitoires ; il procède comme l'article 1428, § 2, qui, à l'exemple de l'article 223 de la Coutume de Paris et de plusieurs autres, refuse au mari l'exercice des actions relatives

1. Fenet, t. XIII, p. 755 et 766.

aux propres de la femme par le silence qu'il garde à cet égard.

130. L'article 1428, § 2, dit : « Le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme ». Ces expressions n'excluent pas l'intervention de la femme pour empêcher la fraude et la collusion entre son mari et les tiers. C'était la doctrine de Dumoulin¹ ; elle est reproduite implicitement par l'article 1428.

Mais le paragraphe 2 de l'article 1549 est rédigé tout autrement : « Le mari, dit-il, a *seul* le droit de poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux ». Ces termes excluent l'intervention de la femme dans les actions, soit immobilières, soit mobilières, s'il est vrai que l'article 1549 ait le sens que M. Troplong et la Cour de cassation lui attribuent. On est ainsi forcément conduit à une conséquence monstrueuse : c'est que le Code Napoléon protège moins la dot du régime dotal que les propres mobiliers et immobiliers de la femme commune. C'était bien la peine, vraiment, de tant se récrier contre la gêne de l'inaliénabilité dotale ! Quand le mari voudra aliéner, il n'aura qu'à susciter un tiers complaisant qui se prétendra propriétaire de l'immeuble dotal ou qui opposera les plus mauvaises chicanes au paiement de la dot ; il défendra juste ce qu'il faut pour écarter les soupçons de fraude, et, par une moderne *cessio in jure*, l'aliénation de la dot se consommera devant la justice moyennant finances pour le mari, qui, étant

1. V. *supra*, n° 126.

censé avoir perdu un procès et n'avoir rien reçu, n'a rien à restituer.

L'article 1422 apporte des restrictions importantes au pouvoir du mari sur les biens de communauté, mais l'article 1549 n'impose aucune limite à son pouvoir sur la dot mobilière. Ce silence parle haut : il devrait faire réfléchir ceux qui veulent que le droit d'administration mentionné par l'article 1549 soit le même sur la dot mobilière que celui dont parlent les articles 1421 et 1422 sur les biens de communauté. J'en conclus de deux choses l'une : ou que cette similitude n'existe pas et que le mari n'a qu'un droit de jouissance et de simple administration sur les biens dotaux, ou que, si elle existe, il a beaucoup plus de droit sur la dot mobilière du régime dotal, le régime de la conservation, que sur les meubles de communauté, le régime de la disposition, puisqu'il peut en disposer à titre gratuit sans aucune restriction.

— 131. Ces énormités n'ont pas arrêté M. Troplong ; l'une d'elles cependant l'a frappé. Voici à quelle occasion :

— MM. Rodière et Pont, auteurs d'un excellent livre sur le *Contrat de mariage*, prenant au sérieux la doctrine qui accorde au mari l'exercice des actions pétitoires dotales, ont pensé que l'adoption du régime dotal valait exclusion de communauté ; ils ont donc décidé, par argument de l'article 1549, que sous le régime sans communauté, auquel s'appliquent les articles 1531 et suivants, le mari avait qualité pour répondre seul aux actions immobilières relatives aux propres de la femme.

M. Troplong n'approuve pas cette décision, parce que les articles 1531 et 1532 sont gouvernés par l'article 1428 et non par l'article 1549. Mais il se trouve serré par l'analogie frappante qui domine les deux situations, et il croit se tirer d'embarras en répondant : « Si l'article 1549 donne au mari l'exercice des actions immobilières relatives à la dot, c'est là une anomalie dérivant des idées romaines sur la condition des femmes et sur le droit du mari relativement à la dot (n° 2255) ». Vient ensuite l'article 1549 : il faut prouver qu'il accorde au mari seul l'exercice des actions pétitoires dotales, pour pouvoir en conclure que le mari est propriétaire et qu'il peut disposer : c'est là l'unique base du système de M. Troplong et de la Cour de cassation. Alors l'anomalie disparaît, et le célèbre magistrat vous dit : « D'où peut sortir un pareil droit si énergiquement caractéristique du droit de propriété, sinon des principes du droit romain *précieusement conservés* par le Code civil (n° 3102) ? »

Ces idées des Romains sur la condition des femmes étaient vraies sous le régime de la *manus* : Caton reprochait aux matrones de paraître au forum et aux réunions d'hommes : *Et jam vix foro se et concione abstinent*¹. Mais le furent-elles après la loi Julia, lorsque le régime dotal se fut développé aux dépens de celui de la *manus* tombée en désuétude ? Les poètes de Rome nous ont transmis les doléances des maris au sujet de l'indépendance des femmes. Il en était déjà ainsi du temps de Cicéron : « Nos ancêtres, disait l'orateur romain, ont

1. Tite-Live, XXXIV, 1.

voulu assujettir les femmes au pouvoir de tuteurs ; mais ces tuteurs ont été bientôt au pouvoir des femmes¹ ». La pensée de M. Troplong, c'est que la femme était incapable d'exercer les actions qui intéressaient sa dot, et que son mari était son procureur-né pour les exercer à sa place. L'histoire romaine proteste contre cette appréciation ; et le droit est d'accord avec l'histoire. L'éminent magistrat invoque la loi 21, C., *De procurat.*, à laquelle il donne un sens qu'elle n'a point. Plusieurs textes du Digeste prouvent, au contraire, que la femme n'était pas incapable d'agir au sujet de sa dot ; les lois 22, § 1, 29 et 75, D., *De jure dot.*, 63, D., *De re judic.*, 71, § 3, D., *De condit. et dem.* et 84, § 6, D., *De legat.* 4^o, en offrent des exemples remarquables. Et d'ailleurs, Paul dit positivement qu'il n'était pas défendu aux femmes de défendre leur cause devant la justice : *Feminæ in rem suam cognitoriam operam suscipere non prohibentur*².

Ce point de vue de M. Troplong est donc fautif. Il a pour objet de placer la femme du régime dotal dans la même condition que la femme de la *manus* romaine et du *mundium* germanique. Dans notre vieux droit coutumier, à l'époque où il se confondait avec les lois barbares, la femme était incapable d'exercer aucune action en justice ; tous ses droits et actions appartenaient au mari, seigneur et maître de sa personne et de ses biens³.

La *manus* romaine et le *mundium* germanique ne diffèrent que par des nuances, si bien que de fort bons

1. *Pro Muræna*, cap. XII.

2. *Sent.*, liv. 1, tit. II, § 2.

3. V. *supra*, n^o 55.

esprits les ont confondus et ont pensé que le régime de la communauté venait du droit romain ¹. Donc, si l'on parvenait à faire croire que les rédacteurs du Code ont conservé le droit romain, non pas celui de Justinien, ni même celui des jurisconsultes, qui ne frappe point la femme d'incapacité, mais le droit héroïque et quiritaire de la *manus*, qui a pour principe la puissance du mari et l'incapacité de la femme, le régime dotal se trouverait placé, sous le nom de droit romain, dans les principes du germanisme et de la communauté : on en retrancherait seulement les progrès que le droit coutumier et le droit écrit ont faits relativement aux propres de la femme et à l'exercice des actions pétitoires. S'il fallait en croire les interprétations modernes, le régime dotal en serait encore à la loi Julia et aux Institutes de Gaius, qui écrivait environ 150 ans après cette loi célèbre : « Suivant la loi *Julia*, le mari « ne peut, sans le consentement de la femme, aliéner « le fonds dotal, quoiqu'il soit sa propriété : *Dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit* ². »

Ecoutez M. Troplong : « Celui qui a une action est « censé avoir la chose comprise dans cette action : « *Qui habet actionem habet rem*. Or, le mari a l'exercice « absolu des actions dotales (article 1549); il a donc, par « une conséquence nécessaire, la disposition de la

1. Delaurière, *Glossaire du droit français*, vis *Bail de mariage*; Bouhier, *Coutume de Bourgogne*, t. I, p. 175; M. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, p. 156. — On trouve la même opinion dans les rapports qui ont précédé le Code Napoléon. V. Fenet, t. XIII, p. 795.

2. *Instit.* II, § 63.

« chose mobilière à laquelle tend cette action (n° 3172) ». Ce raisonnement est passé tout entier dans l'arrêt du 6 décembre 1859 ; la Cour de cassation y conclut de l'exercice des actions au droit de propriété.

Nous récusons d'abord l'application de la règle : *Qui habet actionem habet rem*. M. Troplong n'en indique pas l'origine : cela n'est pas indifférent. Cette règle n'est qu'un abrégé de la loi 15, D., *De reg. juris*, ainsi conçue : *Qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur*. Ce texte suppose qu'il s'agit d'une action en revendication ; les mots : *ad rem recuperandam* le prouvent clairement. Celui qui a cette action était donc propriétaire avant d'avoir cessé de posséder sa chose, et il n'a pas cessé de l'être. On comprend alors que la loi romaine dise qu'il ne cesse pas d'être considéré comme propriétaire. Il fallait bien qu'il en fût ainsi, car il faut être propriétaire pour exercer l'action en revendication. M. Troplong le sait bien, puisqu'il invoque notre règle pour prouver que le mari, ayant l'action, a aussi la propriété. Il veut que la propriété soit une conséquence de l'action, tandis que c'est l'action qui est une conséquence de la propriété. Il faut prouver la propriété autrement que par l'action, car l'action ne prouve pas la propriété. C'est ainsi que le tuteur exerce les actions du mineur, sans être propriétaire ; il agit pour le compte du propriétaire, comme mandataire.

132. Pourquoi M. Troplong restreint-il l'application de la règle qu'il invoque à une chose mobilière ?

Parce qu'il veut prouver que le mari est propriétaire

de la dot mobilière, pour en conclure qu'il peut l'aliéner.

Mais la règle invoquée ne distingue pas entre les choses mobilières et immobilières. L'article 1549 n'est pas restreint non plus à la dot mobilière. Le droit qu'il mentionne appartient au mari sur *les biens dotaux* sans distinction entre les meubles et les immeubles. M. Troplong, la Cour de cassation et tous les auteurs, moins deux, n'invoquent-ils pas ce texte pour prouver que le mari a l'exercice des actions, soit mobilières, soit immobilières ? L'éminent magistrat a reculé devant toutes les conséquences de sa doctrine ; il n'a pas osé affirmer que le mari soit propriétaire de la dot immobilière, de crainte qu'on ne lui rappelât l'axiome : *Qui prouve trop ne prouve rien*.

La logique est une partie essentielle de la science du droit ; les jurisconsultes romains ne sont si admirables que parce qu'on la trouve dans les fragments de leurs écrits comme dans des livres de géométrie. Voici donc quelle est la conséquence de la doctrine qui voit dans l'article 1549 l'exercice des actions pétitoires, mobilières ou immobilières, pour en conclure que le mari est propriétaire de la dot mobilière.

S'il est vrai que l'article 1549 accorde au mari l'exercice des actions pétitoires, soit mobilières, soit immobilières, et que le droit d'action soit caractéristique du droit de propriété, il est vrai aussi que le mari est propriétaire, non-seulement de la dot mobilière, mais encore de la dot immobilière.

Eh bien ! cette conséquence est une erreur d'histoire et une erreur de droit.

Une erreur d'histoire : car, même dans les contrées du

centre et du nord de la France, dans ces pays classiques de la féodalité où régnait la maxime : *Nulle terre sans seigneur*, les mœurs nationales avaient soustrait au mari la propriété des immeubles que les lois barbares lui accordaient comme conséquence de sa puissance sur la personne de la femme: ce fut l'origine des propres.

Pendant que ce progrès juridique s'accomplissait dans les pays de Coutume, le midi était en possession de son *franc-allevé*; et ses terres, suivant la belle expression de Bouteillier, *ne relevaient que de Dieu*, sous la protection de la maxime : *Nul seigneur sans titre*. Dans ces contrées doublement éclairées par le soleil et par le droit romain qui est le soleil du droit, la liberté de la terre était la règle et sa servitude l'exception. Convenons-en; il eût été bien extraordinaire qu'en droit écrit le mari fût propriétaire des immeubles dotaux, alors qu'il ne l'était plus en droit coutumier, et que les immeubles dotaux fussent moins protégés que les propres immobiliers de la femme commune; aussi verrons-nous bientôt que c'était la femme qui en était propriétaire.

Une erreur de droit : en effet, il suffit de rappeler qu'aux termes de l'article 1555, la femme peut, malgré la résistance du mari, donner ses *biens dotaux* pour l'établissement des enfants qu'elle aurait eus d'un précédent mariage, en réservant l'usufruit au mari lorsqu'elle n'est autorisée que par la justice. L'usufruit! voilà donc le droit du mari sur les biens dotaux; et ceci prouve combien nous avons eu raison de dire que le mari n'a sur les biens dotaux qu'un droit de jouissance et d'administration. L'usufruit est incompatible

avec la propriété ; dire que le mari est usufruitier, c'est donc affirmer qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'a pas les actions de propriété.

D'ailleurs, qu'est-ce qu'un droit de propriété dont quelqu'un peut disposer sans nous et même malgré nous ? Ce qui nous appartient ne peut cesser de nous appartenir que par notre fait : *Id quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium transferri non potest* (L. 11, D., *De dig. reg. jur.*). L'article 544 ne parle pas autrement, lorsqu'il dit que la propriété est le droit de jouir et de disposer ; or, c'est la femme qui dispose (article 1555) ; donc la femme est propriétaire, donc le mari ne l'est pas.

Et cependant il l'est par une conséquence inévitable de la doctrine et de la jurisprudence que nous combattons ; donc cette doctrine et cette jurisprudence sont fautives et font une fausse interprétation de l'article 1549.

Il est essentiel de rappeler, pour lever tous les doutes, que les rédacteurs du Code ont dit, en expliquant l'article 1549, que le mari n'a que l'usufruit et l'administration des biens dotaux¹. Cela prouve que l'article 1555 est en accord parfait avec l'article 1549 et qu'en réservant l'usufruit au mari, il lui réserve, par cela seul, tous les droits qui lui appartiennent sur les biens dotaux.

Les biens dotaux ! dit l'article 1555. Ces expressions sont générales et comprennent la dot mobilière comme la dot immobilière (article 516). Donc le mari n'est pas plus propriétaire de la dot mobilière que de la dot im-

1. V. *supra*, n° 95.

mobilière ; donc il ne peut pas plus disposer de l'une que de l'autre ; donc, enfin , il n'a point l'exercice des actions pétitoires , soit mobilières , soit immobilières.

133. On se rappelle que M. Troplong affirme , dans son commentaire de l'article 1549 , que « possessoire , « pétitoire , actions personnelles et réelles, condictio « ou revendication , tout cela appartient au mari ». Ici encore , la doctrine du livre est passée dans l'arrêt du 6 décembre 1859 : la Cour de cassation y décide que les actions pétitoires appartiennent au mari seul ; elle ne vise que l'article 1549.

Cet article , en effet , n'accorde qu'au mari seul le droit qu'il mentionne : par conséquent , s'il accorde au mari l'exercice des actions pétitoires , la femme ne peut jamais se trouver en cause dans les actions qui intéressent sa dot. Telle est la conséquence forcée de la doctrine de M. Troplong et de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Eh bien ! cette conséquence heurte de front l'article 83 , § 6 , du Code de procédure civile , ainsi conçu : « Seront communiquées au procureur du roi les causes « suivantes : ... 6^o Les causes des femmes non autori- « sées par leurs maris , ou même autorisées , lorsqu'il « s'agit de leur *dot*, et qu'elles sont mariées sous le régime dotal. » Ce texte prouve fort clairement que la femme dotale doit être en cause lorsqu'il s'agit de sa dot , puisqu'il suppose qu'elle est autorisée ou non autorisée par son mari. Il serait absurde de supposer que la femme doive être autorisée par son mari à ester en jugement , quand elle n'est pas en jugement , c'est-à-

dire en cause. Or, suivant la doctrine que je combats, la femme ne peut pas être en cause dans aucune cas. Donc cette doctrine est erronée.

134. L'article 2208 du Code Napoléon est ainsi conçu :

« L'expropriation des immeubles qui font partie de
« la communauté se poursuit contre le mari débiteur,
« seul, quoique la femme soit obligée à la dette. Celle
« des immeubles de la femme, qui ne sont point entrés
« en communauté, se poursuit contre le mari et la
« femme... »

Ce texte reproduit la jurisprudence de droit écrit au sujet des actions qui intéressent les biens de la femme ¹. Mais il n'a rien appris à ceux qui veulent que, sous le régime dotal, les actions appartiennent au mari, pour pouvoir en conclure qu'il est quasi-propriétaire de la dot mobilière et qu'il peut en disposer.

Ainsi, M. Troplong se demande si un créancier qui veut poursuivre l'expropriation des biens dotaux doit agir tout à la fois contre le mari et la femme. Et il répond : « Pour l'affirmative, on cite l'article 2208 du Code civil, mais il résulte *clairement* du texte de cet article qu'il ne concerne pas le régime dotal ² ».

Pour nous, il résulte fort clairement du texte même de l'article 2208 que l'expropriation doit être poursuivie tout à la fois contre la femme propriétaire et contre le mari, à cause de sa jouissance et de l'autorisation de

1. Roussilhe, *De la dot*, t. I, p. 259 et 473 ; d'Héricourt, *De la vente d'immeubles par décret*, ch. IV, n° 11, p. 57 ; Brodeau sur Louet, let. M, som. 25, t. II, p. 185 ; Renusson, *De la communauté*, 1^{re} part., ch. VIII, n° 9, p. 52 ; M. Tessier, *De la dot*, t. II, p. 151.

2. *Contrat de mariage*, n° 3416.

la femme. Il y en a une raison à laquelle les esprits les plus prévenus doivent se soumettre. L'article 2208 dit que l'expropriation des immeubles de la femme, qui n'entrent pas en communauté, se poursuit contre le mari et la femme. Nous sommes de ceux qui croient que le régime dotal n'est pas le régime de communauté et que les immeubles dotaux ne tombent pas en communauté; voilà pourquoi il est fort clair pour nous que l'article 2208 s'applique au régime dotal.

Comment M. Troplong a-t-il été conduit à affirmer le contraire? Pour le comprendre, il faut examiner une autre question.

Le mari peut-il procéder seul au partage amiable des biens dotaux?

M. Troplong répond: « Dans tous les cas où le partage amiable conserve son caractère de détermination des parts, dans tous les cas où il n'agit pas par forme de vente, le mari est, à mon avis, investi du droit de le faire seul et sans le consentement de la femme. Ce droit découle de sa quasi-propriété; il est le corollaire du droit d'action que l'article 1549 lui attribue ¹ ». Cette opinion, enseignée d'abord par quelques jurisconsultes ², a été généralement abandonnée: M. Troplong la ressuscite.

En droit français, le partage est une détermination des parts, et non pas une aliénation proprement dite (article 883); il n'est point pour cela un acte d'adminis-

1. *Contrat de mariage*, n° 3114.

2. Delvincourt, t. II, p. 140, note; Duport-Lavillette, *Questions de droit*, t. V, p. 73; Chardon, *Puissance maritale*, n° 253; Benoît, *Traité de la dot*, n° 117.

tration, car on peut facilement aliéner en partageant. L'action en partage n'est donc pas une action d'administration : elle a un caractère pétitoire. C'est bien ainsi que la loi la considère, puisqu'elle refuse au tuteur le pouvoir de demander le partage des biens du mineur, sans certaines formalités (articles 464 et 465). Mais, parmi les auteurs qui accordent au mari l'exercice des actions pétitoires dotales, plusieurs lui accordent également le droit d'exercer seul l'action en partage des successions, même immobilières, échues à la femme; et comme l'on veut aussi que le mari ait le pouvoir de disposer de la dot mobilière, on arrive à lui accorder toute liberté pour composer le lot de la femme de valeurs mobilières ou de sommes d'argent, afin de les faire tomber dans son pouvoir de disposition, sauf à la femme à s'en faire rembourser la valeur, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, si le mari n'est pas insolvable. On parviendrait ainsi à se débarrasser de la gêne de l'inaliénabilité dotale et à mettre la dot, mobilière ou immobilière, dans le mouvement de la circulation, qui, de nos jours, paraît être de droit divin. Bien mieux, l'œuvre de Portalis, de Cambacérès, de Maleville et des autres rédacteurs du Code Napoléon, serait détruite; le principe de puissance maritale et de communauté, après une lutte de quatre siècles contre le principe diamétralement opposé de la séparation des biens et de la dotalité, triompherait enfin du régime dotal par la doctrine et la jurisprudence.

Il y a cependant une difficulté spéciale qui se présente au sujet de notre question. L'article 818 s'éloigne de l'interprétation qu'on donne à l'article 1549, comme

nous venons de voir que l'article 2208 s'en éloignait ; il dit, en effet : « ... A l'égard des objets qui ne tombent pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme ». La première idée que ces expressions suggèrent, est celle-ci : les biens dotaux ne tombent pas en communauté ; donc le mari ne peut pas poursuivre le partage des biens dotaux sans le concours de sa femme.

Pour les défenseurs les plus ardents de l'opinion qui accorde l'exercice des actions pétitoires au mari, c'était une impérieuse nécessité de chercher à se débarrasser du texte de l'article 818 ; ils ont cru y parvenir en disant : « L'article 1549 est la règle du régime dotal : l'article 818 est une règle faite pour le régime de communauté ; il est si peu applicable au régime dotal, qu'on croyait, à l'époque de son adoption, que le régime dotal n'entrerait pas dans les combinaisons de la loi ¹ ». Mais qu'importe ? puisque, en votant le régime dotal, le législateur décida que les biens dotaux ne tombaient pas en communauté, c'est-à-dire que l'article 818 leur serait applicable ! Est-ce que l'article 818 ne devait pas régir les biens qui, d'après les futures décisions législatives, ne tomberaient pas en communauté ? Le raisonnement que nous repoussons n'a vu l'article 818 que par le petit côté. L'idée qui a inspiré ce texte est générale : elle n'est pas autre que la sanction même du droit de propriété, autre que la protection légale qui en forme le complément nécessaire. Voilà pourquoi l'article 818 gouverne le partage des biens qui ne tombent

1. M. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 3110.

pas en communauté ou, en d'autres termes, des biens qui restent la propriété de la femme.

Le régime dotal et son principe d'inaliénabilité de la dot étaient votés avant l'article 2208. Cette circonstance a-t-elle empêché M. Troplong d'affirmer qu'il résulte *clairement* du texte de cet article qu'il ne concerne pas le régime dotal? Ce qu'il y a de plus clair, à notre avis, dans l'article 2208, c'est le syllogisme suivant :

L'expropriation des biens qui ne tombent pas en communauté ne peut être poursuivie que contre la femme et le mari ;

Les biens dotaux, de l'aveu même de M. Troplong (n° 3110), ne tombent pas en communauté ;

Donc, l'expropriation des biens dotaux ne peut être poursuivie que contre la femme et le mari.

135. Les jurisconsultes modernes ont voulu établir un immense édifice anti-dotal sur ces mots de l'article 1549 : *poursuivre les détenteurs des biens dotaux* ; et quand les articles 818 et 2208 viennent contredire l'article 1549, tel qu'on l'interprète, l'esprit de système leur fait subir la torture et les sacrifie à la souveraineté du but.

Pourrait-on indiquer les raisons que la loi aurait eues de faire une si grande différence, au point de vue du partage, de l'expropriation et des actions en général, entre les biens qui ne tombent pas en communauté et les biens dotaux? Ne serait-il pas extraordinaire que la loi qui déclare les immeubles dotaux inaliénables, les protègeât moins que les propres immo-

biliers de communauté, qui ne sont pas inaliénables ?

L'article 818 est, comme les articles 1549 et 2208, conforme à la jurisprudence de droit écrit, attestée par Roussilhe ¹ et Chabrol ². C'est une preuve de plus qu'il n'a pas le sens qu'on veut lui donner, car il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code ont déclaré qu'ils entendaient maintenir l'ancienne jurisprudence de droit écrit.

Si, contrairement à cette jurisprudence, l'article 1549 accordait au mari le droit de poursuivre le partage des biens dotaux, il renverserait une théorie simple et rationnelle qui était en vigueur depuis deux mille ans. On sait qu'en droit romain, le partage était considéré comme une aliénation ; le droit distinguait l'aliénation *volontaire* et l'aliénation *nécessaire*. L'aliénation était considérée comme volontaire lorsque le tuteur ou le mari prenait l'initiative de la demande en partage ; elle était considérée comme nécessaire lorsqu'il avait le rôle de défendeur. L'aliénation volontaire était la seule qui fût défendue ; il en résultait que le tuteur ou le mari pouvait bien défendre à l'action en partage, mais qu'il ne pouvait pas l'intenter. Cette doctrine était celle de notre ancienne jurisprudence, et nous la retrouvons dans l'article 465, pour les biens du mineur. Mais, chose singulière ! pour les biens dotaux, l'article 1549, d'après le sens qu'on lui donne, serait l'inverse de cette doctrine ; il accorderait au mari le droit de demander le partage sans mentionner celui de défendre à l'action en partage. C'est le rebours du droit romain, le rebours

1. *De la dot*, nos 217 à 219. V. *supra*, n° 126.

2. Sur la *Coutume d'Auvergne*, t. II, p. 208 et suiv.

de l'ancienne jurisprudence française et de l'article 465 !

136. Parmi les nombreux auteurs qui ont cru que l'article 1549 accorde au mari l'exercice des actions pétitoires, plusieurs ont appliqué l'article 818 au régime dotal ; mais ils ont dû concilier cet article avec l'article 1549 et expliquer comment l'article 818 accorde à la femme et au mari l'action en partage des biens dotaux, tandis que l'article 1549 accorde au mari seul le droit de poursuivre les détenteurs de ces mêmes biens. M. Dalloz résume ainsi cette tentative de conciliation :

« Quant à l'article 1549, qui attribue au mari seul
« l'action contre les détenteurs de la dot, il suppose que
« les biens qui font l'objet de l'action ont été reconnus
« dotaux. Or, jusqu'au partage, le droit des copartageants restant indéterminé, il n'y a rien de dotal ; il n'y a qu'une expectative. Les cohéritiers de la femme ne sont pas, à proprement parler, les détenteurs de la dot. Donc, l'action en partage échappe à l'application de l'article 1549, qui se concilie ainsi avec l'article 818. D'ailleurs, l'article 1549 ne s'applique qu'à la revendication d'un objet déterminé dont le mari doit répondre à la femme ¹. »

Il nous est impossible d'admettre cette explication, malgré la science profonde et l'exactitude ordinaire de l'auteur qui l'appuie. Une fille se marie hors de la maison paternelle et se constitue en dot tous ses droits dans la succession de son père. Son frère, qui détient tous les biens héréditaires, ne serait pas un détenteur

1. *Vis Contr. de mar.*, n° 3327.

des biens dotaux dans le sens de l'article 1549 ! Il disait bien mieux, le jurisconsulte romain qui a écrit : Nos actions sont des biens : *Is apud se quis habere videtur de quo habet actionem ; habetur enim quod peti potest*¹. Cette femme serait sans dot en face de son contrat de mariage et des biens qui composent la succession de son père ! Cela n'est pas admissible. Qu'importe que les biens de cette femme ne soient pas déterminés par un partage ! N'oublions pas que, par une ingénieuse fiction du droit, celui qui a l'action est censé avoir la chose même : *Qui habet actionem habet rem*. La conciliation ne concilie donc rien, et ceux qui l'ont tentée sont punis par où ils ont péché. Ils ont cru trop facilement que l'article 1549, par la généralité apparente de ses expressions, accordait au mari seul l'exercice des actions dotales.

137. Notre explication de l'article 1549 ne rencontre pas ces obstacles et n'exige pas ces impuissants efforts de conciliation. Elle se résume ainsi :

L'action est un accessoire nécessaire du droit, puisqu'elle a pour objet de le garantir et de le protéger ; elle doit donc être avec le droit lui-même et dans la même main. Sous le régime dotal, les biens de la femme sont séparés de ceux du mari ; ils restent la propriété de la femme ; les actions pétitoires, celles qui intéressent le droit de propriété des biens dotaux, doivent donc, d'après le droit commun, appartenir à la femme propriétaire ; par la même raison, les actions de jouissance et d'administration doivent appartenir au mari. L'article

1. Ulpien, L. 143, D., *De div. reg. jur.*

1549 accorde ces actions au mari, mais il ne lui en accorde pas d'autres ; il garde le silence sur les actions pétitoires, à l'exemple de l'article 1428, relatif aux propres immobiliers de la femme mariée sous le régime de la communauté légale. Ce texte laisse donc les actions pétitoires, dans le droit commun, entre les mains de la femme. L'article 1549, ainsi entendu, est en harmonie parfaite, soit avec l'article 1428, soit avec les articles 818 et 2208. Les actions pétitoires restent à la femme et doivent être exercées par elle ou contre elle. Voilà pourquoi le mari ne peut pas provoquer le partage des biens dotaux sans le concours de la femme ; pourquoi aussi l'expropriation des biens dotaux doit être poursuivie contre la femme et le mari.

138. La confusion et les difficultés, en cette matière, ont été accumulées par l'esprit de système et par le désir d'assimiler le régime dotal au régime de communauté. Les lois sont souvent plus simples que les livres qui les expliquent.

Telle est cette question de l'exercice des actions dotales par le mari. Ce qui en fait l'importance, c'est qu'elle forme une des principales pièces du système qui accorde au mari la disposition de la dot mobilière. Malheureusement, elle n'a point reçu de la doctrine, ni de la jurisprudence, les développements qu'elle comporte et qu'elle mérite. On l'a résolue par apparence et par l'écorce des mots : *poursuivre les débiteurs et les détenteurs de la dot.*

139. Après avoir vidé cette question incidente de

l'exercice des actions pétitoires par le mari, et avoir enlevé ce point d'appui à M. Troplong et à la Cour de cassation, reprenons notre grande question de l'inaliénabilité de la dot mobilière.

140. L'article 83, § 6, du Code de procédure civile, ne prouve pas seulement que le mari n'a pas l'exercice des actions pétitoires dotales ; sa portée est bien plus large. Il établit une distinction fondamentale entre la dot du régime dotal et celle du régime de communauté, tandis que M. Troplong et la Cour de cassation les assimilent. S'agit-il de la dot du régime de communauté, la cause n'est pas communicable lorsque la femme est autorisée ; mais, s'agit-il de la dot du régime dotal, la cause est communicable dans tous les cas, sans qu'on ait à distinguer si la femme est autorisée ou non autorisée par le mari. Quelle est la raison de cette différence ? C'est que la dot du régime de communauté est aliénable par la femme autorisée de son mari, tandis que la dot du régime dotal est inaliénable même par la femme autorisée. Telle est la raison qui fut donnée par le tribun Faure, motivant la disposition de l'article 83, § 6 du Code de procédure¹.

Il est donc certain que la communication au ministère public est exigée parce que la dot est inaliénable et parce que la loi place cette inaliénabilité jusqu'à la hauteur d'un principe d'intérêt public. *La dot*, entendez-le bien, sans distinguer si elle est mobilière ou immobilière. Si l'article 1554 avait dit : *La dot ne*

1. Locré, *Esprit du Code de procédure*, t. I, p. 197.

peut être aliénée..., il faudrait bien admettre l'inaliénabilité de la dot mobilière. Eh bien ! si l'article 1554 ne le dit pas, l'article 83, § 6, le dit. On peut s'étonner que les jurisconsultes modernes et la Cour de cassation n'aient pas dit un mot de l'argument fourni par ce dernier article ; il est assez frappant pour ne point passer inaperçu : *Incivile est, nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere* (L. 24, D., *De legibus*). M. Troplong lui-même a écrit : « Le mot *dot* comprend la dot immobilière comme la dot mobilière ¹ ».

Ceci nous avertit déjà qu'il faut se méfier de l'argument contraire que l'on tire de l'article 1554 du Code Napoléon.

141. Cet article, en effet, dit : « Les IMMEUBLES *constitués en dot* ne peuvent être aliénés, etc. ». On en conclut que le Code Napoléon n'applique l'inaliénabilité qu'à la dot immobilière, et que la dot mobilière est aliénable par le mari.

Voilà bien le fameux argument que la plupart des anciens commentateurs du droit romain faisaient résulter de la loi Julia et que de Juin et Serres voulaient faire accepter par la jurisprudence du parlement de Toulouse. On ferait remplir à l'article 1554 un rôle analogue à celui de la loi Julia. L'occasion était belle pour ceux qui veulent ramener le régime dotal à 18 siècles en arrière ; ils n'ont pas manqué de la saisir.

Il faut remarquer d'abord qu'en supposant que l'ar-

1. *Des hypothèques*, n° 621.

ticle 1554 ne comprenne pas les meubles dotaux dans sa prohibition, ce n'est pas une raison pour en conclure que le mari puisse aliéner la dot mobilière. Ce droit appartiendrait à la femme, à moins qu'un texte particulier ne l'accordât au mari. On l'a bien compris, et c'est ce qui explique pourquoi on veut faire résulter de l'article 1549 ce pouvoir d'aliénation pour le mari.

Mais est-il vrai que l'article 1554 ne prohibe que l'aliénation de l'immeuble dotal ?

Cela serait bien extraordinaire. Il ne faut pas oublier, en effet, que le projet du Code déclarait la dot aliénable et défendait même d'en stipuler l'inaliénabilité. C'est sur ce terrain que s'engagea une discussion suprême entre les députés des pays de droit écrit et ceux des pays de communauté. Les adversaires de l'inaliénabilité invoquaient l'intérêt du commerce, et comme le commerce se fait avec les meubles, on avait certainement en vue la dot mobilière plus peut-être que la dot immobilière. Le conseil d'État vota le principe de l'inaliénabilité de la dot, sans distinguer entre les meubles et les immeubles. Les rapports et les discours qui suivirent ce vote ne distinguèrent pas non plus ; les articles 1555 et 1556 du Code Napoléon, et l'article 83, § 6, du Code de procédure ne distinguent pas davantage. Donc, si l'article 1554 excluait la dot mobilière, le législateur aurait juxtaposé l'antinomie et la contradiction ; cela n'est pas possible.

La rubrique de la section qui renferme l'article 1554 est intitulée :... *De l'inaliénabilité du FONDS dotal* ; et l'article 1560 dit que « si, hors les cas d'exception qui viennent d'être expliqués, la femme ou le mari ou tous

« les deux conjointement aliènent le FONDS *dotal*, la
« femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'alié-
« nation après la dissolution du mariage... » Le FONDS
dotal est donc inaliénable aussi bien que les IMMEUBLES
constitués en dot.

Reste à savoir si les mots *fonds dotal*, employés par la
rubrique de notre section et par l'article 1560, ne vien-
nent pas élargir le sens étroit que l'on veut donner aux
mots IMMEUBLES *constitués en dot*, employés par l'article
1554, et les mettre d'accord avec les mots *biens dotaux*,
dont se servent les articles 1555 et 1556 du Code Napo-
léon et avec le mot *dot*, dont se sert l'article 83, § 6,
du Code de procédure.

On lit dans le *Dictionnaire de l'Académie française*,
édition de 1822 : « FONDS se dit aussi d'une somme
« considérable d'argent, destinée à quelque usage. —
« Il se dit aussi du CAPITAL d'un bien. »

Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas cette signifi-
cation du mot *fonds*.

L'article 530 commence par ces mots : « Toute rente
établie... comme condition de la cession... d'un FONDS
immobilier ». Il y a donc des fonds qui ne sont pas immo-
biliers; car, si le mot *fonds* ne désignait que les
immeubles, l'adjectif *immobilier* serait inutile et forme-
rait un pléonasme législatif. L'article 530 emploie les
mots *fonds immobilier* par opposition au *fonds mobilier*
ou *capital* de la rente constituée.

L'article 612 détermine le mode suivant lequel l'usu-
fruitier et le propriétaire contribuent au paiement des
dettes, et il dit : « On estime la valeur du *fonds* sujet à
usufruit ». Si le mot *fonds* ne s'appliquait qu'aux immeu-

bles, le Code Napoléon n'aurait pas de texte réglant le mode de contribution aux dettes entre l'usufruitier et le propriétaire, lorsque l'usufruit porte sur des meubles ; ce résultat n'est pas admissible.

Ainsi la loi et les usages du monde appellent *fonds* une chose mobilière et immobilière qui produit des fruits ; et on lui donne ce nom par opposition à ces fruits, parce qu'elle en est la cause, le fondement et le capital, *caput*. Ordinairement on conserve le fonds, le capital, tandis que les fruits sont destinés à être consommés ; en effet, c'est avec les fruits qu'on supporte les charges, et comme elles sont perpétuelles, le fonds ou le capital qui produit les fruits avec lesquels on les supporte doit rester intact. C'est bien dans ce sens que le consul Cambacérès entendait le mot *fonds*, lorsqu'il répondait à M. Treilhard, que l'inaliénabilité n'était pas établie pour ramener *la dot* dans la main du père, mais pour conserver *le fonds* affecté aux charges ¹. Évidemment, dans la pensée du consul, le mot *fonds* exprime la même idée que le mot *dot*, dont la signification est générale et comprend la dot mobilière et la dot immobilière.

Donc le mot *fonds* est une expression générale qui désigne les meubles comme les immeubles. L'argument *a contrario* que l'on a tiré de l'article 1554 et dont on a tant abusé est donc faux.

On a voulu fortifier ce raisonnement par un autre ; on a dit : Il peut y avoir lieu d'aliéner des meubles dotaux aussi bien que les immeubles ; et cependant la

1. V. *supra*, n° 93 in fin.

loi ne prévoit pas ce cas et n'indique aucunes formalités pour cette aliénation ; il en résulterait que la dot mobilière serait encore plus inaliénable que la dot immobilière, ce qui serait absurde.

Ce raisonnement n'a que l'apparence de la raison. Pour l'apprécier, il faut distinguer : si la dot consiste en meubles incorporels, tels que des créances, ou des rentes sur l'État, comme ils portent avec eux leur propre estimation et qu'il n'y a pas plusieurs manières de les aliéner, il était inutile que la loi vînt imposer des formalités à leur aliénation ; si elle comprend des meubles corporels, les formalités étaient tout aussi inutiles ; car, dans les habitudes du Midi, ces meubles sont presque toujours meublants et doivent être conservés, soit pour l'usage de la femme et de sa famille, soit pour la location des maisons ou l'exploitation des fermes dotales. Voilà pourquoi l'aliénation de la dot avec permission de justice porte toujours sur les immeubles.

142. Parmi les jurisconsultes qui soutiennent, comme nous, que la dot mobilière est inaliénable aussi bien que la dot immobilière, quelques-uns ont donné une explication de l'article 1554, qui, quoique différente de la nôtre, n'en conduit pas moins au même résultat ¹. Voici cette explication : Si l'article 1554 ne dit pas *la dot* ou *les biens constitués en dot ne peuvent être aliénés*, c'est parce qu'il ne pouvait pas le dire sans aller trop loin, beaucoup plus loin que l'ancienne jurisprudence de droit écrit. En effet, quand les meubles constitués en dot con-

1. M. Nicias-Gaillard, dans la *Revue crit. de légist.*

sistent en choses fongibles, le mari en devient propriétaire ; il peut les aliéner. Quand ils consistent en objets non fongibles, mais mis à prix sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient encore propriétaire ; il peut en disposer. Quand ils ne sont ni fongibles ni estimés, le mari n'en devient pas propriétaire, il ne peut pas en disposer ; mais, s'il le fait, les tiers de bonne foi sont protégés par la maxime : *En fait de meubles, la possession vaut titre*. Ici, il y a encore une précision à faire : la maxime de l'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels.

En prenant le parti de s'expliquer sur l'inaliénabilité des meubles dotaux, il ne fallait pas moins de quatre ou cinq articles pour exprimer toutes les distinctions qui précèdent. On sait que le régime dotal n'a pris place dans le Code Napoléon que par accident, à la suite des réclamations élevées par les députés du midi. Les quarante articles qui lui sont consacrés ne faisaient point partie du projet primitif : ils furent ajoutés avec précipitation, comme un appendice au titre : *Du contrat de mariage*. C'est ce qui explique la sobriété du Chapitre III, *Du régime dotal*, et la déclaration que l'on s'en rapportait à l'ancienne jurisprudence de droit écrit.

Il faut ajouter que les rédacteurs du Code venaient de déclarer dans quels cas le mari devenait propriétaire de la dot mobilière (article 1551), ce qui supposait bien que dans les autres cas il ne le devenait pas (article 1566). Ils ne crurent pas sans doute avoir besoin de déclarer que le mari ne pourrait pas aliéner toutes les fois qu'il ne serait pas propriétaire. « Le mari, disait le tribun Siméon, puisqu'il n'est qu'usufruitier, ne peut aliéner

ce qui ne lui appartient pas. » MM. Duveyrier et Berlier disaient aussi dans leurs rapports : « Le mari n'a que la jouissance et l'administration de la dot ¹ ». L'opinion, bien clairement exprimée, des rédacteurs du Code, était que, dans l'ancien droit écrit, le mari ne pouvait pas aliéner la dot mobilière. Comment donc auraient-ils pu croire que la qualification de *maître de la dot*, qui lui était donnée par l'ancienne jurisprudence de droit écrit et qu'ils ne lui donnaient pas eux-mêmes dans l'article 1549, ni dans aucun autre, pourrait être interprétée en ce sens que le mari serait propriétaire dans le cas même où ils déclaraient qu'il ne l'était pas. C'est ici le cas d'appliquer la doctrine de Dumoulin : *Si materia dictat unum expressum et verba contrarium, non credam simplici verbo, quod materia plus inspicitur quam verbum* ².

143. Et voilà bien pourquoi l'article 1562 dit que le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier. Or, l'article 578 oblige l'usufruitier à conserver la substance des choses soumises à l'usufruit. La doctrine contraire, malgré ses hardiesses d'interprétation, n'oserait pas aller jusqu'à soutenir que le mari qui dispose des meubles dotaux ne contrevient pas à l'obligation d'en conserver la substance : elle n'irait pas loin dans cette voie. Au surplus, les articles 1555 et 1556 viennent compléter l'article 1554. Chacun d'eux renferme une exception au principe d'inaliénabilité posé par cet article ; mais, chose remar-

1. V. *supra*, n° 93.

2. *Des fiefs*, glose 4, n° 25, p. 115.

quable ! les deux exceptions portent sur *les biens dotaux*, expressions dont la généralité embrasse la dot mobilière comme la dot immobilière. Il est absurde que l'exception soit plus étendue que la règle, et que la loi fasse exception à la règle pour les meubles, s'il est vrai que cette règle ne comprend que les immeubles. D'où l'on conclut que l'article 1554 comprend tous les biens dotaux, et que le mot *immeuble*, employé par cet article, n'exclut pas les meubles dotaux dont la propriété n'a pas été transférée au mari conformément à l'article 1551. On en conclut encore que le mari n'est pas propriétaire de la dot mobilière et qu'il n'a pas le pouvoir d'en disposer, puisque l'article 1555 permet à la femme de disposer, malgré lui, de ses biens dotaux, c'est-à-dire de sa dot, soit mobilière, soit immobilière, pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un précédent mariage. Il n'y a point de place ici pour la coexistence des deux domaines ou des deux droits de propriété. Il s'agit du droit de disposer : on n'en use qu'une fois. Les articles 1555 et 1556 accordent ce droit à la femme ; donc, ils le refusent certainement au mari. C'est la ruine de la doctrine de MM. Delangle et Troplong, et la condamnation textuelle de la jurisprudence de la Cour suprême.

144. M. Troplong répond qu'il ne voit dans les articles 1555 et 1556 qu'une *assez petite difficulté* de texte ; il les interprète par l'article 1554, et ne donne pas aux mots *biens dotaux*, d'autre sens que celui d'*immeubles dotaux*, tandis que j'interprète l'article 1554 par les articles 1555 et 1556. M. Troplong affirme que les biens

dotaux dont parlent ces deux articles sont de la même nature que les biens dont parle l'article 1554, puisque c'est pour faire exception à ce dernier article que les articles suivants ont été édictés (n° 3256). J'affirme, au contraire, que les biens dont parle l'article 1554 sont de la même nature que ceux dont parlent les articles 1555 et 1556, puisque l'exception, quand elle est plus étendue que la règle, cesse d'être l'exception et devient elle-même la règle; en d'autres termes, j'interprète le mot *immeubles*, de l'article 1554, par les mots *biens dotaux*, des articles 1555 et 1556, tandis que M. Troplong interprète ces derniers mots par celui d'*immeubles*, employé par l'article 1554.

145. Il faut pousser plus loin l'examen de cette *petite difficulté* qui est tout simplement capitale pour la doctrine qui accorde au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière.

On remarquera d'abord que, dans le système qui interprète les articles 1555 et 1556 par l'article 1554, il n'existe pas de texte qui autorise la femme à donner ses meubles dotaux pour l'établissement de ses enfants. En effet, M. Troplong, dans le commentaire des articles 1555 et 1556, restreint aux immeubles dotaux le droit accordé à la mère de disposer de ses biens dotaux pour l'établissement de ses enfans du premier lit (n° 3341, *in fine*). Le savant magistrat n'en dit pas la raison, c'était inutile; elle n'est pas autre que la maîtrise et la quasi-propriété qu'il accorde au mari sur la dot mobilière. Par la constitution de dot, les meubles sont tombés dans la puissance et la communauté du mari, qui

seul a le droit d'en spéculer et d'en disposer. Or, il est de principe, sous le régime de communauté, que la femme, même autorisée par justice, ne peut faire aucun acte qui porte atteinte aux droits du mari sur les biens de communauté, excepté dans le cas prévu par l'article 1427; elle ne peut engager que la nue-propriété de ses biens propres, et les meubles dotaux ne sont pas des propres de la femme sous le régime dotal, puisque le mari en a la propriété et la disposition.

Ici la théorie du double domaine sur la dot est forcée de se déployer et de laisser apparaître tout ce qu'elle a de vide. Le domaine naturel de la femme ne lui permet pas de disposer de sa dot mobilière pour remplir un devoir naturel. Quand on part d'un principe de communauté, on ne peut pas arriver à des conséquences de dotalité.

146. La doctrine qui accorde au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière a le tort de se croire conforme à l'ancienne jurisprudence de droit écrit. Nous venons de voir qu'elle donne à la maîtrise du mari sur la dot un sens que le droit écrit ne lui a jamais donné; elle croit aussi que la jurisprudence de droit écrit accordait au mari l'exercice des actions pétitoires. C'est ce point de départ fautif qui lui fait traiter si lestement l'argument fourni par les mots *biens dotaux* dans les articles 1555 et 1556. Ces mots ne sont pas une distraction législative : ils reproduisent la jurisprudence de droit écrit.

On n'a pas oublié que les Coutumes d'Auvergne et de la Marche défendaient au mari et à la femme

d'aliéner les *biens dotaux*. Chacune de ces Coutumes renfermait des exceptions à cette prohibition. La Coutume d'Auvergne portait :

« Femme peut disposer, par contrat entre-vifs, de la quarte partie de ses *biens dotaux*, et au-dessous, pour le mariage de ses filles ou autres descendants, selon son état (ch. 14, art. 6).

« Femme, en cas de nécessité pour les aliments d'elle, son mari ou ses enfants, ou pour racheter son mari de prison, peut aliéner *ses biens dotaux*, à faute d'autres biens, avec connaissance de cause et décret du juge, sans autre récompense (article 7). »

L'article 401 de la Coutume de la Marche renfermait une disposition analogue :

« La femme, pour mariage de ses filles ou autres descendants, par l'autorité de son mari, peut disposer par contrat entre-vifs jusqu'à moitié de ses *biens dotaux* et au-dessous par décret du juge en connaissance de cause. »

L'Ordonnance de la marine, de 1681, portait que les femmes pouvaient valablement s'obliger et aliéner leurs *biens dotaux* pour retirer leurs maris de l'esclavage (liv. 3, tit. 6, art. 12).

En se reportant à l'exposé de la jurisprudence de droit écrit, on verra qu'aucun parlement n'accordait au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière. On remarquera notamment que, dans les espèces qui ont donné lieu aux arrêts du parlement de Toulouse du 2 janvier 1637 et du 6 février 1723, c'était la femme, et non pas le mari, qui avait disposé de la dot mobilière. Remarquez encore que la question

agitée au parlement de Toulouse était celle de savoir si l'inaliénabilité de la dot était établie dans l'intérêt du mari ou de la femme, de manière que le concours du mari à l'acte de disposition ou la réserve de son droit d'usufruit fît cesser le droit de révocation. Il s'agissait de la dot mobilière ; on la tenait donc pour inaliénable comme la dot immobilière.

Le 17 mai 1826, la Cour de Toulouse a rendu un arrêt ainsi conçu :

« Attendu que les époux Daubert ayant contracté mariage sous l'empire des principes qui régissaient les pays de droit écrit avant le Code civil, c'est conformément à ces principes que la question du procès doit être résolue ; que tous les auteurs enseignent, et notamment Catelan et Vedel (*Arrêts remarquables*, liv. 4, ch. 4), Boutaric et Serres (*Instit.*, liv. 2, tit. 8) que la femme mariée pouvait disposer librement de sa dot *avec l'autorisation de son mari* ¹, en faveur des enfants provenus de leur mariage ; que cette faculté étant absolue, pouvait être exercée dans toutes les circonstances, et non pas seulement à l'époque du mariage des enfants, ou lorsqu'ils faisaient un établissement quelconque ;

1. J'ai déjà eu occasion de dire qu'en droit écrit la femme n'était pas en puissance du mari et qu'en général elle pouvait contracter sans l'autorisation maritale. Cette autorisation était nécessaire lorsque la femme donnait ses biens dotaux pour l'établissement des enfants : il y en avait deux raisons : 1^o plusieurs villes du Midi avaient une Coutume suivant laquelle le mari survivant gagnait la dot : telle était la Coutume de Toulouse, de Montauban, de Montpellier, etc. ; l'autorisation du mari était nécessaire pour le faire renoncer à ses droits éventuels ; 2^o la donation faite par la mère touchait à la puissance paternelle, puisqu'elle favorisait l'indépendance des enfants.

« Attendu que le Code civil n'a modifié ces principes qu'en restreignant la faculté qu'a la femme d'aliéner ses biens dotaux au cas d'établissement des enfants¹... »

Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Bordeaux, attestée par Salviat, qui rapporte un arrêt du 27 juin 1716².

Il est inutile de parcourir la jurisprudence des autres parlements ; il suffit d'invoquer une dernière autorité qui prouve qu'elle était conforme à celle des parlements de Toulouse et de Bordeaux. Je la trouve dans Bergier, le savant annotateur de Ricard, à propos d'un procès jugé en 1766 au parlement de Paris.

Les sieur et dame Guérin, domiciliés à Lyon, avaient *conjointement et volontairement* constitué à leur fille, dans son contrat de mariage avec le sieur Vauzeille, bourgeois de Brioude en Auvergne, une dot de 14,000 livres, à compte de ses droits de légitime paternelle et maternelle. Après le décès du sieur Guérin père, des difficultés s'élevèrent entre la mère et les enfants pour le règlement des reprises dotales de la veuve ; celle-ci ne voulait pas en déduire la moitié de la dot payée par le père à la dame Vauzeille. L'arrêt du parlement de Paris ordonna cette déduction. Cet arrêt ne pouvait pas juger en thèse que la femme avait pu donner ses biens dotaux, et notamment sa dot mobilière pour l'établissement de ses enfants, car la dame Guérin, domiciliée à Lyon, était placée sous l'empire de l'édit du 21 avril 1664 ; mais il a fourni à Bergier l'occasion d'écrire une excellente note sur la question de savoir si le parlement de

1. Sirey, 1827, 2, 246.

2. V^o Dot, p. 202.

Paris devait appliquer à ses provinces de droit écrit¹ la jurisprudence des parlements du Midi, qui permettait à la femme de donner ses biens dotaux à ses enfants. Après avoir invoqué la loi 12, C., *Ad S.-C. Velleianum*, il dit :

« N'est-ce pas le langage de la nature que le langage de cette loi ? Et quels inconvénients n'entraînerait pas après soi le renversement de cette heureuse liberté accordée aux femmes mariées de suivre les impulsions du sentiment et du devoir pour l'établissement de leur famille ?... Quand on pèsera ces réflexions, on trouvera trop de sagesse dans la jurisprudence des *parlements de droit écrit qui permettent aux femmes de donner et d'obliger leurs BIENS DOTAUX, lorsqu'il s'agit de l'établissement de leurs enfants*, pour balancer un instant à admettre la même liberté dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, sans distinction² ».

Ainsi, Coutumes, ordonnances, doctrine des auteurs, jurisprudence des arrêts, tout concourt à démontrer qu'en droit écrit, la femme pouvait donner ses *biens dotaux*, c'est-à-dire sa dot, soit *mobilière*, soit *immobilière*, pour l'établissement de ses enfants. Et ceci prouve deux choses : 1^o que c'était la femme et non le mari qui était propriétaire de la dot mobilière et qui pouvait l'aliéner ; 2^o que la dot mobilière était inaliénable comme la dot immobilière, puisqu'on nous représente l'inaliénabilité pour l'établissement des enfants comme une exception à la règle de l'inaliénabilité.

1. Celles qui n'étaient pas régies par l'édit du 21 avril 1664 : telle était la partie de l'Auvergne qui ressortissait au parlement de Paris.

2. Notes sur Ricard, p. 149.

147. C'est dans cette doctrine que les rédacteurs du Code ont pris les articles 1555 et 1556. On sait, en effet, qu'ils ont déclaré qu'ils entendaient maintenir l'ancienne jurisprudence de droit écrit et que la Cour de cassation elle-même l'a reconnu dans son arrêt du 1^{er} février 1849. Indiquer cette origine, c'est démontrer combien est fautive l'opinion qui veut restreindre l'application des mots *biens dotaux* à la dot immobilière. Et ceci, il ne faut pas l'oublier, est toujours conforme aux motifs donnés par les rédacteurs du Code : « Le mari n'est qu'usufruitier... Il n'a que la jouissance et l'administration *de la dot* ».

148. Pour ceux qui n'accordent au mari qu'un droit de jouissance et d'administration sur la dot, soit mobilière, soit immobilière, l'article 1555 est simple et clair comme le jour. En réservant l'usufruit au mari, il lui réserve tous ses droits, et alors la femme peut disposer de la nue-propriété pour l'établissement de ses enfants nés d'un mariage antérieur. En un mot, l'article 1555 applique la paraphrase de la Glose sur la loi 21, C., *De donationibus* : *Mulier non potest fundum dotalem donare ut interim viro præjudicet*. Salicet exprimait la même pensée en ces termes : *Uxor non potest donare in præjudicium mariti*. Or, l'article 1555 n'assujettit la femme qu'à réserver l'usufruit ou la jouissance au mari ; donc le droit du mari sur les biens dotaux ne comprend que la jouissance, et l'article 1555 est parfaitement d'accord avec l'explication que j'ai donnée de l'article 1549.

Si l'article 1556 exige que la femme soit autorisée par le mari, lorsqu'elle veut donner ses biens dotaux pour l'éta-

blissement de leurs enfants communs, ce n'est pas qu'il reconnaisse au mari plus qu'un droit de jouissance sur les biens dotaux. Ici, les enfants sont placés sous la puissance du mari ; la donation favorise leur indépendance : la loi ne veut pas que la mère et les enfants puissent se mettre indirectement en révolte contre l'autorité du père.

149. La doctrine qui accorde au mari la disposition de la dot mobilière et qui, pour se soutenir, est forcée de restreindre le sens naturel des mots *biens dotaux*, employés par les articles 1555 et 1556, rencontre d'autres obstacles que ses défenseurs ne paraissent pas avoir soupçonnés.

1° L'article 1555 suppose que la femme a des enfants d'un précédent mariage ; l'article 1098 lui est donc applicable : elle ne peut donner à son mari qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. Supposez que toute la fortune de la femme consiste dans sa dot mobilière, et appliquez la doctrine de M. Delangle, de M. Troplong et de la Cour de cassation. Le mari est propriétaire de cette dot mobilière ; il peut en disposer ; ses créanciers peuvent la faire saisir ; ses droits et ses pouvoirs sont les mêmes que ceux d'un donataire, les mêmes que ceux qu'il aurait si la femme était mariée sous le régime de la communauté légale : en d'autres termes, les biens de la femme vont se confondre dans le patrimoine du mari, tandis que, d'après le principe dominant du régime dotal, ils doivent en rester séparés.

Ce résultat heurte l'article 1098. Il existe bien un

article 1527 qui, sous le régime de la communauté, apporte un tempérament à cette situation ; mais, sous le régime dotal, il n'en existe aucun qui renferme un semblable remède pour faire respecter la prohibition de l'article 1098. Ce silence de la loi se comprend à merveille, si l'on admet que le mari n'a sur la dot mobilière qu'un droit de jouissance et d'administration ; mais il est inconcevable, si on lui accorde un droit de propriété et de disposition. Prétendrait-on appliquer l'article 1527 au régime dotal ? Mais il est fait pour le régime de la communauté. Où s'arrêterait-on, dans cette voie ?

Je n'ignore pas que la Cour de cassation applique l'article 1527 à la société d'acquêts, et c'est très-juste. Mais alors, il y a deux régimes dans un : le régime dotal et le régime de la communauté réduite aux acquêts ¹.

2^o L'article 1564 dit :

« Si la dot consiste en immeubles, ou en meubles non
« estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix
« avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la pro-
« priété à la femme, le mari ou ses héritiers peuvent
« être contraints de la restituer sans délai, après la
« dissolution du mariage. »

L'article 1565 ajoute :

« Si elle (la dot) consiste en une somme d'argent ou
« en meubles mis à prix par le contrat, sans déclara-
« tion que l'estimation n'en rend pas le mari proprié-
« taire, la restitution n'en peut être exigée qu'un an
« après la dissolution. »

1. Arrêt du 13 avril 1858, Dall., 58, 1, 406.

D'où vient que tantôt la loi accorde, et tantôt elle refuse un délai au mari ou à ses héritiers, pour la restitution de la dot ? Cela tient à une théorie conforme à la nature des choses.

La dot est entre les mains du mari, non pas pour servir à ses spéculations, mais pour l'aider à supporter les charges du mariage ; elle est donc restituable après la dissolution du mariage, ou après la séparation de biens. Mais la dissolution du mariage n'a plus lieu que par la mort naturelle de l'un des époux ; or la mort, quoique certaine, a un terme incertain, *diem incertum habet mors*, disait un jurisconsulte romain. Si le mari était tenu de restituer la dot sans délai après la dissolution du mariage, il serait obligé de la conserver comme un dépôt, pour en effectuer la restitution de jour en jour. Il n'y a aucun inconvénient à imposer cette obligation au mari pour les choses dotales dont il peut jouir sans les aliéner : tels sont les immeubles et les meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme. Le mari, ne pouvant pas aliéner ces objets, doit les avoir sous sa main ; il ne peut donc pas être surpris pour en effectuer la restitution quand arrive le moment incertain de la dissolution du mariage. Voilà pourquoi l'article 1564 n'accorde aucun délai pour la restitution de ces objets. « Dans les pays de droit écrit, disait Denisart, quand la dot n'a pas été estimée par le contrat de mariage, ce sont les objets mêmes donnés en dot qu'il faut restituer, et non pas d'autres objets de même nature, à moins que ces objets

se consomment par l'usage, tels que du blé, du vin...^{1.} »

Mais si le mari a reçu en dot des sommes d'argent ou s'il s'est constitué débiteur du prix des meubles estimés dont la propriété lui a été transférée, la restitution ne peut en être exigée qu'un an après la dissolution du mariage. Ici la femme n'est pas propriétaire comme dans le cas de l'article 1564; elle est un créancier, et le mari un débiteur. Or, la loi méconnaîtrait la destination de la dot, et la rendrait improductive entre les mains du mari, si elle l'obligeait à la restituer sans délai. Alors, en effet, le mari devrait garder en caisse une somme égale au montant de la dot, afin de n'être pas pris au dépourvu, puisqu'il pourrait être tenu de la restituer d'un moment à l'autre. Les capitaux ainsi conservés sont frappés de stérilité; ils ne produisent ni fruits, ni intérêts. La loi veut que le mari puisse faire fructifier ces capitaux pour supporter les charges du mariage avec les revenus; en conséquence, elle lui accorde un an pour restituer les sommes dotales.

Telle est l'économie des articles 1564 et 1565.

On voit tout de suite qu'elle ne laisse point de place pour la doctrine de MM. Delangle et Troplong, ni pour la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, si l'on admet que le mari soit propriétaire et puisse disposer des meubles dotaux dont la propriété ne lui a pas été transférée par le contrat de mariage, conformément à l'article 1551, le moins que l'on puisse accorder à la femme ou à ses héritiers, c'est le droit de se faire

1. *V^o Dot*, § 17, n^o 1.

restituer, après la dissolution du mariage, le prix d'aliénation ou, tout au moins, la valeur des meubles aliénés. Le mari s'étant ainsi, par son fait, mais en usant de son droit, constitué débiteur d'une somme d'argent aux lieu et place d'un meuble corporel, devrait, d'après la théorie des articles 1564 et 1565, jouir du délai d'un an pour restituer la somme qui représente le prix ou la valeur du meuble aliéné. Eh bien ! il suffit de lire les articles 1564 et 1565, pour rester convaincu que le mari n'a point ce délai. En effet, il s'agit ici d'une dot qui *consiste en meubles non estimés par le contrat de mariage, ou bien mis à prix avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme*. On est donc placé dans l'hypothèse de l'article 1564 et non dans celle de l'article 1565. Cette conséquence, que l'esprit et la lettre de la loi rendent incontestable, serait en contradiction flagrante avec la pensée qui domine les articles 1564 et 1565, si la doctrine que je repousse était vraie. Supposez, en effet, que le mari soit propriétaire et qu'il ait droit de disposer des meubles dotaux non estimés, ou bien mis à prix avec déclaration que l'estimation n'en ôte pas la propriété à la femme ; s'il use de ce pouvoir, le droit de la femme sera certainement converti en droit de créance. Or, quand la femme est créancière et le mari débiteur de sommes d'argent, la loi veut que la restitution de la dot ne puisse être demandée qu'un an après la dissolution du mariage.

150. La doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari rencontre un autre obstacle.

On n'a pas oublié qu'en droit romain la dot était

toujours constituée au mari, jamais à la femme. La constitution de dot n'était pas un contrat spécial ; pour faire parvenir la dot au mari, on dut se contenter des ressources étroites que fournissait le vieux droit civil, c'est-à-dire transférer la propriété des choses dotales au mari, qui devenait ainsi débiteur de leur restitution éventuelle. Si le mari, devenu propriétaire des choses dotales mobilières, les aliénait, la femme n'avait qu'une action personnelle pour le contraindre à lui restituer son apport dotal en nature ; elle ne pouvait pas avoir l'action réelle, la revendication contre les tiers, puisqu'elle n'était pas propriétaire. Aussi, la loi était-elle sévère contre le mari qui, par sa faute, et notamment en aliénant la dot, s'était mis dans l'impossibilité de la restituer en nature (L. 25, § 1, D., *Solut. matrim.*). Cette anomalie devait, malgré les efforts des jurisconsultes romains, se perpétuer jusqu'à ce que Justinien eût accordé à la femme une action en revendication et une action hypothécaire. On sait que cette double action fut paralysée dans notre ancien droit par la maxime : *Les meubles n'ont pas de suite*.

Aujourd'hui on s'efforce de franchir l'ancienne jurisprudence de droit écrit et la législation de Justinien, pour reporter le régime dotal à dix-huit siècles en arrière, à une époque où le mari pouvait, en abusant de sa qualité de propriétaire, aliéner la dot mobilière, sans que la femme pût la revendiquer contre les tiers.

Les jurisconsultes qui, de nos jours, se couvrent du droit romain pour attribuer au mari du régime dotal le même droit qu'au mari du régime de communauté sur

la dot mobilière, appliqueraient-ils tout le droit romain qu'ils ne cessent d'invoquer ? Admettraient-ils que la femme pût faire condamner à des dommages-intérêts le mari qui, en aliénant les meubles dotaux, s'est mis dans l'impossibilité de les restituer en nature ? J'entends M. Delangle répondre : *Pour administrer des objets mobiliers et les rendre productifs, il faut en spéculer ; il faut les vendre, les échanger, les dénaturer* ¹... Cela est vrai en droit coutumier, mais cela ne l'est plus en droit romain. On voit un droit pour le mari, là où la loi romaine voyait une faute, si bien qu'elle la faisait expier par l'action arbitraire.

La doctrine que nous réfutons n'applique donc pas le droit romain qu'elle invoque sans cesse.

Mais ce n'est là que le moindre de ses défauts.

En droit romain, la volonté de l'homme ne suffisait pas pour transférer la propriété ; il fallait de plus le fait matériel de la tradition (L. 20, C., *De pactis*). Pendant longtemps ce principe fut dominant dans notre droit ; enfin, le principe contraire prévalut, et la convention eut la puissance de transférer la propriété. Ce fut la conquête du spiritualisme sur le matérialisme du droit. Ce progrès a été définitivement inscrit dans le Code Napoléon (articles 1138 et 1583). Suivant ce nouveau droit, si Primus promet de livrer en propriété à Secundus une chose certaine et déterminée, Secundus en devient propriétaire dès le moment de la convention.

Quelle différence y a-t-il entre les effets de cette convention et ceux de la constitution de dot ? Je n'en

1. Voy. son réquisitoire devant la Cour de cassation, *supra*, n° 98.

vois pas. La constitution de dot renferme l'obligation expresse ou tacite que le mari restituera les choses dotales identiquement et en nature, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage. Le mari est donc débiteur des choses dotales envers la femme ou ses héritiers comme, dans l'hypothèse qui précède, Primus est débiteur d'un corps certain et déterminé envers Secundus. Or, dans notre droit moderne, dire que quelqu'un est débiteur d'une telle chose, c'est dire qu'il n'en est pas propriétaire et qu'il ne peut pas en disposer.

A force de vouloir prendre un point d'appui dans le droit romain pour y trouver des similitudes de communauté, M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation ont oublié et méconnu une des plus belles théories du droit moderne ; ils n'ont pas vu que leur doctrine n'a point de place dans le Code Napoléon.

Qui le croirait ? M. Troplong, après avoir dit que le mari, quasi-propriétaire, a le droit de revendiquer la chose dotale, d'en jouir et d'en disposer, quand elle est mobilière, ajoute : « Effacez cette qualité, vous tombez dans la confusion et ne savez plus à quoi vous en tenir (n° 3102)... Nier cette vérité traditionnelle (le domaine ou propriété du mari), c'est se créer des difficultés sans nombre, c'est susciter des embarras inextricables dans la jurisprudence, c'est s'enlever la raison décisive de beaucoup de points consacrés par la loi (n° 3104). »

Il faut être bien mal inspiré pour affirmer ces choses-là.

Tout s'explique, au contraire, avec la plus grande

simplicité, avec la plus grande clarté, en effaçant cette quasi-propriété du mari, ce prétendu droit d'exercer les actions pétitoires et de disposer de la dot mobilière. Le mari n'ayant qu'un droit d'administration et de jouissance, on comprend alors, sans avoir besoin de recourir à la supposition extrême d'une anomalie législative, pourquoi l'article 1549 n'accorde qu'à lui seul le droit qu'il mentionne. Alors aussi on comprend que l'article 1551 dise dans quels cas le mari devient propriétaire des meubles dotaux; tandis que, s'il le devient toujours, ce texte est inintelligible. On s'explique enfin pourquoi le mari, simple administrateur, est assujéti par l'article 1564 à restituer les meubles dotaux identiquement, en nature et sans délai. Ne pouvant pas les aliéner, ses créanciers ne pouvant pas les faire saisir, il doit les avoir sous sa main quand arrive le moment incertain de la dissolution du mariage et de la restitution.

Si le mari peut aliéner, l'obligation de restituer en nature est un contre-sens. M. Troplong n'a pas même tenté de faire concorder l'article 1564 avec son système. Ouvrez son livre au commentaire de l'article 1564 (n° 2226, 2227, 3243); vous y lirez que le mari est propriétaire de la dot mobilière et qu'il peut en disposer. Ouvrez le même livre au commentaire de l'article 1549; vous y lirez encore : « Il est évident qu'il manque beau-
« coup de conditions au mari pour être pleinement
« propriétaire de la dot; le mari doit rendre la chose;
« *il ne peut l'aliéner* (n° 3099). » Passez ensuite au commentaire de l'article 1564; vous y lirez : « La restitution
« doit être complète; elle embrasse tout ce que le mari

« a reçu... C'est un dépôt; il doit être restitué avec
« fidélité (n° 3614). »

Ainsi, le droit du mari sur la dot mobilière est de la nature du caméléon : propriété et pouvoir d'aliéner dans l'article 1549, dépôt et inaliénabilité dans l'article 1564. Tout dépend de l'endroit où on le voit. L'arrêt de la Cour de cassation, du 6 décembre 1859, a vu le droit ambulatorio et amphibie du mari dans l'article 1549. Ce jour-là, l'illustre premier Président a oublié ce qu'il avait écrit sur l'article 1564. Le dépôt et l'obligation de restituer en nature n'existaient plus. A quoi tient le sort d'un pourvoi et la fortune d'une femme et de ses enfants !

Pour notre compte, nous déclarons ne rien comprendre à cette énigme juridique : nous ne pouvons pas croire que le bon sens des rédacteurs du Code Napoléon ait voulu poser de ces sortes de problèmes aux générations futures !

151. Autre difficulté inextricable.

La femme peut tester sans l'autorisation de son mari (article 226). Mais peut-elle léguer valablement ses meubles dotaux ?

Le doute vient de ce que le legs de la chose d'autrui est nul (article 1021). La propriété ou la quasi-propriété que l'on accorde au mari sur les meubles dotaux n'empêche-t-elle pas la femme d'en disposer par testament ? On répondra que le mari n'a pas une véritable propriété des meubles dotaux, qu'il a simplement le pouvoir de les aliéner, et ses créanciers le droit de les faire saisir. Soit ; mais la réponse, loin de simplifier la difficulté, la complique davantage.

Supposons que la femme ait légué une rente sur l'État, qui lui était dotale, et que, postérieurement au testament, le mari ait aliéné cette rente. L'aliénation aura-t-elle l'effet de révoquer le legs? L'article 1038 attache la révocation à l'aliénation faite *par le testateur*, et non à celle qui serait faite par toute autre personne; il suppose que le testateur seul avait le droit d'aliéner la chose léguée, car la loi déclare la vente de la chose d'autrui nulle (article 1599) comme le legs de la chose d'autrui. D'ailleurs, le testateur qui aliène la chose léguée ne veut plus la donner, et la loi a raison de voir une révocation de la disposition dans le fait de cette aliénation.

Tout cela est vrai et juste, lorsque l'aliénation est l'œuvre du testateur lui-même. Mais ici nous sommes en face d'une situation extraordinaire, créée par une doctrine qui ne l'est pas moins. Le droit de disposer des meubles dotaux par testament appartient à la femme, tandis que le droit de les aliéner appartient au mari. Le testament vient du cœur; il est l'œuvre de la conscience intime de l'homme. Les modernes interprétations du régime dotal placent la conscience de la femme dans celle du mari qui peut, suivant ses caprices ou les besoins de ses affaires, rendre impossible l'exécution des dernières volontés de la femme. Si, pour éviter ce résultat, la femme lègue son droit de créance et de reprise, le mari n'aliénant pas, n'a-t-elle pas légué ce qui ne lui appartient pas et qui ne se trouve pas dans sa succession?

Ce n'est pas à nous à dire comment on peut sortir de cette impasse juridique; car ce n'est pas nous qui sommes l'auteur ou le complice de la doctrine qui accorde

au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière. Ce devoir incombait à ceux qui ont signalé la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari, comme ayant la vertu d'aplanir toutes les difficultés qu'ils ont découvertes dans la simplicité et l'équité du régime dotal.

152. Dumoulin a défini le droit de la femme sur les biens de la communauté : *Ista communio, pendente matrimonio, proprie non est in actu sed in credito et in habitu; sed, soluto matrimonio, ipso jure exit in actum et in veram et actualem DOMINII et POSSESSIONIS communionem*¹. Cette définition célèbre est la vérité même; elle a été calquée sur l'histoire et la nature du régime de la communauté; aussi a-t-elle été reproduite par les meilleurs auteurs qui ont écrit sur cette matière². Le droit coutumier formula cette règle par l'adage : *Le mari vit comme maître et meurt comme associé*. Ainsi, pendant le mariage, ou mieux pendant la communauté, le droit de la femme est informe; il n'est pas actuel; ce n'est pas la femme, mais le mari qui a *la propriété et la possession* des choses qui composent la communauté; la femme n'a qu'une expectative; elle est moins commune qu'habile à l'être. Sa situation est celle d'un enfant par rapport à la future succession de son père encore vivant. La femme, par le mariage, est entrée dans la famille du mari; elle a été placée sous sa puissance, comme les enfants du mariage. Et voilà pourquoi, dans le principe, elle devait

1. Sur Paris, art. 37, n° 2, art. 3, glose 1, n° 88.

2. D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 424; Lebrun, *De la communauté*, liv. II, ch. II, sect. 2, p. 181 et 182, n° 1; Pothier, *De la communauté*, n° 3, 468 et 497; et *sur Orléans*, tit. XX, n° 60.

survivre au mari pour être commune, comme l'enfant doit survivre à son père pour lui succéder. Quand on eut donné pour cause au droit de la femme sa collaboration dans la famille, cette survie ne fut plus nécessaire ; mais, pour cela, le droit de la femme ne devint pas plus actuel que celui de l'enfant qui fournit sa collaboration à son père ; il resta toujours dominé et affaibli par la puissance maritale.

153. Quelle différence y a-t-il entre le droit de la femme commune sur les biens de la communauté, et celui que M. Troplong, M. Delangle et la Cour de cassation accordent à la femme dotale sur la dot mobilière ?

Il n'y en a pas. Le droit de propriété de la femme est converti en droit de créance : *est in credito*, suivant l'expression de Dumoulin. La femme n'a l'exercice d'aucune action relative à sa dot ; elle n'a qu'une espérance de restitution en valeur, dans le cas où son mari ne serait pas insolvable. Voilà le domaine naturel de la femme, tel que la doctrine moderne le comprend. Il ne permet pas à la femme de donner la nue-propriété de sa dot mobilière pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un précédent mariage. Le mari est saisi de tous les meubles dotaux, et ses créanciers peuvent les faire vendre.

Par une conséquence forcée, le mari est également saisi de toutes les dettes mobilières de la femme, surtout lorsqu'elle est mariée sous une constitution générale de dot. On doit alors appliquer la maxime de droit coutumier : *Qui épouse la femme, épouse les dettes*, maxime reproduite par l'article 1409, § 1. « Cela est conforme, » dit Pothier, à un principe de notre ancien droit fran-

« çais, que les dettes mobilières d'une personne sont
« en général une charge de l'universalité des meubles;
« or, la loi fait entrer dans l'actif de la communauté
« tous les meubles et droits mobiliers des époux¹ ».
Est-ce qu'il y aurait deux logiques? l'une pour le régime dotal, l'autre pour celui de la communauté!

Si la conséquence est fausse, le principe l'est aussi; en d'autres termes, s'il n'est pas vrai que le mari qui reçoit en dot l'universalité des meubles de la femme soit tenu de l'universalité de ses dettes mobilières sur ses biens personnels, c'est parce qu'il n'est pas vrai qu'il soit saisi des meubles dotaux et qu'il puisse en disposer. Or, il suffit de rapprocher l'article 1562 de l'article 612, pour voir que les créanciers de la femme ne peuvent pas poursuivre sur les biens personnels du mari le paiement des dettes qui grèvent les meubles dotaux. En effet, le mari, que les rédacteurs du Code déclaraient n'être qu'un usufruitier, est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier (article 1562). Ces obligations de l'usufruitier sont une application aussi simple qu'équitable de la règle : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (L. 39, § 1, D., *De verb. signif.*). De droit commun, les dettes suivent les biens et en diminuent l'importance. Il en résulte que l'usufruitier universel ou à titre universel ne peut, quant à l'émolument de son usufruit, jouir d'un actif plus considérable que celui qui lui a été constitué en usufruit. Si donc la valeur des biens sujets à usufruit est de 100 et les dettes de 20,

1. *De la communauté*, n° 233.

l'usufruit ne porte en réalité que sur une valeur de 80. Voilà pourquoi l'article 612 fait contribuer l'usufruitier et le propriétaire au paiement des dettes, suivant trois moyens dont chacun conduit au résultat final que je viens d'indiquer. Notez bien qu'il ne règle que *la contribution* aux dettes entre le propriétaire et l'usufruitier, et non pas *le paiement* des dettes entre l'usufruitier et les créanciers. Ceux-ci n'ont pas d'action contre l'usufruitier. La raison en est bien simple : l'usufruit est le droit de jouir ; il prend un des éléments, un des attributs de la propriété, mais il n'est pas la propriété pleine et entière : il lui manque le droit de disposer. Voilà pourquoi le légataire universel ou à titre universel d'un usufruit n'est jamais qu'un légataire particulier (article 1010). Or, le légataire particulier n'est pas tenu au paiement des dettes envers les créanciers.

Tout ce que je viens de dire de l'usufruitier s'applique au mari, car l'article 1562 lui impose les obligations d'un usufruitier. Or, d'après l'économie de l'article 612, l'usufruitier, soit universel, soit à titre universel, n'est pas tenu au paiement des dettes envers les créanciers, parce qu'il n'a pas la plénitude du droit dans les biens sujets à son usufruit : il n'est pas propriétaire et il ne peut pas disposer. Donc, le mari n'est pas non plus propriétaire : il ne peut pas disposer plus qu'un usufruitier. Autrement, il serait assimilé à un successeur universel ou à titre universel et, comme tel, il serait tenu au paiement des dettes envers les créanciers ¹.

154. Et voyez l'enchaînement, l'uniformité de prin-

1. V. *infra*, n° 210.

cipes et l'ensemble de vues qui règnent dans le Code Napoléon.

L'article 1500 prévoit le cas où la femme a exclu de la communauté tout ou partie de son mobilier. L'effet de cette clause dite *de réalisation*, c'est que les meubles, ainsi réalisés, restent propres à la femme et ne tombent pas en communauté. Le mari peut-il en disposer sans le consentement de sa femme, comme s'il s'agissait des meubles de communauté ?

La question est aussi importante que délicate pour ceux qui soutiennent que, sous le régime dotal, le mari peut disposer de la dot mobilière. S'ils admettent que, sous le régime de communauté, le mari ne peut pas disposer des meubles réalisés, on est en droit de leur demander s'ils pensent que, sous le régime dotal, la constitution de meubles en dot ne vaille pas exclusion de communauté et n'ait pas l'effet d'une clause de réalisation ?

M. Troplong décide que le mari seul peut aliéner les meubles réalisés (n° 1936). Quelle raison en donne-t-il ? Aucune : il se contente d'invoquer l'opinion de Lebrun¹ et celle de Pothier.

Je récuse d'abord l'autorité de Lebrun. A-t-il enseigné la doctrine que M. Troplong lui prête ? C'est déjà une question. M. Odier a nié que telle fût la doctrine de ce jurisconsulte, et, dans tous les cas, il lui a opposé, comme contraire, la doctrine de Duplessis, de Berroyer et de Delaurière².

1. *De la communauté*, p. 332, n° 18.

2. *Contrat de mariage*, t. II, n° 730.

Mais Pothier l'enseigne très-nettement dans deux passages de ses œuvres ¹.

M. Troplong affirme qu'il ne connaît pas de contradicteurs de cette opinion dans l'ancien droit. Soit : cependant, avant Pothier, la doctrine contraire était enseignée par Renusson ², et après, vers la fin du dernier siècle, par les auteurs du *Nouveau Denisart* ³. L'opinion de Pothier était restée isolée, malgré l'autorité du nom qui l'appuyait. M. Troplong ajoute que les auteurs modernes n'ont rien trouvé qui énerve la doctrine de Pothier : c'est une erreur. M. Toullier l'a combattue par des raisons décisives qui en font ressortir la fausseté avec éclat.

« Une pareille doctrine, dit-il, étonne de la part d'un auteur aussi exact que l'est ordinairement Pothier. Elle est contraire à tous les principes : au principe général du droit, qui veut que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (article 1134) ; au principe fondamental en matière de contrat de mariage, que la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos (article 1387) ; enfin, aux dispositions textuelles du Code, qui n'a pas suivi les principes de Pothier. De plus, elle entraînerait nécessairement des conséquences d'une absurdité telle qu'elles suffiraient seules pour la faire rejeter, comme, en bonne logique, on doit rejeter un principe dont la conséquence est absurde.

1. *Traité de la puiss. marital.*, n° 83 et *De la communauté*, n° 325.

2. *Traité des Propres*, ch. VI, sect. 6.

3. *Nouveau Denisart*, v° *Dot*, § 14, n° 11.

Heureusement, ce savant auteur nous indique la source de son erreur et le moyen de la réfuter. »

En effet, Pothier motive ainsi son opinion :

« La raison de cette différence entre les immeubles réels propres de communauté et les meubles réalisés, est que la communauté doit avoir la jouissance de tous les propres de chacun des conjoints, *ad sustinenda onera matrimonii*. Elle peut avoir la jouissance de leurs immeubles propres réels, sans que cette jouissance en consume le fonds. Il n'est donc pas nécessaire, pour qu'elle ait cette jouissance, qu'elle ait le droit d'aliéner le fonds ; au contraire, les meubles réalisés étant des choses qui se consomment par l'usage même qu'on en fait, *quæ usu consumuntur*, ou du moins qui s'altèrent et deviennent de nulle valeur par un long usage, pour que la communauté en puisse avoir la jouissance, et, pour conserver en même temps au conjoint qui les a réalisés quelque chose *qui lui tienne lieu de droit de propriété qu'il a entendu se réserver par la convention de réalisation*, il a été nécessaire d'abandonner à la communauté ces meubles réalisés, et de laisser au mari, chef de cette communauté, le droit de les aliéner et d'en disposer, sans quoi la communauté ne pourrait pas en avoir la jouissance. Il a fallu aussi, pour conserver au conjoint son droit de propriété sur les meubles qu'il a réalisés, lui donner UNE CRÉANCE DE REPRISE DE LA VALEUR *des effets réalisés* qu'il aura droit d'exercer contre la communauté lors de sa dissolution. Ceci est conforme aux principes du droit sur le quasi-usufruit : *Instit., tit. De usufr., § 3, et tit. ff. De usufr. ear. quæ usu consum.* ¹ ».

1. De la communauté, n° 325.

155. Voilà bien les deux domaines, les deux droits simultanés de propriété du mari et de la femme, tels que les entendent M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation, lorsqu'il s'agit de la dot mobilière du régime dotal. La constitution de dot n'a pas plus d'effet, sous le régime dotal, que la clause de réalisation sous le régime de communauté. Toute sa vertu, c'est de donner à la femme *une créance de reprise de la valeur des effets réalisés*, c'est-à-dire constitués en dot. Et voilà aussi pourquoi on fait consister l'inaliénabilité de la dot mobilière dans l'impossibilité, pour la femme, d'aliéner et de détruire sa *créance de reprise de la valeur des meubles* constitués en dot, ou simplement réalisés.

Je devais montrer l'origine de ces étranges systèmes, afin qu'on sache d'où ils viennent, ce qu'ils sont et ce qu'ils valent, surtout quand ils sont transportés dans le régime dotal.

M. Toullier continue ainsi :

« Pothier a fort bien vu qu'il fallait appliquer aux meubles exclus de la communauté ou réalisés les principes du droit romain sur l'usufruit des meubles; et sa doctrine est d'une exactitude parfaite en ce qui concerne les meubles qui se consomment par l'usage; elle ne pêche qu'en ce qu'il l'a étendue à tous les meubles dont il ne fait qu'une seule classe, parce que, dit-il, à la différence des immeubles, ils se consomment tous par l'usage, ou du moins ils s'altèrent et deviennent *de nulle valeur par le long usage*¹; et c'est en cela

1. Voilà par quel motif Pothier supprimait la différence qui a toujours existé entre les choses fongibles et les choses non fongibles. On va voir que cette erreur a été amplifiée par M. Troplong et par la Cour de cassa-

qu'il se trompe, et que sa doctrine est contraire au droit romain et aux principes du Code. C'est en matière d'usufruit un principe élémentaire, fondé sur la nature des choses, qu'il faut distinguer deux classes de meubles, ceux qui se consomment par le seul usage, *quæ ipso usu consumuntur*, ou plutôt, comme dit le Code, dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme tous les comestibles... et ceux dont on peut faire usage sans les consommer, quoiqu'ils se détériorent peu à peu par l'usage, comme tous les meubles meublants, etc... Or, l'usufruit étant essentiellement le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (article 578), il est évident qu'on ne peut établir un usufruit proprement dit sur les choses dont on ne peut faire usage sans les consommer et sans en détruire la substance. Cependant, comme la nature de ces choses est telle que l'une peut tenir lieu de l'autre, et peut être compensée avec l'autre, *quarum una ejusdem generis, alterius vice fungitur et videtur idem esse*, on les appelle choses *fongibles* (article 1291). Et à Rome, on pensa qu'on pouvait, *utilitatis causâ*, établir sur ces choses non pas un usufruit proprement dit, puisque la nature des choses s'y oppose, mais un quasi-usufruit... L'usufruitier ayant le droit de détruire les choses sur lesquelles est établi le quasi-usufruit et d'en détruire la substance, il en résulte que la propriété lui

tion, relativement aux meubles incorporels, tels que les actions qui se cotent à la bourse. Ces valeurs sont sujettes à des chances de baisse; donc, dit-on, il faut que le mari puisse les vendre pour éviter cette possibilité de perte.

en est nécessairement transférée... Quant aux meubles qui, sans se consommer de suite, s'altèrent par l'usage et deviennent de peu de valeur, comme dit Pothier, il est obligé de les conserver, pour les rendre en nature à la fin de l'usufruit. L'article 589 le dit positivement. Le Code applique ces principes, dans la section IX, aux conventions exclusives de communauté ¹. »

156. Cette critique est fondée sur les principes les plus certains ; elle a donc porté ses fruits. Tous les jurisconsultes modernes, à l'exception de M. Troplong, enseignent que la clause de réalisation ne donne au mari que la jouissance et l'administration des meubles réalisés ; qu'en conséquence, le mari ne peut pas disposer de ces meubles sans le consentement de la femme.

La jurisprudence est conforme à cette doctrine. La Cour de Paris avait d'abord appliqué l'erreur de Pothier, mais elle est revenue aux vrais principes par un premier arrêt du 15 février 1839, dont le pourvoi a été rejeté par un arrêt fondamental de la Cour de cassation du 2 juillet 1840 ².

M. Troplong a vainement combattu cette jurisprudence : sa critique n'a converti personne. La Cour de Paris y a persévéré par un second arrêt du 3 janvier 1852 ³, et la Cour de cassation y a persévéré aussi par

1. *Droit civil français*, t. XIII, n° 326 et t. VI, n° 378 de l'édition de M. Duvergier.

2. Sirey-Devill., 1840, 1, 887 ; Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 2702.

3. Sirey-Devill., 1852, 2, 133.

un second arrêt du 5 novembre 1860, dont les motifs peuvent défier toutes les critiques ¹.

Mais, qui le croirait ? les arrêts et les auteurs, à l'exception de M. Troplong, qui trouvent l'erreur de Pothier très-mauvaise dans le régime de communauté, la trouvent, au contraire, excellente dans le régime dotal ; ils le dénaturent et le transforment en un je ne sais quoi qui n'est pas même la communauté.

En effet, les deux arrêts rendus par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 2 juillet 1840 et le 5 novembre 1860, au sujet du pouvoir du mari sur les meubles réalisés ou exclus de la communauté, sont en contradiction manifeste avec les arrêts rendus par la Chambre civile de la même Cour, le premier février 1819, le 12 août 1846 et le 6 décembre 1859, au sujet des pouvoirs du mari sur la dot mobilière du régime dotal. Pour rendre la contradiction plus frappante, il convient de mettre en regard les principaux motifs de ces arrêts :

*Arrêt de la chambre des requêtes
du 2 juillet 1840.*

« Attendu, en droit, qu'aux termes de l'article 1387 du Code civil, la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos ; l'article 1500 leur permet même expressément d'exclure de la commu-

*Arrêt de la chambre civile
du 1^{er} février 1819.*

« Attendu..... que, d'après les dispositions du Code civil, comme d'après les dispositions du droit romain, le mari étant seul MAITRE de la dot MOBILIÈRE, dont il a la PROPRIÉTÉ ou la libre POSSESSION, lui seul peut en avoir la libre disposition ¹. »

1. V. *supra*, n° 97.

1. Dalloz, 1861, 1, 81.

nauté tout leur mobilier présent et futur ; *le mobilier exclu n'appartient donc pas au mari ; il ne fait pas non plus partie de la communauté ; l'article 1421 , uniquement relatif aux biens de la communauté , ne donne donc pas au mari le droit de vendre le mobilier qui en est exclu ;*

« Attendu qu'il en est du mobilier exclu de la communauté comme de tout le mobilier de la femme, dans le cas d'un mariage SANS COMMUNAUTÉ, le mari en a l'administration ; il en perçoit les revenus, il reçoit même les capitaux exigibles (art. 1530 et 1531), et si, dans le mobilier de la femme, il y a des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, le mari en rend le prix d'après estimation (art. 1532) ; s'il y a des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage, le mari n'est obligé de les rendre que dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou sa faute (art. 589) ; s'il y a des obligations ou constitutions de rente qui périssent ou souffrent des retranchements, sans négligence de la part du mari, il n'en est pas tenu, et il en est quitte en restituant les contrats (art. 1567) ; la femme est donc restée propriétaire des choses

Arrêt de la même chambre civile du 12 août 1846.

« Attendu qu'aux termes de l'article 1549 du Code civil, le mari a l'administration des biens dotaux et le droit de recevoir le remboursement des capitaux, PAR CONSÉQUENT celui de disposer desdits capitaux, lorsque aucune condition d'emploi n'a été stipulée ;

« Attendu que si, d'après les dispositions du Code civil sur le régime dotal, la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière, il s'ensuit seulement que la femme, même autorisée par son mari, ne peut aliéner, ni directement, ni indirectement, les droits qui lui sont assurés par la loi pour la conservation de sa dot ;

« Que ces droits, quant à la dot mobilière, lorsque le mari a usé de la FACULTÉ d'en disposer, consistent dans un recours contre le mari, recours garanti par l'hypothèque légale, et auquel la femme, pendant le mariage, ne peut renoncer ;

« Que cette créance dotale contre le mari ne peut être aliénée ni par la femme, ni par le mari, ni par tous les deux conjointement ; mais que le mari qui reçoit le remboursement d'un capital constitué en dot, qui en fait un emploi plus

exclues de la communauté ; les créanciers du mari ne peuvent donc ni faire saisir les capitaux, ni faire vendre les meubles de la femme ; le mari n'a donc pas non plus le droit de les faire vendre sans le concours de la femme, ni de céder les capitaux à des tiers, ni de les déléguer à ses créanciers personnels ;

« Attendu que les principes ci-dessus se combinent parfaitement avec les articles 1551 et 1851, 1428, 1503 et 1528, qui ont servi de base à la controverse ; en effet, les articles 1551 et 1851, parlant du mobilier apporté en dot ou versé en société, ont justement considéré la mise à prix comme constituant une véritable transmission de propriété ; ce n'est pas l'espèce de la cause ; du pouvoir d'administrer les biens personnels de la femme et d'exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme (art. 1428), ne résulte pas le droit du mari de céder seul les créances de la femme ; la loi suppose que, recevant les capitaux exigibles, le mari, administrateur sage et éclairé, en fera un bon emploi ; et si l'article 1428 prohibe seulement la vente des immeubles de la femme, c'est que l'article n'a d'autre objet que la communauté légale dans laquelle

ou moins utile, pour lui ou pour sa femme, ou qui fait cession à un tiers d'une créance dotale, ne fait qu'user du droit de libre disposition, qui lui appartient à cet égard, puisque la propriété de la femme est convertie par la loi en une créance contre le mari, lequel est personnellement et hypothécairement tenu à la restitution, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage. »

Arrêt de la chambre civile du 6 décembre 1859.

« Attendu que les droits du mari sur la dot excèdent les limites dans lesquelles se circonscrit la sphère d'action d'un administrateur ordinaire ou même d'un usufruitier, que le mandat exclusivement donné au chef de l'ASSOCIATION conjugale par la première disposition de la section 2, chap. 3, tit. 5, liv. 3 du Code Napoléon lui attribue les actions dotales et ne comporte d'autres restrictions que celles expressément établies par les dispositions subséquentes de la même section ; que restreint seulement à l'égard des immeubles dotaux, pour lesquels il ne peut aller jusqu'à l'aliénation ou l'hypothèque, si ce n'est dans des cas et sous des conditions rigou-

tombe le mobilier des deux époux (art. 1401), et dont le mari peut (art. 1421) vendre, aliéner et hypothéquer les biens sans le concours de la femme; à la vérité, l'art. 1528 soumet la communauté conventionnelle aux règles de la communauté légale, mais c'est seulement pour les cas auxquels il n'a pas été dérogé par le contrat; enfin, en autorisant le prélèvement de la valeur du mobilier exclu de la communauté, l'article 1503 n'a voulu parler que du mobilier qui n'existerait plus en nature lors de la dissolution de la communauté...

*Arrêt de la chambre des requêtes
du 5 novembre 1860.*

« Attendu que le mari n'a de droits sur le mobilier apporté par la femme que comme chef de la communauté, ou comme administrateur des biens de la femme; qu'en sa qualité de maître de la communauté, il peut disposer de ce qui la compose et non des valeurs qui en sont formellement exceptées; que, d'un autre côté, son droit d'administrer les propres de l'épouse est exclusif du droit de les aliéner;

« Attendu que s'il peut exercer seul les actions mobilières de sa femme, toucher ses capi-

reusement déterminées, il n'est soumis à aucune limitation analogue en ce qui concerne les valeurs mobilières constituées en dot; qu'il eût été contraire au but même du régime dotal d'assimiler complètement, sous ce rapport, la dot mobilière à la dot immobilière; que si la dot immobilière se prête aisément et sans danger à des conditions d'immuable stabilité pendant la durée de l'association conjugale, il en est autrement de la dot mobilière; que, soumise par sa nature même à des chances d'altération ou de perte, elle devait, dans les vues du législateur, comporter TOUS ACTES DE DISPOSITION qui permettraient au mari d'en faire l'emploi le plus utile à l'intérêt de la famille; que, dans le silence de la loi, il n'y a, à cet égard, aucune raison de distinguer entre les choses fongibles ou les créances exigibles et les choses qui ne se consomment pas par l'usage ou les droits incorporels productifs de revenus à des époques périodiques; qu'il peut y avoir utilité soit à transiger sur un droit mobilier, en présence ou en prévision d'un litige, soit à faire cession d'une créance non exigible, soit à convertir, comme dans l'espèce, une rente viagère en un capital destiné à assurer l'avenir de la famille;

taux ou autres choses fongibles et en disposer, à la charge d'en compter à la dissolution de la communauté, il ne s'ensuit pas qu'il puisse aliéner des valeurs mobilières, telles qu'un titre de créance, qui ne se consomme point par l'usage, qui peut être représenté en nature, et auquel une clause expresse a imprimé un caractère propre; que, *s'il en était ainsi, il arriverait souvent que, par suite du désordre des affaires du mari, la femme se trouverait dépouillée du bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte; qu'enfin, le résultat d'une pareille extension donnée au pouvoir du mari serait d'attribuer à ses créanciers personnels le droit de poursuivre le bien propre de sa femme, comme chose de la communauté.* »

« Attendu que..... ces actes rentrent dans les limites du pouvoir du mari sur la dot mobilière; que si, à côté des avantages d'une administration intelligente et sage, se présentent les dangers d'une administration imprudente, c'est aux conventions matrimoniales d'y obvier... »

La contradiction malheureuse qui règne dans ces arrêts n'a pas échappé à M. Dalloz; le savant arrêtiste fait la réflexion suivante dans l'excellente note qui accompagne l'arrêt du 5 novembre 1860 :

« Toutefois, il nous reste à rapprocher cette jurisprudence de celle qui s'est établie sous le régime dotal. La Cour de cassation déclare le mari maître de disposer de la dot mobilière, même non fongible, et notamment d'une créance dotale. — (Voy. Civ. cass. 6 décembre 1859 (D. P. 59, I, 501), et la note.) — N'y a-t-il pas contradiction à refuser ainsi au mari le droit

« d'aliéner les propres mobiliers de la femme sous un régime de libre disposition, et à le lui accorder sous un régime de conservation de la dot? »

En effet, quand il s'agit des meubles exclus de la communauté ou réalisés, la Cour de cassation décide qu'ils restent la propriété de la femme, et que le mari, comme chef et maître de la communauté, ne peut pas avoir le droit de disposer de ces objets, puisqu'ils sont exclus de la communauté, c'est-à-dire de la puissance du mari et de son pouvoir de disposition.

Mais, sous le régime dotal, quand il s'agit des meubles constitués en dot, les choses se passent tout autrement, suivant la logique de la Cour de cassation. Le mari est maître de la dot; or, la femme qui se constitue des meubles en dot, loin de les exclure de la dot, les met dans la dot, c'est-à-dire dans la *maîtrise* du mari; si elle veut que ses meubles dotaux échappent à la puissance du mari et à son pouvoir de disposition, il faut qu'elle les exclue de cette puissance par des clauses d'emploi; en un mot, il faut qu'elle les *réalise* comme sous le régime de communauté.

157. Ce raisonnement de la Cour de cassation conduit au contre-sens suivant :

Le régime dotal n'est pas un régime sans communauté; de plus, la femme qui se constitue des meubles en dot ne les exclut point, par cela même, de la communauté; en d'autres termes, elle ne les soustrait point à ce principe de puissance maritale qui est à la communauté comme la cause est à l'effet.

Il suffit de signaler ces résultats. On n'a pas besoin

de réfuter une doctrine qui conduit à de telles énormités ; nous en déduirons bientôt les conséquences.

158. Ce n'est pas tout.

La doctrine qui accorde au mari le pouvoir d'aliéner la dot mobilière a son camp retranché dans l'article 1549 du Code Napoléon. C'est ce texte qui porte seul tout le poids de l'édifice d'erreur que nous avons entrepris d'abattre. Suivant nous, cet article n'accorde au mari que la jouissance et l'administration de la dot, soit mobilière, soit immobilière. Au contraire, suivant M. Troplong et la Cour de cassation, ce texte accorde au mari la disposition de la dot mobilière. Du pouvoir d'administrer, la doctrine contraire déduit la conséquence que le mari est propriétaire ou quasi-propriétaire de la dot mobilière et qu'il peut en disposer. De plus, M. Troplong croit que l'article 1549 accorde au mari seul l'exercice de toutes les actions dotales ; et cette doctrine est passée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1859. De là, on conclut encore que le mari est propriétaire ou quasi-propriétaire de la dot mobilière et qu'il a le pouvoir d'en disposer.

Mais il peut arriver que la femme, sans adopter le régime dotal, se soit mariée sans communauté. Ce cas est régi par les articles 1530, 1531 et 1532 du Code Napoléon : l'article 1531 déclare que le mari a le droit de percevoir tout le mobilier de la femme. Ici le mari est-il propriétaire ou quasi-propriétaire des meubles de la femme ? Peut-il les aliéner ? Non, répond la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, dans ses arrêts du 2 juillet 1840 et du 5 novembre 1860 : il en

est des meubles de la femme sous le régime sans communauté, comme des meubles qu'elle a exclus de la communauté ; ils lui sont propres, elle en reste propriétaire. Et peu importe que le mari ait l'administration du mobilier, qu'il exerce les actions mobilières et possessoires ; en effet, l'arrêt du 2 juillet 1840 nous dit : *Du pouvoir d'administrer les biens personnels de la femme et d'exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme, ne résulte pas le droit du mari de céder seul les créances de la femme.* L'arrêt du 5 novembre 1860 proclame les mêmes principes : *Le droit du mari d'administrer les propres de l'épouse est exclusif du droit de les aliéner ; s'il peut exercer seul les actions mobilières de sa femme, toucher ses capitaux et en disposer, à la charge d'en compter à la dissolution de la communauté, il ne s'ensuit pas qu'il puisse aliéner des valeurs mobilières, telles qu'un titre de créance.... S'il en était ainsi, il arriverait souvent que, par suite du désordre des affaires du mari, la femme se trouverait dépouillée du bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte.*

Voilà les vrais principes ; ils sont la ruine du fameux sophisme de Catelan et de la Chambre civile de la Cour de cassation : « Le mari a le droit de recevoir le « paiement des créances dotales et de disposer des « capitaux : donc il a celui de disposer des créances « elles-mêmes ».

Lorsque les meubles de la femme ne tombent pas en communauté, il est impossible de trouver une base juridique à la propriété du mari et à son pouvoir de disposition. Lui accorder un tel droit, ce serait méconnaître la liberté et la puissance des conventions matri-

moniales (articles 1387 et 1134) ; on ferait reculer la législation jusqu'à ces temps héroïques où le mariage était nécessairement un achat de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme. Que le mari ait le pouvoir de disposer des meubles versés par la femme à la communauté, cela se comprend à merveille : il est le chef et l'administrateur suprême de la communauté, comme le gérant d'une société : la femme est associée ; elle est dans les spéculations du mari, à peu près comme un associé commanditaire ; ses meubles sont sa mise sociale ; elle les a livrés au mouvement des affaires de la communauté.

Ces raisons ne conviennent plus aux meubles que la femme a exclus de la communauté, ou qu'elle a apportés en dot, sous le régime sans communauté. Le mari n'en est point propriétaire ; il ne peut pas les aliéner, il n'a sur ces objets qu'un simple droit de jouissance et d'administration, comme sur la dot mobilière du régime dotal.

Et notez bien ceci :

Cette impossibilité d'aliéner n'empêchait pas notre ancien droit coutumier de considérer le mari comme *maître*, DOMINUS, des propres mobiliers ou immobiliers de la femme : *Vocatur DOMINUS, non tamen alienare potest*, disait Dumoulin. En effet, le mari tenait du contrat de mariage son droit de jouissance et d'administration des propres de la femme, et l'on trouve déjà dans notre très-ancien droit coutumier le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales ¹. En droit coutu-

1. Dire que les conventions matrimoniales sont irrévocables, c'est dire qu'elles doivent être antérieures à la célébration du mariage. Les articles

mier, les propres de la femme formaient sa dot proprement dite. Il y avait donc, quant au droit du mari, harmonie parfaite entre la dot de droit coutumier et la dot de droit écrit : le mari était maître de l'une et de l'autre, et il ne pouvait aliéner ni l'une ni l'autre.

1394 et 1395 du Code Napoléon prescrivent cette antériorité et cette irrévocabilité. Les auteurs modernes expliquent la nécessité de cette antériorité en disant qu'elle a pour but de protéger l'intérêt des tiers ; cela est vrai, mais ce n'est que la moitié de la vérité. Le principe de l'antériorité et de l'immutabilité des conventions matrimoniales est fort ancien. Il est mentionné dans les *Capitulaires des rois de France* et dans les *Formules franques* (V. *supra*, n° 31 et les notes). On le trouve dans l'article 202 de la Coutume d'Orléans, dans l'art. 164 de celle de Blois et dans Louet et Brodeau, lettre M, somme 4, etc. D'où vient-il ? Du droit canonique et du droit civil. Les canonistes confondirent la dot germanique avec la dot romaine et la donation *ante nuptias* ; ils virent que Justinien, dans la loi 22, C., *De nuptiis*, mettait la donation *ante nuptias* sur la même ligne que la dot, et ils assimilèrent ces trois choses. Depuis longtemps l'Eglise avait engagé la lutte contre le concubinat et le divorce. L'apport matrimonial, quelle que fût sa dénomination, distinguait l'épouse de la concubine, et mettait obstacle au divorce par la nécessité de la restitution imposée au mari. Voilà pour l'élément canonique. L'Eglise, en faisant du droit canonique, fit en même temps du droit civil ; en d'autres termes, ce qui était prescrit dans l'intérêt spirituel des peuples était en parfait accord avec leurs intérêts temporels ou civils. En effet, si les conventions matrimoniales n'avaient pas été immuables, la femme, à peine entrée dans le mariage et livrée à la puissance maritale, aurait été presque toujours forcée de consentir à tous les changements commandés par l'intérêt et les convoitises du mari ; ses propres immobiliers seraient devenus des biens de communauté, ce qui eût contrarié les idées nationales qui attachaient tant d'importance à la conservation de la propriété immobilière dans les familles. Aussi, la loi des Ripuaires avait-elle dit, longtemps avant les Coutumes : *Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei per tabularum seu chartarum instrumenta conscripserit, PERPETUALITER inconvulsum permaneat* (art. 37). Voilà pour l'élément civil. Les tiers profitèrent d'un point de droit qui n'avait pas été d'abord fait pour eux : ils surent à quoi s'en tenir et ne furent pas exposés aux déceptions par des augmentations frauduleuses de dot.

159. Le Code Napoléon ne donne pas au mari l'ancienne qualification de *maître* de la dot, afin d'éviter les équivoques auxquelles ce mot peut se prêter; mais, en supprimant le mot, il a conservé la chose; et aujourd'hui encore il est vrai de dire que, sous le régime dotal, le mari est maître de la dot mobilière et immobilière, comme, sous les autres régimes, il est également maître des propres mobiliers et immobiliers de la femme, pourvu que l'on entende par cette maîtrise, non pas celle de la propriété et de la disposition, mais celle de la jouissance et de l'administration. Et voyez comme tout s'enchaîne, comme tout s'explique avec autant de simplicité que de clarté. Sous le régime sans communauté, l'article 1533 assujettit le mari à toutes les obligations d'un usufruitier au sujet des propres mobiliers et immobiliers de la femme, ce qui comprend l'obligation de les administrer en bon père de famille et de les conserver, afin de pouvoir les restituer en nature (article 578). Cette obligation est la négation du pouvoir de disposer; mais, en même temps, elle renferme *la maîtrise* et l'indépendance de l'administration du mari, parce qu'il n'y a point de responsabilité sans liberté. C'est toujours le mot profond de la Constitution du 14 janvier 1852 : *Etant responsable, il faut que son action soit libre et sans entraves*¹. De même, sous le régime dotal, l'article 1562 impose au mari toutes les obligations d'un

1. M. Thiers a dit, dans le discours qu'il a prononcé, le 2 juin 1865, devant le Corps législatif : « La responsabilité est proportionnée au pouvoir ».

usufruitier ; nous en avons déduit les mêmes conséquences, à savoir que le mari ne peut pas non plus disposer de la dot mobilière.

160. Mais il est arrivé que des esprits, dominés par les idées de communauté et par les dogmes de l'économie moderne, ont pris à partie la règle d'inaliénabilité qui forme le principe dominant du régime dotal. Pour affranchir la dot mobilière de cette règle importune, ils ont voulu voir dans le *maître de la dot* un propriétaire de la dot mobilière ; ces auteurs n'ont pas réfléchi que leur interprétation dépassait leur but, puisque, dans notre ancienne jurisprudence de droit écrit, le mari était maître de la dot immobilière aussi bien que de la dot mobilière et qu'en droit coutumier, il était également maître des propres mobiliers et immobiliers de la femme. Cette doctrine, qui n'avait en vue que le régime dotal, atteint par contre-coup le régime de la communauté conventionnelle et le régime sans communauté ; elle leur enlève les propres mobiliers sinon immobiliers, résultat évidemment impossible et devant lequel on vient de voir que la Cour de cassation recule.

161. Chose singulière ! la Cour de cassation ne recule pas, quand il s'agit de faire brèche à la dot mobilière du régime dotal. Ici, la haine de l'inaliénabilité de la dot du régime dotal a eu la puissance de faire illusion à la haute raison de la Cour suprême : il lui en a coûté de regrettables contradictions. Ainsi, lorsqu'il s'agit de meubles exclus de la communauté, la Cour de cassation vous dit que le mari n'a de droits sur le mobilier apporté par la femme que comme chef de la commu-

nauté, ou comme administrateur des biens de la femme; et que ce droit d'administration est exclusif du droit d'aliénation (arrêt du 5 novembre 1860). Au contraire, le droit d'administration renferme le droit d'aliénation, lorsqu'il s'agit des meubles dotaux du régime dotal, comme si la constitution de dot n'était pas une exclusion de communauté, ou comme si le régime dotal n'était pas un régime sans communauté. Alors, en effet, la Cour de cassation décide que le mari ayant l'administration des biens dotaux et le droit de recevoir le remboursement des capitaux, il a *par conséquent* celui de disposer desdits capitaux (arrêt du 12 août 1846).

Mais le mari a certainement tous ces droits sur les créances exclues de la communauté. Comment se fait-il donc que, dans la logique de la Cour de cassation, les mêmes droits conduisent à des conséquences entièrement opposées?

Dans l'arrêt du 12 août 1846, la Cour de cassation a cru échapper aux embarras de sa situation par une équivoque : de ce que le mari a l'administration des biens dotaux et le droit de recevoir le remboursement des capitaux, elle conclut qu'il a le pouvoir de disposer desdits capitaux, lorsque aucune condition d'emploi ne lui a été imposée. Cela est parfaitement vrai. Mais, est-ce là notre question? Nullement. Etait-ce celle que la Cour de cassation avait à résoudre? Pas davantage. Dans l'espèce soumise à la Cour, le mari n'avait pas reçu le paiement de la créance dotale; il n'avait pas simplement disposé des capitaux de cette créance, payés par le débiteur : il avait cédé la créance elle-même; en d'autres termes, au lieu de faire un acte d'administra-

tion, il avait fait un acte de propriété et d'aliénation. L'arrêt de 1846 conclut de l'acte d'administration à l'acte de propriété et de disposition : conclusion évidemment fautive, ainsi que la Cour elle-même l'a reconnu dans ses arrêts de 1840 et de 1860. En effet, dans ce dernier arrêt, elle dit avec raison que *le droit d'administrer est exclusif de celui d'aliéner*.

162. La Cour, se souvenant de son arrêt de 1840, a évité de dire avec la crudité de Catelan : *Le mari a le droit de recevoir les capitaux des créances dotales : donc il a le droit de céder ces mêmes créances* ; elle a dit : *Le mari a le droit de recevoir le remboursement des CAPITAUX : donc il a celui de disposer desdits CAPITAUX*.

D'accord ; mais cela ne prouve pas ce qui était à prouver, que le mari a le droit de disposer des créances elles-mêmes ; la Cour a évité le mot, mais non la chose, et le fameux sophisme de Catelan montre le bout de l'oreille dans son arrêt. Elle décide, sans autre motif, que *le mari qui fait cession d'une créance dotale ne fait qu'user du droit de libre disposition qui lui appartient à cet égard, puisque la propriété de la femme est convertie PAR LA LOI en une créance contre le mari* (arrêt du 12 août 1846). La loi qui convertit la propriété de la femme en un droit de créance contre le mari n'existe dans aucun de nos Codes ; c'est la Cour de cassation qui la crée pour venir en aide aux idées de crédit et de circulation qui agitent notre époque ; c'est le progrès, cette maladie des temps modernes, qui envahit la justice : nous avons la jurisprudence progressiste.

L'arrêt du 12 août 1846 n'est pas motivé ; il ne repose

que sur de pures affirmations, dénuées de toute preuve, auxquelles les arrêts du 2 juillet 1840 et du 5 novembre 1860 donnent un éclatant démenti. En effet, suivant le premier, le droit d'administrer les créances dotales renferme celui d'en disposer ; au contraire, suivant les deux autres, le droit d'administrer les créances exclues de la communauté, c'est-à-dire de recevoir le remboursement des capitaux, ne renferme pas le droit de disposer de ces mêmes créances. Il y a deux logiques, et l'une d'elles a pour but spécial de soumettre la loi de dotalité à la loi de communauté. De plus, le régime dotal, que les commentateurs du droit romain, et Pasquier et les rédacteurs du Code Napoléon eux-mêmes ont appelé *une séparation de biens* entre les époux ¹, n'est pas un régime sans communauté, c'est-à-dire sans confusion des biens des époux : la dot mobilière tombe dans la communauté et la puissance du mari, qui peut en disposer et la faire servir à ses spéculations ; c'est la mise sociale d'une femme qui n'est pas associée, et la réhabilitation de la société léonine.

Le malheureux arrêt du 12 août 1846, précédé d'un réquisitoire qui ne l'est pas moins, n'a point satisfait M. Troplong ; l'illustre premier Président croit que le mari est propriétaire ou quasi-propriétaire des meubles dotaux et qu'il peut en disposer, parce que l'article 1549 lui accorde l'exercice des actions. Cette doctrine est passée, presque mot pour mot, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1859. Il n'y avait pas assez de contradictions dans les arrêts de la Cour de

1. V. *supra*, n° 9, à la note et p. 252.

cassation, en cette matière : il en fallait une de plus. Lorsqu'il s'agit des meubles exclus de la communauté, l'exercice des actions ne prouve pas que le mari soit propriétaire de ces meubles, ni qu'il puisse en disposer (arrêt du 5 novembre 1860); mais, au contraire, quand il s'agit de faire échec à l'inaliénabilité du régime dotal, l'exercice des actions prouve que le mari est propriétaire des meubles dotaux et qu'il peut les aliéner (arrêt du 6 décembre 1859).

Il n'est pas même vrai que le mari ait l'exercice des actions pétitoires dotales; c'est un point qui nous semble définitivement établi contre M. Troplong et la Cour de cassation¹. Et quand même le mari aurait ce droit, la jurisprudence de la Cour suprême serait encore contradictoire et erronée.

163. La dernière contradiction de la Cour de cassation en cette matière est celle-ci :

Lorsqu'il s'agit des meubles que la femme a exclus de la communauté ou qu'elle a soumis au régime sans communauté, la Cour dit que, si le mari pouvait aliéner les meubles auxquels une clause spéciale a imprimé un caractère propre, il arriverait souvent que, par suite du désordre des affaires du mari, la femme se trouverait dépouillée du bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte (arrêt du 5 novembre 1860); mais, au contraire, lorsque la femme, usant du droit de liberté écrit dans l'article 1387 du Code Napoléon, a soumis ses meubles à l'inaliénabilité dotale, elle est coupable

1. V. *supra*, nos 114 et suiv.

d'avoir stipulé un régime maudit par les dogmes les plus sacrés de l'école économique ; ses conventions n'ont plus la même force.

En conséquence, la Cour de cassation décide que, sous le régime dotal, la femme n'a qu'un droit de créance contre son mari, à raison de ses meubles dotaux et que ce droit de créance est suffisamment garanti par l'action personnelle et hypothécaire qui paraissent avoir, sous le régime dotal, une vertu d'une espèce particulière ; qu'au surplus, si cet état de choses a des inconvénients pour la dot mobilière de la femme, c'est aux conventions matrimoniales d'y obvier (arrêts du 12 août 1846 et du 6 décembre 1859).

Mais s'il s'agit des meubles exclus de la communauté, la femme en reste propriétaire ; elle a donc une action réelle, indépendamment de l'action personnelle et hypothécaire. Ici la Cour de cassation voit, dans la clause de réalisation ou d'exclusion de la communauté, la volonté implicitement exprimée par la femme de soustraire ses meubles à la puissance du mari et à son pouvoir de disposition ; elle en donne une raison décisive : c'est que le mari n'a le droit d'aliéner les meubles apportés par la femme qu'en sa qualité de chef ou de maître de la communauté ; or, les meubles exclus de la communauté échappent, par cela même, à la disposition du mari.

Telle est l'économie des arrêts du 2 juillet 1840 et du 5 novembre 1860.

164. La contradiction et l'erreur viennent de ce que, sous le régime dotal, la Cour de cassation voit dans le

mari un *maître* de la dot : comme MM. Delangle et Troplong, elle prend à contre-sens cette qualification que la jurisprudence de droit écrit donnait au mari. Elle opère ainsi la confusion de la dot mobilière dans les biens du mari. Combien de fois nous faudra-t-il répéter que le régime dotal est, par sa nature même, une séparation des biens des époux ? Faut-il redire encore que la maîtrise du mari n'était que celle de la jouissance et de l'administration, tandis qu'on en fait celle de la propriété et de la disposition ? Nous l'avons dit si souvent que nous n'osons plus le faire ; nous craignons d'être fatigant. Ce n'est pas notre faute assurément s'il existe un principe fondé sur l'origine et la nature des choses, qui répond à toutes les attaques, qui dissipe toutes les critiques et qui fait ressortir avec éclat la justice et l'équité du régime dotal et la nécessité de son inaliénabilité de la dot. Ce principe n'est pas de ceux dont on se débarrasse en n'en parlant pas ; il revient toujours en contradictions malheureuses dans les livres et les arrêts.

Au surplus, nous ne sommes pas si loin de nous entendre avec la Cour de cassation ; nous serons d'accord avec elle le jour où elle sera d'accord avec elle-même, en renonçant à l'équivoque de la maîtrise du mari.

La Cour suprême, nous l'espérons, finira par comprendre que le régime dotal est un régime sans communauté, et que la constitution de dot a toute l'énergie d'une clause de réalisation et d'exclusion de communauté.

165. Pour les jurisconsultes qui n'ont pas pénétré à

fond la doctrine et la jurisprudence que nous critiquons, il est difficile de comprendre comment, sous le régime dotal, le mari doit pouvoir disposer de la dot mobilière et la faire servir à ses spéculations, tandis que cela n'est pas nécessaire sous le régime sans communauté. C'est que les défenseurs de cette doctrine savent fort bien que, sous tout autre régime que le régime dotal, le mari obtiendra toujours le consentement de la femme pour l'aliénation et qu'il pourra disposer de ses meubles dotaux comme des siens. C'est l'inaliénabilité de la dot du régime dotal qui les contrarie et qui est l'objet de leur prévention et de leur haine. Pour tourner cet obstacle, ils ont, comme le préteur romain et dans un but d'utilité plus que contestable, emprunté à une erreur de Pothier, plus peut-être qu'au droit romain, une inaliénabilité bâtarde et mitigée qui s'applique, non pas à la dot mobilière elle-même, mais *au droit de créance et de reprise en valeur*, seule chose qui appartienne à la femme, puisque le droit de propriété et de disposition appartient au mari.

166. Ils en donnent les raisons suivantes : « Comment, en effet, dit M. Troplong (si la dot mobilière était inaliénable par le mari), le commerce des meubles serait-il possible ? Qui oserait acheter des objets mobiliers d'un homme marié ? Qui se croirait sûr dans ses transactions avec lui (n° 3231) ? »

La réponse n'est pas difficile : si les tiers ont connu la dotalité des meubles, pourquoi achetaient-ils le bien d'autrui ? S'ils l'ont ignorée, ils sont protégés par l'article 2279.

M. Troplong ajoute : « On a parfaitement compris que la nécessité de donner une garantie aux femmes ne pouvait pas aller jusqu'à enlacer dans une immobilité artificielle et fatale pour le commerce quotidien de la vie, des choses dont la nature est mobile et qui tiennent leur principale utilité de leur facilité à s'échanger. La femme elle-même serait lésée dans ses intérêts, si, aujourd'hui que la richesse mobilière a acquis un si grand développement, où tant de femmes sont dotées avec des rentes sur l'État, des actions sur les chemins de fer, etc., un mari prévoyant ne pouvait prévenir une baisse en les aliénant quand elles sont en hausse (n° 3247) ».

Ces raisons sont fausses et condamnées radicalement par la loi de finances du 2 juillet 1862 dont l'article 46, tranchant une question controversée dans la jurisprudence, porte : « Les sommes dont le placement ou le emploi en immeubles est prescrit ou autorisé par la loi, par un jugement, par un contrat ou par une disposition à titre gratuit, entre-vifs ou testamentaire, peuvent être employées en rentes 3 p. 0/0 de la dette française, à moins de clause contraire ». Il n'est pas admissible que le mari puisse défaire le emploi opéré conformément à cette loi.

Est-ce à dire que la loi du 2 juillet 1862 ait sacrifié l'intérêt des femmes et enlacé leur dot dans une immobilité fatale ? Nullement. Le législateur a compris qu'à côté des chances de baisse sont les chances de hausse ; il a vu que le placement en rentes sur l'État, offre en définitive les plus solides garanties, et que si parfois la rente tombe, elle est toujours près de se relever : il suffit de savoir attendre.

C'est un singulier raisonnement, celui qui consiste à dire : la rente et les autres valeurs qui sont cotées à la bourse peuvent subir une baisse; maris prévoyants, hâtez-vous de les vendre. Mais si tout le monde raisonnait comme les maris, qui donc achèterait? Le père de famille avait bien calculé; il avait fait un bon placement, puisque les valeurs sont en hausse; c'est précisément ce qui condamne sa prévoyance, ce qui fait que, pour la dot de sa fille, il n'y a d'autre placement qu'en spéculations maritales.

Et les créances ordinaires, chirographaires ou hypothécaires, sont-elles sujettes à des mouvements de hausse ou de baisse? Subissent-elles l'influence de nos moindres oscillations politiques? C'est un vice de logique de conclure du particulier au général. Une doctrine qui se fonde sur la nature des choses, que d'ailleurs elle apprécie mal, devrait se relâcher de ses inflexibles généralités, lorsque les choses ne sont plus les mêmes et ne cadrent pas avec ses raisons. Mais il n'en est pas ainsi. Tous les meubles, corporels et incorporels, quelle que soit leur nature, sont assimilés aux actions et aux valeurs industrielles qui se cotent à la bourse. On veut que tout soit livré à la fièvre de spéculation et d'industrie qui remue le monde moderne : on affirme que « le mari est saisi de tout le mobilier dotal ¹ ».

167. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1859 s'est approprié ces idées, et il n'en vaut pas mieux pour cela. En effet, quand les raisons sont fon-

1. M. Troplong, *Contrat de mariage*, n° 3232.

dées sur la nature des choses, elles doivent s'appliquer à toutes les choses dont la nature est la même. Or, les meubles ne sont pas d'une nature différente parce qu'ils sont dotaux; ils ne sont pas soumis à plus de chances d'altération ou de perte que ceux des mineurs, des interdits et des autres personnes dont la fortune est administrée par autrui. Donc, le raisonnement de M. Delangle, de M. Troplong et de la Cour de cassation, s'il n'est pas faux, conduit forcément aux conséquences suivantes, par lesquelles on peut le juger comme on juge l'arbre par ses fruits :

1^o Les tuteurs, les usufruitiers, les grevés de substitution, et, en général, tous les administrateurs de la fortune mobilière d'autrui, en sont propriétaires et peuvent en disposer;

2^o Leurs créanciers peuvent faire saisir les meubles et créances appartenant aux mineurs, aux interdits, etc.;

3^o En pareil cas, il y a deux droits ou deux domaines bien distincts : le domaine civil appartenant aux tuteurs, aux maris, aux usufruitiers, aux grevés de substitution, qui leur donne le pouvoir de disposer; le domaine naturel qui reste aux mineurs, aux interdits, à la femme, au nu-propriétaire, et qui ne consiste qu'en un simple droit de créance.

En conséquence, dans toute succession dévolue à des mineurs, il y a deux saisines légales : 1^o la saisine des immeubles, dévolue aux mineurs; 2^o celle des meubles, dévolue au tuteur. Le mineur lui-même serait lésé dans ses intérêts, si, aujourd'hui que tant de successions comprennent des rentes sur l'État, des actions sur les

chemins de fer, etc., un tuteur prévoyant ne pouvait prévenir une baisse en les aliénant quand elles sont en hausse (argument *a pari* de la doctrine de M. Troplong, n° 3247, et de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1859).

Quand la raison est la même, la décision doit l'être aussi; la loi n'a pas deux poids et deux mesures.

168. La doctrine qui accorde au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière veut trouver un point d'appui dans la lutte qui s'établit entre le régime de communauté et le régime dotal, au seizième et au dix-septième siècles. A cette époque, les études historiques étaient nulles, et l'on ne remontait pas, comme aujourd'hui, à l'origine des institutions juridiques pour en déterminer la nature. Dans ce conflit de principes opposés, quelques jurisconsultes de droit écrit se laissèrent influencer, probablement sans le savoir, par les idées de communauté; ils les acceptèrent avec d'autant plus de confiance et de facilité, qu'elles paraissaient conformes au droit romain, par suite de circonstances que j'ai signalées. De ce nombre furent Catelan et son annotateur Vedel, et, plus tard, Serres et de Juin¹.

Cette opinion est invoquée par M. Troplong, qui se croit autorisé à en conclure que, suivant la jurisprudence du parlement de Toulouse, le mari pouvait disposer des créances dotales sans le consentement de sa femme, et que rien n'était plus constant que la jurisprudence de ce parlement (nos 3166 à 3170).

1. Voy. sur tout ceci, *supra*, n° 68 et suiv.

J'ose affirmer que M. le premier Président de la Cour de cassation confond l'opinion de Catelan et de Vedel avec la jurisprudence de leur parlement. Jamais le parlement de Toulouse n'a sanctionné, par aucun arrêt, la doctrine de Catelan et de Vedel, ni celle de de Juin et de Serres; c'est ce que je crois avoir définitivement établi en présentant l'exposé de la doctrine et de la jurisprudence du second parlement de France. D'ailleurs, le parlement de Toulouse n'était pas le seul parlement de droit écrit; et, en supposant même que sa jurisprudence fût telle que M. Troplong l'interprète, il resterait encore à examiner si celle des autres parlements de droit écrit, notamment de ceux de Paris, de Bordeaux, de Grenoble, d'Aix, n'était pas contraire, et alors il serait important de rechercher quel parti ont pris les rédacteurs du Code Napoléon. Or, en ouvrant les procès-verbaux des discussions et des motifs qui ont précédé le Code, on voit que Portalis disait « que l'inaliénabilité empêche le mari de disposer seul de *la dot* « sous aucun prétexte ». Le tribun Duveyrier était plus affirmatif encore : « Partout, disait-il, le mari était privé de la faculté d'aliéner, d'hypothéquer *le bien dotal*, même avec le concours ou le consentement de sa femme, et les parlements s'accordaient sur l'application, au point de déclarer nulles, après la dissolution du mariage et sur la demande de la femme, les aliénations de *sa dot*, qu'elle avait faites elle-même ou consenties. Le projet de loi conserve dans toute sa rigueur cette règle première et essentielle du régime dotal ¹. »

1. Fenet, t. XIII, p. 756.

Voilà comment les rédacteurs du Code ont apprécié l'ancienne jurisprudence de droit écrit ; leur appréciation est l'exactitude même ; elle est en parfait accord avec celle des auteurs du *Nouveau Denisart*, qui écrivaient en 1783, « qu'en général le mari est *maître absolu* des biens de la communauté ¹, et qu'à l'égard des propres de sa femme, il n'en a que la jouissance, *comme des BIENS DOTAUX en pays de droit écrit* ² ». Les rédacteurs du Code reproduisaient littéralement cette doctrine lorsqu'ils disaient, dans leurs exposés des motifs : « Le mari n'a que la jouissance et l'administration des BIENS DOTAUX ³... Le mari, puisqu'il n'est qu'un usufruitier, ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas ; de là, l'inaliénabilité de la dot... Hors le cas de ces stipulations précises (celles des articles 1551 et 1552), le mari n'a que la perception des fruits de la dot et son administration ⁴. »

169. M. Troplong entend tout autrement le droit du mari, et, pour dernières raisons, il dit : « Le mari peut disposer des biens de cette espèce (des créances dotales)..., parce qu'il est *procurator in rem suam*, de même que le cessionnaire ; parce que, pour ce qui tient au domaine de la femme, il est le mandataire légal et le représentant de celle-ci ⁵ ».

1. En comparant ces expressions : *Maître absolu*, au réquisitoire de M. Delangle, on voit que ce magistrat les transportait dans le régime dotal, sous le nom d'*administration absolue*. J'ai donc raison de dire qu'on fait de la communauté à propos de dotalité.

2. V^o *Dot*, § 14, n^o 11.

3. Fenet, t. XIII, p. 682. V. aussi p. 826, 827 et 829.

4. Fenet, t. XIII, p. 755.

5. *Contr. de mar.*, n^o 3172 *in fin.*

Et M. Marcadé, qui a vu le régime dotal dans le livre de M. Troplong, a reproduit la même idée en ces termes : « A Rome, le mari était déclaré propriétaire de la dot, et la femme l'était également. Cette propriété simultanée de la femme et du mari était déjà peu intelligible en droit romain. — Rien de plus arbitraire et de plus inadmissible aujourd'hui que cette idée des deux domaines. — Le Code, loin de donner la propriété au mari, tient la femme pour seule propriétaire. — Le mari, pour n'avoir pas la propriété, ne laisse pas de jouir, à l'égard des biens dotaux, de tous les droits qu'il avait à Rome : la loi l'investit d'un mandat pour cela. Ce n'est donc qu'une affaire de mots et d'exactitude de langage, car, au fond, les choses sont toujours ce qu'elles étaient à Rome, et les résultats sont les mêmes. — Le législateur n'a pas songé à créer un système nouveau; il a voulu, ni plus ni moins, consacrer l'ancien système dotal ¹. »

On le voit, suivant M. Marcadé, le Code refuse la propriété de la dot au mari et l'accorde à la femme, tandis que, dans le système de M. Troplong, le mari a un droit de propriété et de disposition, et la femme un droit de créance. Est-ce à dire que, dans l'opinion de M. Marcadé, le mari ne puisse pas aliéner la dot mobilière? Nullement. S'il n'est pas propriétaire, il est mandataire, et, en cette qualité, il peut disposer de la dot mobilière. C'est, en termes différents, le système de M. Troplong, si bien que l'on vient de voir le célèbre magistrat donner au mari la qualité de *procurator*; il se rapproche beaucoup de l'opinion enseignée par de Juin

1. *Cours élém. de droit civil*, t. VI, p. 32, 33, 38, 41 et 120.

et Serres dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit ¹.

M. Marcadé dit que le Code a voulu consacrer l'ancien système dotal, et cela est vrai. Mais lequel ? Ce n'est pas la jurisprudence de droit écrit ; l'auteur n'en dit pas un mot : dans sa pensée, c'est le droit romain. Mais quel droit romain ? Celui des jurisconsultes, car M. Marcadé parle du double domaine de la femme et du mari sur la dot mobilière ; il interprète la législation de Justinien comme M. Troplong, et ne voit pas, dans la loi 30, C., *De jure dotium*, la négation de la propriété du mari. Quant à la jurisprudence de droit écrit, il ne la voit que dans de Juin et Serres, qui n'ont eux-mêmes cherché leurs inspirations que dans le droit romain antérieur à Justinien. Voilà pourquoi M. Marcadé pense, toujours comme M. Troplong, qu'en droit écrit la dot mobilière n'était inaliénable qu'au parlement de Bordeaux ². C'est ainsi que l'erreur grossit et fait la boule de neige.

Ce système n'est pas nouveau ; il fut enseigné en 1831, par un savant professeur allemand, M. Tigerstrôm, comme étant l'expression de la doctrine romaine en matière de dot ³.

Considérée au point de vue du droit romain, cette opinion est plus que contestable : elle est repoussée par une foule de textes du Digeste, notamment par la loi 21, D., *Rerum amotarum*, qui accorde au mari la *vindictio* des choses dotales contre la femme. Je ne mentionne ce système que pour prouver combien, en cette

1. V. *supra*, n^{os} 69 et suiv.

2. V. *supra*, n^o 144.

3. *Römische Dotal-Recht*, § 25.

matière, il est facile d'être dupe des mots et de s'égarer.

Qui ne croirait que cette doctrine, avec sa livrée de droit romain, ne renferme aucun élément de communauté ? Et cependant, elle est entièrement conforme au droit coutumier, auquel elle a emprunté jusqu'au mot *procurator*. Dans l'ancien droit coutumier, le mari était *mainbour*, *bail* ou *gardien* de la personne et des biens de sa femme. A l'époque de la rédaction des Coutumes, ces dénominations, qui toutes exprimaient les effets du *mundium* germanique, parurent trop tudesques ; on les remplaça par celles de *procurator legitimus* et *necessarius*. On lit, en effet, dans le *Grand Coutumier*, dont la rédaction révèle déjà l'influence du droit romain et de la littérature latine : « *Item nota, de consuetudine*,
« *maritus est PROCURATOR legitimus et necessarius uxoris*
« *sue*¹ ».

La doctrine du mari *procurator* repose sur une équivoque manifeste.

Dans la pensée de M. Troplong et de M. Marcadé, le *procurator* n'est pas autre que le *dominus dotis* en droit romain, autre que le *maître de la dot* en droit écrit. De Juin et Serres arrivaient au même résultat en disant : « La loi Julia ne défend au mari que l'aliénation du fonds dotal ; donc elle lui permet celle des créances dotales. » C'est toujours, sous un nom différent, faire subir à la dot le principe de puissance maritale qui est la négation du régime dotal et le fondement de celui de la communauté. Le *procurator*, c'est le *mainbour*, le *bail*

1. *Grand Coustumier*, folio 69, liv. II, tit. *Des douaires*.

ou *gardien* du droit germanique et coutumier. Il ne faut pas oublier les formules des lois barbares : *Sicut in eam (uxorem maritus) habet potestatem, ita et de rebus suis habeat*. Il n'y a point de différence entre cette *potestas* et le *procurator* tel qu'on l'entend ; le *Grand Coutumier* en fournit la preuve manifeste. Le pouvoir que l'on accorde au mari considéré comme procureur ou mandataire de sa femme, renferme toujours la négation du principe essentiel du régime dotal, la séparation de biens entre les époux. On confisque ce principe en reportant le régime dotal à deux mille ans de distance, à une époque encore héroïque et qui n'était pour lui qu'une période de crise, de transition et de formation. Voilà pourquoi la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari est fatalement condamnée à se débarrasser, coûte que coûte, du droit de Justinien et de l'ancienne jurisprudence de droit écrit.

Que le mari soit *procurator* comme il est *maître de la dot*, peu importe ; ces diverses qualifications n'expriment que son droit de jouissance et d'administration ; elles ne renferment pas le droit de disposition.

170. En 1858, une polémique ardente et instructive s'est engagée, dans la *Revue critique de Législation*, entre M. Marcadé et M. Bellot des Minières, au sujet des droits du mari sur la dot mobilière. M. Bellot des Minières disait à son antagoniste : Montrez-nous donc le texte de loi qui permet au mari d'aliéner la dot mobilière. M. Marcadé lui répondait : Montrez-nous vous-même celui qui le lui défend. Les deux jurisconsultes ne s'entendaient pas même sur la manière de poser la ques-

tion. Dans ce défaut d'entente, il y a tout un enseignement.

Suivant M. Marcadé, le mariage confère nécessairement au mari la puissance sur les biens comme sur la personne de la femme, sauf conventions contraires; le mari trouve dans sa qualité même ce titre de *procurator* qui exprime son pouvoir sur les biens. En conséquence, tout ce qui n'est pas défendu au mari lui est permis; et comme l'article 1554 du Code Napoléon, tel qu'on l'interprète, n'applique l'inaliénabilité qu'aux immeubles dotaux, il en résulte que le mari peut aliéner la dot mobilière et qu'il faudrait un texte formel pour que ce droit lui fût refusé.

Au contraire, suivant M. Bellot des Minières, il faudrait un texte permissif pour que le mari pût disposer de la dot mobilière.

Cette dernière opinion est la seule vraie.

Les rédacteurs du Code Napoléon se seraient étrangement mépris, s'ils avaient permis au mari l'aliénation ou la disposition de la dot mobilière: ils auraient solennellement décrété le régime dotal, alors qu'ils le décapitaient et lui enlevaient sa raison d'être en lui faisant subir un principe qui en est la ruine et qui conduit nécessairement à des conséquences pires que la communauté, puisque la femme court les mêmes chances de perte, sans avoir celles de gain. Si les adversaires de l'inaliénabilité dotale lisaient les discussions qui ont précédé le Code Napoléon, ils seraient beaucoup moins affirmatifs; ils y verraient que Portalis disait que si la dot était déclarée aliénable, le système des pays de droit écrit serait entièrement sacrifié et que ceux qui

croiraient le prendre pour règle de leur association, se trouveraient cependant régis par le système coutumier¹. Leur erreur vient de ce qu'ils ne connaissent même pas le principe et la raison d'être de l'institution qu'ils veulent expliquer et appliquer. Est-il vrai, oui ou non, que le régime dotal a pour principe essentiel la séparation de biens entre les époux et que ce principe a pour conséquence nécessaire l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière par le mari et par la femme, conjointement ou séparément²? Est-il encore vrai, oui ou non, que le principe de puissance maritale sur les biens de la femme, quand il va jusqu'au pouvoir de disposition, a pour conséquence nécessaire la communauté, c'est-à-dire l'association de la femme? Le texte permissif serait un contre-sens législatif. C'est dire qu'il n'existe pas, et qu'ils sont dans une grande erreur ceux qui s'efforcent de le sous-entendre et de le créer par interprétation. L'esprit se refuse à comprendre que la loi permit au mari d'aliéner ce qu'elle l'oblige à restituer en nature; et, pour répondre catégoriquement à la malheureuse interrogation de M. Marcadé, nous disons que le texte qui défend au mari d'aliéner la dot mobilière est dans les articles 1554, 1555, 1556, 1562, 578, 1564 du Code Napoléon, et dans l'article 83, § 6, du Code de procédure.

L'erreur appelle l'erreur.

M. Marcadé a cru trop facilement que le mari était *procurator*, et que ce pouvoir allait jusqu'à la disposi-

1. Voyez le n° 93.

2. Voyez le n° 9 et la note finale. V. aussi la page 252.

tion de la dot mobilière : voilà pourquoi , selon lui , il ne faudrait rien moins qu'un texte de loi pour que le mari n'eût pas le droit d'aliéner la dot mobilière.

171. Les créanciers du mari peuvent-ils faire saisir les meubles dotaux de la femme ?

Ils ne le pouvaient pas certainement dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit ; la doctrine et la jurisprudence étaient unanimes à cet égard.

On lit dans Despeisses :

« Lorsque les biens meubles de la femme , qu'elle a
« apportés en dot, ont été saisis pour les dettes de son
« mari, en faisant voir que lesdits meubles lui appar-
« tiennent et lui ont été reconnus, elle peut faire
« casser cette saisie, comme il a été jugé par arrêt de
« la Cour des Aides de Montpellier, donné en audience,
« moi présent, le 15 décembre 1617, parce qu'elle a
« intérêt que lesdits meubles ne viennent pas à se
« perdre ¹. »

Le parlement de Toulouse rendit un arrêt dans le même sens , le 11 août 1645.

Et il ne pouvait pas en être autrement, puisqu'il était de principe , en droit écrit, que le mari n'avait que la jouissance et l'administration de la dot, soit mobilière, soit immobilière ².

Le droit coutumier avait des principes tout différents ; une de ses règles essentielles est celle-ci :

1. Part. 1, tit. xv, *De la dot*, sect. 2, n° 34. — Telle est aussi la doctrine de Rousseau de Lacombe, v° *Dot*, part. 1, sect. 3, n° 6.

2. Voy. plus haut l'exposé de la doctrine et de la jurisprudence de droit écrit, nos 67 et suiv., et n° 111.

Quiconque a action contre le mari a action contre la communauté. En effet, la communauté, c'est le mari qui en est le chef et le gérant ; or, sous ce régime, les meubles de la femme tombent dans la communauté, ou, en d'autres termes, dans la puissance et la disposition du mari.

Les jurisconsultes qui veulent que, sous le régime dotal, le mari soit propriétaire de la dot mobilière et qu'il puisse en disposer (ce qui revient à dire qu'il en est le chef et le gérant, comme si la femme était associée) doivent conséquemment décider que les créanciers du mari peuvent faire saisir les meubles dotaux de la femme. Telle est, en effet, la doctrine de M. Troplong. On sait qu'aux yeux de l'éminent magistrat, toute la jurisprudence de droit écrit se résume dans la doctrine soutenue par Catelan et Vedel et par de Juin et Serres ; il oppose donc Catelan à Despeisses et l'opinion exprimée au sein du parlement de Toulouse, le 30 mai 1665, à l'arrêt de la Cour des Aides de Montpellier ; il fait remarquer qu'à Toulouse on n'eut pas grand égard à l'arrêt de Montpellier. Mais qu'est-ce à dire ? Est-ce que le parlement de Toulouse n'avait pas eu égard à l'arrêt de Montpellier par celui qu'il rendit le 11 août 1645, qui vaut bien, sans doute, l'opinion dont parle Catelan ? Cette opinion de Catelan, même en la fortifiant de celle qui fut émise le 30 mai 1665, ne supporte pas la comparaison avec la jurisprudence des parlements de droit écrit, qui tous, sans en excepter celui de Toulouse, décidaient que le mari n'a que la jouissance et l'administration de la dot ; ce qui veut dire sans doute qu'il ne pouvait pas disposer

de la dot mobilière et que ses créanciers ne pouvaient pas la faire saisir.

Au surplus, voici un arrêt qui ne date pas de 1665 et qui a cassé une saisie de meubles dotaux pratiquée par un créancier du mari :

Mademoiselle de Grandseigne d'Hauterives s'était mariée sous le régime dotal, dans le département des Hautes-Pyrénées, avec M. d'Arroy de la Rivière, capitaine de cavalerie. Pendant que les époux habitaient Niort, un sieur Barreteau, créancier du mari, fit pratiquer à leur domicile une saisie-exécution sur plusieurs meubles dotaux à Madame d'Arroy. Cette dame en demanda la distraction, suivant les formes prescrites par l'article 608 du Code de procédure. Sa demande fut rejetée par un jugement du tribunal de Niort, dont les motifs n'étaient qu'un long tissu de préjugés de communauté. Mais, sur l'appel interjeté par Madame d'Arroy, la Cour de Poitiers reforma ce jugement par arrêt du 17 juillet 1860 et ordonna la distraction des meubles dont la dotalité était justifiée :

« Attendu que les articles 1541 et suivants du Code Napoléon rendent la dot mobilière inaliénable; que les meubles corporels peuvent, comme les créances et les immeubles, être placés sous la protection de la dotalité; que la dot a été donnée aux époux pour soutenir les charges du mariage; que les meubles corporels, indépendamment de leur valeur réelle que l'affection ou la piété peuvent y attacher, sont pour la famille d'une utilité nécessaire; que le législateur a réglé leur sort d'une manière spéciale, quand il a maintenu le régime dotal; qu'il en conserve la propriété à la femme, à moins

qu'ils ne soient estimés dans le contrat (article 1551, Code Napoléon) ; mais que le mari, obligé à les conserver en nature, ne doit pas compte de ceux qui ont dé péri par l'usage et sans sa faute ; qu'elle doit reprendre ceux qui restent et dans l'état où ils se trouvent (article 1566) ;

« Attendu que les meubles corporels frappés d'inaliénabilité par la dotalité ne peuvent pas être saisis et vendus à la requête des créanciers des deux époux ;

« Attendu qu'on dirait en vain que la créance dont il s'agit au procès a pour principe de grosses réparations faites pour la conservation d'un immeuble dotal ; qu'aux termes de l'article 1558 du Code Napoléon, cette créance pourrait amener la vente de ces immeubles ; qu'à plus forte raison elle doit permettre la vente du mobilier ;

« Attendu que fût-il démontré (ce qui n'est pas dans l'espèce) que la créance de Barreteau a pour cause de grosses réparations faites à la maison dotale de la dame d'Arroy, on ne devrait pas en tirer la conséquence qu'il serait permis de saisir et faire vendre les meubles dotaux ; qu'en droit, ce serait un moyen détourné et facile d'aliéner la dot mobilière et créer au préjudice de la femme dotale et au profit des créanciers un bénéfice de discussion ou un privilège qui n'existe pas dans la loi ;

« Attendu que les époux d'Arroy sont mariés sous le régime dotal ; que l'article 5 de leur contrat de mariage déclare que tous les biens meubles et immeubles, présents et à venir de la future épouse seront dotaux et, comme tels, assujettis à toutes les dispositions de la

loi sur cette espèce de biens, à l'exception seulement des biens meubles et immeubles provenant de la succession de feu Mademoiselle de Chateaubardon ; qu'il est cas de rechercher quels sont, parmi les meubles saisis, ceux qui sont atteints par les dispositions contractuelles, etc...;

« La Cour, faisant droit sur l'appel des époux d'Arroy, dit qu'il a été mal jugé par le jugement dont est appel, qui demeurera sans effet ; ordonne que les meubles plus haut énumérés seront distraits de la saisie faite par Barreteau, comme étant la propriété exclusive et dotale de la dame d'Arroy ; dit qu'ils seront remis à la dite dame par le gardien ¹... »

La Cour de Poitiers a fort bien vu que l'obligation imposée au mari de restituer les choses dotales en nature fait que la femme en reste propriétaire *in specie*. Cette obligation est la négation absolue de la propriété du mari et de son prétendu pouvoir de disposition. La loi serait absurde si elle accordait au mari un droit de propriété et de disposition sur une chose qu'elle l'oblige à restituer en nature. Aussi, les plus déterminés défenseurs de la doctrine qui accorde au mari la propriété et la disposition de la dot mobilière en sont-ils réduits à se mettre en contradiction avec-eux-mêmes, lorsqu'ils veulent expliquer l'article 1564 et l'obligation du mari de restituer l'apport dotal en nature ². L'article 1566 fournit un argument tout aussi décisif par ces mots : *les meubles dont la propriété reste à la femme*.

1. Dalloz, 1863, 2, 28.

2. Voy. *supra*, n° 152.

172. La Cour de cassation ne répond pas à cette argumentation quand elle dit dans son arrêt du 6 décembre 1859 : « La dot mobilière, soumise par sa nature même à des chances diverses d'altération ou de perte, *devait, dans les vues du législateur*, comporter tous actes de disposition qui permettraient au mari d'en faire *l'emploi* le plus utile à l'intérêt de la famille ».

C'est la reproduction des affirmations de M. Delangle dans son réquisitoire qui a précédé l'arrêt du 12 août 1846 : « Se prononcer pour l'inaliénabilité, disait l'éminent magistrat, ce serait aller directement contre *le texte* et contre *le vœu* de la loi. »

Vœux ou vues, tout cela est à cent lieues de la volonté du législateur et des textes du Code. Quand le conseil d'État, appréciant à leur juste valeur les idées économiques qu'on ne cesse d'invoquer aujourd'hui, eut voté le principe de l'inaliénabilité de *la dot*, les orateurs du gouvernement dirent tout le contraire de ce que M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation affirment. M. Duveyrier disait : « *Partout* (en droit écrit) *le mari était privé de la FACULTÉ d'aliéner LE BIEN DOTAL* ¹. » M. Siméon disait aussi : « *Le mari, puisqu'il n'est qu'usufruitier, ne peut aliéner ce qui ne lui appartient pas.* » M. Berlier exprimait la même pensée en ces termes : « *Le mari n'a que la jouissance et l'administration de LA DOT* ² ». »

On ne peut pas faire aux rédacteurs du Code Napoléon l'injure de croire qu'ils pratiquaient la détestable

1. La Cour de cassation, dans son arrêt du 12 août 1846, accorde au mari la faculté de disposer de la dot mobilière. V. p. 337.

2. Voy. *supra*, n° 95 et p. 211.

maxime : *La parole a été donnée à l'homme pour déguiser sa pensée.* Ces hommes illustres n'ignoraient pas sans doute que la loi est un commandement, qu'elle commande pour être obéie, et que pour y parvenir elle ne doit pas dissimuler sa volonté. Elle n'a pas dissimulé non plus, car l'article 1566 parle des *meubles qui restent la propriété de la femme.* Or, dans quels cas cela peut-il arriver, suivant la doctrine de M. Troplong et de la Cour de cassation ? Les articles 1551, 1555, 1556, 1562, 1564 et 578 du Code Napoléon et l'article 83, § 6, du Code de procédure conduisent au même résultat.

Les rédacteurs du Code savaient et ils ont dit que le régime dotal sépare les biens des époux ¹; ils ne pouvaient donc pas vouloir les unir; ils auraient procédé à contre-sens, comme M. Delangle, M. Troplong et la Cour de cassation. Voilà pourquoi ils disaient que la dot est immobile pendant le mariage entre les mains du mari et qu'elle doit être restituée à la dissolution du mariage ²; pourquoi l'on dit aussi que le régime dotal est un régime de conservation. Et c'est fort logique; car, la femme n'étant pas associée, sa dot ne peut pas recevoir d'augmentation; mais aussi, par une juste réciprocité, elle ne doit pas recevoir de diminution.

Le régime de communauté livre les biens meubles de la femme à la puissance et à la disposition du mari: il les unit à ceux du mari pour en former une masse commune. Mais alors la femme acquiert, à titre de compensation, un droit, sinon actuel, au moins éven-

1. V. le n° 9 et la page 252.

2. Fenet, t. XIII, p. 759.

tuel, sur ce patrimoine commun. Le mari, chef de cette communauté de biens, en a l'administration absolue; la femme y trouve son avantage, puisqu'elle est appelée à partager ce patrimoine; elle profite de ses augmentations comme elle en supporte les diminutions: c'est un régime aléatoire. Et, remarquez-le bien! c'est ce patrimoine, c'est cette dot mobilière de la femme qui *devait, dans les vues du législateur, comporter tous les actes de disposition qui permettraient au mari d'en faire l'emploi le plus utile à l'intérêt de la famille.*

Vraies pour le régime de communauté, ces idées, quand on les applique au régime dotal, en sont la négation absolue. Ce régime n'est plus une séparation de biens entre les époux; la dot mobilière devient susceptible de diminution, mais non pas d'augmentation, contrairement à toutes les règles du droit naturel et de la justice distributive, qui veulent que, par une équitable compensation, les avantages soient à côté des inconvénients. Qui ne voit, en effet, que le mari est investi du droit et même du devoir de disposer de la dot mobilière, en pleine liberté, sous prétexte d'en faire l'emploi le plus utile à l'intérêt de la famille?

C'est ainsi que la Cour de cassation met la dot mobilière du régime dotal à la torture en lui faisant subir les principes qui gouvernent la dot du régime de communauté; elle place le régime dotal dans le lit de Procuste de la communauté; elle le mutile et l'écartèle pour lui en faire prendre les proportions.

Ceci prouve combien il est prudent à l'opinion contraire de ne pas dire un mot des motifs et des discours qui ont précédé le Code Napoléon et d'étouffer la ques-

tion dans l'article 1549 dont on fait le travestissement au lieu d'en faire le commentaire.

Cela devait être ainsi dans les vues du législateur, dit la Cour de cassation. Non, cela ne devait pas être ainsi; les lois ont aussi leurs lois: *legum leges*, disait Bacon. Quand on part du régime dotal, principe de séparation de biens, on ne peut pas vouloir pour conséquence la confusion des biens par le pouvoir accordé au mari de disposer de la dot mobilière. Avec ce système-là, il n'y a pas un seul texte de nos lois auquel on ne puisse échapper. Les tribunaux du Midi peuvent décider quand ils voudront que, sous le régime de communauté, le mari n'a pas le pouvoir d'aliéner l'apport mobilier de sa femme; ils n'ont pas à examiner si cela *est* ainsi, mais si cela *doit* être ainsi: or, dans les idées économiques du Midi, le mari ne doit pas avoir ce pouvoir. Ils invoqueront l'économie telle qu'ils la comprennent et la veulent: c'est l'art de se placer au-dessus des lois.

173. A force de vouloir prouver que l'administration de la dot mobilière renferme le droit d'en disposer, on s'est condamné à une doctrine générale qui, en fait de meubles, assimile le droit d'administration au droit de propriété et de disposition. La formule de la nouvelle doctrine sera celle-ci: *En fait de meubles, l'administration vaut propriété.*

Je me trompe quand je dis *la nouvelle doctrine*; elle est ancienne et remonte aux plus mauvais temps de notre histoire. Il y a environ 150 ans, un aventurier célèbre par les ruines et les malédictions qu'il devait

laisser après lui, Law, traversa les mers pour apporter en France l'esprit de spéculation et d'agiotage ; il fut le père des économistes modernes. Son système fut attaqué et défendu. Un de ses apologistes, l'abbé Terrasson, soutint une doctrine qu'il formula par cette proposition : *Nous n'avons sur nos biens qu'un droit de circulation* ¹.

M. Dalloz, en rapportant l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 août 1846, l'a accompagné d'une excellente note, dans laquelle j'ai remarqué le passage suivant :

« Ce dernier système (celui qui accorde au mari la
« propriété et la disposition de la dot mobilière) est
« plus favorable à la circulation des valeurs mobilières
« et s'accommode sans doute mieux avec les pouvoirs
« d'administration attribués au mari ; mais le premier
« (le système contraire) est plus conservateur de la dot
« des femmes ; car, si le mari jouit de la plénitude
« d'administration, il est aussi rigoureusement tenu
« à restituer la dot dans son intégrité²... Or, on ne peut
« disconvenir que ce soit uniquement dans l'intérêt de
« la conservation de la dot, que l'inaliénabilité a été
« originairement introduite dans la législation. La
« jurisprudence moderne a cherché à éviter les incon-
« vénients attachés aux deux systèmes... Elle a voulu
« les concilier dans un système mixte qui aurait pour
« la femme les avantages de l'inaliénabilité sans
« retirer de la circulation les objets frappés de cette
« inaliénabilité. Il est certain que ce résultat n'a pu

1. Voyez le livre de M. Oscar de Vallée : *Les manieurs d'argent*.

2. *Recueil périodique*, 1846, 1, 296.

« être atteint sans blesser à la fois la pureté des principes anciens.... et sans rompre sous quelques rapports avec les traditions de l'ancienne jurisprudence. »

M. Dalloz aurait pu ajouter : *et avec les textes du Code Napoléon*. Au surplus, la jurisprudence dont parle M. Dalloz n'a pas même atteint le but qu'elle se proposait ; l'arrêt du 12 août 1846 en est une preuve éclatante : elle n'est pas la seule.

En 1849, M. Homberg, avocat à Rouen, publia, dans la *Revue critique de législation*, un article qu'il intitula carrément : *Abus du régime dotal*. L'auteur de cette monographie avoue ceci : « Aujourd'hui, on cherche les moyens de mettre la législation civile en harmonie avec les besoins du crédit privé et l'état économique de notre société ».

Nous n'aurions pas cru que nos lois fussent si élastiques, ni qu'on pût en faire sortir tout ce qu'on voudrait.

L'auteur de cet article n'a vu notre société que dans les manufactures de Rouen.

C'est en 1850 que M. Troplong a fait paraître son commentaire du *Contrat de mariage*. Les doctrines qu'il développe sont en opposition fondamentale avec celles de M. Tessier, dans son *Traité de la dot*. Le savant jurisconsulte bordelais a repris la plume et répondu à M. Troplong, dans ses *Questions sur la dot*. Voici comment cette controverse a été appréciée par un auteur anonyme, dans la *Revue de Législation*, t. 44, p. 288 :

« Peut-être la divergence vient-elle de ce que M. Tessier s'est attaché avec un scrupule rigoureux à

« la tradition ; mais il jette l'ancre dans le passé , tan-
« dis que son contradicteur, remplissant en quelque
« sorte l'office du droit *prétorien*, tient plus de compte
« de la réalité présente et des besoins de la société
« moderne, en recherchant, avec son érudition inépu-
« sable et sa logique puissante , à s'affranchir des con-
« séquences désastreuses que risquerait de produire
« une obéissance trop absolue et d'anciennes interpré-
« tations. »

On avait cru , jusqu'à ces derniers temps, que, pour bien interpréter les lois , il fallait remonter à l'origine et à la nature même des choses , interroger les traditions , découvrir la pensée du législateur. Le respect des traditions figurait en première ligne dans les éloges des magistrats ¹. Il a fait le sujet du dernier discours de rentrée prononcé devant la Cour de cassation ².

Leibnitz a dit un mot qui revient à celui-ci : *Le droit, c'est de l'histoire* ³.

Aujourd'hui, on dit : *Le droit, c'est de l'économie politique*. Le plus grand jurisconsulte , c'est le plus grand économiste ; on place la société chez les agents de change, les banquiers ou à la bourse ; et les magistrats, ayant de se prononcer , doivent aller prendre , chez les économistes , le mot d'ordre de leur science. La loi n'est plus qu'un chronomètre économique mis à jour par la jurisprudence.

Quand faut-il chercher ses convictions dans la tradi-

1. Voy. Bossuet , *Oraison funèbre* de Michel Letellier.

2. J'écrivais ceci en janvier 1863.

3. *Ille (historia) ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur (Nova methodus)*.

tion ? Quand , dans les tendances économiques du moment ?

Tout récemment, la Cour de Douai, dans une affaire qui a fait du bruit, avait cherché et même trouvé le moyen de mettre les articles 2071 et suivants du Code Napoléon *en harmonie avec les besoins du crédit privé* et les procédés économiques des manieurs de l'argent d'autrui. Cette décision a été cassée par un arrêt de la Cour suprême, précédé d'un magnifique réquisitoire de M. le procureur général Dupin, dans lequel on lit :

« Une secte audacieuse s'est levée tout à coup ; elle
« n'a vu dans les prescriptions de la loi que des entra-
« ves dont elle a formé le dessein de s'affranchir. Elle a
« reproché ironiquement aux magistrats d'être trop
« jurisconsultes... Ces novateurs ont présenté l'esprit
« des légistes comme un esprit étroit, opposé au déve-
« loppement de tout ce que, à défaut d'un titre plus net,
« on appelle *la spéculation*. Ils ont invité, comme à une
« sorte de gloire nouvelle, ceux qui voudraient les se-
« conder et les suivre dans cette région éthérée ¹. »

Il n'y a pas d'économie politique contre la justice civile ; en d'autres termes, la justice civile est la première économie politique, puisqu'elle n'est autre chose que le droit et la propriété, sans lesquels il n'y a pas de société.

Dans les idées de communauté, l'inaliénabilité de la dot mobilière par le mari est un principe qui a des *conséquences désastreuses* et dont il faut s'affranchir. Au contraire, dans les idées du Midi, l'aliénabilité des dots

1. Dalloz, 1862, 1, 319.

est un principe qui a des conséquences tout aussi désastreuses ; c'est là l'économie sociale des pays de droit écrit, c'est leur tempérament, leur régime. Il y a deux théories économiques, et chacune d'elles a servi de base à un régime matrimonial différent : l'une est celle de la conservation ; l'autre, celle de la disposition et de l'acquisition. Les avantages de l'une valent ceux de l'autre. Il y a dix-huit siècles que cette vérité a été exprimée par Ovide : *Nec minor est virtus quam quærere parva tueri*.

Le mot *économie* signifie *loi* (οἶκος νόμος). L'économie par laquelle on veut interpréter le régime dotal est celle de la disposition et de l'acquisition ; en d'autres termes, c'est la loi de communauté qui, sous prétexte qu'elle est la meilleure, veut imposer son principe à celle de la dotalité et l'absorber. Pourquoi la loi de dotalité n'aurait-elle pas la même prétention contre celle de communauté ? Quelle raison y a-t-il d'imposer la communauté à la dotalité, plutôt que la dotalité à la communauté ? Ne nous dites pas que c'est la raison économique, car, si, pour vous, l'économie est dans la loi de disposition, pour nous, elle est dans celle de conservation : *Pour la conservation des maisons nobles ou autres*, disaient, en langue romane, les *Statuts de Provence*.

174. Le Code Napoléon n'a pas fait table rase des institutions du passé ; la loi de conservation y est écrite d'un bout à l'autre.

Pourquoi les donations entre époux sont-elles essentiellement révocables (article 1096) ? Pourquoi les époux sont-ils, en général, incapables de contracter entre eux (article 1595) ? Parce que la loi redoute l'influence réci-

proque de l'un des deux époux envers l'autre : celle du mari, à cause de la puissance qu'il exerce sur la femme; celle de la femme, à cause des douces affections qu'elle inspire au mari. Et ne croyez pas que le défaut de liberté soit la seule raison de ces dispositions législatives; le désir de conserver les biens dans les familles y entre pour beaucoup. « On a pensé, disait Ferrière, que l'État ne se peut maintenir que par ce moyen ¹. » Sans pousser si loin l'esprit de conservation des biens dans la famille de chacun des époux, le Code Napoléon veut que la donation soit l'œuvre de la volonté libre, persévérante et réfléchie de l'époux donateur, afin que ses biens ne passent pas légèrement dans le patrimoine et la famille de l'autre. D'Olive, voulant expliquer pourquoi la dot est inaliénable, en donnait la même raison d'État ².

M. Troplong rapporte textuellement les paroles de ces deux jurisconsultes, celles de Ferrière sur l'article 1096 (n° 2637), et celles de d'Olive sur l'article 1554 (n° 3211), après quoi, il ajoute : « Voilà par quelle phraséologie de convention on a coutume d'expliquer l'inaliénabilité de la dot ». L'éminent magistrat a le droit d'être difficile en fait de style ; je ne défends pas celui de d'Olive, mais je défends son explication comme étant essentiellement exacte, puisqu'elle est reproduite par l'article 83, § 6, du Code de Procédure ; qui élève le principe de la conservation des dots à la hauteur de l'intérêt public : *Reipublicæ interest mulierum dotes salvas esse*.

« Il est notoire, disait un de nos anciens juricons-

¹. Sur l'art. 282 de la Cout. de Paris, glose 1, n° 6.

². *Questions notables*, liv. III, ch. XXIX, note dernière.

« sultes, que c'est un avantage commun aux familles, »
« qu'y arrivant de la disgrâce ou de la déroute, il y ait »
« quelques ressources pour la femme et les enfants ; »
« que celle qui aura apporté une bonne dot ne soit pas »
« réduite à mendier l'assistance de ses proches ; que »
« ceux qui avaient eu une naissance avantageuse ne »
« soient pas nécessités de chercher leur pain ; bref, »
« que, dans un naufrage, il leur reste quelques tables »
« de ces débris ¹. »

Le tribunal de Rouen disait aussi dans ses observations :
« Nous sommes persuadés que, sans une certaine stabi- »
« lité dans les droits des familles, il ne saurait y avoir »
« aucune consistance dans les mœurs, et que sans les »
« mœurs les lois elles-mêmes seraient vaines ². »

On n'a pas oublié que la doctrine de l'aliénabilité de la dot par le mari se fonde sur l'intérêt du commerce, du crédit, de la circulation et de la spéculation. Ces mêmes considérations furent invoquées lors de la rédaction du Code Napoléon, pour faire prévaloir exclusivement le régime de communauté et l'imposer à toute la France. Le tribun Carion-Nisas lança l'anathème de son éloquence à ces idées et les attaqua de front dans un discours ardent comme le soleil du Midi :

« Voilà cependant un chef de famille, une mère, »
« recommandables peut-être par une éducation distin- »
« guée, excusables surtout par l'inexpérience d'un âge »
« qui naguère les aurait réduits sous une trop heureuse »
« tutelle ; les voilà à la merci de tous les besoins, et »

1. Henrys, liv. IV, quest. 141, n° 4.

2. Fenet, t. XIII, p. 774 et 775.

« n'ayant de ressources que dans des spéculations
« hasardeuses ou dans les bienfaits du gouvernement :
« et voilà ce qui encombre les antichambres des minis-
« tres et des gens en place , de solliciteurs qui deman-
« dent un emploi tous les jours plus difficile , et ne
« présentent d'autres titres pour l'obtenir que les
« besoins qui leur restent et la fortune qu'ils n'ont plus.
« Au moins , si la dot de la femme survivait , quelque
« modique qu'elle fût , si ses droits , insubmersibles
« dans le naufrage général , avaient conservé un toit ,
« une chaumière , on s'y retirerait , on y vivrait , on y
« travaillerait , on ne viendrait pas grossir la popula-
« tion oisive et souffrante des grandes cités , on n'y
« serait pas dans toutes les servitudes du besoin : et ,
« dépendance pour dépendance , certes il vaudrait mieux
« dépendre de son épouse , de la mère de ses enfants ,
« que de la bienveillance d'un ministre ou du caprice
« d'un protecteur. C'est à la contemplation réfléchie de
« ces tableaux , qui tous les jours affligent votre sensi-
« bilité , que vous reconnaîtrez toute la sagesse du
« législateur romain , que son génie vous apparaîtra
« comme une intelligence tutélaire et que vous con-
« viendrez avec lui et avec nous qu'il importe en effet
« à la chose publique elle-même que les dots des
« femmes soient intactes.

« Mais me diront des raisonneurs intrépides , que ces
« considérations touchent peu , et qui ne voient guère
« la société que chez les notaires et chez les agents de
« change , aux hypothèques ou à la Bourse , tous ces
« maux particuliers sont un bien général ; la majorité
« anticipée , la plus grande facilité d'aliéner , sont des

« circonstances qui augmentent le mouvement de la
« circulation, les éléments du crédit, la matière du com-
« merce. Je suis frappé du son de ces mots, qui depuis
« longtemps sont en possession d'exercer un pouvoir
« magique sur les esprits ; et me sentant trop faible
« pour lutter contre les adeptes d'une doctrine si tran-
« chante et si sûre d'elle-même, après leur avoir de-
« mandé simplement s'ils trouvent que leurs combinai-
« sons ne perdent rien à la ruine d'un homme qui enfin
« ne fait plus rien quand il n'a plus rien, je laisserai
« sur cette grande doctrine de la circulation, du com-
« merce, du crédit, exaltée outre mesure, je laisserai
« parler un politique, un homme d'État, un philosophe,
« que Rousseau lui-même a excepté de la proscription
« générale où il enveloppe à peu près tous les publi-
« cistes : je veux parler du sage d'Argenson. C'est lui et
« non pas moi qui se permet de traiter ce point avec un
« ton un peu au-dessous de la solennité à laquelle on
« nous a, malgré nous, accoutumé. Il faut l'écouter :
« La science politique de l'intérieur des Etats est
« retombée dans l'enfance, depuis qu'on ne connaît plus
« que ces deux termes, ou vides de sens, ou peu enten-
« dus par ceux qui en parlent le plus, *circulation, crédit*.
« Ce sont là des effets et non des causes : vouloir pro-
« curer une vaine circulation à l'argent et aux effets
« qui le représentent, c'est comme de donner la fièvre
« au malade pour le guérir. »
« Telle serait, ajoute-t-il, la folie d'un petit souverain
« qui, ayant remarqué que les rues d'une grande ville
« sont toujours remplies d'un peuple innombrable qui
« va et vient pour ses affaires, croirait que toute la

« force des villes consiste dans ce concours tumultueux, et obligerait ses peuples, par une ordonnance expresse, à aller toujours par les chemins. »
« Je réitère la prière de remarquer que c'est M. d'Argenson, et non pas moi, qui parle avec cette irrévérence des dogmes les plus sacrés de l'économie politique ¹. »

175. On le voit, les idées qu'on invoque aujourd'hui en faveur de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari ne sont pas nouvelles. Quel cas les rédacteurs du Code Napoléon en ont-ils fait? Le rapport que M. Duveyrier fit au Tribunat, le 19 pluviôse an XII, va nous le dire :

« Le projet (du Code) s'arrêtait là. Il n'y était fait aucune mention, ni expresse, ni indirecte, du régime dotal... La liberté des contrats de mariage était circonscrite dans le cercle des modifications dont pouvait être susceptible l'unique système de la communauté.
« Cette opinion, assez raisonnablement justifiée par les articles que l'on vient de parcourir, excita dans les contrées méridionales un mécontentement général. Leurs tribunaux réclamèrent avec vivacité : l'amour des habitudes consacrées et des usages depuis longtemps suivis s'exalta en haine de l'institution nouvelle qu'on supposait impérieusement commandée ; et des ouvrages parurent où ce sentiment amer s'attacha bien plus à trouver tous les vices de l'injustice et de la barbarie dans le système qu'on voulait

1. Fenet, t. XIII, p. 779.

« repousser, qu'à démontrer les attributs raisonnables
« et les avantages du système qu'on devait regretter.

« Il ne fallait pas d'aussi grands efforts pour avertir
« la sagesse du législateur. Il savait trop bien que les
« meilleures lois ne sont pas toujours les plus parfaites,
« mais celles qui conviennent davantage à ceux qu'elles
« doivent gouverner. Son intention n'avait jamais été
« d'enlever violemment au Midi de la France un sys-
« tème de législation matrimoniale, dont une longue
« habitude et le calcul accoutumé des intérêts avaient
« fait un besoin et presque un objet essentiel. — Il ne
« manquait à cette intention que d'être déclarée d'une
« manière plus précise. — Aussi, les rédacteurs du
« nouveau projet se sont-ils unanimement empres-
« sés... d'expliquer... que les époux peuvent cependant
« déclarer qu'ils entendent se marier ou sous le régime
« de la communauté ou sous le régime dotal ¹. »

Le même orateur disait dans son discours :

« Aujourd'hui, dans ce moment de gloire et de puis-
« sance où le génie peut tout, mais où la sagesse, égale
« au génie, ne veut que ce qui est bon et juste, la loi
« proposée sur les deux régimes qui gouvernent sépa-
« rément les conventions matrimoniales est moins
« une *victoire* ou une *conquête* qui asservisse l'un à l'auto-
« rité de l'autre, qu'un traité de paix ou une transaction
« qui les associe à l'empire et partage entre eux une
« commune et presque égale domination.

« La première vérité, sentie et unanimement adoptée
« par tous les hommes occupés de cette loi, a été la

1. Fenet, t. XIII, p. 698 et 699.

« nécessité ou, ce qui est à peu près la même chose,
« *la convenance politique de n'arracher violemment à aucun*
« *Français*, dans les conventions les plus intimement
« relatives à l'intérêt particulier, à l'affection person-
« nelle, à l'accroissement social, dans les conventions
« de mariage, *ses usages anciens et chéris*, pour lui impo-
« ser le joug d'une législation nouvelle, inaccoutumée et
« par conséquent importune ¹. »

○ Nous avons cru devoir citer ces divers passages, malgré leur longueur ; ils prouvent :

○ 1^o L'invincible attachement des populations méridionales au régime dotal et à son principe d'inaliénabilité de la dot ;

○ 2^o Le désir des rédacteurs du Code Napoléon de ne pas asservir le régime dotal au régime de communauté, ni le régime de communauté au régime dotal.

Voilà comment furent appréciées les raisons économiques sur lesquelles se fondent M. Delangle, M. Trolong et la Cour de cassation. Les hommes illustres chargés de la rédaction du Code Napoléon furent unanimes pour reconnaître que la meilleure économie politique en cette matière, c'était de laisser à chaque Français ses habitudes nationales et de ne pas lui imposer le joug d'une législation nouvelle.

Notre grande question est résolue. Il ne s'agit plus de savoir ce qu'était le droit romain ; les rédacteurs du Code ne se sont pas occupés de lui en cette matière. Ce qui les a préoccupés, c'est de conserver aux populations méridionales de la France leurs habitudes natio-

1. Fenet, t. XIII, p. 691.

nales, c'est-à-dire leur régime dotal. Le droit romain doit donc être éliminé de la controverse. Il faut en éliminer de même l'ancienne jurisprudence de droit écrit; nous avons vu en effet que Portalis d'abord, et ensuite l'orateur du gouvernement, appréciant cette jurisprudence, disaient que partout il était défendu au mari d'aliéner le bien dotal. Nous croyons avoir suffisamment prouvé contre M. Troplong qu'il en était ainsi, et nous avons, sur ce point, l'appréciation du législateur lui-même. Le Code Napoléon qui, en cette matière, a voulu reproduire l'ancien droit écrit, tel que Portalis et ses collègues le comprenaient, est bien clair à cet égard; ses dispositions se résument ainsi :

1^o L'article 1549 ne peut pas permettre au mari d'aliéner ce que l'article 1564 l'oblige à restituer en nature; celui qui est assujetti à rendre est, par voie de conséquence, assujetti à conserver; donc le mari n'est pas propriétaire, et il ne peut pas aliéner la dot;

2^o Aux termes de l'article 1562, le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux, de toutes les obligations de l'usufruitier : or, l'article 578 oblige l'usufruitier à conserver les choses sujettes à son usufruit; donc le mari est également tenu de conserver les choses dotales et ne peut pas les aliéner.

Les préjugés de communauté et les raisons économiques ont égaré la jurisprudence moderne. C'est toujours l'ancienne lutte, toujours la vieille question de préférence entre les deux régimes opposés. Les jurisconsultes et les magistrats du Nord rappellent le mot célèbre : « Ils n'ont rien appris ni rien oublié ». Ils en sont encore au temps de Pasquier, qui écrivait que *ceux qui*

sont nourris aux pays de coutume donneront leur arrêt en faveur de la communauté de biens ¹.

Les rédacteurs du Code ont donné la seule solution possible. Au lieu de faire prédominer l'un de ces régimes sur l'autre, ils ont eu la sagesse de les admettre tous deux, en laissant aux citoyens la faculté de choisir celui qui leur conviendrait le mieux; en prenant ce parti de conciliation et de tolérance, ils n'ont mutilé aucun des deux régimes, parce que chacun d'eux était l'expression des mœurs nationales et se fondait sur un principe entièrement opposé.

176. Les jurisconsultes modernes et la Cour de cassation donnent leur *arrêt* en faveur du droit *coutumier*, sans craindre d'asservir le régime dotal au régime de communauté : c'est tant pis pour les pays du Midi, s'ils n'ont pas admis le principe essentiel du droit coutumier qui veut que, par le mariage, la femme et ses biens meubles deviennent la propriété du mari.

Ceci se passe à une époque où les idées de nationalité veulent gouverner le monde; il paraît qu'elles ne gouvernent pas les arrêts.

Les partisans du droit coutumier n'admettent pas la variété dans l'unité de notre législation; pour eux, la variété n'est pas un des caractères du beau. Leur exclusivisme s'efforce de défaire l'œuvre de la loi et de confisquer le régime dotal au nom de l'unitarisme de communauté. La tolérance est un beau mot, plus facile à écrire qu'à pratiquer.

1. *Recherches de la France*, liv. IV, ch. XXI.

Aujourd'hui, le germanisme se couvre des mots magiques de *crédit*, de *circulation*, de *spéculation*, pour faire prévaloir son principe de puissance maritale et de disposition. Ces idées sont de droit divin et forment la religion des temps modernes, à laquelle il ne manque pas même l'intolérance. La jurisprudence moderne, au lieu de vaincre le régime dotal, n'a fait que lui donner plus d'énergie; depuis qu'on veut que les maris puissent disposer des créances dotales, les femmes ou leur famille ne veulent plus qu'ils puissent même en recevoir le montant à l'échéance, sans en faire emploi ou remploi; les clauses d'emploi sont stéréotypées dans tous les contrats de mariage du Midi.

C'est qu'il y a des lois que les peuples se font et qu'on ne leur fait pas : le régime dotal est une de ces lois. Elles se confondent avec les habitudes nationales. Montesquieu avait écrit que les lois sont faites pour les hommes, et non pas les hommes pour les lois.

Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas cette vérité, qui est la première loi économique des peuples : ils l'ont respectée et spécialement appliquée au régime dotal. Dans son discours prononcé le 3 novembre 1865, à l'audience de rentrée de la Cour de cassation, M. de Raynal, premier avocat général, a dit :
« Dans la grande œuvre législative qui s'est accomplie
« en France au début du siècle, sous les auspices du
« Premier Consul, et qui a constitué un ordre social
« nouveau ... , on s'inspirait surtout des maximes que
« Montesquieu avait exprimées avec tant d'éclat sur la
« philosophie des institutions politiques et les conve-
« nances qui doivent régner entre les lois et les mœurs ».

Montesquieu avait dit aussi :

« L'union, dans un corps politique, réside dans cette harmonie qui fait que toutes les parties, quelque opposées qu'elles paraissent, concourent au bien général comme les dissonances dans la musique concourent à l'accord général. »

Ces grandes vérités sont les premières lois de l'économie politique ; et cependant, elles sont méconnues aujourd'hui, au nom de cette même économie : les populations du Midi sont faites pour subir les lois de la communauté.

177. On lit dans le compte-rendu de l'administration de la justice civile en France, publié en 1862, et comprenant la période des dix dernières années :

« Les instances en séparation de biens, comme les actions en séparation de corps, se produisent, en général, bien plus fréquemment dans les départements du Nord que dans ceux du Midi, dans les départements industriels que dans les départements agricoles¹. »

Parmi ceux qui ne veulent pas de l'inaliénabilité de la dot, combien y en a-t-il qui aient recherché et pénétré les causes de la situation révélée par la statistique judiciaire ? Il ne s'agit plus de savoir si le mari doit pouvoir spéculer avec la dot mobilière de la femme, mais si les époux doivent rester unis : la chose en vaut la peine. Eh bien ! les principes différents des deux régimes qui fonctionnent, l'un dans le Midi, l'autre dans le Nord, vont nous expliquer les chiffres de la statistique.

1. *Moniteur* du 30 juin 1862, supplément, p. 2, 3^e colonne.

Sous le régime de la communauté, le mari, lorsqu'il a épuisé son crédit, s'adresse à celui de la femme ; ses créanciers, d'ailleurs, ne manquent pas d'exiger qu'il la fasse intervenir, ne serait-ce que pour se mettre à l'abri de son hypothèque légale. Si la femme fait des réflexions, le mari, dont l'amour-propre est blessé, ne lui pardonne que difficilement ; c'est pire, si elle résiste ; elle n'évitera que bien rarement les excès, les sévices ou injures graves qui sont autant de causes de séparation de corps. A la place de la femme commune en biens, mettez la femme dotale : on lui demandera rarement sa signature, à cause de l'inaliénabilité de sa dot ; elle pourra, d'ailleurs, la donner impunément, sans faire aucunes réflexions et sans opposer la moindre résistance. Dans le Midi de la France, les caractères sont plus ardents et les passions plus vives que dans le Nord ; sous ce rapport, les séparations de corps devraient y être plus nombreuses. Mais le régime des biens modifie la situation et multiplie les séparations dans le Nord ¹.

L'inaliénabilité de la dot a donc le précieux avantage de conserver doublement la famille : moralement et matériellement. Si l'infortune frappe le père, la mère couvre le foyer domestique avec le bouclier de sa dot. La famille reste groupée autour de ces débris, au lieu d'être dispersée et d'aller demander du travail aux grands centres industriels, sauf à y recevoir du pain par souscription, aux jours de crise et de chômage ².

1. V. aussi le n° 252.

2. J'écrivais ceci en janvier 1863 ; je faisais allusion aux crises indus-

178. La conclusion de tout ceci , c'est que la doctrine et la jurisprudence font de la communauté à propos de dotalité, comme naguère la Cour de cassation faisait de la dotalité au lieu de faire de la communauté sur la célèbre question des reprises de la femme.

Cette question des reprises de la femme mariée en communauté fut soulevée en 1848, à une époque d'effervescence, d'utopies et de nouvelles idées, décorées de ce mot magique de *progrès*, au nom duquel on prétend faire accepter tant de choses. La nouvelle doctrine parut neuve, parce qu'elle était vieille et oubliée. D'où venait-elle ? Des efforts que le régime dotal, appuyé sur le droit romain et la littérature latine, avait faits, vers la fin du xvi^e siècle, jusqu'au sein du parlement de Paris, pour imposer son principe au régime de communauté. Anne Robert, célèbre avocat de ce temps-là, prit part à cette lutte et nous en a transmis tous les détails. La femme invoquait, entr'autres textes du droit romain, la loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.* ; elle en concluait que le mari n'était qu'un dépositaire des meubles par elle apportés en communauté, et qu'elle était nantie d'un droit de gage sur ces choses. Si cette prétention n'était pas fondée, ce n'était pas faute d'érudition : Démosthène était invoqué, suivant l'usage de ce temps, en faveur de la femme. Pour les créanciers du mari, Anne Robert, avant d'invoquer Sénèque pour contre-balancer Démosthène, engagea la discussion sur son véritable terrain, celui des principes de la commu-

trielles occasionnées par la guerre d'Amérique et aux souscriptions ouvertes pour secourir les ouvriers sans pain.

nauté, en ces termes : « C'est une grande erreur de
« vouloir transporter dans nos usages, nos mœurs et
« nos lois, les principes du droit romain en matière de
« mariages, de dots et de conventions matrimoniales :
« *Fallitur quisquis legum romanarum constitutiones de*
« *dote pactisque dotalibus ad usum forensem moresque nos-*
« *tros transferre voluerit et juri nostro convenire dixerit* ».

Le parlement donna raison aux créanciers par arrêt du 2 avril 1591. Pareil arrêt avait été rendu en robes rouges, le 23 décembre 1585, sous la présidence d'Achille de Harlay ¹.

Pendant dix ans, la Cour de cassation, séduite par les arguments que le parlement de Paris avait repoussés, a jugé la question en sens inverse ; sa jurisprudence a offert, pendant cette période, un singulier spectacle : elle traitait la femme commune en biens comme une femme dotale, et la femme dotale comme une femme commune, quant à la dot mobilière. Enfin, la Cour suprême a reconnu son erreur et l'a solennellement abandonnée par un arrêt des chambres réunies, en date du 16 janvier 1858 ².

Il reste à la Cour de cassation à reconnaître son erreur sur la question d'inaliénabilité de la dot mobilière par le mari. Nous oserons lui dire, en imitant le plaidoyer d'Anne Robert devant le parlement de Paris : « C'est aussi une grande erreur de croire que l'on peut
« transporter les principes de la communauté dans ceux
« de la dotalité ». Le jour où la Cour de cassation

1. *Annæi Roberti rerum judicat.* lib. IV, *De privilegio dotis*, cap. XIX.

2. Dalloz, 58, 1, 5.

reconnaîtra cette erreur, nous savons qu'elle aura la magnanimité de l'abandonner, et qu'elle rendra au régime dotal ce qui est au régime dotal, comme, en 1858, elle a rendu au régime de la communauté ce qui est à ce régime.

179. La communauté dans la dotalité est de la pire espèce : c'est la communauté de la perte sans celle du gain. Logiquement, on est conduit à décider que, si le mari a fait des bénéfices en spéculant avec la dot, la femme doit en avoir sa part. La société léonine est réprouvée par les notions les plus simples de l'équité et de la justice distributive ; les chances de perte doivent avoir pour corrélatif celles de gain : *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi quem sequuntur incommoda*, dit la loi 10, D., *De div. reg. jur.* Justinien a reproduit la même règle en disant : *Cujus periculum est, et commodum ejus esse debet* (Instit., § 6, *De empt. et vendit.*). Nul n'a mieux prouvé cette vérité que M. Troplong, dans son brillant commentaire de l'article 1855 du Code Napoléon ; là, le grand jurisconsulte n'est plus dominé par ses idées anti-dotales et redevient lui-même.

On peut retourner la règle et dire avec la certitude de ne pas se tromper : *Qui commodis carent, et incommodis carere debent*. C'est la plus stricte justice qui veut cela.

Et ceci fait ressortir l'éclatante justice de l'inaliénabilité de la dot. Puisque la femme n'est pas associée, l'aliénation ne pourrait avoir pour elle que des inconvénients¹ ; elle lui ferait courir le risque de perdre sa

1. C'est ce que dit l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1860, rapporté, *supra*, n° 156.

dot mobilière, sans corriger ce désavantage par la chance d'augmenter son bien. Par conséquent, si l'on fait subir à la femme les inconvénients de l'aliénabilité de sa dot mobilière, il faut lui en accorder les avantages et l'admettre, comme associée, à partager les bénéfices que le mari, par ses spéculations, a pu retirer de l'aliénation.

Cette conséquence n'avait pas échappé au regard profond de Portalis. L'illustre conseiller d'État disait :
« Si la dot est déclarée aliénable, le système des pays
« de droit écrit est entièrement sacrifié, et ceux qui
« croiront le prendre pour règle de leur association
« se trouveront cependant régis par le système coutu-
« mier¹ ».

La logique et la justice naturelle veulent qu'il en soit ainsi. La communauté a son origine et sa raison d'être dans le principe de puissance maritale sur les biens de la femme et spécialement sur les meubles : le pouvoir de disposition accordé au mari produit l'association de la femme. Ce droit d'association sert de contre-poids au pouvoir du mari sur la dot mobilière et à son pouvoir d'en disposer. On se rappelle que, suivant la fameuse définition de Dumoulin, les droits du mari et de la femme sur les biens de la communauté se résument par la règle : *Le mari vit comme maître et meurt comme associé*². La jurisprudence moderne fait vivre le mari comme maître de la dot mobilière ; il faut donc qu'elle le fasse mourir comme associé. Il ne lui

1. Fenet, t. XIII, p. 573.

2. V. *supra*, n° 152.

est pas permis de couper la règle en deux. Dès qu'elle en fait subir le commencement à la femme, c'est-à-dire l'inconvénient du pouvoir marital sur sa dot mobilière, elle doit, au nom de la justice naturelle, lui en appliquer la fin et lui accorder, à titre de compensation, l'avantage de l'association. Le principe étant le même, ses conséquences ne peuvent pas être différentes.

La femme dotale, qui a une dot mobilière, est donc commune en biens et associée; elle peut demander le partage de cette communauté dotale. Ces deux derniers mots forment antithèse et doivent être bien étonnés de se voir réunis; mais il faut des mots nouveaux pour exprimer des choses nouvelles.

Ceci prouve combien est vain et faux le système qui accorde au mari la disposition de la dot mobilière, et qui fait consister l'inaliénabilité dans le simple droit de créance de la femme contre le mari.

180. Étrange destinée des institutions humaines, quand elles sont livrées à l'esprit de résistance et d'opposition systématique! Il n'avait pas fallu moins de sept ou huit siècles au régime dotal pour se dégager des étreintes de la *manus* romaine et faire prévaloir son principe originaire et véritable, la séparation de biens entre les époux. Ce principe était conquis depuis douze siècles dans la France méridionale, lorsqu'il fut nié par les doctrines venues du Nord, au profit d'une autre *manus* romaine qui s'appelait le *mundium* germanique, c'est-à-dire le régime de communauté, dont le principe fondamental était la puissance et la propriété du mari sur les meubles de la femme. Quelques juris-

consultes de droit écrit se laissèrent donner le change par les idées de droit coutumier et de communauté, habilement déguisés sous les couleurs et la livrée du droit romain. On invoque aujourd'hui ces écarts de doctrine, on équivoque sur la *maîtrise* du mari, on garde un silence prudent sur les motifs et les discours qui ont précédé le Code Napoléon, pour livrer la dot mobilière du régime dotal à la puissance et à la disposition du mari.

La centralisation judiciaire ne connaît que l'unité brutale et radicalement égalitaire qui écrase toutes les autonomies. Les rédacteurs du Code avaient entendu autrement la liberté des conventions matrimoniales¹; mais ils avaient compté sans le fanatisme de communauté, sans les dogmes sacrés de l'économie politique.

SECTION II.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE

PAR LA FEMME.

SOMMAIRE.

181. La dot, soit mobilière, soit immobilière, est inaliénable par la femme comme par le mari.
182. L'inaliénabilité s'applique aux choses dotales elles-mêmes. — Erreur de la jurisprudence moderne, qui fait consister l'inaliénabilité de la dot mobilière pour la femme dans l'impossibilité de renoncer à son action en reprise contre le mari ou de la céder. — Réfutation. — Contradictions de la Cour de cassation.
183. Si les articles 1554, 1555 et 1556 ne déclarent pas la dot mobilière inaliénable, quels textes peut-on invoquer pour interdire à la femme la cession ou l'abandon de son action contre le mari?

1. V. *supra*, n° 175.

184. Erreur de Toullier qui a cru que la femme peut aliéner sa dot mobilière. — Réfutation. — Pourquoi la dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière, par la femme ou par le mari.

185. Preuves à cet égard.

186. Résumé.

181. La dot, soit mobilière, soit immobilière, est inaliénable par la femme, comme par le mari, conjointement ou séparément. L'article 1554 du Code Napoléon, combiné avec les articles 1555 et 1556 du même Code et avec l'article 83, § 6, du Code de procédure, ne laisse aucun doute à cet égard. Cette interprétation est rendue certaine par l'ancienne jurisprudence de droit écrit, et par les discussions et les motifs qui ont précédé le Code Napoléon.

182. Quand nous disons que la dot mobilière est inaliénable par la femme, nous entendons parler des choses dotales elles-mêmes, c'est-à-dire des meubles corporels ou incorporels qui ont été constitués en dot.

C'est dire que nous n'admettons pas cette inaliénabilité bâtarde et ridicule que l'on fait consister dans le droit pour la femme de reprendre la valeur de ses meubles dotaux aliénés par le mari. Il n'y a pas dans toutes nos lois l'ombre d'un texte qui donne à cette étrange doctrine les couleurs de la vraisemblance; on l'a empruntée à une erreur de Pothier, que l'on a trouvée bonne pour le régime dotal, et mauvaise pour le régime de communauté conventionnelle ¹. Cette doctrine convertit le droit de propriété de la femme en droit de

1. V. *supra*, n° 156.

créance contre le mari et l'action réelle en action personnelle, parce qu'on veut, à tout prix, que le mari soit propriétaire de la dot mobilière et qu'il puisse l'aliéner.

Il en coûte d'étranges contradictions pour en venir là. Ainsi, la Cour de cassation ne trouve pas que les meubles réalisés soient suffisamment garantis par l'action personnelle et hypothécaire de la femme ; *si le mari peut toucher les capitaux des créances que la femme a exclues de la communauté par une clause expresse, et disposer de ces capitaux, il ne s'ensuit pas qu'il puisse céder les créances elles-mêmes* ; elle a ajouté que, *s'il en était ainsi, il arriverait souvent que, par suite du désordre des affaires du mari, la femme se trouverait dépouillée du bien qu'elle a voulu soustraire à cette chance de perte. Qui le croirait ?* D'après la logique de la Cour de cassation, la femme qui se marie sous le régime dotal, et qui se constitue en dot des créances, ne veut point par cela même soustraire ces créances à des chances de perte, ni refuser au mari le pouvoir d'en disposer ; si la femme dotale risque de perdre, dit M. Troplong, et, à sa suite, l'arrêt de la Cour de cassation rendu sous sa présidence, le 6 décembre 1859, *c'est aux conventions matrimoniales d'y obvier*¹. L'esprit le plus docile se refuse à comprendre que, sous le régime dotal, il faille des conventions spéciales dans le contrat de mariage pour soustraire les meubles dotaux à la puissance et à la disposition du mari, tandis que ces conventions sont inutiles, soit sous le régime sans communauté, soit sous le régime de

1. V. ces arrêts, *supra*, n° 156.

la communauté tempérée par une clause de réalisation des créances de la femme. S'il fallait une nouvelle preuve que la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par le mari fait de la communauté dans la dotalité, on la trouverait dans l'arrêt du 6 décembre 1859. Le régime dotal, avec le principe de puissance maritale et de disposition de la dot mobilière qu'on veut lui faire subir à toute force, n'est plus un régime sans communauté; il faut une clause particulière dans le contrat de mariage pour qu'il en soit autrement. On ne paraît pas se douter que le régime dotal a pour principe fondamental la séparation de biens entre les époux, sans distinction entre les meubles et les immeubles, et que ce principe a toute l'énergie d'une exclusion de communauté, puisqu'il n'y a rien de plus opposé à la communauté de biens que la séparation de biens.

Nous opposons donc l'arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1860 à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1859. Ces deux arrêts se contredisent radicalement. Pournous, la vérité est dans l'arrêt du 5 novembre 1860, et l'erreur immense dans celui du 6 décembre 1859.

C'est ainsi que les vrais principes du régime dotal et la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même nous conduisent à décider que les choses dotales mobilières sont inaliénables comme les choses dotales immobilières, soit par le mari, soit par la femme, conjointement ou séparément.

Il y a une raison *a fortiori* d'appliquer à la femme dotale la doctrine très-juridique de l'arrêt du 5 novembre 1860. En effet, la femme commune en biens qui a

exclu de la communauté ses créances ou ses meubles par une clause de réalisation, a bien plus d'intérêt que la femme dotale à l'aliénation de ses propres mobiliers par le mari, puisque cette aliénation peut faire prospérer les affaires de la communauté dans laquelle la femme prendra sa part de bénéfices. Mais la femme dotale, n'étant pas associée, ne retire aucun profit de l'aliénation de ses meubles dotaux par le mari; cette aliénation a lieu en pure perte pour elle, sous un double rapport : 1^o parce que la femme risque de perdre la valeur de ses meubles aliénés, si le mari devient insolvable (arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1860); 2^o parce que les meubles dotaux peuvent avoir pour la femme une valeur inestimable à cause des souvenirs de famille qu'ils rappellent et de l'affection qu'ils inspirent (arrêt de la Cour de Poitiers du 17 juillet 1860, rapporté au n^o 146).

183. On n'a pas oublié comment l'article 1554 du Code est interprété par la doctrine qui déclare la dot mobilière aliénable par le mari et inaliénable par la femme en ce sens que celle-ci ne peut pas renoncer à son action en reprise contre le mari. L'article 1554 mentionnant les immeubles dotaux, on en conclut que la prohibition d'aliéner ne s'applique pas à la dot mobilière.

Nous pensons, au contraire, que l'article 1554 applique l'inaliénabilité à la dot mobilière comme à la dot immobilière et qu'il doit s'interpréter par les articles 1555 et 1556, tandis que la doctrine contraire interprète les articles 1555 et 1556 par l'article 1554 et n'at-

tribue pas aux mots *biens dotaux* plus d'étendue qu'aux mots *immeubles constitués en dot*.

21 S'il en est ainsi, quel est donc le texte de loi que cette doctrine peut invoquer pour appliquer l'inaliénabilité à l'action en reprise de la femme contre le mari? Nous n'en connaissons pas. Au contraire, les articles 1555, 1556 et 1564 du Code Napoléon, et l'article 83, § 6, du Code de procédure, prouvent clairement que la femme a un droit de propriété sur les choses mêmes qui ont été constituées en dot, et non pas un simple droit de créance ou de reprise de leur valeur. La doctrine moderne a inventé, en matière de dot mobilière, une inaliénabilité mixte et de fantaisie, dont on chercherait vainement la moindre trace dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit. Ce n'est pas certainement cette singulière inaliénabilité que les rédacteurs du Code ont voulu faire passer dans leur œuvre, eux qui ont dit que partout, dans les pays de droit écrit, il était défendu au mari d'aliéner le bien dotal¹.

184. Un des premiers interprètes du Code Napoléon, M. Toullier, n'avait pas admis que les articles 1554, 1555 et 1556 appliquassent la prohibition d'aliéner à la dot mobilière comme à la dot immobilière; mais il n'avait vu nulle part dans nos lois que la dot mobilière fût aliénable par le mari et inaliénable par la femme, en ce sens que celle-ci ne peut pas renoncer à l'action en reprise qui lui appartient contre le mari, ni la céder. Le célèbre professeur de Rennes avait formulé son opinion par le syllogisme suivant :

¹ Fenet, t. XIII, p. 756. — V. *supra*, n° 161.

Tous ceux auxquels la loi ne le défend pas peuvent aliéner ;

Aucun texte de loi ne défend à la femme d'aliéner la dot mobilière ;

Donc la femme peut aliéner la dot mobilière ¹.

Ce syllogisme n'est qu'un malheureux sophisme. Il n'est pas vrai qu'aucun texte de loi ne défende à la femme d'aliéner la dot mobilière. Les articles 1554, 1555 et 1556, sainement interprétés, renferment cette défense, et l'article 83, § 6, du Code de procédure civile, dont l'opinion contraire n'a jamais dit un mot, vient corroborer cette interprétation.

M. Toullier n'a pas mieux apprécié les discussions qui précédèrent le Code Napoléon ; il dit : « M. Portalis fit observer que c'était de la dot immobilière qu'il s'agissait ». On ne trouve pas cette observation de Portalis dans Fenet, ni dans Locré ; on y trouve même tout le contraire.

Enfin, M. Toullier dit : « La loi, toujours sage, n'a pas voulu frapper la femme de l'*incapacité civile* d'aliéner ses *meubles dotaux*, incapacité toujours préjudiciable à ses propres intérêts et à ceux de la société entière, disait fort bien M. Berlier au conseil d'État ». Il est bien vrai que M. Berlier s'exprima de la sorte, mais c'était avant que le conseil d'État eût voté le principe de l'inaliénabilité de la dot ; et cette circonstance fait disparaître toute la portée de son opinion, puisqu'elle fut condamnée par le vote du conseil d'État. Il y a plus ; l'argument invoqué par M. Toullier se retourne contre

1. *Droit civil français*, t. XV, p. 204 et suiv.

son auteur. En effet, le conseil d'État, en votant le principe de l'inaliénabilité de la dot, sans distinction entre la dot mobilière et la dot immobilière, n'eut pas égard aux raisons invoquées par M. Berlier, et appliqua l'inaliénabilité aux meubles dotaux comme aux immeubles. Et le conseil d'État eut mille fois raison d'en agir ainsi.

Le régime dotal, en effet, a son économie et son principe fondamental, aussi bien que le régime de communauté. Il est une séparation de biens entre les époux; l'inaliénabilité de la dot est la sanction et la garantie de cette séparation de biens, la protection légale de la femme contre la puissance du mari : *Propter muliebris sexus fragilitatem* ; et cette protection est nécessaire à la femme dotale, précisément parce qu'elle n'est pas associée. Cette raison est générale et s'applique à la dot mobilière comme à la dot immobilière. C'est ce qui a fait dire à Despeisses que, pour l'inaliénabilité de la dot mobilière, *il y a même raison que pour la dot immobilière*. Comment, en effet, la séparation de biens, qui est le principe essentiel du régime dotal, serait-elle une vérité, si la femme pouvait aliéner sa dot mobilière ? Est-ce que le mari, en vertu de sa puissance de fait et de droit sur la personne de la femme, ne forcerait pas celle-ci à disposer de sa dot mobilière pour des affaires qui ne sont pas les siennes et qui ne doivent lui rapporter aucun profit ?

185. Que ceux qui seraient tentés de douter de la justesse de ces aperçus veuillent bien réfléchir à ceci :

Les meilleures lois sont souvent tenues en échec par la résistance des intérêts qu'elles froissent. Quand le droit coutumier eut proclamé que les immeubles patrimoniaux resteraient propres à la femme et qu'il eut vaincu partiellement le principe héroïque et barbare qui attribuait au mari la propriété de tous les biens de la femme, les maris forcèrent les femmes à vendre leurs propres immobiliers pour s'emparer du prix. On désignait ces abus par le proverbe jadis reçu au palais, que *le mari se devait relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme*¹. Ce fut pour remédier à ces calculs trop intéressés, que la jurisprudence de droit coutumier accorda aux femmes une hypothèque légale et assujettit les maris à faire remploi des propres aliénés.

Malgré la garantie de cette hypothèque légale, la femme commune en biens est exposée à perdre le prix de ses propres aliénés, comme la femme dotale serait exposée à perdre la valeur de ses meubles dotaux aliénés par elle, si cette aliénation était possible. La femme mariée sous le régime dotal est protégée, à raison de sa dot, plus efficacement que la femme commune en biens ; et cela est fort juste, puisque celle-ci est intéressée à la prospérité des affaires de son mari, tandis que l'autre n'en retire aucun profit.

On comprend que, sous le régime de communauté, la femme aliène ses propres pour les affaires du mari, puisqu'elles sont les siennes ; mais, sous le régime dotal, on ne comprend pas que la femme aliène sa dot mobilière ou immobilière pour des affaires qui ne sont

1. M. Troplong, sur l'article 1433, n° 1066.

pas les siennes, puisqu'elle est séparée de biens par la nature même du régime adopté. Si la femme aliène sa dot, c'est certainement pour les affaires du mari et en pure perte pour elle ; car, n'étant pas associée, il ne lui revient aucun profit du sacrifice qu'elle s'impose. La doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière par la femme ou par le mari défait donc la séparation de biens entre les époux, qui est le principe essentiel du régime dotal et refait la confusion des biens, qui est le régime de communauté. On livre ainsi la dot mobilière à tous les abus de la puissance maritale.

L'article 1450 donne à ces appréciations toute la force d'une présomption légale. Il s'applique au régime dotal comme au régime de communauté, parce qu'il a sa raison d'être dans la puissance du mari sur la femme, *ut potentior*, suivant l'expression des anciens jurisconsultes¹.

186. En résumé, la doctrine qui déclare la dot mobilière aliénable par la femme ne vaut pas plus que celle qui la déclare aliénable par le mari. Chacune a le défaut capital de livrer la dot mobilière au mari, et la seule différence qu'il y ait entre les deux, c'est que l'une permet au mari d'aliéner seul et sans le consentement de la femme, tandis que l'autre lui impose la formalité de contraindre la femme à consentir à l'aliénation.

Toutes les deux violent les deux grandes règles sur lesquelles se meut le régime dotal : 1^o la séparation

1. Fabre, Code, liv. VII, déf. 8 ; Campez, *De dote*, quest. 4, n^o 10 ; Menochius, *De præsumptionibus*, liv. III, ch. XXII ; Despeisses, *De la dot*, sect. 3, n^o 29 ; M. Bénéch, *De l'emploi et du remploi de la dot*, p. 372.

de biens entre les époux , principe originaire et fondamental du régime dotal ; 2^o l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière , conséquence rationnelle et sanction équitable de ce principe essentiel.

De la première de ces règles , il n'est pas dit un mot par les professeurs dans leur enseignement , ni par les jurisconsultes dans leurs livres , ni par les magistrats dans leurs arrêts.

De la seconde on en parle , mais c'est pour en critiquer la raison fondée sur la fragilité de la femme. Les uns n'ont pas compris que cette faiblesse est produite par le mariage et par la supériorité de l'homme sur la femme ; les autres ont opposé la femme dotale à la femme commune en biens ; ils ont fait remarquer que celle-ci n'est pas d'une nature plus forte que celle-là , ce qui est très-vrai ; mais ils n'ont pas vu que l'une est protégée par sa qualité de femme commune , à cause du profit que l'aliénation peut lui procurer, tandis que l'autre n'étant pas associée, l'inaliénabilité lui est nécessaire , puisque l'aliénation n'aurait aucune compensation pour elle.

Nous avons parlé de ces deux règles à satiété : nous l'avons fait d'autant plus qu'on l'a fait d'autant moins.

Ce qui sépare les situations est plus simple que ce qui les confond. Le régime dotal est admirable par sa simplicité , sa clarté , son équité : il est un syllogisme , ou , si l'on veut , un théorème et un corollaire. On pourrait l'expliquer avec une précision de géomètre , si l'on n'était obligé , à chaque instant , de dissiper la confusion et les erreurs accumulées par l'esprit de système.

SECTION III.

DES ACTES QUI DOIVENT ÊTRE CONSIDÉRÉS COMME UNE ALIÉNATION
DE LA DOT.

SOMMAIRE.

187. Sens du mot *aliénation*. — Son étendue dans les matières prohibitives. — Conséquences.
188. La femme peut disposer de ses biens dotaux par testament. — Elle ne peut en disposer par donation entre-vifs ou par institution contractuelle que pour l'établissement de ses enfants.
189. Les biens dotaux ne peuvent faire l'objet d'un partage d'ascendant que pour l'établissement des enfants.
190. Compromis. — Transaction. — Liquidation. — Partage.
191. Les biens dotaux ne sont pas protégés contre les aliénations *quæ juris potestate fiunt*. — Expropriation pour cause d'utilité publique. — Mitoyenneté. — Enclave.

187. Le mot *Aliénation*, pris à la lettre (*alienum facere*), exprime l'idée d'un transport de propriété : *Est autem alienatio omnis actus per quem dominium transfertur* (L. 1, C., *De fundo dot.*). Ce mot a un sens beaucoup plus large, surtout dans les matières prohibitives; la loi 7, C., *De reb alien. non alien.*, en est la preuve manifeste; et la glose, sur la loi 1, C., *De fundo dot.* a eu raison de dire : *Alienatio est rei suæ et juris sui in alium translatio*. Barbosa exprimait la même pensée en ces termes :

Alienationis appellatione continetur jurium et actionum cessio ¹.

L'aliénation est donc tout acte par lequel on transporte ou on laisse acquérir à un autre un bien, un droit quelconque dont on avait la propriété ² : *Aliena-*

1. *De appell. verb. jur. signif.*, 14, n° 4.

2. Prost de Royer, *Dictionnaire des arrêts*, v° *Aliénation*.

*tionis verbum in genere latissimam habet significationem; et id omne alienationem vocamus quo quid ex unius patrimonio in alterius transfertur, ut illud minuatur, hoc augeatur, sive res sit, sive possessio, sive jus*¹. Un autre jurisconsulte a défini l'aliénation au point de vue de la dotabilité, et sa définition a été consacrée par le suffrage de tous : ALIENATIO. *Intelligitur hoc nomine omnis actus quo proprietas vel ipsius corporis, vel et juris in re dotali competentis, veluti emphyteuseos, superficiei, servitutis, pignorationisve in alterum transfertur.*

188. De là résultent plusieurs conséquences importantes qui ne peuvent pas toutes être signalées ; voici les principales :

La femme ne peut pas, en règle générale, donner ses biens dotaux ; donner, c'est plus qu'aliéner, c'est perdre : *Donare est perdere*².

Les biens dotaux peuvent cependant être l'objet d'une disposition testamentaire (article 226), ou d'une donation entre-vifs faite par la femme pour l'établissement des enfants communs ou de ceux qu'elle aurait eus d'un précédent mariage (article 1555 et 1556).

La femme peut certainement donner ses biens dotaux par institution contractuelle, dans les cas prévus par ces mêmes articles 1555 et 1556.

Mais le pourrait-elle hors ces deux cas ?

Le doute vient du caractère mixte de l'institution contractuelle. On sait qu'elle participe du contrat et du testament ; c'est un testament irrévocable comme un

1. Corvinus, *ad leg.* 28, D., *De verb. signif.*

2. L. 7, pr. D., *De donat.* ; Nouvelle VII, préf. et ch. I.

contrat. Tous les auteurs de droit écrit enseignaient que la femme pouvait disposer de ses biens dotaux par institution contractuelle comme par testament. Entraîné par ces autorités, M. Tessier accorde le même droit à la femme, parce que, dit-il, l'institution contractuelle n'est qu'un testament irrévocable¹. Telle est aussi l'opinion de M. Troplong².

Ce n'est pas la nôtre.

Qu'importe que l'institution contractuelle ne soit qu'un testament irrévocable ? N'est-ce pas précisément cette irrévocabilité qui condamne l'opinion contraire ? L'institution contractuelle fait perdre à la femme le plus précieux avantage de la dotalité, celui de pouvoir disposer des biens dotaux à titre gratuit pour l'établissement de ses enfants. La dot, destinée à la famille, est perdue pour la famille. Comment peut-on admettre que la femme, qui ne peut donner ses biens dotaux à ses enfants que pour leur établissement, puisse les donner par institution contractuelle à un étranger ? C'est ce que la doctrine et la jurisprudence ont fort bien compris. On admet aujourd'hui que la femme ne peut disposer de ses biens par institution contractuelle que pour l'établissement de ses enfants, conformément aux articles 1555 et 1556.

189. La même décision doit être appliquée au partage d'ascendant, autorisé par l'article 1075 du Code. Un tel partage, lorsqu'il est fait par acte entre-vifs, renferme

1. *Traité de la dot*, t. I, p. 340.

2. Sur l'art. 1082, n° 2371.

nécessairement une aliénation ; il est forcément précédé d'une donation, si bien que, dans la pratique, on l'appelle *donation-partage*. On doit donc lui appliquer les dispositions des articles 1555 et 1556, qui ne permettent à la femme de donner ses biens dotaux à ses enfants que pour leur établissement par mariage ou autrement ¹.

190. Celui qui ne peut pas aliéner ne peut pas compromettre, ni transiger, au sujet des choses dont il n'a pas la disposition (article 2045, C. N., 1004 et 83, § 6, Code de procédure).

Les anciens interprètes distinguaient si la transaction avait lieu *retinendo aut dimittendo*, par rétention ou par abandon ². Si, par la transaction, la femme retenait ou conservait la chose dotale moyennant un sacrifice en argent, qu'elle s'imposerait sur ses biens paraphernaux, où serait l'aliénation de la dot ?

Liquider, partager, ce n'est pas aliéner. Mais on peut aliéner sous prétexte de liquider et de partager. C'est une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux. Il ne faut jamais perdre de vue que la dot est inaliénable directement et indirectement.

191. Les immeubles dotaux ne peuvent pas être grevés de servitudes, ni par la femme, ni par le mari ;

— 1. M. Dalloz, vis *Dispos. entre-vifs et testam.*, n° 4504 ; M. Genty, *Partage d'ascendant*, part. 1, n° 14, p. 135 ; — Agen, 16 février 1857 (Dall. 58, 2, 106) ; Cassat. 5 juillet 1859 (Dall. 59, 1, 238) et 18 avril 1864, (Dall. 64, 1, 209).

2. Urceolus, *De transactionibus*, p. 166 et 537 ; Fontanella, *De pactis nuptial.*, p. 572 ; Fabre, Code, liv. v, tit. xv, déf. 6 ; Mantica, *De tacitis et ambig. convent.*, t. II, p. 565.

la servitude est un démembrement de la propriété ; elle renferme une aliénation.

L'inaliénabilité ne protège pas les biens dotaux contre les aliénations que la loi ordonne ni contre les charges qu'elle impose : *quæ juris potestate fiunt*.

Ainsi, l'immeuble dotal est assujetti à l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la cession de la mitoyenneté, et à toutes les servitudes légales dérivant de la situation des lieux, notamment à celles de passage pour cause d'enclave. Mais, dans ce dernier cas, il ne doit le passage que lorsqu'il offre le trajet le plus court pour arriver du fonds enclavé à la voie publique ; l'article 682 du Code Napoléon n'impose la servitude de passage qu'au fonds qui offre le trajet le plus court ; sans cette condition, celui qui prend son passage sur un fonds dotal lui demande ce qu'il ne doit pas. En conséquence, malgré la circonstance de l'enclave, le propriétaire du fonds enclavé n'acquiert point par prescription la servitude de passage sur le fonds dotal¹.

De même, la reconnaissance d'une servitude de passage sur un immeuble dotal est nulle, s'il n'est point constaté : 1^o que le fonds en faveur duquel cette servitude a lieu était enclavé ; 2^o que la servitude est légale et non pas conventionnelle, c'est-à-dire que l'immeuble dotal offre le trajet le plus court pour aboutir à la voie publique. S'il en était autrement, il serait trop facile de grever l'immeuble dotal d'une servitude conventionnelle, sous prétexte de reconnaître la servitude légale d'enclave².

1. Cass. 20 janvier 1847 (Dalloz, 47, 1, 110).

2. Cass., 17 juin 1863 (Dalloz, 1864, 1, 140).

SECTION IV.

DES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT.

SOMMAIRE.

192. Les exceptions conventionnelles au principe d'inaliénabilité de la dot sont gouvernées par les termes du contrat de mariage.
193. La simple réserve d'aliéner les immeubles dotaux ne renferme pas celle de les hypothéquer.
194. Les exceptions légales au principe d'inaliénabilité de la dot sont expresse ou tacites. — Des exceptions expresse.
195. *Établissement des enfants.* — Sens de ce mot. — La donation des biens dotaux pour l'établissement des enfants vaut emploi ou remploi. — Conséquences pour les débiteurs des deniers dotaux.
196. L'établissement autre que par mariage doit offrir des garanties convenables. — Droit des débiteurs des deniers dotaux. — Arrêt remarquable de la cour de Bordeaux.
197. Les débiteurs ne peuvent pas refuser de se libérer sous prétexte que la donation est excessive ou que l'enfant donataire n'offre pas des garanties suffisantes pour le rapport ou la réduction.
198. Sens large du mot *donner*, dans les articles 1555 et 1556. Il signifie *disposer*. — La femme, au lieu de donner ses biens dotaux, peut les obliger par un cautionnement ou par une hypothèque pour l'établissement de ses enfants.
199. *Quid* si la femme, ayant des biens dotaux et des biens paraphernaux, s'oblige pour l'établissement de ses enfants ? — Comment doivent s'imputer les paiements ? — Intérêt de cette question.
200. *Emprisonnement du mari ou de la femme.* — Raison de cette exception. — Il n'est pas nécessaire que la famille retire un profit matériel de la liberté du mari.
201. Il faut que l'emprisonnement soit effectif, sans égard aux causes qui l'ont occasionné.
202. La circonstance que l'époux incarcéré pourrait recouvrer sa liberté par la cession de biens, ne fait pas obstacle à l'aliénation des biens dotaux pour le tirer de prison.
203. Quoique les causes de l'emprisonnement soient simulées, l'aliénation n'en est pas moins valable à l'égard des acquéreurs ; mais la femme a un recours en dommages et intérêts contre les tiers qui se sont prêtés à cette fraude. — Singulière critique de M. Troplong. — Réfutation.

204. *Aliments*. — L'aliénation de la dot pour fournir des aliments à la famille est l'emploi le plus légitime que la femme puisse en faire. — Sens du mot *aliments*.
205. L'article 1558 suppose que les époux veulent aliéner l'immeuble dotal pour fournir des aliments à la famille.
206. Les époux peuvent demander l'aliénation de l'immeuble dotal pour payer des aliments déjà fournis.
207. Quels sont les droits des tiers qui ont fait aux époux des fournitures ayant le caractère d'aliments? — Singulière jurisprudence au sujet de la femme commune en biens.
208. *Payement des dettes antérieures au contrat de mariage*. — Pourquoi, sous le régime de communauté, le mari ou la communauté, est-il tenu des dettes mobilières de la femme ayant date certaine avant le mariage, tandis qu'il en est autrement sous le régime dotal?
209. Pour apprécier l'influence de la constitution de dot quant aux dettes, il faut distinguer trois cas.
210. Premier cas. — Le mari n'est tenu des dettes que comme usufruitier, sur les biens dotaux, parce que l'universalité des dettes diminue l'universalité des biens.
211. Pourquoi le mari est tenu des dettes mobilières, sous le régime de communauté, et pourquoi il ne l'est pas sous le régime dotal. — Nouvelle preuve que le mari n'a pas la propriété ni la disposition de la dot mobilière. — L'immeuble dotal peut être aliéné pour payer les dettes de la femme, quoique le mari ait des ressources suffisantes pour les acquitter.
212. La constitution de dot par la femme est sans influence à l'égard des créanciers dont les titres ont date certaine avant le contrat de mariage. — La date certaine du titre n'est pas nécessaire lorsque les biens dotaux proviennent à la femme, soit d'une institution contractuelle, soit d'une succession légitime ou testamentaire.
213. Deuxième cas. — Lorsque la constitution de dot comprend des objets particuliers, le mari est assimilé à un acquéreur, et les créanciers qui n'ont pas d'hypothèque doivent respecter son droit de jouissance. — Distinction par rapport à la femme.
214. Troisième cas. — Lorsque l'immeuble dotal est hypothéqué aux créanciers de la femme ou du constituant, la constitution dotal ne peut pas nuire au droit de ces créanciers.
215. Le consentement de la femme est nécessaire au mari pour aliéner l'immeuble dotal, à l'effet de payer les dettes de la femme, antérieures au contrat de mariage. — Renvoi.

216. Formes de la permission d'aliéner. — L'article 1558 n'est fait que pour les époux.
217. *Grosses réparations.*
218. *Indivision.* — Cette exception est fondée sur la nécessité. — Deux conditions constituent cette nécessité : 1° l'indivision de l'immeuble avec des tiers; 2° son impartageabilité reconnue par la justice.
219. La loi est plus difficile pour la licitation de l'immeuble dotal que pour le partage en nature. — Pourquoi ?
220. La femme peut-elle procéder au partage amiable des successions dans lesquelles il lui revient une part qui est dotale ? — Rejet des opinions pour et contre.
221. La question est de savoir si, en fait, la femme a aliéné sous prétexte de partager. — Dans quels cas le partage sera-t-il ou ne sera-t-il pas une aliénation de la dot ?
222. Influence des faits en pareille matière.
223. *Échange du fonds dotal.* — Quatre conditions sont nécessaires pour la validité de l'échange.
224. Le consentement de la femme est une règle générale qui s'applique même au cas où la loi ne le mentionne pas, notamment à l'aliénation pour le paiement des dettes.
225. Formalités de la vente. — Elles s'appliquent à la vente des meubles dotaux comme à celle des immeubles.
226. Quels sont les effets du jugement qui permet la vente, et dans quels cas la femme peut-elle l'attaquer ?
227. Les exceptions tacites ont lieu pour crimes, délits ou quasi-délits de la femme. — Ancienne jurisprudence de droit écrit. — Hésitation de la jurisprudence moderne à cet égard.
228. Distinction. — L'inaliénabilité persiste lorsque le crime, le délit ou le quasi-délit de la femme a été déterminé par l'influence et l'intérêt du mari.
229. *Crimes et délits.* — Dans quels cas la femme en est-elle responsable sur ses biens dotaux ? — Distinction.
230. *Quasi-délits et quasi-contrats.* — Même distinction. — Arrêt remarquable de la cour de Bordeaux.
231. *Quid* de la femme qui entreprend un commerce sans avoir rempli les formalités prescrites par les articles 67 et 69 du Code de commerce, mais qui s'est conformée aux articles 75, 76, § 9, 1391 et 1394 du Code Napoléon ?
232. *Quid* de la femme qui se trouve dans l'hypothèse inverse ?
233. La règle qui rend la femme responsable de ses quasi-délits ou de ses quasi-contrats sur sa dot n'a pas lieu lorsque les tiers ont pu en éviter les conséquences. — Application à la vente d'un

immeuble dotal déclaré paraphernal et au stellionnat de la femme.

234. La femme qui se rend adjudicataire des biens de son mari et qui subit la folle enchère, n'est pas tenue sur sa dot de la différence entre le prix de vente et celui de revente. — Dissentiment avec la Cour de Pau, la Cour de cassation et la Cour d'Agen. — Fausses idées de ces Cours au sujet de l'inaliénabilité de la dot.
235. Véritables motifs de cette inaliénabilité. — Leur application au quasi-contrat de folle enchère de la femme.
236. Comment on fait renoncer la femme à son hypothèque légale, contrairement à la loi.
237. La femme ne peut pas se rendre adjudicataire des biens de son mari. — Dissentiment avec la doctrine et la jurisprudence.
238. Le quasi-contrat de folle enchère des biens du mari n'existe pas pour la femme. — Conséquences.
239. Arrêt de la Cour de cassation qui pose les vrais principes de la matière, en décidant que la dot ne répond pas du délit ou du quasi-délit imposé à la femme par l'influence et l'intérêt du mari.
240. L'acceptation pure et simple d'une succession oblige-t-elle la femme sur ses biens dotaux ? — Dissentiment avec la jurisprudence.
241. Résumé et règle au sujet des quasi-délits et des quasi-contrats de la femme.
242. *Dépens*. — Rejet d'un principe posé par la Cour de cassation. — Distinction de la doctrine entre les frais dus à l'avoué de la femme et les dépens dus à la partie adverse.
243. Les frais des procès en séparation de corps ou de biens, prononcée ou rejetée, sont recouvrables sur la dot au profit de l'avoué de la femme. — Véritable raison de cette décision.
244. Règle en cette matière. — La femme doit les dépens, soit à son avoué, soit à sa partie adverse, sur tous ses biens, même dotaux, lorsque le mari n'a aucun intérêt au procès, ou lorsque le procès est dirigé contre lui.
245. Application de cette règle aux dépens auxquels la femme a été condamnée envers sa partie adverse. — Dissentiment avec la jurisprudence moderne. — Toujours la confusion entre l'incapacité et l'inaliénabilité.
246. Divers cas dans lesquels il est certain que le procès n'intéresse pas le mari.
247. *Quid* dans les autres cas ? — Difficultés pour la preuve. — Qui doit la faire ?

192. Les exceptions au principe d'inaliénabilité de la dot sont conventionnelles ou légales.

Les exceptions conventionnelles sont celles qui résultent de la convention des parties, c'est-à-dire du contrat de mariage. Les exceptions légales sont celles qui sont établies par la loi.

On sait qu'aux termes de l'article 1387 du Code, « la loi ne régit l'*association conjugale*¹, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs » et aux dispositions des articles 1388 et suivants du Code Napoléon. Le mariage est une affaire domestique ; la prudence de la famille pour l'établissement des enfants est au-dessus de celle de la loi. Voilà pourquoi le Code laisse la plus grande liberté aux conventions matrimoniales. Ces conventions sont la loi des parties.

193. La femme peut donc stipuler dans son contrat de mariage qu'elle aura la faculté d'aliéner ses biens dotaux ; l'article 1557 dit, en effet, que l'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage. Il ne faut pas en conclure que les époux ne peuvent pas convenir que l'immeuble dotal pourra être hypothéqué, et encore moins que la permission d'aliéner renferme celle d'hypothéquer.

1. Ces expressions : *Association conjugale*, étaient exactes dans la rédaction primitive de l'art. 1387 ; elles cessèrent de l'être, quand on eut donné place au régime dotal dans le Code Napoléon ; car, le régime dotal ne renferme aucune *association*, quant aux biens. Il aurait fallu modifier la rédaction et dire : La loi ne régit le mariage, quant aux biens, etc...

C'est ainsi que nous résolvons, en passant, la question de savoir si la réserve d'aliéner l'immeuble dotal renferme celle de l'hypothéquer.

Il faudra d'abord consulter l'intention des époux et les termes du contrat de mariage. Si rien ne révèle cette intention, la question n'est plus de fait, mais de droit. Le mot *aliéner* a un sens large et un sens restreint. Dans le sens large, il renferme certainement l'hypothèque ; il en est autrement dans le sens restreint. On sait qu'il y a deux manières d'aliéner : l'une consiste à vendre, à échanger, à transformer un patrimoine sans le diminuer ; elle remplace une chose par une autre ou par une valeur équivalente : telle est la vente, l'échange ; l'autre a des inconvénients beaucoup plus graves : elle ne transforme pas seulement les biens ; presque toujours elle les fait perdre irrévocablement : telle est la donation, tel est le cautionnement.

Lorsque la femme s'est réservé la faculté d'aliéner l'immeuble dotal, a-t-elle entendu parler de l'aliénation qui remplace les choses par d'autres, ou bien de celle qui les fait perdre sans aucune compensation ? Le contrat de mariage est muet à cet égard : telle est notre hypothèse. Mais la femme, en se mariant sous le régime dotal et en se constituant l'immeuble en dot, a manifesté des intentions conservatrices. On se conformera donc à ses intentions en interprétant la réserve d'aliéner dans un sens restreint et exclusif de l'hypothèque. D'ailleurs l'hypothèque est une aliénation de la pire espèce ; elle ne dépouille pas la femme actuellement, mais dans un avenir éloigné ; ses dangers sont cachés et n'apparaissent qu'à la fin ; c'est ce qui a fait dire d'elle :

Habet in cauda venenum. C'est ce qui fait aussi que la femme consent l'hypothèque avec plus de facilité que l'aliénation ordinaire. Remarquez ceci encore : lorsque la femme vend ou échange son immeuble dotal, elle fait ses propres affaires et ne diminue pas son patrimoine dotal ; mais, lorsqu'elle l'hypothèque, c'est parce qu'elle s'oblige pour le mari, c'est-à-dire pour des affaires qui ne sont pas les siennes et dont elle ne retire aucun profit. Il n'y a point de parité entre l'aliénation ordinaire et l'hypothèque ; la loi Julia n'avait pas confondu deux choses si différentes. On se rappelle que ce célèbre plébiscite permettait au mari l'aliénation du fonds dotal avec le consentement de la femme, tandis qu'il lui en défendait l'hypothèque, même avec ce consentement.

Ces raisons sont fondées sur la nature même des choses. Elles ont été développées avec force par Théophile, Cujas et Vinnius¹ ; la Cour de cassation les a transportées dans les motifs de ses arrêts ; M. Troplong a fait de vains efforts pour les ébranler. Il est de jurisprudence certaine aujourd'hui que la simple réserve d'aliéner ne renferme pas celle d'hypothéquer l'immeuble dotal.

194. Les exceptions légales sont expresses ou tacites ; les exceptions expresses se réfèrent :

- 1^o A l'établissement des enfants ;
- 2^o A l'emprisonnement du mari ou de la femme ;
- 3^o Aux aliments qui doivent être fournis à la famille ;

1. V. *supra*, n^o 18.

4° Au paiement des dettes antérieures au contrat de mariage ;

5° Aux réparations à faire à l'immeuble dotal ;

6° A la licitation ;

7° A l'échange de l'immeuble dotal.

Reprenons chacune de ces exceptions , et faisons remarquer en passant qu'il existe entre la première et celles qui la suivent une différence importante qui sera signalée plus tard.

§ I. — *Établissement des enfants.*

195. L'article 1555 dit : « La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais, si elle n'est autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari ». L'article 1556 ajoute : « Elle peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs ».

L'établissement dont parlent ces deux articles n'est pas absolument un établissement par mariage ; c'est tout ce qui assure à un enfant une existence indépendante, solide et durable, ce qui assure le sort de l'enfant, qui lui procure une position, telle qu'une profession industrielle ; en un mot, tout ce qui donne un état à l'enfant. D'une part, en effet, les articles 1555 et 1556 parlent d'établissement en général et non pas d'établissement par mariage ; et, d'autre part, l'article 204 du Code Napoléon prouve, jusqu'à l'évidence, que si le

mariage est un établissement, il n'y a pas d'établissement que par le mariage.

Les biens dotaux, quand ils sont ainsi employés pour l'établissement d'un ou de plusieurs enfants, reçoivent leur destination naturelle ; ils servent à la famille, et même, par une ingénieuse fiction de la loi, ils sont censés ne pas en sortir, puisque l'enfant donataire devra en faire compte à la succession maternelle, soit en les rapportant, soit en les imputant sur la quotité disponible, ou bien en renonçant.

La donation des biens dotaux pour l'établissement des enfants par mariage ou autrement est l'emploi ou le remploi le plus légitime que la mère puisse en faire. Les débiteurs des deniers dotaux ne peuvent donc pas prétendre qu'ils ne doivent se libérer que moyennant emploi ou remploi ; la donation ainsi faite vaut emploi ou remploi. Ils n'ont qu'à examiner une chose, si la donation est bien faite pour l'établissement des enfants. Cela ne peut pas être douteux lorsque la donation est faite en faveur du mariage, qui est nécessairement un établissement, et le plus important de tous.

196. Mais lorsque la donation sera faite pour procurer à l'enfant un établissement autre que par mariage, les débiteurs des deniers dotaux ont intérêt et qualité pour exiger que cet établissement offre des garanties convenables pour la conservation de la dot ; car ils sont responsables, s'ils n'exigent pas ces garanties et s'ils acceptent comme établissement ce qui n'en est pas un.

C'est ce qu'a fort bien jugé la cour de Bordeaux, par arrêt du 31 août 1840, dans les circonstances suivantes :

La vicomtesse Dunogués de Castelgaillard avait stipulé, dans son contrat de mariage, que sa dot ne serait aliénable qu'à charge de emploi. En vertu de cette clause, le domaine de Coulomez fut vendu à un sieur Brown, qui resta débiteur envers la femme d'une somme de 50,935 francs, somme dotale et payable moyennant emploi. La dame Dunogués fit donation de cette somme à son fils Léonce, pour lui procurer un établissement. Le donataire avait déjà, par un acte public du 21 décembre 1839, formé avec un sieur Maignol une société pour le commerce des vins, et il était dit que le fonds social, fixé à 60,000 francs, serait fourni par Dunogués seul, la mise de Maignol devant consister dans son industrie. La durée de la société n'était que de cinq années, et il était même convenu qu'elle pourrait être dissoute avant l'expiration de ce terme, si cela convenait aux associés ou à l'un d'eux. Léonce Dunogués notifia l'acte de donation et l'acte de société à Brown, avec commandement d'avoir à lui payer la somme de 50,935 francs dont il était débiteur, lui déclarant qu'il entendait la verser dans sa société avec Maignol. Brown forma opposition à ce commandement; il soutint que l'établissement auquel la dot était destinée n'avait rien de sérieux et n'offrait aucunes garanties de stabilité; il déclara que, pour mettre à couvert sa responsabilité de débiteur de deniers dotaux, il refusait de s'en dessaisir jusqu'à ce que des garanties plus efficaces lui fussent offertes, ou jusqu'à ce qu'il fût décidé par la justice que le vœu de la loi était rempli.

Cette défense, si simple et si nette, succomba devant le tribunal civil de Bordeaux. Mais, sur l'appel, la

décision des premiers juges fut réformée par les motifs suivants :

« Attendu , sur la première question , que , d'après l'article 1556 du Code civil , la femme peut donner ses biens dotaux avec l'autorisation maritale pour l'établissement de leurs enfants communs ; que cet article, qui contient des exceptions à la règle de l'inaliénabilité des immeubles constitués en dot sous le régime de la dotualité, ne doit pas , dans son application , être restreint à un établissement par mariage ; qu'il doit s'entendre de tout ce qui procure à l'enfant une profession industrielle, ce qui résulte d'ailleurs de l'article 204 du même Code , lequel dispose que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement ; mais qu'il n'a pas été dans la pensée du législateur de comprendre sous l'expression qu'il a employée les entreprises qui ne présenteraient pas des conditions de stabilité et de durée ;

« Attendu , sur la deuxième question , que la somme de 50,935 fr. qui reste due par François Brown sur le prix du domaine de Coulomez, dont il s'est rendu adjudicataire , est dotale à la dame Dunogués ; que la faculté d'aliéner la dot ne fut stipulée dans son contrat de mariage que sous la condition de emploi ; que Brown, détenteur des deniers dotaux , et qui a le devoir de surveiller la collocation , est en droit d'exiger , pour la validité de son paiement , la justification d'un emploi utile et suffisant ;

« Attendu que la donation consentie par la dame Dunogués à Léonce Dunogués , son fils , du capital dont il s'agit , exprime qu'elle est faite pour procurer

à celui-ci un établissement, en lui fournissant le moyen de verser cette somme dans une société déjà arrêtée entre lui et un sieur Maignol, pour le commerce des vins ;

« Attendu qu'il est stipulé par l'article 6 de l'acte de société, passé devant Bonet, notaire à Gironde, le 21 décembre 1839, que le fonds social, fixé à 60,000 fr., sera fourni par Dunogués fils, seul, la mise de Maignol devant uniquement consister dans son industrie, son expérience et les connaissances spéciales qu'il a acquises dans le commerce ; que l'article 2 porte que cette société, dont le terme est fixé à cinq années à partir du jour où Dunogués fils aura conféré l'apport ci-dessus énoncé, pourra néanmoins être dissoute avant l'expiration du terme, si cela convient aux associés ou à l'un d'eux, et que, dans ce cas, l'associé qui voudra se retirer le pourra deux mois après en avoir prévenu l'autre par la signification d'un simple acte ;

« Attendu qu'indépendamment de ce que cette dernière convention s'écarte des prescriptions de l'article 1871 du Code civil, applicable aux sociétés commerciales, comme à celles qui sont purement civiles, il est évident qu'une association établie sur les bases qu'on vient de rappeler n'offre rien de définitif ; qu'on n'y rencontre aucun des éléments de permanence, de fixité et de conservation que la loi exige, lorsqu'elle a permis d'aliéner la dot pour donner à l'enfant un établissement ; que c'est donc à bon droit que l'adjudicataire a refusé de se dessaisir du capital dont il reste débiteur, jusqu'à ce que des garanties plus suffisantes lui soient offertes ;

« Par ces motifs , la Cour , faisant droit à l'appel que Brown a interjeté du jugement rendu par le tribunal civil de Bordeaux , le 15 avril 1840 , déclare que la société de commerce contractée entre Maignol et Dunogués fils , et qui a déterminé la donation consentie à ce dernier par la vicomtesse Dunogués de Castelgaillard , sa mère , de la somme dotale à elle due par l'appelant , sur le prix du domaine de Coulomez , ne présente pas pour le donataire , d'après les clauses qu'elle renferme , un établissement dans le sens de l'article 1556 du Code civil , fait en conséquence inhibition et défense à Léonce Dunogués fils , de donner suite au commandement qu'il a adressé à Brown ¹. »

197. On a vu des débiteurs de la dot refuser de se libérer entre les mains de l'enfant donataire sous le vain prétexte que la donation était excessive , qu'elle serait un jour sujette à réduction , et que les choses données , quand elles sont mobilières , pourraient être perdues par l'insolvabilité de l'enfant. C'est pousser beaucoup trop loin la sollicitude pour l'inaliénabilité. De telles prétentions ne doivent pas arrêter les regards de la justice ; elles rendraient impossible l'application des articles 1555 et 1556 aux enfants qui en ont le plus de besoin. En effet , la réserve et la quotité disponible ne peuvent être fixées qu'après la mort du donateur ; jusque-là , leur étendue respective est soumise à plusieurs éventualités , le nombre des enfants , l'augmentation ou la diminution du patrimoine , toutes choses varia-

1. Dalloz , 41, 2, 125.

bles de leur nature (article 920, 922). Avec ce système, il n'est pas un débiteur de deniers dotaux qui ne puisse dire : Rien ne me garantit que la donation ne soit pas excessive, que la réduction n'en sera pas prononcée un jour ; je refuse de me libérer. Les débiteurs de la dot n'ont pas à s'immiscer dans l'examen de ces éventualités attachées à toutes les donations en avancement d'hoirie ; ils ne sont pas garants des suites de l'action en réduction. Prétendre qu'ils seraient exposés à payer deux fois, c'est confondre l'action en révocation avec l'action en réduction ; ils n'ont qu'une seule chose à vérifier, si la dot est aliénée pour l'établissement de l'enfant. Il ne faut jamais perdre de vue que les articles 1555 et 1556 autorisent la femme à disposer de sa dot d'une manière générale et sans restriction, pour l'établissement de ses enfants, et que ces textes ne subordonnent pas le droit de la femme à la quotité des biens qu'elle donne ; d'où il suit qu'elle peut disposer de toute sa dot ou d'une partie de sa dot en faveur d'un seul de ses enfants, sauf aux héritiers réservataires à exercer plus tard leur action en réduction.

198. Les articles 1555 et 1556 disent que la femme peut *donner ses biens dotaux* pour l'établissement de ses enfants ; ces mots : *donner ses biens dotaux*, doivent s'entendre dans un sens large ; ils signifient *disposer*. Ainsi, la mère peut fournir, sur ses biens dotaux, tels cautionnements, telles hypothèques qu'elle juge convenable, pour l'établissement de son enfant, notamment pour garantir, soit la dot de la belle-fille, soit la donation faite à l'enfant par le père ou par un tiers ; en un

mot, il n'y a pas d'inaliénabilité dotale pour l'établissement des enfants. Cela n'est pas douteux lorsque la femme n'a que des biens dotaux ou lorsqu'elle a manifesté sa volonté de donner ou d'obliger ses biens dotaux.

199. Mais qu'arrivera-t-il si la femme ayant des biens dotaux et des biens paraphernaux n'a pas obligé spécialement les uns plutôt que les autres ?

Lorsque la femme fait une donation pour l'établissement de ses enfants, elle est obligée de déterminer les biens qu'elle donne et qu'elle transmet en propriété à l'enfant donataire ; on sait alors si la chose donnée est dotale ou paraphernale. Il en est autrement quand la femme promet une somme d'argent ou garantit la promesse d'autrui pour l'établissement de ses enfants. Alors se présente une question complexe :

Les biens dotaux sont-ils obligés par cela seul que la femme s'est obligée pour l'établissement de ses enfants ? S'ils sont obligés, le sont-ils principalement, ou bien subsidiairement, de manière que l'enfant donataire doive discuter les biens paraphernaux, avant de s'attaquer aux biens dotaux ? Exemple : la femme possède une créance paraphernale de 30,000 fr. et une dot de 60,000 fr., due par le mari : elle donne 30,000 fr. à un de ses enfants, par contrat de mariage, sans expliquer si cette somme sera prise sur la créance paraphernale ou sur les 60,000 fr. qui sont entre les mains de son mari.

L'intérêt de la question est manifeste ; il n'est pas indifférent pour la femme d'avoir 60,000 fr. de biens

dotaux, ou 60,000 fr., moitié dotaux, moitié paraphernaux.

La difficulté se complique encore, si l'on suppose que la mère a contracté des engagements qui n'obligent que ses biens paraphernaux : son gendre pourrait-il se faire payer les 30,000 fr. en concours avec ses créanciers sur les biens paraphernaux ?

Enfin, le père lui-même a intérêt à ce que la donation soit prise sur les biens paraphernaux, puisque, dans ce cas, il conserve la jouissance de toute la dot.

Comment se réglera ce conflit d'intérêts ?

On consultera d'abord l'intention des parties contractantes, et l'on ne devra pas oublier que la mère, quoique possédant des biens paraphernaux, a pu s'obliger sur ses biens dotaux, puisqu'il s'agissait de l'établissement d'un de ses enfants. Il arrivera presque toujours que cette intention sera révélée par le contrat de mariage ou par l'acte de donation ; alors on devra se conformer à la volonté des parties.

Si la mère n'a pas manifesté son intention, la somme qu'elle a donnée devra se prendre d'abord sur les biens paraphernaux, et subsidiairement seulement sur les biens dotaux.

Telle était la jurisprudence du parlement de Toulouse, attestée par Boutaric, en ces termes :

« Les arrêts... ont jugé qu'une femme pouvait donner
« sa dot, en tout ou en partie à ses enfants, même hors
« de contrat de mariage ; et ils ont seulement exigé
« que la donation de la dot fût expresse, du moins de
« la part de la femme qui a des biens autres que la dot.
« M. Catelan, liv. 4., chap. 4, rapporte un arrêt rendu

« contre feu M. de Lombrail, qui déclara la dot non
« comprise en la donation par cette raison qu'il n'en
« était pas parlé nommément en la donation, et j'en ai
« vu rendre un autre semblable en l'année 1722 ¹. »

De là résultent les conséquences suivantes :

Une femme à qui son mari doit des sommes dotales et des sommes paraphernales a constitué en dot une certaine somme à un de ses enfants, sans exprimer si la somme promise serait payée avec ses deniers dotaux ou paraphernaux. Le mari a payé. Plus tard la femme contracte des engagements qui n'obligent point sa dot. Ses créanciers pourront-ils prétendre que le mari est débiteur de sommes paraphernales et les faire saisir-arrêter entre ses mains? Non, si la somme payée par le mari a épuisé les deniers paraphernaux; en d'autres termes, les paiements faits par le mari s'imputent d'abord sur les deniers paraphernaux, et subsidiairement sur les deniers dotaux. La femme pouvait sans doute donner ses biens dotaux, puisqu'il s'agissait de l'établissement de son enfant. Mais elle ne l'a point fait, et rien ne prouve qu'elle n'ait pas entendu donner plutôt ses deniers paraphernaux.

§ II. — *Emprisonnement du mari ou de la femme.*

200. La raison de cette exception est dans la réciprocité des devoirs que le mariage impose aux époux.

Un arrêt a décidé que la permission d'aliéner la dot pour tirer le mari de prison doit être refusée, lorsque

1. *Instît.*, liv. I, tit. VIII, p. 219.

la femme et la famille ne doivent retirer aucun profit de sa mise en liberté ¹. Cette décision peut être bonne dans les circonstances particulières qui l'ont déterminée, mais elle ne doit pas être érigée en principe.

Le juge qui est appelé à donner ou à refuser la permission d'aliéner la dot pour procurer la liberté à l'un des époux doit chercher ses inspirations dans les intérêts moraux autant et plus peut-être que dans les intérêts matériels de la famille. Le cardinal Deluca signalait trois raisons qui justifiaient l'aliénation de la dot pour tirer le mari de prison ou plutôt pour l'empêcher d'être emprisonné : *Ratio triplex considerari videtur... tertia fortior ac magis proxima, ut maritus, in libertate positus, onera matrimonii supportare, debitum matrimoniale solvere, aliaque maritalia munia peragere possit* ². La femme qui demande à faire le sacrifice d'une partie de sa dot pour procurer la liberté à son mari est guidée par l'humanité, la piété et le devoir : ces sentiments sont respectables; on ne doit pas leur opposer une fin de non-recevoir matérialiste.

C'est bien ainsi que les tribunaux ont compris leur mission en cette matière, car ils ne refusent la permission d'aliéner que rarement et dans des circonstances exceptionnelles.

Si le mari est un débauché incorrigible qui ne sortira de prison que pour recommencer ses débordements, la permission d'aliéner devrait-elle encore être accordée à la femme? Il est difficile de poser une règle qui gou-

1. Caen, 6 janvier 1845 (Dall., 45, 2, 49).

2. *De dote*, disc. 95, n° 8.

verne cette situation si délicate : et cependant, j'accorderais encore la permission, à moins que la famille se refusât à provoquer l'interdiction ou la nomination d'un conseil judiciaire au mari dissipateur.

201. L'article 1558 autorise l'aliénation *pour tirer de prison le mari ou la femme*. Il faut donc que le mari ou la femme soit en prison ; il ne suffirait pas que le conjoint fût sous le coup d'une contrainte par corps, ni même qu'il fût recherché pour être emprisonné. Le cardinal Deluca atteste que la jurisprudence italienne permettait l'aliénation pour *préserver* le mari de l'emprisonnement : « Hoc nostri extendunt etiam ad mariti libertatis *præservationem*, ubi scilicet, imminente viri carceratione, mulier se obligat *pro ea impedienda* ¹. » Mais notre ancien droit français s'était établi sur l'ordonnance de la marine qui permettait aux femmes d'obliger et d'aliéner *leurs biens dotaux* pour *tirer* leurs maris de l'esclavage. L'article 541 de la sage Coutume de Normandie renfermait une disposition semblable, et la cour de Caen a rendu, le 4 juillet 1826, un arrêt dont les motifs, solidement établis, justifient la sévérité de la loi :

« Considérant que cette autorisation est nulle pour
« avoir été donnée hors des cas déterminés par la loi ;
« qu'en effet, les époux avaient soumis leurs biens à
« l'inaliénabilité résultant du régime dotal ; que si l'ar-
« ticle 1558 du Code civil permet d'y déroger dans
« l'intérêt du mari, ce n'est que quand la liberté de

1. *De dote*, loc. cit.

« celui-ci lui a été réellement ravie , et non lorsqu'elle
« n'est encore que simplement menacée par des obli-
« gations de nature à la lui faire perdre ; que les ter-
« mes de la loi sont positifs à cet égard ; qu'elle veut
« que la dot ne puisse être compromise que pour tirer
« le mari de prison , ce qui suppose qu'il y est entré ;
« que ces expressions doivent être prises dans leur sens
« littéral et restrictif : 1^o parce qu'il s'agit ici d'une
« exception à une règle générale , et que toute excep-
« tion doit être renfermée dans les limites pour les-
« quelles elle a été faite ; 2^o parce qu'il n'y a qu'en
« faveur d'un bien aussi précieux que la liberté du
« mari, que l'on a pu se résoudre à faire fléchir le prin-
« cipe conservateur de la dot et que cette liberté ne
« peut être regardée comme suffisamment attaquée par
« la seule existence de condamnations par corps qui
« souvent, quoique obtenues, ne sont pas mises à
« exécution , soit par indulgence du créancier, soit par
« la crainte des frais, soit par l'admission au bénéfice
« de cession , soit par toute autre cause ; 3^o parce qu'il
« est évident que des inconvénients graves devien-
« draient la suite d'une interprétation extensive ; que
« lorsque le mari se trouve emprisonné, le fait de sa
« mise en captivité donne une assez forte garantie de
« la sincérité des créances qui ont occasionné l'exercice
« de la contrainte par corps envers lui , par la raison
« que ne pouvant être certain d'avance du parti que
« prendra le tribunal sur le point de savoir s'il sera plus
« intéressant pour sa famille de racheter sa liberté que
« de conserver la dot , l'on doit difficilement croire
« qu'il s'expose à courir des chances dont il pourrait

« devenir la victime, en se plaçant imprudemment sous
« la main de la justice ; que si l'on se contente, au con-
« traire, d'obligations ou même de jugements portant
« la contrainte par corps, mais non exécutés, la femme
« demeure livrée à l'abus de la puissance maritale et la
« dot cesse d'être protégée contre les manœuvres de la
« fraude et de la collusion, ce qui serait tout à fait con-
« tradictoire avec le but que s'est proposé le Code en
« traçant les règles du régime dotal ¹. »

S'il faut que l'un des époux soit entré en prison, pour que la dot puisse être aliénée, il ne faut pas non plus qu'il en soit sorti, car alors l'aliénation n'aurait plus lieu pour *tirer* de prison le mari ou la femme ; on ne serait plus dans les termes de l'exception ².

On ne doit pas distinguer si l'emprisonnement de l'un des époux a eu lieu pour dettes civiles ou pour dettes de délit. On sait que la contrainte par corps est applicable aux auteurs de crimes ou délits pour le payement des dommages-intérêts, restitutions, amendes et frais auxquels ils ont été condamnés (articles 51, 52, 467 et 469 du Code pénal). La dot est aliénable pour procurer la liberté au mari ou à la femme, toutes les fois que ce résultat peut être obtenu par un sacrifice pécuniaire. Tel était l'ancien droit écrit.

202. L'aliénation des biens dotaux, nécessaire pour tirer de prison le mari ou la femme, ne trouve pas un

1. Dalloz, 1827, 2, 47. — *Adde*, Rouen, 16 janvier 1838 (Dall., 38, 2, 77) ; Cassation, 26 avril 1842, Dalloz, vis *Contr. de mar.*, sous le n° 3625.

2. Lyon, 2 mai 1833, Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 3632.

obstacle dans la circonstance que l'époux incarcéré peut faire cession de biens. C'était, il est vrai, une question controversée dans la jurisprudence de droit écrit, mais elle ne peut pas l'être sérieusement dans le droit moderne. L'article 1558 ne distingue pas ; il ne fait pas dépendre le droit qu'il accorde de la condition que l'époux incarcéré ne pourra pas recourir au triste et douloureux remède de la cession de biens. On doit en conclure que la femme peut être autorisée par la justice à vendre ses biens dotaux pour tirer le mari de prison, quoique celui-ci pût en sortir en faisant l'abandon de tous ses biens à ses créanciers. La conclusion est d'autant plus certaine que Cambacérès fit allusion à l'ancienne controverse dans la discussion qui eut lieu au conseil d'État et que l'article 1558 n'a apporté aucune restriction au droit qu'il mentionne ¹.

203. On a vu des époux se concerter avec des tiers complaisants pour éluder la prohibition d'aliéner la dot ; le mari souscrivait des lettres de change fictives, se faisait mettre en prison, et la femme demandait à la justice la permission d'aliéner ses biens dotaux pour lui rendre la liberté. Le prix de vente était reçu par le mari, quoique quittancé par le prétendu créancier.

Disons d'abord, que malgré la fausseté de la cause, l'aliénation est valable à l'égard des tiers-acquéreurs, puisqu'elle est faite sous la foi de la justice que l'on a trompée. Mais la femme ne doit pas être victime de cette

1. MM. Tessier, *De la dot*, t. I, note 633 ; Duranton, t. XV, n° 508 ; Odier, t. III, n° 1287 ; Troplong, n° 3443 ; Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 3623.

conspiration des époux contre l'inaliénabilité de la dot, elle aura donc, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, une action en dommages-intérêts contre le tiers imprudent qui a mis sa complaisance au service d'un mari obéré, pour éluder la prohibition de la loi.

La Cour de Riom avait rejeté une demande de cette nature, formée par les héritiers de la femme, mais son arrêt fut cassé par la Cour de cassation, le 25 juillet 1842¹.

Sur quoi, M. Troplong a fait les réflexions suivantes :

« Il est certain que, pour justifier cette cassation, il faut faire un assez grand effort d'esprit et se livrer à des suppositions un peu arbitraires. On ne peut, en effet, atteindre Battrol (le tiers qui avait joué le rôle de créancier du mari) qu'en représentant la femme comme victime d'un concert frauduleux pratiqué entre le mari et lui, pour la dépouiller de sa dot. Or, *en réalité, il est bien plus probable que c'est la femme qui, secondant son mari, avait obtenu de Battrol un concours officieux, prêté par amitié, par faiblesse, mais sans intérêt*². Je ne caractérise pas le procédé de ces héritiers qui viennent troubler la cendre de leur mère et prendre dans la

1. Dalloz, 42, 1, 325.

2. C'est le contraire qui est vrai. M. Troplong, en attribuant gratuitement à la femme un rôle actif dans une affaire qui n'est pas la sienne, se livre à une supposition arbitraire et oublie la règle de l'Aréopage athénien : *Is fecit cui prodest*. L'éminent magistrat a trouvé banale la fragilité de la femme, invoquée par Justinien pour justifier l'inaliénabilité de la dot; il recueille ici le fruit de ses idées en renversant les situations; c'est la femme qui prend l'initiative de sa spoliation et qui sollicite les Battrol complaisants.

poche d'un ami 18,000 francs qu'il ne doit pas et qu'il a fidèlement remis à leurs parents.... Toute l'action était concentrée dans un recours en dommages et intérêts fondé sur l'article 1382 du Code civil. Or, comment cet article serait-il applicable ? Il n'est fait que pour le cas où un dommage est causé par un délit ou un quasi-délit, mais non pas pour le cas où il résulte d'un pacte, d'une convention, d'un accord concerté.... Le voleur a-t-il une action en dommages et intérêts contre le voleur dont il se fait aider ? Le complice a-t-il une action en dommages et intérêts contre son complice ? »

M. Troplong fait appel au sentiment pour faire échec à l'inaliénabilité de la dot. Les héritiers de la femme avaient mille fois raison d'agir comme ils le firent contre Battrol. Si Battrol n'avait pas tenu la main à la fraude pour attribuer au mari 18,000 francs de biens dotaux, les héritiers de la femme auraient trouvé une valeur de 18,000 francs de plus dans la succession de leur mère. C'était donc par la faute de Battrol qu'ils perdaient ces 18,000 francs. La justice naturelle voulait que Battrol réparât ce préjudice. Les enfants, au lieu de troubler la cendre de leur mère, la vengeaient, suivant leur droit et leur devoir, contre les abus de la puissance maritale.

Il faut savoir que le régime dotal sépare les biens des époux et que l'inaliénabilité de la dot a pour objet de protéger la femme contre la puissance maritale et d'empêcher que ses biens n'aillent se confondre dans

ceux du mari. L'article 1382, dit M. Troplong, ne pouvait pas être invoqué, parce qu'il ne s'applique qu'aux délits ou quasi-délits, et non pas aux conventions. Il est très-vrai que cet article ne s'applique pas aux conventions, car on ne conçoit pas que quelqu'un puisse se plaindre du préjudice que lui cause une convention qu'il a faite ; il est allé lui-même au-devant de ce préjudice, il l'a voulu : *Volenti non fit injuria*. Mais, il ne faut pas s'y tromper, tout ceci suppose que ce quelqu'un a eu sa liberté d'action et qu'il pouvait disposer de ce qui a fait l'objet de la convention. Or, telle n'est pas la condition de la femme dotale ; sa situation est encore moins celle d'un voleur : c'est celle d'un volé. Si le voleur n'a pas d'action contre son coauteur ou son complice, c'est parce qu'un délit ne peut pas devenir la source d'un droit ; l'article 1131 s'y oppose : *Nulla enim societas maleficiorum est*. L'erreur de M. Troplong vient de ses préventions contre l'inaliénabilité de la dot ; il s'efforce constamment d'assujettir le régime dotal au droit commun, tandis que l'inaliénabilité en fait un droit exceptionnel.

§ III. — *Aliments qui doivent être fournis à la famille.*

204. La dot peut encore être aliénée pour fournir des aliments à la famille, dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206 du Code Napoléon.

En droit romain, la dot pouvait être restituée à la femme, pendant le mariage, dans un but analogue : *Manente matrimonio, non perdituræ uxori ob has causas dos reddi potest, ut sese suosque alat...* (L. 73, D., *De jure*

dotium). Par une ingénieuse fiction du droit, on considérait que la femme ne perdait point sa dot en pareil cas : *Non perdituræ uxori!* Elle était censée en faire un emploi légitime. C'est dans ce but, en effet, que la dot doit être conservée comme une ressource sacrée pour la famille.

— Le mot *aliments* doit être entendu dans un sens large : outre la nourriture, il comprend les vêtements, l'habitation, et, en cas de maladie, les soins médicaux et les remèdes. Les aliments comprennent encore l'instruction et l'éducation qui, selon la belle expression de M. Troplong, sont le pain de l'esprit. En effet, l'article 1558, en permettant l'aliénation de l'immeuble dotal pour fournir des aliments à la famille dans les cas prévus par les articles 203, 205 et 206 du Code, met la dette alimentaire sur la même ligne que l'obligation de nourrir, entretenir et élever les enfants. La double obligation dont parlent les articles 203, 205 et 206 est de celles que les époux contractent par le fait seul du mariage : elle leur est commune.

205. L'article 1558 suppose que les époux veulent aliéner l'immeuble dotal pour remplir les obligations qui leur sont imposées par les articles 203, 205 et 206 ; l'aliénation ne peut avoir lieu qu'avec la permission de la justice. La mission du juge consiste alors à vérifier si l'aliénation de l'immeuble dotal est nécessaire pour l'accomplissement des devoirs que les articles 203, 205 et 206 imposent aux époux, et à prescrire telles mesures que la prudence conseille pour que le prix de vente serve à cette destination.

206. Il peut arriver que les époux soient déjà débiteurs pour des causes qui rentrent dans les obligations que les articles 203, 205 et 206 leur imposent, et qu'ils soient dans l'impossibilité de se libérer autrement qu'en vendant l'immeuble dotal. S'ils veulent se libérer, ils peuvent, pour atteindre ce but, obtenir de la justice la permission d'aliéner le fonds dotal; en d'autres termes, l'article 1558 regarde le passé comme l'avenir, et s'applique aux aliments fournis comme à ceux qui sont à fournir. Alors la justice a un devoir de plus à remplir, c'est de bien vérifier les causes de l'obligation de la femme.

207. Enfin, il peut arriver que les époux n'aient pas d'autre moyen de se libérer que d'aliéner l'immeuble dotal et qu'ils ne veuillent pas le faire. Quels seront alors les droits des tiers qui sont créanciers pour les causes mentionnées aux articles 203, 205 et 206? Ces créanciers ont action contre la femme et sa dot: et de là résultent des conséquences pratiques qui méritent d'être signalées :

1^o Les instituteurs, les maîtres de pension et généralement tous ceux qui ont donné l'éducation aux enfants communs, ont contre le mari et la femme une action solidaire, même sur les biens dotaux. Et la femme ne peut pas éviter cette action en offrant de prouver que c'est son mari qui a voulu faire donner l'éducation aux enfants et qu'elle ne s'en est point mêlée; le mari est arbitre suprême à cet égard: il fait un acte de son autorité paternelle: il agit comme chef

de la famille. La femme est obligée d'accepter ce qu'il a fait ¹.

2° La même action appartient aux marchands et généralement à tous ceux qui ont fait à la famille des fournitures ayant un caractère alimentaire, telles que des habillements. Peu importe que la commande émane du mari ou de la femme : si c'est du mari, il a agi en vertu de son autorité domestique, comme juge souverain des besoins de la famille, et la femme est obligée, en vertu des articles 203, 205 et 206 ; si c'est de la femme, elle est censée avoir agi comme mandataire et préposée du mari ; elle est tenue comme s'il avait agi lui-même ².

On s'est demandé si la femme a un recours contre son mari, lorsque l'immeuble dotal ou le capital de sa dot a été aliéné pour les causes énumérées aux articles 203, 205 et 206. Cela ne nous paraît pas douteux. Le mari est tenu de toutes les charges du mariage, et il s'agit d'obligations qui résultent du mariage ³.

1. Agen, 13 juillet 1849 (Dalloz, 49, 2, 169) et 18 juin 1851 (Dalloz, 51, 2, 228) ; Nîmes, 15 mars 1852 (Dalloz, 52, 2, 183) et 26 juillet 1853 (Dalloz, 53, 2, 247).

2. Voy. M. Dalloz, vis *Contrat de mariage*, n° 1005. — Mais *quid* à l'égard de la femme ? Les fournisseurs ont-ils action contre elle ? La question n'est pas douteuse pour la femme dotale. Les Cours d'Agen et de Nîmes, dont nous venons de citer les arrêts à la note précédente, ne s'y sont pas trompées. Mais on s'y trompe pour la femme commune en biens et on lui fait une situation privilégiée. Quand les fournisseurs la poursuivent en paiement, elle se défend en disant qu'elle n'a agi que comme préposée de son mari. Cela est vrai ; mais tout n'est pas dit : il reste encore à vérifier si elle n'est pas tenue comme la femme dotale, en vertu des articles 203, 205 et 206 ? Pour nous, cela n'est pas douteux. — Voy. Arrêt de la Cour de Poitiers du 17 juillet 1862, et la note dont nous l'avons accompagné dans Dalloz, 1864, 2, 22.

3. M. Odier, t. III, n° 1290 ; M. Dalloz, vis *Contrat de mariage*, n° 3656.

§ IV. — *Payement des dettes antérieures au contrat de mariage.*

208. Les dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot sont assujetties à une règle uniforme : c'est que leur payement ne peut s'effectuer sur la dot que lorsqu'elles ont une date certaine antérieure au contrat de mariage. L'article 1410 renferme une disposition analogue pour le régime de communauté : il met à la charge de la communauté toutes les dettes de la femme ayant date certaine avant *le mariage*, tandis que l'article 1558 n'autorise l'aliénation du bien dotal pour le payement des dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot que lorsqu'elles ont une date certaine antérieure au *contrat de mariage*. On ne peut pas admettre que le législateur ait confondu le contrat de mariage avec l'acte de célébration du mariage, de manière que, dans l'article 1558, les mots, *avant le contrat de mariage* signifient *avant le mariage*.

Quelle raison la loi pouvait-elle avoir de faire une différence entre l'un et l'autre cas ? Le régime de communauté opère la confusion des droits actifs et passifs des époux ; il a pour maxime : *Qui épouse le corps épouse les dettes*. Le mari devient un successeur universel de tous les droits mobiliers de la femme ; mais il ne le devient que par le mariage, en vertu du principe de puissance attaché à son titre. Il prend donc l'universalité active et passive.

Sous le régime dotal, les choses se passent autrement : les dettes des époux restent séparées comme

leurs biens. C'est le contrat de mariage qui fixe les droits et les obligations du mari au sujet des biens dotaux. Si la femme pouvait grever sa dot dans l'entre-temps du contrat et du mariage, elle pourrait, par cela même, bouleverser toute l'économie des conventions matrimoniales et de la constitution de dot. C'est ce qui faisait dire à Roussilhe : « On n'a pas voulu que la femme, en faisant des billets et en les antidatant, pût rendre la constitution de dot inutile ¹. »

209. Pour apprécier l'influence de la constitution de dot sur les dettes de la femme qui ont une date certaine antérieure au contrat de mariage, il faut distinguer trois cas :

1^o La constitution de dot est générale et comprend l'universalité des biens de la femme ;

2^o Ou elle ne comprend que des objets déterminés ;

3^o Ou bien enfin, quand elle est particulière, elle impose la charge des hypothèques qui grèvent les biens constitués.

—210. *Premier cas.* — Ici, la constitution de dot, par sa généralité, comprend tous les biens de la femme. Faut-il en conclure que le mari est tenu personnellement de toutes les dettes, comme un successeur universel ou à titre universel ? Le jurisconsulte Paul a examiné cette question en droit romain : *Mulier bona sua omnia in dotem dedit. Quæro an maritus, quasi hæres, oneribus respondere cogatur ? Paulus respondit eum quidem*

¹ *De la dot*, t. I, p. 406.

qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus ejus conveniri non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest, deducto ære alieno (L. 72, D., *De jure dot.*). Ainsi, quoique la femme se soit constitué en dot l'universalité de ses biens, le mari ne devient pas pour cela un successeur à titre universel ni à un titre quelconque ; les actions actives et passives ne passent point sur sa tête. La femme est censée n'avoir promis en dot que ce qui reste de ses biens, dettes déduites. Paul applique au mari la règle : *Bona intelliguntur cujusque quæ, deducto ære alieno, supersunt* (L. 39, § 1, D., *De verb. signif.*). Le principe était le même pour l'usufruitier universel (L. 43, D., *De usu et usufr.*).

La doctrine romaine passa dans la jurisprudence de droit écrit¹ ; elle est en pleine vigueur sous le Code Napoléon. Le mari, assimilé à un usufruitier universel, lorsque la constitution de dot comprend tous les biens, n'est point tenu des dettes personnellement ; il n'en est tenu que sur les biens dotaux, comme un usufruitier.

244. Il importe de remarquer que l'article 1558 permet l'aliénation de l'immeuble dotal pour payer les dettes *de la femme* et non pas celles du mari. Et cependant, si le mari était propriétaire de la dot mobilière, s'il pouvait l'aliéner, si ses créanciers pouvaient la faire saisir, la loi devrait distinguer entre

1. Roussilhe, *De la dot*, t. I, p. 403 et 404 ; Fontanella, *De pactis nupt.*, t. II, p. 264 ; de Bézieux, *Arrêts du parlement de Provence*, p. 349.

les dettes mobilières et les dettes immobilières , à l'exemple de l'article 1410, sous le régime de la communauté légale ; elle devrait , au nom de la justice réciproque , mettre le paiement des dettes mobilières à la charge du mari, lorsque la femme s'est constitué tous ses biens en dot ; le mari, prenant tout l'actif mobilier de la femme, doit acquitter toutes les dettes mobilières.

Et cependant il n'en est pas ainsi , parce que le régime dotal sépare les biens et les intérêts des époux.

En conséquence, quand même le mari aurait des ressources plus que suffisantes pour acquitter les dettes de la femme antérieures au contrat de mariage , l'immeuble dotal n'en pourrait pas moins être aliéné pour payer ces dettes. N'est-ce pas une preuve manifeste que la loi refuse au mari les droits que la jurisprudence moderne lui accorde sur la dot mobilière ¹ ?

212. Quant aux créanciers de la femme, dont les titres ont date certaine avant le contrat de mariage, la constitution de dot n'a point pu porter atteinte à leurs droits , ni faire échapper à leur gage les biens constitués en dot et qui n'ont pas cessé d'appartenir à leur débitrice. Ils peuvent donc les faire saisir, suivant le droit commun, sans être obligés de respecter l'usufruit du mari. Les époux qui veulent éviter ces exécutions, peuvent s'adresser à la justice et obtenir l'autorisation d'aliéner tout ou partie des biens dotaux pour acquitter les dettes qui les grèvent.

1. V. *supra*, n° 3, note 4 et n° 153.

La décision doit être la même lorsque c'est un tiers qui a constitué en dot à la femme tous ses biens ou une quotité de ses biens présents et à venir : par exemple, en lui faisant une institution contractuelle, soit universelle, soit à titre universel. Alors, la constitution de dot comprend l'universalité ou une quotité des biens du disposant, c'est-à-dire son patrimoine, lequel se compose de biens et de dettes, d'actif et de passif. Une telle constitution place le mari et la femme sous l'empire de la règle : *Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno, supersunt*. En pareil cas, il n'est pas nécessaire que les dettes du constituant aient date certaine avant le mariage, ni même qu'elles soient antérieures au mariage, pour être opposables au mari et à la femme et pour atteindre les biens dotaux ; leur paiement, lorsqu'elles sont faites de bonne foi par le disposant, est une conséquence légale du mode spécial de constitution dotale, accepté par la femme et le mari ¹.

Pareillement, la circonstance qu'une succession est échue à une femme dotale, et que les biens qui la composent sont dotaux, est sans influence sur les droits des créanciers de cette succession ; il n'y a de biens dotaux que ceux qui restent après le paiement des dettes.

Cette conséquence est absolue, et la jouissance du mari doit subir la déduction du passif, comme la subit l'usufruitier universel ou à titre universel.

Si les époux veulent aliéner tout ou partie d'un immeuble dotal pour payer ces dettes, ils doivent s'adresser à la justice, conformément à l'article 1558, comme

1. Pau, 20 janvier 1861, Dalloz, 1861, table, v^o *Dot*, n^o 16.

s'il s'agissait de dettes de la femme ou de ceux qui ont constitué la dot, ayant date certaine antérieure au contrat de mariage. La raison est absolument la même. Toute aliénation volontaire serait suspecte de fraude et de dissimulation du prix.

213. *Deuxième cas.* — Ici le mari a reçu en dot, non plus l'universalité des biens de la femme ou du constituant, mais des objets particuliers, spécifiés dans le contrat de mariage; il est assimilé à un acquéreur, quant à son droit de jouissance. Les créanciers qui n'ont pas d'hypothèque sont tenus de respecter ce droit; ils ne peuvent s'en prendre qu'à la nue-propriété de la chose dotale.

Ceci est absolument vrai relativement au droit de jouissance du mari.

Mais quant à l'aliénabilité du fonds dotal, il faut distinguer : si la constitution en dot d'un objet particulier émane de la femme, la dot sera aliénable pour le paiement de ses dettes qui ont une date certaine antérieure au contrat de mariage, tandis que si cette constitution émane d'un tiers, la dot, soit mobilière, soit immobilière, restera inaliénable pour le paiement des dettes de ce tiers, alors même qu'elles auraient une date certaine antérieure au contrat de mariage. Bien plus : la femme, comme tout donataire à titre particulier, ne sera pas personnellement obligée au paiement des dettes du constituant, et par conséquent, elle n'en sera pas plus tenue sur ses biens paraphernaux que sur ses biens dotaux.

214. *Troisième cas.*— Il en est autrement, bien entendu, lorsque l'immeuble dotal est hypothéqué aux créanciers, soit de la femme, soit de celui qui a constitué cet immeuble en dot ; il est évident que la constitution postérieure de dot ne peut pas nuire à l'hypothèque, ni au droit de suite qui l'accompagne.

215. Le consentement de la femme est nécessaire au mari pour aliéner l'immeuble dotal à l'effet de payer les dettes de la femme antérieures au contrat de mariage. Nous en dirons les raisons plus loin ¹.

216. L'article 1558 autorise l'aliénation de l'immeuble dotal, avec permission de justice et aux enchères, après trois affiches dans les divers cas qu'il énumère. Cette permission doit être demandée par la femme autorisée de son mari.

Les créanciers qui ont action sur le fonds dotal ont intérêt à son aliénation, parce qu'elle doit leur procurer le paiement de ce qui leur est dû. Sont-ils obligés de s'adresser à la justice et d'en obtenir la permission de faire vendre les biens dotaux qui sont le gage de leurs créances ?

On pourrait être tenté de le croire à première vue, car l'article 1558 renferme une disposition exceptionnelle et absolue. Et néanmoins, ce premier aperçu serait superficiel et fautif. Notre article suppose que la permission d'aliéner est sollicitée par la femme autorisée de son mari ; cette supposition résulte des mots :

1. V. le n° 224.

« L'immeuble dotal peut encore être aliéné ». L'aliénation est un acte spontané qui émane de la volonté du propriétaire : les créanciers font vendre les biens de leur débiteur : ils ne les aliènent pas. Il suit de là que l'article 1558 n'est fait que pour les époux ; il laisse les créanciers dans le droit commun ; la constitution dotale n'a pas modifié leurs droits, et ils peuvent faire saisir les biens dotaux comme s'ils ne l'étaient pas : en d'autres termes, le droit des créanciers de faire vendre les biens dotaux n'est pas subordonné à la permission de la justice ; ils peuvent les faire saisir directement, sans avoir besoin de l'autorisation des tribunaux ¹.

§ V. — *Grosses réparations.*

217. L'aliénation de l'immeuble dotal peut encore être permise pour faire de grosses réparations nécessaires à sa conservation : en d'autres termes, il est permis d'aliéner une partie du fonds dotal pour en réparer le surplus, ou d'aliéner un fonds dotal pour en réparer un autre.

Il peut arriver que l'immeuble dotal ne puisse pas être aliéné en partie ; alors, s'il n'y a pas d'autres ressources pour faire de grosses réparations, on peut l'aliéner en totalité ; ce parti, quoique extrême, vaut encore mieux que de laisser consommer la ruine de l'immeuble. On pourrait aussi se faire autoriser à hypothéquer le fonds pour pouvoir le réparer. L'article 606 du Code Napoléon définit les grosses réparations : elles doivent être indispensables pour la conservation de

1. Bordeaux, 29 août 1855, Dalloz, 57, 2, 52.

l'immeuble dotal, sans quoi l'aliénation ne serait pas permise.

Il n'est pas absolument nécessaire que l'autorisation de la justice précède les réparations, surtout quand il y a urgence.

§ VI. — *Indivision.*

218. L'aliénation de l'immeuble dotal est encore permise « lorsque cet immeuble se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu impartageable ». En pareil cas, l'aliénation, ou plutôt la licitation de l'immeuble dotal indivis et impartageable est un acte nécessaire, puisque, aux termes de l'article 815 du Code, nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Il en était ainsi en droit romain ; Papinien disait : *Alienationes... interdictæ sunt duntaxat voluntariæ, non quæ vetustiore causam et originem juris habent necessariam* (L. 13, D., *Famil. ercisc.*).

Il ne suffit pas que l'immeuble dotal soit indivis et impartageable ; il faut de plus que la division ou le partage soit nécessaire. La nécessité est donc la cause de l'exception qui nous occupe ; elle résulte du concours de deux circonstances :

1^o L'indivision de l'immeuble avec des tiers et non entre les époux, sauf le cas de séparation de biens ;

2^o L'impartageabilité de l'immeuble reconnue par la justice.

Le § 5 de l'article 1558 exprime très-heureusement la première condition par les mots : *indivis AVEC DES TIERS*. Par conséquent, si le fonds dotal était indivis seulement entre les époux, sa division ne serait pas nécessaire et

on ne serait pas dans l'exception à la règle de l'inaliénabilité. Alors, en effet, le partage ne peut être provoqué que par l'un des époux; or, la prescription ne court pas entre eux (article 2253). De plus, le mari a la jouissance de tout l'immeuble, soit en sa qualité de mari, soit en son nom personnel, comme communiste avec la femme. Il n'y a donc pas nécessité de partager, tant que cet état de choses dure.

Mais, après une séparation de biens entre les époux, chacun d'eux a le droit de jouir de sa part d'immeuble séparément, le mari et la femme deviennent des tiers entre eux, dans le sens de l'article 1558, § 5, et l'on rentre dans le cas de nécessité et d'exception prévu par cet article.

La seconde condition exigée par la loi, c'est que l'immeuble dotal, indivis avec des tiers, doit être *reconnu* impartageable.

Par qui doit-il être reconnu impartageable? Ce n'est point certainement par la femme, ni par le mari; c'est par la justice qui a la mission de déclarer, après ou sans expertise, l'impossibilité du partage en nature. Il suit de là que la licitation d'un immeuble dotal indivis ne peut pas être conventionnelle et ne peut être que judiciaire. Rien ne ressemble plus à la vente que la licitation, surtout lorsque l'immeuble est adjugé à des étrangers. Aussi, la loi, qui considère surtout les résultats, se méfie de ce mode de partage; elle craint que la licitation ne cache une vente.

219. Le Code se montre moins sévère, lorsque le partage se fait en nature: il ne dit nulle part que l'alié-

nation de l'immeuble dotal indivis avec des tiers pourra avoir lieu avec permission de justice pour faire cesser l'indivision; l'article 1558, § 5, n'exige cette permission que lorsque l'immeuble dotal indivis est reconnu impartageable et qu'il y a lieu d'en faire la licitation.

Et ne croyez pas que la loi garde le silence à cet égard, par scrupule de langage, parce qu'en droit français le partage n'est pas une aliénation, mais une fixation de parts (article 883). La licitation n'est pas non plus considérée comme une aliénation lorsque l'adjudication a lieu au profit d'un cohéritier, ce qui n'a pas empêché l'article 1558, § 5, de la traiter comme une aliénation du fonds dotal et de ne la permettre qu'en justice. Le silence de la loi a sa raison d'être dans la différence profonde qui existe entre la licitation et le partage en nature. La licitation substitue une somme d'argent à des immeubles ou à des meubles, souvent aux uns et aux autres. Or, l'argent est sujet à périr : *fragilis enim et lubrica res est pecunia quæ facile perire potest*. Au contraire, le partage en nature attribue à la femme sa part de la chose même; il n'a pas l'inconvénient de la licitation, et la loi le redoute beaucoup moins. Vouloir que la femme ne puisse pas faire un partage en nature, parce que sa dot est inaliénable, c'est confondre l'incapacité avec l'inaliénabilité, deux choses qui sont cependant bien distinctes.

220. Ces réflexions servent de préjugé à une question qui est encore controversée parmi les auteurs : il s'agit de savoir si la femme peut, avec le concours de son mari, procéder sans formalités de justice au partage

de ses biens dotaux, c'est-à-dire des successions dans lesquelles la part qui lui revient est dotale.

Ceux qui refusent ce droit à la femme attribuent au partage en droit français le caractère qu'il avait en droit romain; ils considèrent que chaque copartageant aliène le droit indivis qu'il avait sur les biens qui ne sont pas compris dans son lot. Dans ce système, la fiction de l'article 883 n'exclut pas l'idée de cette aliénation; l'effet déclaratif du partage a uniquement pour objet de mettre chaque lot à l'abri des droits réels qui peuvent avoir été consentis, pendant l'indivision, par des cohéritiers autres que celui auquel ce lot est échu. Qu'importe que le partage ne soit pas considéré comme une aliénation? Il n'en résulte pas moins que la justice et l'équité doivent présider à la formation des lots et que le cohéritier qui ne reçoit pas toute sa part est frustré de ce qui lui appartient, si bien que la loi lui accorde une action en rescision pour lésion de plus du quart. Or, ajoute-t-on, la prohibition d'aliéner la dot ne permet pas à la femme, même avec l'autorisation de son mari, de déterminer la nature des choses qui doivent composer son lot ni d'en fixer la valeur; on doit craindre que le mari n'abuse de son influence pour forcer la femme à accepter un lot composé de meubles, et surtout de sommes d'argent dont il peut disposer, puisque, le partage n'étant pas judiciaire, la justice ne peut pas en prescrire le emploi. La femme, n'étant pas maîtresse des droits indivis qui sont dans son patrimoine dotal, ne peut pas composer son lot de gré à gré. Suivant cette opinion, la femme qui a une part dotale à prendre dans une succession est assimilée à

un mineur et sa présence exige que le partage soit fait en justice ¹.

Dans le système contraire, on dit qu'il n'existe aucun texte qui, en pareil cas, exige les formalités du partage judiciaire; on invoque les articles 819 et 883 du Code Napoléon, et, en les rapprochant de l'article 1558, on prétend que la loi laisse à la femme dotale toute la liberté, qui appartient aux parties majeures et maîtresses de leurs droits, de faire le partage comme elles jugent à propos ².

De ces deux systèmes, également extrêmes, je ne puis adopter entièrement ni l'un ni l'autre. Le premier a raison de considérer la femme comme n'étant pas absolument maîtresse de ses droits; mais il a le tort de voir une aliénation quand même dans le partage et d'exiger qu'il soit fait en justice par cela seul qu'il intéresse les droits dotaux d'une femme. Le second a raison de ne pas voir une aliénation dans le partage, mais il a tort d'accorder à la femme une liberté illimitée de faire le partage comme elle veut.

La difficulté, à mon avis, n'est pas plus gouvernée par l'article 1558, § 5, que par l'article 819; elle est

1. MM. Tessier, *De la dot*, t. I, p. 412; Rodière et Pont, t. II, p. 569; Sériziat, p. 241; Belost-Jolimont, sur Chabot, art. 189, obs. 2; Bioche, *Dict. de procéd.*, v^o *Partage*, n^o 55; Dutruc, *Partage des successions*, n^o 26.

2. MM. Duport-Lavillette, *Quest. de droit*, t. V, n^o 642; Duranton, t. XV, n^o 506; Vazeille, *Des successions*, sur l'art. 819, n^o 7; Marcadé, sur l'art. 818, n^o 3; Troplong, *Contr. de mar.*, n^o 3112; Dalloz, *Contr. de mar.*, n^o 3471. — Arrêts de Caen, 9 mars 1839 (Dalloz, 39, 2, 194); Montpellier, 7 juillet 1854 (Dall. 55, 2, 166); Bordeaux, 11 février 1836 et 29 avril 1856 (Dall. 37, 2, 4 et 56, 2, 201); Cass. 31 janvier 1859 (Dall. 59, 4, 497).

dominée par le principe de l'inaliénabilité de la dot, combiné avec le caractère du partage.

Partager n'est pas aliéner ; c'est recevoir sa part d'une chose en nature ou en valeur, lorsque la division matérielle entraînerait une dépréciation notable. Mais on peut aliéner sous prétexte de partager : c'est ce qui arrive effectivement toutes les fois qu'un copartageant ne reçoit pas, soit en nature, soit en valeur, tout ce qui lui revient dans la succession ; spécialement, il n'est pas indifférent pour la femme de recevoir sa part héréditaire en meubles ou en immeubles, surtout en face d'une jurisprudence qui accorde au mari la disposition de la dot mobilière. Le danger est plus grand encore lorsque la femme reçoit sa part en argent. Ces éventualités ne sont pas une raison pour proscrire *à priori* tous les partages amiables et exiger les formalités judiciaires, par cela seul que parmi les cohéritiers se trouvera une femme dont le droit indivis est dotal. Qu'aurait-on à dire, si la femme avait reçu toute sa part en nature, conformément à l'article 832 ? Quel texte de loi pourrait-on invoquer, pour faire annuler un tel partage ? Ce n'est pas certainement l'article 1554, ni le principe d'inaliénabilité de la dot, à moins qu'on ne prétende qu'une femme doit prendre tous les biens d'une succession parce qu'il lui revient une part dotale.

221. La question est de fait plus que de droit et se réduit à celle-ci : la femme a-t-elle aliéné sous prétexte de partager ?

Il y aura aliénation toutes les fois que le lot attribué à la femme par la convention des copartageants sera

composé d'une somme importante qui remplacera pour la femme, soit des immeubles, soit des meubles corporels de la succession. La soulte est une espèce de licitation partielle; et ici, la justice, à laquelle on ne s'adresse point, n'est pas appelée à décider s'il y a lieu de prescrire le emploi de la somme dont se compose la soulte. Il en serait ainsi, à plus forte raison, si le lot de la femme était composé uniquement d'une somme d'argent dans une succession qui comprend des immeubles. Il ne suffit pas que la femme reçoive sa part héréditaire en valeurs quelconques; l'inaliénabilité ne permet pas que la part de la femme soit mobilisée, toutes les fois que les nécessités du partage ne l'exigent pas.

Supposons trois cohéritiers par portions égales, Pierre, Paul et Julie mariée sous une constitution générale de dot. La succession à partager comprend trois immeubles, l'un valant 60,000 francs, l'autre 30,000 et le troisième aussi 30,000. La convention de partage attribue le premier immeuble à Pierre, le second à Paul et le troisième à Julie, envers laquelle Pierre se charge d'une soulte de 10,000 francs. L'immeuble de 60,000 francs étant partageable en nature, on demande si un tel partage est nul par rapport à la femme, comme contrevenant à la prohibition d'aliéner sa dot? Je n'en doute pas. La femme a mobilisé, par convention et sans nécessité, une valeur de 10,000 francs qu'elle pouvait et devait exiger en immeubles. Mais s'il était constaté, en dehors de la convention des parties, que l'immeuble de 60,000 francs était impartageable, le partage serait régulier et valable. Alors, en effet, il eût fallu liciter

cet immeuble , et la femme , qui n'était pas tenue de se porter adjudicataire, aurait eu dans son lot 20,000 francs au lieu de 10,000.

222. Il est difficile de formuler des règles absolues en cette matière. On peut dire néanmoins que le partage conventionnel renfermera une contravention au principe d'inaliénabilité de la dot toutes les fois que , sans nécessité , il aura pour résultat de convertir les droits immobiliers de la femme en sommes d'argent ou en meubles.

Et encore, les circonstances de chaque espèce devront être prises en considération.

La Cour de cassation a décidé par l'arrêt du 31 janvier 1859 , cité à la note précédente , que la femme mariée sous le régime dotal peut valablement procéder au partage amiable des biens dotaux à elle échus par succession. Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, le sieur Polge père avait constitué en dot à sa fille , la dame Aussel , une somme de 800 francs. Après la mort du père , Jean Polge fils et la dame Aussel , sa sœur , firent estimer les biens de sa succession par des amis communs ; il en résulta qu'il revenait à la dame Aussel une valeur de 150 francs en sus des 800 qu'elle avait déjà reçus. Ces faits furent constatés dans un acte notarié du 19 octobre 1807 , passé entre Polge fils et les époux Aussel , et les 150 francs furent payés au mari. Cet acte était un partage , puisqu'il faisait cesser l'indivision en remplissant la dame Aussel de ses droits dans la succession paternelle. Mais le notaire eut la singulière idée d'y insérer une clause par laquelle la dame Aussel déclara

rait céder ses droits dans la succession paternelle à son frère. Cette clause inutile dénaturait le caractère du partage en droit français, et lui attribuait l'effet d'une aliénation comme en droit romain. Environ cinquante ans après, les enfants de la dame Aussel, prenant cette clause à la lettre, demandèrent la nullité de l'acte de 1807, comme renfermant une aliénation des droits dotaux de leur mère. La Cour de Nîmes rejeta cette demande, et avec raison, par les motifs suivants :

«... Attendu que cet acte (du 19 octobre 1807), qui a fait cesser l'indivision entre les héritiers Polge, et avait été précédé d'ailleurs, selon qu'il y est énoncé, d'une composition et estimation de la succession, faite par amis communs, ne peut être considéré autrement que comme un règlement équivalent à partage, tel que la femme et son mari avaient le droit d'y procéder valablement, ce qui rend leurs héritiers irrecevables à provoquer aujourd'hui un nouveau partage et suffit pour écarter leur demande ;

« Attendu que voulût-on y voir avec eux une aliénation de biens dotaux dont ils se prévaudraient pour en demander la nullité, encore faudrait-il reconnaître que, tandis qu'ils l'attaqueraient du chef de leur mère, ils seraient tenus de le faire valoir du chef de leur père qui n'y a pas été moins partie que celle-ci et qu'ils représentent, puisque rien n'établit qu'ils aient renoncé à sa succession. »

D'ailleurs, les circonstances de la cause suffisaient pour légitimer le partage et faire rejeter la demande des enfants Aussel. Remarquez, en effet, que leur mère était venue au partage en moins prenant et qu'il ne

restait qu'à lui attribuer une valeur de 150 francs, pour le complément de ses droits héréditaires. Il était difficile d'exiger qu'une si mince valeur fût attribuée en immeubles ; ce serait vouloir pulvériser la propriété. On ne peut pas non plus assujettir le mari au remploi d'une somme si minime.

Voici maintenant en quels termes la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Nîmes :

« Attendu qu'aux termes de l'article 819 du Code Napoléon, les héritiers majeurs peuvent procéder au partage des successions qui leur étoient, pourvu qu'ils soient tous présents et qu'il n'y ait parmi eux ni mineurs ni interdits ; que la loi n'a créé aucune exception à ce principe, pour le cas où parmi les héritiers se trouverait une femme mariée sous le régime dotal, assistée et autorisée de son mari... »

Il y a ici deux choses qu'il ne faut pas confondre : 1^o le droit qui appartient à la femme de faire un partage conventionnel, quoique la part qui lui revient soit dotale ; 2^o le droit de faire ce partage de toute manière. C'est toujours l'importante distinction entre la capacité et l'inaliénabilité ; la capacité regarde la personne, l'inaliénabilité regarde les biens. L'incapable ne peut pas aliéner, parce qu'il ne peut pas contracter ; mais, à l'inverse, il n'est pas vrai que l'inaliénabilité entraîne l'incapacité. La Cour de cassation a pleinement raison de reconnaître à la femme le droit de faire un partage conventionnel ; mais il ne faut pas donner à sa jurisprudence une portée qu'elle n'a point, ni en conclure que la Cour suprême reconnaît, par là même, à la femme le pouvoir de faire toutes conventions au sujet du par-

tage de ses droits dotaux, comme si elle était entièrement libre d'en disposer.

Le partage est un acte connexe et indivisible : il ne peut pas tomber pour la femme et tenir pour les autres copartageants. Ceux-ci sont donc intéressés à ce que tout se passe loyalement et que le partage ne dégénère pas en un moyen indirect d'aliéner la dot. Si les lots avaient été composés par des experts procédant comme mandataires et non comme arbitres, s'ils avaient été tirés au sort devant un notaire, pourquoi ne pas déclarer un tel partage valable, quand même une soulte importante entrerait dans le lot attribué par le sort à la femme ? L'inaliénabilité dotale ne peut pas avoir le privilège de soustraire la femme à une telle éventualité. Mais le cohéritier débiteur de la soulte devrait stipuler qu'il ne serait tenu de la payer qu'à charge de emploi, ou se refuser à la payer jusqu'au emploi, si cette stipulation avait été omise. Ici, en effet, la justice n'ayant pas été appelée à prescrire le emploi, le copartageant qui aurait payé la soulte au mari, sans avoir exigé ce emploi, en serait responsable envers la femme, si le mari n'avait pas des ressources suffisantes pour la rembourser.

§ VII. — *Échange du fonds dotal.*

223. Quoique l'échange soit une aliénation, l'immeuble dotal peut être échangé, dans les cas et sous les conditions ci-après :

- 1^o Utilité de l'échange ;
- 2^o Consentement de la femme ;

3^o Même valeur dans l'immeuble reçu en échange que dans l'immeuble cédé, pour les quatre cinquièmes au moins ;

4^o Autorisation du tribunal du domicile des époux, après estimation par des experts nommés à cet effet.

224. Quand il s'agit de l'échange du fonds dotal, l'article 1559 exige le consentement de la femme ; mais l'article 1558 est muet sur ce consentement. On a voulu conclure de ce silence que le mari pouvait, seul, demander et obtenir l'autorisation d'aliéner les biens dotaux, pour payer des dettes antérieures au contrat de mariage, et l'on s'est fondé sur l'urgence que ce cas présentait ¹.

Nous ne voyons pas dans cette situation des raisons suffisantes pour s'écarter de la règle que la femme ne peut pas être dépouillée de sa propriété sans son concours. Le consentement de la femme est une règle générale dérivant de son droit de propriété ; il est sous-entendu et s'applique à tous les cas, notamment à l'aliénation pour le paiement des dettes. D'ailleurs la femme peut avoir des biens paraphernaux ; ses parents peuvent venir à son aide pour payer les créanciers qui la pressent et lui conserver l'immeuble dotal : elle doit donc être en nom dans la requête présentée au tribunal pour obtenir la permission d'aliéner.

225. Quelles sont les formalités de la vente ?

L'article 1558 se contente d'exiger des enchères après

1. M. Sériziat, *Du régime dotal*, n^o 164 ; Delvincourt, t. III, p. 109, notes.

trois affiches. Le Code de procédure de 1806 ne s'était pas expliqué sur les formalités à suivre pour parvenir à la vente des biens dotaux. Mais la loi du 2 juin 1841 a comblé cette lacune en ajoutant à l'article 997 deux §§ ainsi conçus : « Lorsqu'il y aura lieu de vendre des immeubles dotaux dans les cas prévus par l'article 1558 du Code civil, la vente sera préalablement autorisée sur requête par jugement rendu en audience publique. Seront au surplus applicables les articles 955, 956 et suivants du titre *de la Vente des biens immeubles appartenant à des mineurs*. » L'article 959, auquel cette disposition renvoie, n'exige qu'une seule affiche pour la vente des biens des mineurs ; les deux autres affiches sont remplacées par l'insertion qui doit être faite dans les journaux, en exécution de l'article 960. L'article 1558 du Code Napoléon a donc été implicitement abrogé dans les mots *après trois affiches*, par les articles 997 et 959 du Code de procédure. M. Persil en fit l'observation dans le rapport qu'il présenta à la chambre des pairs sur le projet de loi relatif aux ventes judiciaires d'immeubles.

L'article 1558 s'applique à la vente des meubles dotaux, comme à celle des immeubles ; lorsqu'il s'agit de la vente des meubles, on doit observer les formes prescrites par le Code de procédure au titre *de la Vente du mobilier*.

226. La difficulté la plus grave que présente l'explication de l'article 1558 est relative à l'autorité du jugement qui a permis l'aliénation ; la femme est-elle recevable à attaquer ce jugement et à faire révoquer l'a-

liénation en alléguant que cette aliénation n'a pas été consentie dans les conditions de l'article 1558 ? Il faut distinguer :

22 Si les faits énoncés dans le jugement qui autorise l'aliénation rentrent dans l'un des cas prévus par l'article 1558, et si la femme attaque l'aliénation en se fondant sur la fausseté et la dissimulation de ces faits, elle est non recevable dans sa demande. Les tiers n'ont pas à vérifier l'exactitude des faits consignés dans le jugement d'autorisation. Qui donc oserait se porter adjudicataire en pareil cas, si 20 ou 29 ans après l'adjudication, la femme ou ses héritiers pouvaient la faire révoquer, en prouvant que la permission d'aliéner a été surprise à la justice par suite d'une tromperie organisée par les époux ¹ ?

23 Mais si les faits, en les prenant tels qu'ils sont exposés dans le jugement d'autorisation, ne rentraient dans aucun des cas d'aliénation prévus par l'article 1558, l'action de la femme sera recevable et la révocation de l'aliénation devra être prononcée. Ici les tiers ont pu, en vérifiant les faits exposés dans le jugement, se convaincre que la justice avait permis l'aliénation en dehors des cas où la loi lui accorde ce pouvoir : ils ont pu s'assurer que le tribunal s'était mis au-dessus de la loi et qu'il avait enfreint, par erreur, une règle d'ordre public ; la prudence leur conseillait de ne pas se porter adjudicataires, malgré l'irrégularité du jugement qui a permis l'aliénation.

Cette distinction est rationnelle et protectrice des

1. V. *supra*, n° 203.

droits de tous. La Cour de cassation en a fait une application remarquable dans l'espèce suivante.

Un jugement du 9 juin 1834 avait autorisé une femme à s'obliger pour retirer de la circulation diverses lettres de change, souscrites par son mari, pour empêcher qu'il ne fût mis en prison. Les juges n'en avaient pas le pouvoir, car nous avons vu que l'article 1558, § 1, autorise bien l'aliénation, avec permission de justice, pour tirer le mari de prison, mais non pas pour l'empêcher d'être incarcéré. La femme ayant demandé à se faire relever de son obligation, un arrêt de la Cour de Toulouse du 18 avril 1834 l'avait déclarée mal fondée dans cette prétention. Mais, sur le pourvoi, la Cour de cassation cassa cet arrêt, par le motif que les tiers avaient dû voir que le jugement d'autorisation avait été donné hors des termes de l'article 1558¹.

Vainement les tiers prétendraient-ils qu'il y a chose jugée par le jugement qui autorise l'obligation ou l'aliénation du fonds dotal. Il s'agit ici d'un jugement rendu sur requête, qui émane de la juridiction volontaire et non pas contentieuse des tribunaux : or, il est de règle que ces jugements ne produisent pas la chose jugée et qu'ils ne lient pas le juge mieux éclairé sur les faits ; on peut les faire réformer sans les attaquer par les voies ordinaires².

227. Le principe de l'inaliénabilité de la dot reçoit-il d'autres exceptions que celles qui sont formellement exprimées par la loi ? La dot, soit mobilière, soit immo-

1. Cass. 26 avril 1842 (Dalloz, 42, 1, 250).

2. Cass., 29 août 1860, Dalloz, 601, 393.

bilière, peut-elle être aliénée pour la réparation des crimes, des délits ou des quasi-délits commis par la femme ?

Elle pouvait l'être dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit ¹.

Mais, ce qui fait la difficulté dans le droit moderne, c'est que le Code Napoléon énumère diverses exceptions au principe d'inaliénabilité de la dot, sans mentionner celle qui résultait autrefois des délits commis par la femme.

Cependant, la loi naturelle veut que chacun soit tenu de réparer le préjudice qu'il a causé par sa faute, et la loi civile, dit un jurisconsulte romain, ne peut pas aller contre la loi naturelle : *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest* ². Grotius, examinant notre question, la résolvait contre l'inaliénabilité dotale en disant qu'on ne peut pas, sous prétexte de silence, attribuer une absurdité au législateur : *Nemo credendus est velle absurda*. Il est inadmissible qu'une femme puisse voler, incendier, tuer, et que l'inaliénabilité de sa dot la protège contre la réparation des dommages qu'elle aura causés.

Telles sont les raisons qui, sous l'empire du Code Napoléon, ont déterminé la plupart des auteurs à décider que les biens dotaux répondaient des crimes,

1. Roussilhe, *Traité de la dot*, t. I, nos 340, 424 et suiv.; Argou, *Instit.*, t. II, p. 88, Lapeyrère, lettre D, n° 32; Valin, *Coutume de La Rochelle*, t. I, p. 352, n° 25; Annotateur de Dupérier, *Quest. not.*, liv. I, quest. 3, t. I, p. 24; *Coutume de Normandie*, art. 544.

2. *De jure belli et pacis*, liv. II, ch. XVI, § 22 et 26; Wolff, *Du droit de la nature et des gens*, t. IV, § 813 et 815, p. 385 et 387.

délits ou quasi-délits de la femme. Elles n'ont pas convaincu M. Tessier : « Quelque touché que nous puissions
« être de ces considérations , dit le savant juriscon-
« sulte bordelais , nous n'en sommes pas moins arrêté
« par le cercle des exceptions tracé par le Code. C'était
« au législateur à agrandir ce cercle pour les crimes ,
« délits et quasi-délits de la femme. Il ne l'a pas fait ,
« donc il ne l'a pas voulu : *Si lex voluisset , expressisset* » .

Pendant longtemps, ce raisonnement a été celui de la jurisprudence. Mais, depuis quelques années, la Cour de cassation s'est ralliée à la doctrine des auteurs, et les cours impériales ont suivi son exemple.

228. Pour nous, qui avons posé un principe dès le début de ce travail, nous n'éprouvons pas les hésitations qui ont tant embarrassé la doctrine et la jurisprudence. L'inaliénabilité de la dot a pour objet de maintenir la séparation de biens entre les époux et d'empêcher les biens dotaux d'être absorbés par l'omnipotence du mari.

Nous devons donc distinguer :

La femme a-t-elle commis le délit dans l'intérêt du mari et pour le besoin de ses affaires ? Le principe d'inaliénabilité doit rester inflexible, car il a pour objet d'empêcher le mari de s'approprier la dot de toutes manières, soit par un contrat, soit par un fait quelconque de sa femme.

La femme a-t-elle, de son propre mouvement, commis un délit dont le mari ne doit retirer aucun profit ? La dot sera aliénable pour la réparation du préjudice causé, ainsi que pour le recouvrement des amendes et

des frais auxquels la femme pourra être condamnée. Ici le mari est étranger au délit de la femme et n'en retire aucun profit ; par conséquent, le principe de l'inaliénabilité de la dot cesse et les principes du droit se trouvent d'accord avec ceux de la morale. Mais le mari, puisqu'il n'a pris aucune part au délit de sa femme, ne doit pas en souffrir par la privation des fruits de la dot ; les créanciers de la femme devront donc, dans ce cas, attendre jusqu'à la séparation de biens ou à la dissolution du mariage.

Nous pourrions nous arrêter là ; nous le devrions peut-être. Néanmoins, nous voulons examiner rapidement les décisions de la jurisprudence en matière de crimes, délits ou quasi-délits commis par la femme : nous trouverons quelques arrêts qui ont admis notre distinction.

§ 1. — *Crimes et délits.*

229. La Cour de cassation décide indistinctement que les biens dotaux répondent des dommages-intérêts résultant des crimes ou des délits commis par la femme, soit comme auteur, soit comme complice¹. Elle en a conclu notamment :

1^o Que les biens dotaux répondent des frais avancés par l'État dans les poursuites criminelles dirigées contre la femme et qui ont eu pour résultat de la faire condamner aux travaux forcés à perpétuité² ;

1. Cass., 5 mars 1845 ; Dalloz, 45, 1, 186 ; 7 décembre 1846, Dalloz, 47, 1, 48 ; 23 juillet 1851, Dalloz, 51, 5, 183.

2. Cass., arrêt précité du 5 mars 1845 ; Nîmes, 27 avril 1847 (Dalloz, 47, 4, 173).

2^o Que les biens dotaux répondent également de l'acquit des condamnations prononcées contre une femme déclarée coupable de banqueroute frauduleuse, à titre de réparation civile au profit de la masse des créanciers de sa faillite ¹.

Ces arrêts ne disent pas si le mari avait intérêt au crime de sa femme et s'il devait en recueillir le fruit. Quand même ce fait aurait été vrai, il est très-probable que le moyen n'avait pas été invoqué. En effet, les auteurs et les arrêts ne font aucune mention du principe de séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux ; par conséquent, l'inaliénabilité de la dot, fondée sur la faiblesse relative de la femme, ne peut pas leur apparaître comme étant la sanction nécessaire de cette séparation.

§ II. — *Quasi-délits et quasi-contrats.*

230. Les quasi-délits sont assimilés aux délits quant à la responsabilité civile qui en résulte pour leur auteur. La Cour de cassation pose en principe, dans les arrêts que nous venons de noter, que les faits personnels de la femme, qui ont le caractère de crimes, délits ou quasi-délits, sont assujettis à la règle de droit naturel qui soumet leur auteur à les réparer.

La Cour de Bordeaux a fait une remarquable application de ce principe, en décidant, par arrêt du 4 février 1858, que la femme commerçante qui néglige de faire publier son contrat de mariage, conformément à l'ar-

1. Cass., même arrêt du 5 mars 1845.

ticle 69 du Code de commerce, commet un quasi-délit, et que la réparation du dommage qu'elle a causé par cette omission peut être poursuivie sur ses biens dotaux :

« Attendu qu'il est justement admis par la doctrine et la jurisprudence que le privilège de l'inaliénabilité du bien dotal peut s'effacer et disparaître devant les conséquences de faits personnels à la femme mariée sous ce régime, de nature à causer préjudice à autrui, et que la réparation civile du quasi-délit qu'elle a commis peut être poursuivie même sur ses immeubles ;

« Attendu que ces principes, puisés dans les articles 1382 et 1383 du Code Napoléon, doivent recevoir leur application dans la cause ;

« Attendu, en effet, que l'omission probablement volontaire et même préméditée de la femme Joubert, de la remise de son contrat de mariage au greffe du tribunal de commerce de Cognac, a eu pour effet de causer un dommage aux tiers qui ont contracté avec elle dans l'ignorance de sa véritable position ; que la même conséquence s'attacherait à la simple négligence de ladite épouse Joubert, relativement à la même omission ; qu'il est dès lors évident qu'elle doit être soumise à l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé et astreinte à en répondre sur ses biens même dotaux ¹. »

231. Aux termes des articles 67 et 69 du Code de commerce, la femme mariée sous le régime dotal, qui entreprend un commerce postérieurement à son mariage,

1. Dalloz, 1858, 2, 123.

est tenue, dans le mois de l'ouverture de son commerce, de remettre aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du Code de procédure, un extrait de son contrat de mariage, pour être exposé au tableau, conformément au même article. Elle doit mettre les tiers à même de connaître quels sont ses biens qui sont aliénables et quels sont ceux qui ne le sont pas : en négligeant de le faire, elle commet une faute dont la réparation consiste à ne pas pouvoir opposer l'inaliénabilité de ses biens dotaux.

Les tiers ont un intérêt manifeste à connaître le contrat de mariage des époux, lorsqu'ils veulent contracter avec le mari, ou avec la femme, ou avec les deux conjointement. La loi du 10 juillet 1850 est venue ajouter aux dispositions des articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code Napoléon, pour procurer aux tiers le moyen de s'éclairer à cet égard. Si l'acte de célébration du mariage portait la fausse déclaration que les époux se sont mariés sans contrat, la femme ne pourrait pas invoquer contre les tiers le privilège de la dotalité et de l'inaliénabilité ; elle aurait à s'imputer à leur égard une tromperie et un dol qui auraient toutes les proportions d'un quasi-délit. C'est ce résultat que l'article 1391 exprime en disant que la femme sera réputée, à l'égard des tiers, *capable de contracter* dans les termes du droit commun, à moins que, dans l'acte qui contiendra son engagement, elle n'ait déclaré avoir fait un contrat de mariage¹.

1. La loi du 10 juillet 1850 a fait passer dans le dernier paragraphe de l'article 1391 la terminologie vicieuse que j'ai souvent signalée chez les auteurs modernes. Dire que la femme mariée sous le régime dotal sera, dans un cas donné, réputée *capable de contracter* dans les termes du

On peut se demander quelle est l'influence de ces nouvelles dispositions législatives sur les articles 67 et 69 du Code de commerce, et comment elles se combinent avec ces deux articles ? Supposons qu'une femme qui a stipulé le régime dotal ait déclaré dans l'acte de célébration de son mariage qu'elle se marie avec un contrat reçu par tel notaire ; pendant le mariage, elle embrasse la profession de commerçante sans remplir les formalités prescrites par les articles 67 et 69 du Code de commerce ; elle est ensuite déclarée en faillite. Pourra-t-elle opposer aux tiers les conventions portées dans son contrat de mariage et notamment l'inaliénabilité de ses biens dotaux ?

Pour nous cela n'est pas douteux.

Ce que les articles 67 et 69 du Code de commerce exigent de la femme qui est commerçante au moment de son mariage ou qui le devient pendant son mariage, les articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code Napoléon l'exigent de la femme, même non commerçante, dont le contrat de mariage soumet les biens à des conditions d'inaliénabilité. Le but est le même ; la différence n'existe que dans les moyens de l'atteindre. Ce but, c'est de procurer aux tiers le moyen de connaître le contrat de mariage de la femme dans les circonstances indiquées par les divers textes de loi qui nous occupent, afin d'éviter les surprises et les déceptions. Or, si l'observation des articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code

droit commun, c'est affirmer implicitement que le régime dotal rend la femme incapable de contracter. La loi aurait parlé avec plus d'exactitude, si elle avait dit que la femme ne pourrait pas opposer l'exception de dotalité, c'est-à-dire invoquer l'inaliénabilité de sa dot.

Napoléon suffit pour protéger la bonne foi des tiers, lorsque la femme n'est pas commerçante, comment ne suffirait-elle pas lorsque la femme est commerçante au moment de son mariage ou le devient pendant son mariage ? Dans ce dernier cas, les tiers ont pu connaître le contrat de mariage qui place les biens de la femme en dehors du droit commun.

Et peu importe que le mode employé pour procurer cette connaissance aux tiers ne soit pas celui qui est indiqué par les articles 67 et 69 du Code de commerce.

En effet, la raison de ces deux articles est dans le préjudice qu'éprouvent les tiers ; l'impossibilité pour la femme d'invoquer l'inaliénabilité de sa dot est la réparation de ce préjudice ; or, quand les tiers ont pu connaître le contrat de mariage, s'ils éprouvent un préjudice, c'est leur faute ; ce n'est pas celle de la femme.

Concluons donc que les articles 67 et 69 du Code de commerce cessent d'être applicables à la femme qui, n'ayant pas fait publier son contrat de mariage suivant la loi commerciale, s'est conformée aux dispositions des articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code Napoléon.

232. Renversons l'hypothèse : supposons que la femme commerçante ait rempli les formalités des articles 67 et 69 du Code de commerce, mais qu'elle ait négligé celles des articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code Napoléon. Pourra-t-on lui appliquer le dernier paragraphe de l'article 1391 et la poursuivre sur ses biens dotaux ?

Pour en venir là, il faudrait admettre que les articles 67 et 69 du Code de commerce ont été abrogés

implicitement par les articles 75, 76-9°, 1391 et 1394 du Code Napoléon ; cela ne paraît pas admissible. La femme commerçante a satisfait au vœu de la loi commerciale en donnant à son contrat de mariage la publicité prescrite par les articles 67 et 69.

Au surplus, les lois sont comme les immeubles ; elles ont leurs tenants et leurs aboutissants ; il est rare qu'en touchant à une on ne touche pas à une autre. Quand le législateur de 1850 a fait des additions aux articles 75, 76, 1391 et 1394 du Code Napoléon, a-t-il songé aux articles 67 et 69 du Code de commerce ? Nous en doutons beaucoup, et nous pensons que la loi du 10 juillet 1850 aurait bien fait d'abroger l'article 69 du Code de commerce.

233. La règle que la femme est responsable de ses quasi-délits ou de ses quasi-contrats sur ses biens dotaux, reçoit certains tempéraments.

Supposons que la femme ait vendu un de ses immeubles qu'elle a déclaré paraphernal, tandis qu'il était dotal. L'acheteur sera-t-il admis à dire devant la justice : Il y a, dans cette déclaration mensongère de la femme, un quasi-délit qui, à titre de réparation du préjudice causé, doit faire considérer l'immeuble comme étant libre et paraphernal ? Le mensonge n'est point là où l'on pourrait être tenté de le placer ; il est chez l'acheteur dont l'habileté cauteleuse a voulu faire échec au principe de l'inaliénabilité dotale, par le calcul d'un quasi-délit imposé à la femme. Est-il donc si difficile à un acheteur de s'assurer si un immeuble est dotal ou paraphernal ? Pourquoi donc les articles 75, 76-9°,

1391 et 1394 du Code Napoléon sont-ils faits ? La bonne foi des tiers consiste-t-elle à se mettre un bandeau sur les yeux pour ne pas voir ?

MM. Rodière et Pont disent avec raison : « La dot sera tenue des conséquences du quasi-contrat, toutes les fois que les tiers auront été dans l'impossibilité morale d'empêcher le fait qui leur cause du dommage¹ ». Il n'y a là qu'une simple faute contractuelle, suivant l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1864, rapporté ci-après.

Par les mêmes raisons, il faut appliquer cette décision au cas où la femme a hypothéqué comme paraphernal un immeuble qui était dotal ; si le créancier a été trompé, c'est qu'il l'a bien voulu : il n'est pas à plaindre.

Ces décisions ne doivent point paraître rigoureuses. Qui ne voit combien, dans le système contraire, il serait facile au mari de faire brèche à l'inaliénabilité du fonds dotal par un mensonge qu'il imposerait à sa femme ?

Le quasi-contrat de la femme ne suffit donc pas pour obliger ses biens dotaux ; il faut, de plus, que le créancier qui invoque le préjudice résultant de ce quasi-contrat ne soit pas allé lui-même au-devant de ce préjudice par son imprudence et sa confiance aveugle. On sait que l'article 1382 du Code Napoléon ne protège pas les imprudents qui se sont exposés au préjudice qu'ils éprouvent.

234. La Cour de cassation a eu à résoudre la question de savoir si la femme, qui s'est rendue adjudica-

¹. *Contr. de mar.*, t. II, n° 540. — Adde M. Dalloz, *vis Contr. de mar.*, n° 3749.

taire des immeubles dont la saisie immobilière a été poursuivie contre son mari, et qui n'a point payé le prix de son adjudication, est tenue, sur ses biens dotaux, de la différence entre le prix de son adjudication et le prix inférieur de l'adjudication nouvelle à laquelle sa folle enchère a donné lieu.

Dans les habitudes du Midi, le mari dont les biens sont mis en vente sur saisie immobilière, oblige sa femme, presque toujours séparée de biens, à se porter adjudicataire à quelque prix que ce soit, pour conserver les biens dans la famille et sauver le foyer domestique ; il compte que sa femme payera le prix d'adjudication avec ses reprises dotales, qui priment ordinairement les autres créanciers. Ce calcul de l'amour-propre et de l'attachement à la propriété foncière est fécond en déceptions ; souvent les biens sont revendus à la folle enchère de la femme et au-dessous du prix de son adjudication. L'abus a été porté à un tel point que la plupart des tribunaux du Midi exigent qu'on insère dans le cahier des charges une clause portant que l'avoué qui se rendra adjudicataire pour la femme du débiteur saisi, sera personnellement responsable de toutes les suites d'une revente sur folle enchère.

La Cour suprême a décidé, par arrêt du 15 juin 1864, que la femme n'était pas responsable, sur ses biens dotaux, des suites de sa folle enchère :

« Attendu que l'inaliénabilité du fonds dotal, telle
« qu'elle est instituée par le Code Napoléon, a pour but de
« conserver intact le patrimoine de la femme, dans l'in-
« térêt de la famille, et de la protéger contre les obliga-
« tions inconsidérées qu'elle pourrait souscrire de son

« propre mouvement ou en cédant aux obsessions de
« son mari ;

« Attendu que s'il peut être fait exception à ce prin-
« cipe pour le cas de crimes , délits ou autres faits qui
« pourraient leur être assimilés, et desquels résulterait
« un dommage à la charge de la femme dotale, il ne
« saurait en être ainsi pour les *imprudences* commises
« par elle sans fraude ni intention de nuire ; que ces
« *imprudences de l'effet desquelles le législateur a entendu*
« *précisément garantir la dot* , ne constituent que de
« simples fautes contractuelles dont le redressement ne
« peut être poursuivi que par les voies ordinaires et
« sur les biens non dotaux ¹. »

Cet arrêt est bien rendu au fond , mais les motifs laissent à désirer. La théorie de la Cour de cassation a sacrifié le droit de la femme et méconnu le principe de l'inaliénabilité de la dot. La Cour suprême va trop loin quand elle exige que le fait de la femme soit exempt de fraude et d'intention de nuire. La Cour eût donc jugé autrement , si l'arrêt déféré à sa censure avait constaté la fraude et l'intention de nuire contre la femme. Cela est tellement vrai , que la cour d'Agen , saisie du renvoi , n'a eu qu'à prendre la Cour de cassation au mot et à déclarer qu'il y avait fraude et intention de nuire de la part de la femme, pour juger comme la cour de Pau , dont l'arrêt avait été cassé ².

Nous ne voyons pas ce que la fraude et l'intention de nuire peuvent ajouter au quasi-délit ou au quasi-

1. Dalloz , 1864 , 1 , 379. — Adde un autre arrêt de la même Cour , du 21 août 1848 (Dalloz , 1848 , 1 , 211).

2. Agen , 6 février 1865 (Dalloz , 65 , 2 , 95).

contrat de la femme : on est au civil et non pas au criminel. Qu'importe l'intention de la femme à celui qui éprouve un dommage par son fait ? Si la femme incendiait la maison du voisin par imprudence, c'est-à-dire sans fraude et sans intention de nuire, faudrait-il dire encore : Ce n'est qu'une simple faute dont la réparation ne peut pas avoir lieu sur les biens dotaux ?

La Cour de cassation ne s'est pas fait une idée exacte de l'inaliénabilité de la dot et des motifs qui la gouvernent. Les jurisconsultes et les magistrats doivent, plus que les poètes, connaître la raison des choses : *Rerum cognoscere causas*. La Cour de cassation dit que l'inaliénabilité du fonds dotal a pour but de conserver intact le patrimoine de la femme dans l'intérêt de la famille, et de la protéger contre les obligations inconsidérées qu'elle pourrait souscrire de son propre mouvement ou en cédant aux obsessions de son mari. Toutes ces raisons ne valent pas la véritable. Si tel était le but de la loi, on ne comprendrait pas pourquoi la femme est libre d'aliéner son fonds dotal après la dissolution du mariage. Il fallait dire que l'inaliénabilité a pour *but* de protéger la dot contre la puissance et l'intérêt du mari, et pour *résultat* de conserver intact le patrimoine de la femme dans l'intérêt de la famille.

235. Le régime dotal, redisons-le encore, a pour principe essentiel de séparer les biens des époux et de soustraire la dot de la femme à la puissance et à la disposition du mari. L'inaliénabilité est la conséquence et la sanction de ce principe de séparation des biens ; elle est dirigée contre le mari, et l'on comprend alors pour-

quoi elle cesse après la dissolution du mariage, c'est-à-dire lorsque le mari n'existe plus. Tant que cette vérité historique et traditionnelle, sur laquelle fonctionne tout le système dotal, sera méconnue, il faudra s'attendre aux plus étranges aberrations dans l'enseignement du droit, dans les livres des jurisconsultes et dans les arrêts¹.

Pour nous la question n'est donc pas de savoir si le quasi-délit ou le quasi-contrat de la femme a eu lieu par fraude et avec intention de nuire, mais s'il a été imposé à la femme par la puissance et l'intérêt du mari. Nous arrivons ainsi aux conséquences suivantes, qui sont entièrement opposées à celles de la Cour de cassation et de la Cour d'Agen :

La femme est tenue, même sur ses biens dotaux, de réparer le préjudice résultant de ses quasi-délits ou de ses quasi-contrats, quoique exempts de fraude et d'intention de nuire, toutes les fois qu'elle a agi par elle-même, sans être dirigée par l'influence intéressée du mari; au contraire, elle n'est pas tenue, sur ses biens dotaux, des quasi-délits ou des quasi-contrats qui lui ont été imposés par le mari, quoique empreints de fraude et d'intention de nuire.

En appliquant ces idées à la folle enchère des biens du mari par la femme, on voit tout de suite que la Cour de Pau, la Cour de cassation et la Cour d'Agen ont placé la solution de la difficulté là où elle n'était pas; elles l'ont vue du côté de la femme, et il fallait la voir surtout du côté du mari.

1. V. *supra*, n° 9 et p. 252.

La Cour d'Agen n'est pas heureuse en fait de dotalité : c'est elle qui a ouvert la marche dans la voie d'erreur qui fait du mari un propriétaire de la dot mobilière. La Cour de cassation s'y est précipitée à sa suite, et maintenant elle rend à la Cour d'Agen le même service d'erreur qu'elle en a reçu, en décidant que la femme qui enchérit les biens du mari par fraude et intention de nuire est responsable des suites de sa folle enchère sur ses biens dotaux. Et cependant il y avait dans l'espèce soumise aux trois Cours dont nous critiquons les arrêts un fait qui renfermait un trait de lumière. La femme avait enchéri, au prix de 6,383 francs, des biens qui ne furent revendus à sa folle enchère que 4,150 francs; elle avait été induite à payer 6 ce qui ne valait que 4, et cela par la fraude du mari et par son intention de lui nuire en s'enrichissant à ses dépens. La femme était volée; mais la Cour d'Agen, renversant les situations, lui attribue le rôle de voleur et fait battre monnaie au mari sur le dos de la femme et de sa dot. Le mari n'a qu'un patrimoine de 4,000 francs, mais il a une femme qui a une dot, et, par sa femme, son patrimoine vaudra 6,000 francs. Est-il donc si difficile à un mari de tromper sa femme et de lui faire croire que ce qui ne vaut que 4 vaut 6? Il n'a qu'à susciter des tiers complaisants qui enchériront à outrance, parce qu'ils savent que le mari a donné l'ordre à sa femme de couvrir leurs enchères jusqu'à concurrence d'une somme que son omnipotence a déterminée. C'est ainsi que, dans l'espèce jugée par la Cour d'Agen, le mari avait gagné 2,233 francs aux dépens de sa femme et que la dot était allée se confondre dans son patrimoine jusqu'à concur-

rence de cette somme. Les maris les plus obérés ont plus de crédit qu'ils ne pensent ; l'arrêt d'Agen en fournit la preuve : on peut leur prêter des sommes qui dépassent d'un tiers la valeur de leurs immeubles.

Ce résultat est déjà bien étrange : c'est le moindre de ses défauts.

236. Et d'abord on admet unanimement que la femme ne pourrait pas renoncer à son hypothèque légale, ni en céder le bénéfice. D'ailleurs, l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 proclame ce point de droit par ces mots : *dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer...*

Eh bien ! le quasi-contrat de folle enchère, avec les effets qu'on y attache, renferme pour la femme une renonciation efficace à son hypothèque légale ou une cession de cette hypothèque. L'espèce qui a donné lieu aux trois arrêts que nous critiquons en offre la preuve manifeste. Un des créanciers du mari, inscrit sur les biens surenchérés par la femme et revendus à sa folle enchère, s'était rendu adjudicataire d'un autre immeuble du mari, et un ordre unique avait été ouvert pour la distribution du prix des deux ventes. La femme avait été colloquée dans cet ordre pour le montant de ses reprises dotales et un bordereau lui avait été délivré sur le créancier adjudicataire de l'immeuble non surenchéri par elle. Sommé de payer le montant de ce bordereau, cet adjudicataire avait formé opposition au commandement, prétendant que la femme, par sa folle enchère, était cause qu'il n'était pas utilement colloqué dans l'ordre et qu'il avait le droit de compen-

ser les sommes portées dans le bordereau avec le préjudice que la femme lui faisait éprouver.

C'est ce système qui a prévalu devant les Cours de Pau et d'Agen. On le voit, la dot a été aliénée et perdue pour la femme par l'expédient du quasi-contrat de folle enchère, comme si elle avait été valablement cédée à l'adjudicataire. Voilà pour la cession.

Pour la renonciation à l'hypothèque légale, c'est encore plus simple : le raisonnement sera le même. Les créanciers du mari diront à la femme dans l'ordre : Par votre folle enchère, vous nous avez causé un préjudice égal à la différence entre le prix de vente et celui de revente augmenté des frais ; la réparation de ce préjudice exige que vous ne puissiez être colloquée qu'après nous tous pour la somme qui représente cette différence. Ici encore, le résultat n'est-il pas ce qu'il serait, si la femme avait renoncé valablement à son hypothèque légale en tout ou en partie ? C'est ainsi que le mari ou, ce qui est la même chose, ses créanciers, s'approprient la dot en tout ou en partie ; ils font par le biais du quasi-contrat de folle enchère ce qu'ils ne pouvaient pas faire par un contrat direct avec la femme.

Ce résultat est grave ; il est de nature à faire réfléchir les esprits attentifs pour qui le droit n'est pas un expédient ni une affaire de mots.

On a pris à la superficie le quasi-contrat résultant de la folle enchère de la femme ; on n'a point vu qu'en réalité le préjudice dont se plaignent les créanciers du mari est purement chimérique.

Quand c'est une personne maîtresse de ses droits qui se rend adjudicataire, le bénéfice de l'adjudication

constitue un véritable droit pour les créanciers du débiteur saisi. Alors, si l'adjudicataire ne satisfait pas aux conditions de son adjudication et laisse revendre les biens à sa folle enchère, il cause aux créanciers un préjudice égal à la différence entre le prix de vente et celui de revente sur folle enchère (article 740 C. pr.). Il en est autrement, lorsque c'est la femme du débiteur saisi qui se porte adjudicataire; alors, le prix est essentiellement suspect d'exagération et de contrainte exercée par le mari sur la femme. Les créanciers ne peuvent pas s'enrichir par la violation des devoirs du mari envers la femme; s'ils ont compté sur la fraude de leur débiteur, il faut qu'ils sachent que la loi ne sanctionne pas ces calculs. La revente sur folle enchère avec sa publicité leur rend la justice qui leur est due. Si le prix est inférieur, n'est-ce pas une preuve que la femme avait été trompée par le mari et qu'elle avait acheté ses biens au-dessus de leur valeur?

237. Quand les choses en sont à ce point, il vaudrait mieux dire que la femme est incapable de se rendre adjudicataire des biens de son mari. Cette proposition est neuve et paraîtra d'abord surprenante; nous n'ignorons pas qu'elle est en contradiction formelle avec les trois arrêts que nous critiquons et avec toute la jurisprudence; examinons-la.

Il y a dans le Code Napoléon un article 1595 qui renferme plus qu'il ne dit.

Le mariage fait à la femme une situation exceptionnelle : il la livre au mari toujours le plus fort par la nature et par la loi. Une législation qui a quelque souci

de conserver les biens dans les familles et d'empêcher ceux des femmes d'être absorbés par la puissance intéressée des maris, doit se préoccuper des contrats qui peuvent intervenir entre les époux. C'est toujours la *muliebris sexus fragilitas* par laquelle Justinien motivait l'inaliénabilité de la dot. Ici c'est quelque chose de plus; la loi protège en même temps la femme contre le mari, et le mari contre la femme; car, la femme a aussi sa puissance sur le mari par les douces affections qu'elle lui inspire.

S'agit-il d'une donation entre époux? Elle peut avoir été surprise par les entraînements d'un moment; elle sera donc révocable pendant le mariage, et cette révocabilité sera la protection accordée par la loi à l'époux donateur contre l'époux donataire.

S'agit-il d'une vente? Comment pourrait-elle avoir lieu entre époux, excepté dans les cas de nécessité énumérés par l'article 1595? Quelle confiance faudra-t-il attacher à la fixation du prix? Quelle foi à la quittance du paiement? Tout n'est-il pas suspect entre deux personnes qui n'en font qu'une?

Pénétré de ces vérités, notre ancien droit coutumier déclarait les époux généralement incapables de contracter entre eux, sauf dans certains cas exceptionnels.

L'article 282 de la Coutume de Paris portait :

« Homme et femme, conjoints ensemble par mariage,
« constant et durant ledit mariage, ne se peuvent avan-
« tager l'un l'autre par donation entre-vifs, par testa-
« ment ou ordonnance de dernière volonté, ni autre-
« ment, *directement ou obliquement*, en quelque manière
« que ce soit, sinon par don mutuel. »

Sur quoi Dumoulin a écrit que les époux ne pouvaient faire entre eux aucun contrat, même intéressé de part et d'autre, excepté en cas de nécessité : *Nullum ergo contractum facere possunt etiam reciprocum, nisi ex necessitate.*

L'article 27 du chapitre 23 de la Coutume de Nivernais était plus formel encore :

« Gens mariés, constant leur mariage, ne peuvent contracter l'un au profit de l'autre, ni eux avantager par contrats entre-vifs, sinon par don mutuel, quand ils n'ont pas d'enfants. »

L'article 410 de la Coutume de Normandie n'était pas moins énergique :

« Gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre pour quelque cause que ce soit, ni faire contrats ou confessions par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre en tout ou en partie, directement ou indirectement. »

Enfin la Coutume du Bourbonnais avait un article 226, sous le chapitre 10, ainsi conçu :

« Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme. »

L'article 1595 du Code Napoléon applique ce point de droit à la vente, en ces termes : « Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants... »

Il ne faut pas conclure de là que, dans le droit moderne, la vente soit le seul contrat que les époux soient incapables de faire entre eux ; l'article 1595 applique à la vente un principe général qui gouverne tous les contrats entre époux, sauf les exceptions établies par la

loi; en un mot, c'est la transmission des biens par contrat entre époux qui est prohibée. Il y a incapacité réciproque des époux à cet égard.

L'adjudication des biens du mari à la femme a tous les inconvénients du contrat de vente : c'est ce que nous venons de démontrer. Les biens de la femme, les biens dotaux vont indirectement au mari par l'artifice de l'exagération du prix et du quasi-contrat de folle enchère. Ce qui est vrai pour le contrat de vente est donc également vrai pour l'adjudication ; les raisons sont les mêmes, et l'article 1595, par l'étendue de son principe, s'applique à l'adjudication comme à la vente ordinaire. On ne comprend pas que le mari, qui est incapable de vendre ses biens à sa femme, puisse l'obliger à s'en rendre adjudicataire, et faire par l'adjudication ce qu'il ne peut pas faire par le contrat de vente.

Telles sont les raisons qui nous portent à décider que la femme est incapable de se rendre adjudicataire des biens de son mari.

238. S'il en est ainsi, le quasi-contrat de folle enchère n'existe même pas, car on ne peut pas opposer à l'incapable les conséquences du fait contre lequel la loi le protège ; ce serait lui rendre sa capacité, sous prétexte de préjudice.

Cette question préalable n'a pas été posée par les arrêts qui ont eu à décider si la femme adjudicataire des biens du mari est tenue sur sa dot d'acquitter la différence entre la vente et la revente. Quand même on la résoudrait en faveur de la capacité de la femme, nous n'en persisterions pas moins à soutenir, par les raisons

déjà développées, qu'en pareil cas la dot de la femme n'est pas obligée.

239. La Cour de cassation était bien plus près de la vérité, dans un arrêt qu'elle rendit, le 21 août 1817. Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, le mobilier du sieur Ledanois avait été saisi par ses créanciers : la dame Ledanois en avait soustrait la majeure partie et avait été condamnée pour ce fait à 12,000 francs de dommages et intérêts envers les créanciers saisissants. Sur l'appel, la Cour de Paris déchargea la femme de cette condamnation, par le motif que, n'étant pas séparée de biens, elle était censée avoir agi par les ordres de son mari et que, par suite, ce dernier devait être seul responsable. La Cour de cassation rejeta le pourvoi par les motifs suivants :

« Attendu que la disposition de l'arrêt qui a jugé que
« la soustraction de meubles reprochée à la dame
« Ledanois avait été faite dans le domicile marital
« avant la séparation civile de la femme, qu'elle était
« censée faite dans l'intérêt du mari et par ses ordres ;
« que celui-ci seul en était responsable ; que, dans
« aucun cas, cet enlèvement de meubles ne pouvait
« engendrer contre elle une obligation personnelle qui
« pût compromettre sa dot¹. »

1. Cet arrêt est rapporté dans Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 3742-3°. Il renferme la perpétuelle confusion entre l'incapacité de la femme et l'inaliénabilité de la dot. La femme, quoique ayant des biens dotaux ou tous ses biens dotaux, n'en devait pas moins être condamnée à des dommages et intérêts ; elle n'était fondée à opposer l'exception de dotalité que dans deux cas : 1° si les créanciers, pour ne pas avoir deux procès avec elle, avaient conclu à sa condamnation sur ses biens dotaux ; 2° si, ayant

La doctrine de cet arrêt est excellente : elle revient à dire que la femme ne répond pas sur ses biens dotaux de ses quasi-délits ou de ses quasi-contrats qui lui ont été imposés par la puissance et l'intérêt du mari. Ici la Cour de cassation ne s'est pas préoccupée, comme dans son arrêt du 15 juin 1864, de la fraude de la femme et de son intention de nuire, et nous pensons qu'elle a eu dix fois raison... Qu'importe, en effet, l'intention de la femme, puisqu'elle a obéi à une volonté qui n'était pas la sienne ?

240. La femme oblige-t-elle ses biens dotaux en acceptant purement et simplement une succession qui lui est dévolue ?

L'acceptation d'une succession est un quasi-contrat. Le successible, qui accepte purement et simplement, appréhende les biens héréditaires qui sont le gage des créanciers et des légataires. Il les confond dans son patrimoine et ne peut plus dire aux créanciers et aux légataires : « Ceci était à moi, cela au défunt ». Voilà pourquoi l'héritier pur et simple est tenu d'acquitter toutes les dettes et les charges, même au delà de la valeur des biens : *ultra vires*. Tel est le droit commun.

Mais lorsque l'héritier qui a ainsi accepté purement et simplement est une femme dotale, la thèse change. Cette femme a-t-elle accepté la succession imprudemment ? Elle ne sera pas tenue d'en acquitter les dettes et les charges sur ses biens dotaux. Ainsi le veut la jurisprudence moderne.

obtenu contre elle une condamnation pure et simple, ils la faisaient exécuter sur ses biens dotaux.

L'héritier qui accepte une succession imprudemment n'est pas relevé pour cela des conséquences de son acceptation ; il ne peut l'être que dans deux cas : 1^o pour cause de dol ; 2^o pour cause de lésion , suivant certaines conditions (article 783).

On confond l'incapacité de la femme avec l'inaliénabilité de sa dot.

La femme dotale est ainsi assimilée à un mineur, et son acceptation est en même temps bénéficiaire et pure et simple ; bénéficiaire pour les biens dotaux, pure et simple pour les biens paraphernaux.

L'inaliénabilité a pour objet de protéger la femme, non pas contre son imprudence, mais contre l'omnipotence et l'intérêt du mari ; les biens dotaux ne doivent donc être soustraits aux conséquences de l'acceptation d'une succession par la femme, que lorsque la puissance et l'intérêt du mari ont imposé cette acceptation à la femme. Il faut appliquer ici ce que nous allons dire des dépens, dans les procès engagés ou soutenus au nom de la femme.

241. En résumé, nous pensons que la règle doit être celle-ci :

La dot reste inaliénable à raison des quasi-délits et des quasi-contrats de la femme, toutes les fois que ces quasi-délits ou ces quasi-contrats ont été déterminés par l'intérêt et les affaires du mari ; la femme est alors présumée avoir subi sa volonté. Au contraire, la femme engagera sa dot par ses quasi-contrats ou ses quasi-délits, quelles que soient ses intentions, toutes les fois que le mari n'y

aura aucun intérêt et n'en retirera aucun profit. On examinera donc si l'intérêt et les affaires du mari sont mêlés au fait de la femme.

§ III. — *Dépens.*

242. La Cour de cassation pose en principe que le paiement des dépens auxquels la femme est condamnée dans les procès qu'elle engage ou qu'elle soutient ne peut pas être poursuivi sur ses biens dotaux ¹. C'est donc par exception et dans certains cas seulement que la doctrine et la jurisprudence assujettissent la femme à supporter ces dépens sur sa dot.

Ce système ne peut pas être le nôtre.

La doctrine distingue entre les dépens avancés par l'avoué ou par tout autre mandataire de la femme, et les dépens dont le paiement est poursuivi par la partie qui a gagné son procès contre la femme.

243. Dans la première hypothèse, on décide que la dot est aliénable pour payer les frais d'une demande en séparation de corps ou de biens, sans qu'il soit besoin de distinguer si cette demande a été accueillie ou rejetée par les tribunaux. On en donne pour raison que la séparation de corps a pour objet de protéger la personne de la femme et que la séparation de biens protège sa dot.

C'est aussi notre avis, mais par des motifs différents. L'inaliénabilité de la dot est dirigée contre l'omnipotence et les convoitises du mari ; or, ici, il n'y a pas à

1. Cass., 19 mars 1849 ; Dalloz, 49, 1, 80.

craindre que le mari excite sa femme et provoque un procès contre lui-même, puisqu'il ne doit en recueillir que des ennuis et des tourments.

La doctrine s'arrête là, et c'est fort prudent. Les motifs qu'elle applique à la demande en séparation de corps ou de biens sont si peu solides qu'elle n'ose pas s'y confier pour aller plus loin. Appliquons-les à la défense contre l'action en revendication du seul immeuble paraphernal que la femme possède, et voyons où ils nous conduiront. L'avoué de la femme lui a conseillé de résister à cette demande, et il a bien fait, car le rôle d'un défendeur appuyé sur sa possession est un grand avantage devant les tribunaux. Néanmoins, la femme a été évincée. Son avoué pourra-t-il se faire rembourser les dépens sur les biens dotaux ? Non, suivant la doctrine que nous examinons, car il ne s'agissait pas d'un bien dotal, et, d'après cette même doctrine, il n'existe aucune solidarité entre les biens dotaux et les biens paraphernaux : on les traite comme s'ils ne faisaient point partie du même patrimoine, comme s'ils appartenaient à deux femmes différentes.

244. Nous disons, nous, que la femme sera tenue sur ses biens dotaux, parce qu'il s'agissait de ses biens paraphernaux ; en effet, le mari, n'ayant pas la jouissance de cette espèce de biens, était désintéressé dans le procès.

Et, au contraire, lorsqu'il s'agira des biens dotaux, ils pourront, suivant les circonstances, n'être pas tenus du paiement des frais, à cause de l'intérêt et de la jouissance du mari.

Telle est la règle qui domine cette matière ; elle est prise dans la nature et le but de l'inaliénabilité de la dot.

245. Appliquons-la à la seconde distinction : il s'agit de savoir si le recouvrement des frais auxquels la femme a été condamnée peut être poursuivi par la partie adverse sur les biens dotaux.

Ici la jurisprudence n'est pas plus heureuse que sur la première distinction : elle distingue encore. La femme a-t-elle engagé ou soutenu le procès témérairement et de mauvaise foi ? La dot répondra de ce quasi-délit de témérité. Mais la femme a-t-elle eu des motifs plausibles d'agir comme elle a fait ? C'est tant pis pour sa partie adverse qui a exercé ou défendu son bon droit : la dot ne sera pas responsable.

L'inaliénabilité a pour objet de protéger la dot contre le mari, et on veut qu'elle la protège contre tous. C'est toujours l'incurable confusion entre l'incapacité de la femme et l'inaliénabilité de sa dot. La *fragilitas mulieris sexus* dont parle Justinien est toute relative, mais on la rend générale en l'assimilant à la *levitas animi* dont parle Gaius : à force de la critiquer, on ne la comprend plus¹. On s'est dit : La loi protège la femme, à cause de sa faiblesse, par l'inaliénabilité de sa dot ; donc cette protection doit cesser, lorsque le fait de la femme est empreint de fraude, d'intention de nuire, de mauvaise foi ou de témérité, comme elle cesse, dans les mêmes circonstances, pour le mineur capable de dol ; et, au contraire, cette protection doit être continuée à la femme, lorsqu'elle a agi avec imprudence ou

1. V. *supra*, nos 49 et 50.

lorsqu'elle a commis une simple faute contractuelle. Voilà par quelle filiation d'idées on est arrivé à confondre l'inaliénabilité avec l'incapacité.

La jurisprudence n'a aucune fixité en cette matière, parce qu'elle n'a pas un véritable principe ; ses variations vont jusqu'à la contradiction : ainsi, lorsqu'il s'agit de l'acceptation d'une succession, elle décide que si la femme a agi avec imprudence, les biens dotaux ne répondent pas des conséquences de son acceptation. Et, au contraire, si la femme a engagé un procès par imprudence ou par témérité, ses biens dotaux seront responsables des dépens envers la partie adverse.

246. Il ne faut pas isoler le rôle de la femme de celui du mari. Toutes les fois que le mari n'aura aucun profit à retirer du procès, il faudra dire que les biens dotaux seront responsables des dépens auxquels la femme pourra être condamnée ; il en sera certainement ainsi dans les trois cas suivants :

- 1^o S'il s'agit d'un bien paraphernal ;
- 2^o Si la femme est séparée de biens ;
- 3^o Si le mari a refusé d'autoriser sa femme à ester en jugement.

Dans ce dernier cas, le mari peut ne pas être sans intérêt au procès à cause de sa jouissance. Mais, en refusant d'autoriser sa femme, il garde la neutralité entre elle et la partie adverse : il reste étranger au procès et n'en doit pas les dépens.

C'est donc la femme qui les doit sur tous ses biens indistinctement : en pareil cas, l'inaliénabilité de la dot n'a plus sa raison d'être.

247. Sans doute, lorsque le procès intéressera les biens dotaux et que la femme ne sera pas séparée de biens, on éprouvera presque toujours de sérieuses difficultés pour décider s'il a été engagé ou soutenu par le mari dans son unique intérêt; car, s'il intéresse le mari pour la jouissance, il intéresse la femme pour la propriété. Les frais et dépens des actions pétitoires sont à la charge de la femme propriétaire et principalement intéressé au procès; en les mettant à la charge du mari, on méconnaît la destination de la dot dont les fruits doivent être employés à supporter les charges du mariage et nullement à soutenir les procès auxquels les biens dotaux peuvent donner lieu : « Maritus habet
« fructus ad sustinenda onera matrimonii quibus dotem
« deservire necesse est, non autem negotiis mulieris
« gerendis¹ ».

Quand les époux auront le rôle de défendeurs, on n'oubliera pas non plus que c'est le devoir du mari de défendre les choses dotales : *Tueri res dotales vir debet* (L. 15, D., *De imp. in res dot. fact.*), et qu'il n'est pas permis de compromettre ni de transiger en cette matière.

Quand les époux prennent l'initiative de l'attaque, les mêmes principes dominant la situation. Cependant on comprend plus facilement que le procès soit l'œuvre du mari seul et que la femme n'y soit que pour la forme et le nom. La femme ou ses héritiers devront prouver que le procès est l'œuvre du mari seul, s'ils veulent soustraire les biens dotaux au paiement des frais et dépens.

1. Fabre, *Cod.*, liv. v, tit. viii, déf. 27.

CHAPITRE II.

— DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT APRÈS LA SÉPARATION DE BIENS.

SOMMAIRE.

248. La dot reste inaliénable après la séparation de biens comme avant.
— Pourquoi. — Dans quels cas la séparation de biens a de l'influence sur l'aliénabilité de la dot.
249. La femme séparée de biens ne peut pas recevoir le capital de sa dot mobilière sans emploi ou caution. — Réfutation de la jurisprudence moderne.
250. Suite. — A quoi se réduit la question.
251. Suite. — Argument de l'article 482 du Code Napoléon.
252. Suite. — La doctrine contraire favorise l'adultère, la séparation de corps et l'indépendance de la femme. — Pourquoi les séparations de corps sont plus nombreuses dans les pays de communauté que dans ceux de dotalité.
253. Pendant le mariage sans séparation de biens, les fruits de la dot appartiennent au mari et peuvent être saisis par ses créanciers. — Mais la femme peut demander la séparation de biens et la distraction des fruits saisis, suivant la répartition de l'article 1571.
254. Quels sont les droits des créanciers de la femme sur les fruits et les revenus de la dot après la séparation de biens ? — Distinction entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la séparation de biens. — Les créanciers antérieurs qui ont action sur la dot l'ont à plus forte raison sur les fruits.
255. *Quid* des créanciers antérieurs qui n'ont pas action sur le capital de la dot ? — Ont-ils action sur les fruits ? — Trois opinions différentes.
256. *Première opinion.* — Elle veut que les fruits soient aliénables d'une manière absolue et pour quelque cause que ce soit. — Rejet de cette opinion.
257. *Deuxième opinion.* — Elle distingue entre les fruits qui sont nécessaires aux besoins de la famille et ceux qui excèdent ces besoins : elle déclare les premiers insaisissables et non pas les autres. — Réfutation de cette distinction arbitraire et impos-

sible. — Le superflu, chose nécessaire. — Dissentiment avec M. Troplong.

258. *Troisième opinion.* — Les fruits de la dot ne sont aliénables et disponibles que suivant leur destination, pour supporter les charges du mariage. — Les créanciers de la femme ne peuvent pas les faire saisir. — Exactitude juridique de cette opinion. — Jurisprudence conforme de la Cour de cassation. — Fin de la controverse.

259. Droits des créanciers de la femme, postérieurs à la séparation de biens. — Ceux qui ont action sur le capital de la dot l'ont également sur les fruits. — Ceux qui n'ont pas d'action sur le capital de la dot l'ont sur les fruits, lorsque leur créance a pour cause un acte d'administration de la femme. — Précisions à cet égard.

260. Il faut que la cause exprimée de la créance soit sincère. — La femme peut prouver ce défaut de sincérité par témoins. — Si la cause n'est pas exprimée dans le titre, le créancier peut prouver par témoins qu'elle provient d'un fait d'administration de la femme.

248. La dot reste inaliénable après la séparation de biens comme avant. « *La séparation de biens*, disait « Basnage, sur l'article 528 de la Coutume de Normandie, *est un remède de la loi pour conserver le bien de la femme, et non pour lui donner la liberté de l'aliéner.* » En effet, la séparation de biens atteste le désordre des affaires du mari; or, plus le mari est dans la détresse, plus il est enclin à abuser de sa puissance pour faire servir la dot à réparer le mauvais état de ses affaires.

Et cependant la séparation de biens peut, suivant l'opinion que nous avons émise, exercer une certaine influence sur l'aliénabilité de la dot : c'est ce qui arrive lorsqu'il s'agit de rechercher si le quasi-délit ou le quasi-contrat de la femme a été déterminé par l'intérêt du mari. Cet intérêt s'efface lorsque le délit ou le quasi-délit a été commis par la femme au sujet de biens dont

le mari n'a pas la jouissance ; et alors la dot est aliénable pour la réparation de ce délit ou de ce quasi-délit ¹.

249. La femme séparée de biens peut-elle, malgré la persistance de l'inaliénabilité, recevoir le capital de sa dot en argent, sans en faire emploi ou sans fournir caution ou toute autre sûreté qui en assure la conservation, lorsque, bien entendu, aucune condition d'emploi ne lui a été imposée par le contrat de mariage ?

Le droit romain ne connaissait pas la séparation de biens entre les époux. C'était fort logique ; le régime dotal est par lui-même une séparation de biens ; on ne sépare point ce qui n'est pas uni ². La femme pouvait agir en répétition de sa dot, pendant le mariage, lorsque le désordre des affaires du mari mettait la dot en péril, *marito vergente ad inopiam* ³. Evidemment, la femme qui, jusqu'aux réformes de Justinien, pouvait aliéner sa dot, pouvait, à plus forte raison, la répéter pendant le mariage, à cause de l'insolvabilité du mari, sans être tenue de fournir aucunes garanties pour sa conservation. Il en fut ainsi jusqu'à l'année 528. A cette époque, l'inaliénabilité de la dot par la femme n'avait pas été encore décrétée par Justinien ; elle ne le fut qu'en 530 par le § 15, C., *De rei uxoris act.* ; mais elle était déjà résolue, dès l'année 528, dans la pensée de Justinien. En effet, la loi 29, C., *De jure dotium*, déclare que la femme qui agissait en répétition de sa dot pendant le mariage,

1. V. *supra*, n° 246.

2. V. *supra*, n° 28 et la note.

3. L. 24, pr. D., *Solut. matrim.*

pouvait se faire mettre en possession des biens que son mari lui avait hypothéqués pour ses apports matrimoniaux. On sait qu'en droit romain cette mise en possession de la chose hypothéquée était le premier effet de l'exercice de l'hypothèque ; ce n'était qu'après cette mise en possession, et après certain délai et certaines formalités, que le créancier pouvait faire vendre la chose hypothéquée.

La femme, ainsi mise en possession, pouvait-elle, comme tous les autres créanciers hypothécaires, faire vendre le fonds hypothéqué, pour se payer de sa dot ? Non, elle ne le pourra pas, dit la loi 29 : « Ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, *vivente marito et matrimonio inter eos constituto*, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui, quam mariti, filiorumque, si quos habet, abutatur ». La Novelle XXII, chapitre 39, dit aussi : « Dotes quas acceperint contrahentes non dabunt facile mulieribus, constantibus adhuc matrimoniis, nisi tantum ex causis quas lex enumeravit¹ ».

Quel était le motif de cette exception à la règle générale ? C'est parce qu'on ne voulait pas que la femme reçût des deniers périssables, et dont la dissipation est si facile : « Fragilis enim et lubrica res est pecunia quæ facile perire potest² ».

Le droit écrit appliqua la loi 29, C., *De jure dotium* et décida invariablement que la femme séparée de biens ne pouvait recevoir le remboursement de sa dot mobi-

1. Ces cas exceptionnels sont énumérés dans la loi 73, § 1, D., *De jure dotium*.

2. Fabre, Cod., *De jure dotium*, déf. 2, note 6.

lière qu'à la charge d'en faire emploi ou de fournir caution. Telle était notamment la jurisprudence du parlement de Bordeaux, attestée par Salviat¹ et l'apostilla-teur de Lapeyrère² ; celle du parlement de Provence, selon le témoignage de Julien, dans ses *Statuts* ; celle du parlement de Grenoble, suivant un arrêt du 24 mars 1821³ ; et enfin, celle du parlement de Toulouse, suivant le témoignage de tous les arrêtistes toulousains⁴. La jurisprudence de la Normandie était conforme à celle du Midi de la France⁵. On faisait exception à cette règle, suivant le témoignage de Catelan, lorsque le capital de la dot était tellement faible, qu'il ne pouvait donner à la femme qu'un revenu insuffisant.

En droit coutumier, la séparation de biens attribuait à la femme des droits beaucoup plus étendus qu'en droit écrit. Si la femme séparée ne pouvait aliéner ses immeubles sans l'autorisation de son mari, et à défaut, sans celle de la justice, elle pouvait disposer de son mobilier et de ses revenus sans cette autorisation⁶. La femme, reprenant l'administration de ses biens, pouvait recevoir, sans autorisation de son mari, le remboursement de ses capitaux mobiliers.

Mais, remarquez bien ceci : la femme ne pouvait

1. *Jurispr. du parlem. de Bordeaux*, v^o *Dot*, p. 390 et 391.

2. Lettre R, n^o 35.

3. Rapporté par M. Benoît, t. I, p. 473 et suiv.

4. Catelan, *Arrêts du parlem. de Toulouse*, liv. IV, ch. XXVI. — Voy. aussi de Juin, *Journal du palais*, t. I, p. 180, et M. Laviguerie, *Arrêts inédits du parlem. de Toulouse*, v^o *Remploi*, p. 154 et 155.

5. M. Merlin, *Répert.*, v^o *Dot*, § 8, n^o 3.

6. Duparc-Poulain, liv. III, ch. V, n^o 318 ; Lebrun, liv. III, ch. IV, sect. 1, p. 358.

recevoir le remboursement de ses rentes constituées qu'avec l'autorisation de son mari ou celle de la justice, et, dans ce dernier cas, le juge ordonnait le emploi d'office ¹. La raison de cette jurisprudence est facile à comprendre : les rentes étant considérées comme immeubles, et la femme séparée de biens ne pouvant pas aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, la jurisprudence la soumettait au emploi des rentes constituées qui lui étaient remboursées, afin de sauvegarder le principe de l'inaliénabilité relative qui régissait ces rentes.

Il y avait donc harmonie parfaite, en cette matière, entre la jurisprudence de droit écrit et celle de droit coutumier.

Le Code Napoléon ne s'est pas positivement expliqué sur notre question. Nous savons cependant que ses rédacteurs ont voulu maintenir le régime dotal tel qu'il était pratiqué dans les pays de droit écrit, sauf les modifications qu'ils ont formellement exprimées. En effet, M. Duveyrier disait, dans son rapport au Tribunat, le 19 pluviôse an XII : « Les lois romaines avaient plusieurs
« autres règles que le projet de loi passe sous silence,
« les unes comme inutiles à exprimer, les autres
« comme incompatibles avec notre législation actuelle.
« Les unes seront toujours observées, parce qu'elles
« sont les conséquences évidentes et infaillibles des
« principes généraux. Les autres doivent être oubliées ² ».

L'inaliénabilité de la dot, consacrée par l'article 1554,

1. Sérieux, sur Renusson, 1^{re} partie, ch. IX, n° 65.

2. Fenet, t. XIII, p. 754.

est un de ces principes généraux. N'a-t-il pas pour conséquence évidente et infaillible l'impossibilité, pour la femme séparée de biens, de recevoir le montant de sa dot en argent, à moins qu'elle n'en fasse emploi ou n'en fournisse caution ? C'est ce qu'il s'agit de rechercher.

On remarquera d'abord que la question de savoir si la dot mobilière est inaliénable ou non par le mari n'a rien à faire ici ; tout le monde est d'accord, qu'après la séparation de biens, la dot mobilière, comme la dot immobilière, est inaliénable par la femme.

250. Ceci posé, la question se simplifie et se réduit à savoir si celui qui ne peut pas aliéner un capital peut en recevoir le paiement sans fournir aucune garantie qui en assure la conservation.

De l'impossibilité d'aliéner, la loi 29, C., *de jure dotium*, avait conclu que la femme ne pouvait pas recevoir sa dot en argent ; la jurisprudence de droit écrit et normand en avait également conclu que la femme séparée de biens ne pouvait pas recevoir sa dot mobilière sans en faire emploi ou sans fournir caution pour sa conservation. Cette conclusion est évidemment une conséquence logique du principe d'inaliénabilité de la dot ; et comme ce principe a été reproduit par l'article 1554, la même conséquence doit en être déduite dans le droit moderne.

Ceux qui n'admettent pas ce raisonnement et qui veulent que la femme séparée de biens puisse recevoir purement et simplement le remboursement de ses capitaux dotaux disent qu'il n'y a pas de texte qui subordonne la capacité de la femme à la condition d'un emploi ou d'un bail de caution ; ils en concluent que cette con-

dition ne peut pas être imposée à la femme. Mais la conclusion est fautive. Il n'y a pas de texte, cela est vrai, qui impose aucune condition de ce genre à la femme séparée de biens. La raison en est bien simple : ce texte était inutile. La loi se contente souvent de poser un principe; elle laisse à ses interprètes le soin d'en déduire les conséquences. Ils se trompent donc, ceux qui refusent d'appliquer les conséquences rationnelles d'un principe écrit dans la loi, sous prétexte que ces conséquences n'y sont pas également écrites. On va loin avec ce système. Où est le texte de loi qui permet à la femme dotale de recevoir le capital de sa dot, après séparation de biens? L'absence d'un tel texte est-elle une raison pour nier que la femme puisse recevoir le capital de sa dot, même en fournissant les garanties qui doivent assurer son inaliénabilité?

La Cour de Paris a dit, en faveur de l'opinion contraire, dans un arrêt du 25 février 1843, « qu'aux termes de
« l'article 1549 et suivants du Code civil, le mari a l'ad-
« ministration des biens dotaux pendant le mariage ;
« qu'il peut poursuivre les débiteurs et recevoir les ca-
« pitaux sans être tenu de faire emploi ni de donner
« caution, s'il n'y a pas été assujetti par le contrat de
« mariage ; que, par l'effet de la séparation, la femme
« succède en ce point aux droits du mari et ne peut être
« astreinte à d'autres prescriptions ; qu'il n'y a pas
« identité entre la faculté de toucher les capitaux et
« celle de les aliéner, et que le principe d'inaliénabi-
« lité ne fait pas obstacle à ce que la femme reçoive les
« sommes faisant partie de sa dot ¹. »

1. Devilleneuve, 43, 2, 262.

Cette succession, ou plutôt cette subrogation de la femme séparée de biens aux droits que l'article 1549 accorde au mari est purement imaginaire; elle n'est écrite nulle part dans la loi et ne pouvait pas l'être. La situation n'est plus la même; si le mari peut recevoir le capital de la dot sans être tenu de fournir caution, c'est parce que la femme trouve cette caution dans l'hypothèque légale que la loi lui accorde sur tous les immeubles du mari. Mais le paiement de la dot à la femme séparée de biens entraîne forcément l'extinction de cette hypothèque légale, puisque l'hypothèque est un accessoire qui a pour objet de garantir le paiement d'une obligation principale et qui s'éteint par ce paiement (article 2180). La Cour de Paris n'a pas réfléchi qu'avec son idée de succession ou de subrogation elle se contredisait et fournissait des armes à la doctrine opposée. En effet, ce que la doctrine contraire demande, c'est précisément qu'il n'y ait pas de changement dans la situation et que la femme, en recevant sa dot, fournisse une garantie équivalente à celle qu'elle trouvait dans son hypothèque légale.

La Cour de Paris ajoute qu'il n'y a pas identité entre la faculté de toucher les capitaux et celle de les aliéner.

Ce raisonnement a été emprunté à un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 1842, et il n'en vaut pas mieux pour cela. Dans cet arrêt, la Cour suprême, traçant le chemin de l'erreur à la Cour de Paris, a dit : « La
« réception n'est pas un acte d'aliénation. La femme
« séparée de biens peut administrer ses capitaux avec
« sagesse, les conserver, même les augmenter. De la
« possibilité d'une dissipation ne résulte pas le droit

« d'une interdiction, et s'il arrivait que la femme alié-
« nât, mit en gage ou dissipât son mobilier dotal, la
« justice aurait toujours le droit de faire respecter le
« principe de l'inaliénabilité ¹. »

L'idée que la Cour de cassation exprime en disant
que *la réception n'est pas un acte d'aliénation*, la Cour de
Paris la reproduit en disant qu'*il n'y a pas identité entre
la faculté de toucher les capitaux et celle de les aliéner*. Oh !
sans doute, le père de famille qui reçoit le capital de
la créance qui lui est due fait un acte de bonne admi-
nistration et non pas d'aliénation. Mais on conviendra
bien aussi qu'après avoir reçu les écus, il peut les alié-
ner. Donc, si la réception d'un capital n'est point par
elle-même une aliénation, elle procure au moins le
pouvoir en fait, sinon en droit, d'aliéner le capital reçu,
même à ceux auxquels la loi défend cette aliénation. Or,
la question est précisément de savoir si ce pouvoir
d'aliéner est compatible avec l'inaliénabilité. Le droit
romain et l'ancienne jurisprudence française, raison-
nant à l'inverse de la Cour de cassation et de la Cour de
Paris, considéraient l'inaliénabilité comme étant exclu-
sive du pouvoir ou de la possibilité d'aliéner. Le Code
Napoléon ne raisonne pas autrement.

251. Il existe, en effet, un article 482 qui mérite
d'entrer en ligne de compte dans cette controverse; il
est ainsi conçu : « Il (le mineur émancipé) ne pourra
« intenter une action immobilière, ni y défendre,
« même recevoir et donner décharge d'un capital mobi-

¹. Devilleneuve, 42, 1, 315.

« lier, sans l'assistance de son curateur qui, au dernier
« cas, surveillera l'emploi du capital reçu ». Puisque
le curateur doit surveiller l'emploi du capital reçu, on
est en droit d'en conclure que le mineur ne peut rece-
voir ce capital qu'à la charge d'en faire emploi. Pour-
quoi en est-il ainsi ? C'est parce que la loi protège le
mineur émancipé contre les actes qui pourraient, non-
seulement absorber la totalité de ses revenus, mais
encore compromettre sa fortune entière ; elle veut bien
que le mineur émancipé puisse recevoir un capital
mobilier et en donner décharge, mais elle ne veut pas
qu'il puisse l'aliéner et le dissiper : voilà pourquoi le
mineur est tenu de faire emploi.

On le voit, l'article 482 est loin de raisonner comme
la Cour de cassation et la Cour de Paris ; il ne dit pas :
« La réception n'est pas un acte d'aliénation ; le mineur
« émancipé peut administrer ses capitaux avec sa-
« gesse... De la possibilité d'une dissipation ne résulte
« pas le droit d'une interdiction... » Le raisonnement
de la loi est tout opposé ; il renverse d'un bout à l'autre
celui des deux Cours. Le plus simple bon sens voulait
qu'il en fût ainsi. On ne comprend pas, en effet, que la
loi qui prohibe l'aliénation permît des actes qui pro-
curent la possibilité d'éluder sa prohibition, comme si
elle avait oublié la maxime vulgaire : *Qui veut la fin, veut
les moyens.*

On est d'accord que la dot mobilière est inaliénable
par la femme après comme avant la séparation de biens.
Or, qu'est-ce qui est inaliénable ? Le *dictionnaire de
l'Académie* répond : c'est ce qui ne peut s'aliéner. De bonne
foi, la dot inaliénable, quand elle a été remise en numé-

raire à la femme séparée de biens, est-elle encore une dot *qui ne peut s'aliéner*? La Cour de cassation ne nie pas l'aliénabilité de la dot placée dans ces conditions. Ne reconnaît-elle pas en effet que « de la *possibilité d'une DISSIPATION* », ne résulte pas un droit d'interdiction? Dans cette proposition, il n'y a pas seulement l'aveu que nous cherchions; il y a de plus, dans le mot *interdiction*, une exagération qui ne supplée pas à la faiblesse du raisonnement, car on n'interdit pas à la femme séparée le droit de recevoir le capital de sa dot; ce qu'on lui interdit, c'est le droit de le recevoir sans condition, de manière qu'elle ait une entière liberté de l'aliéner et de le dissiper. L'article 482 permet aussi au mineur émancipé de recevoir un capital mobilier: ce qui ne l'empêche pas d'assujettir le mineur à en faire emploi, probablement parce qu'il ne voit pas dans cette condition d'emploi une interdiction du droit de recevoir.

Enfin la Cour de cassation a dit, dans son arrêt, que, « s'il arrivait que la femme aliénât, mît en gage ou « dissipât son mobilier dotal, la justice aurait toujours « le droit de faire respecter le principe de l'inaliénabilité ». L'article 482 n'a pas eu confiance dans ce remède; il pratique la sage maxime, qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'avoir à le guérir: *Melius est intacta jura servare, quam post vulneratam causam remedium quærere*. D'ailleurs le remède est inefficace et ne va pas au mal. Comment est-il possible que la femme puisse ressaisir ses meubles aliénés ou son argent dissipé?

La Cour de Paris a persisté dans sa jurisprudence

par un second arrêt du 14 janvier 1856 ¹ et, le 7 juillet 1858, la Cour de Caen a rendu, dans le même sens, un arrêt qui suggère des réflexions très-sérieuses.

Une femme mariée sous le régime dotal, s'étant rendue coupable d'adultère, le mari fit prononcer contre elle la séparation de corps et une condamnation à six mois d'emprisonnement. Après avoir subi cette peine, la femme, devenue libre dans sa personne par l'adultère, voulut l'être dans ses biens par la jurisprudence. Le mari déshonoré, obligé de restituer la dot, parce qu'il avait plu à sa femme de mépriser ses devoirs conjugaux, demanda et obtint du tribunal de Falaise, que les capitaux dotaux seraient placés, dans l'intérêt des enfants, soit en rentes sur l'État, au nom de la femme, soit sur hypothèque, par les soins d'un notaire désigné. Sur l'appel interjeté par la femme, la Cour de Caen reforma ce jugement par les motifs suivants :

« Considérant que, d'après l'article 1449 du Code
« Napoléon, la femme séparée, soit de corps et de biens,
« soit de biens seulement, en reprend la libre adminis-
« tration ; qu'aucun texte de loi n'autorise le mari à de-
« mander, et, par suite, les tribunaux à ordonner, d'une
« manière générale et absolue, des mesures qui ten-
« draient à enlever à la femme la réception de ses
« capitaux, même dotaux, et à lui nommer un admi-
« nistrateur chargé de les recevoir et de les placer ;

« Qu'il est possible que, dans certains cas, le mari
« qui ferait condamner sa femme à contribuer, dans la
« proportion de sa fortune, aux frais de l'entretien et

1. Dalloz, 56, 2, 144.

« de l'éducation des enfants communs, fût admis à
« demander l'emploi d'une mesure quelconque, pour
« assurer l'exécution de cette condamnation, mais que
« tel n'est pas le cas de la cause actuelle ¹. »

On remarquera que la Cour de Paris, dans son arrêt du 25 février 1843, invoquait l'article 1549, tandis que la Cour de Caen invoque l'article 1449. Le premier de ces articles est fait pour le régime dotal, le second pour celui de la communauté. On comprend alors que l'article 1449, invoqué par la Cour de Caen, dise que la femme séparée, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, en reprend la libre administration, car ses biens ne sont pas inaliénables. Mais, dans l'espèce jugée par la Cour de Caen, la femme était mariée sous le régime dotal, et ses capitaux étaient dotaux et inaliénables. Pour comprendre comment cette Cour a pu invoquer purement et simplement l'article 1449, il faut avoir présents à l'esprit les tâtonnements de la doctrine et de la jurisprudence que nous critiquons. Parmi les partisans de cette doctrine, quelques-uns, peu satisfaits du point d'appui que l'on cherchait dans l'article 1549, ont tenté d'invoquer l'article 1449 et de le relier au régime dotal par l'article 1563; mais, le trait d'union n'existe pas. L'article 1563 ne rend pas l'article 1449 applicable à la femme dotale, il renvoie aux dispositions du régime de communauté pour tout ce qui concerne le *droit* de la femme dotale de demander la séparation de biens et la *forme* de la poursuivre, mais il n'entend pas appliquer à la femme du régime dotal

1. Dalloz, 59, 2, 1.

1. Dalloz, 59, 2, 144.

les textes du régime de communauté qui concernent les *effets* de la séparation de biens. S'il en était autrement, l'article 1563 serait en contradiction avec l'article 1554 et conduirait à l'aliénabilité du fonds dotal après la séparation de biens; le dernier § de l'article 1449 en fournit la preuve manifeste.

Tel est le malheureux argument que la Cour de Caen a eu l'idée de faire passer dans son arrêt; il a dû lui paraître bien décisif, car elle en a sous-entendu la moitié.

252. Ce n'est pas tout. Lorsqu'une femme voudra recouvrer la liberté de sa personne et de ses biens, elle n'aura qu'à imiter celle dont la conduite a donné lieu à l'arrêt de la Cour de Caen : elle se livrera publiquement à l'adultère, sachant bien que son mari préférera la renvoyer par une séparation de corps plutôt que de subir sa honte en silence. La séparation de corps est prononcée sur la demande du mari, et le moment de recevoir la dot en argent est enfin arrivé. Si du moins la femme ne pouvait recevoir ses capitaux qu'à la charge d'en faire emploi, si elle devait se contenter des revenus, on pourrait espérer qu'elle serait détournée du détestable parti qu'elle a pris. Mais non; elle recevra le capital de sa dot, et elle pourra ainsi se livrer à sa passion d'indépendance et à de nouveaux désordres.

La statistique judiciaire constate que les séparations de corps sont plus nombreuses dans les pays de communauté que dans ceux de dotalité. Une des causes multiples de ce phénomène moral, c'est que la femme dotale n'est pas certaine, à cause de la résistance de

plusieurs tribunaux, de recevoir le capital de sa dot. Mais la jurisprudence tend de plus en plus à faire disparaître cette cause.

253. Pendant le mariage, tant que la séparation de biens n'a pas eu lieu, les fruits de la dot appartiennent au mari; ses créanciers peuvent les faire saisir. Si l'exécution porte sur des fruits des immeubles dotaux qui ne s'acquièrent pas jour par jour, la femme, après avoir demandé sa séparation de biens, pourra aussi demander la distraction des fruits saisis, conformément à l'article 608 du Code de procédure; et comme la procédure de la saisie-exécution est plus rapide que celle de la séparation de biens, la femme devra demander et obtenir, soit dans une instance en référé, soit dans l'instance en distraction, qu'il soit sursis à la vente des fruits saisis jusqu'au jugement de la séparation. Si cette séparation est prononcée, la question de savoir à qui, de la femme ou du mari, appartiennent les fruits saisis, sera résolue par les règles suivantes :

L'attribution des fruits au mari a pour cause les charges du mariage; ils lui appartiennent *ratione oneris*, indépendamment du fait de la perception; et, en cela, le mari diffère de l'usufruitier, auquel les fruits appartiennent en vertu de son droit simple, *ratione juris*, par le fait seul de leur perception¹. On appliquera l'article 1571 et l'on calculera comme si le mariage avait été dissous le jour de la séparation de biens. D'après ces bases, on maintiendra la saisie pour la part de fruits

1. Cujas, *Recit. solemn.*, in lib. XI, quæst. Papiniani.

revenant au mari, dont le créancier exerce les droits, et l'on ordonnera la distraction pour le surplus, en faveur de la femme.

Après la séparation de biens, les créanciers du mari n'ont plus aucun droit sur des fruits qui n'appartiennent plus à leur débiteur.

254. Quels sont les droits des créanciers de la femme sur les fruits et revenus de la dot, après la séparation de biens ? Il faut distinguer si ces créanciers sont antérieurs ou postérieurs à cette séparation.

S'ils sont antérieurs, il faut distinguer encore :

Ont-ils action, par la nature de leur créance, sur les biens dotaux ? Ils auront action, à plus forte raison, sur les fruits, et ils pourront les faire saisir comme le capital.

255. Mais s'ils n'ont pas d'action sur le fonds, sur le capital dotal, l'auront-ils sur les fruits et les revenus ?

Trois opinions se sont produites sur cette question.

256. Suivant la première opinion, les revenus dotaux seraient aliénables parce que la règle de l'inaliénabilité ne protégerait que le fonds ou le capital dotal. Ce système n'est vrai que durant le mariage et avant la séparation de biens, c'est-à-dire pendant l'administration du mari. Nous venons de voir, en effet, que ces fruits sont saisissables par les créanciers du mari, sauf le droit de la femme de demander la séparation de biens et, en même temps, le partage et la distraction des fruits saisis, suivant la proportion déterminée par

l'article 1571. La femme qui se tait et qui ne demande pas la séparation de biens, en présence de la saisie des fruits de la dot par les créanciers du mari, reconnaît implicitement qu'il reste d'autres revenus libres et suffisants pour faire face aux charges du mariage. C'est ce qu'a fort bien jugé un arrêt de la Cour de Montpellier, du 11 juillet 1826 ¹. Et, dans ces dernières années, M. le premier avocat général de Raynal disait devant la Cour de cassation : « Tant que la séparation de biens n'est pas prononcée, le mari, investi, malgré le régime dotal, de la plénitude de l'autorité maritale, maître de la dot, *dominus dotis*, perçoit et emploie librement les revenus, sans avoir de contrôle à subir, à une seule condition, c'est qu'il supporte, au moyen de ses revenus ou de ses ressources personnelles, toutes les charges du mariage. Donc, tant que la femme ne se plaint pas, tant qu'elle n'a pas recours au remède de la séparation de biens, le seul qui lui soit ouvert, puisqu'elle ne saurait exercer d'action contre son mari ou contre les tiers, elle reconnaît par là même que toutes les exigences de la famille sont satisfaites, que toutes les obligations imposées au mari sont accomplies. Que lui importe que ces obligations soient accomplies avec les revenus dotaux ou avec les deniers du mari ² ? »

Après la séparation de biens, le caractère des fruits de la dot ne change pas. La femme les reçoit et en dispose suivant leur destination pour soutenir les charges du mariage. De là il résulte que si les fruits de la dot ne

1. Dalloz, 27, 2, 132.

2. Voyez son réquisitoire dans Dalloz, 64, 1, 207, 1^{re} col., 4^e alin.

sont pas inaliénables, ils n'ont qu'une aliénabilité relative et subordonnée au soutien des charges du mariage. Par conséquent, si ces fruits étaient indistinctement aliénables par la femme séparée de biens, s'ils pouvaient être mis en coupe réglée de saisie par les créanciers quelconques de la femme, celle-ci serait bien obligée de s'adresser à la justice et de se faire autoriser à aliéner une partie du capital dotal, pour fournir à la famille les aliments et les ressources qu'elle ne trouverait plus dans les revenus dotaux.

Ils se trompent donc, ceux qui croient que les revenus de la dot sont aliénables parce qu'en fait, ils sont aliénés pour supporter les charges du mariage. C'est ainsi que les choses mentionnées par l'article 581 du Code de procédure sont certainement aliénées par leurs propriétaires ou destinataires, ce qui ne les empêche pas d'être insaisissables; si ces choses ne pouvaient pas être aliénées, leurs bénéficiaires ne pourraient pas s'en servir ni en profiter; et de même, le mari et la femme séparés ne pourraient pas se servir des revenus de la dot, pour les employer suivant leur destination ¹.

257. Une seconde opinion, frappée sans doute des inconvénients de la première, prend un moyen terme et distingue : les créanciers de la femme, antérieurs à la séparation des biens, quoique n'ayant pas d'action sur le fonds dotal, peuvent cependant faire saisir les

1. Cette première opinion compte les autorités suivantes : M. Troplong, *Contr. de mar.*, n° 3306; arrêt de Bordeaux du 6 juillet 1841 (*Dall.*, 41, 2, 230).

revenus dotaux jusqu'à concurrence de la portion qui excède les besoins de la famille.

Cette seconde opinion ne vaut pas plus que la première.

Un des plus brillants défenseurs de la première opinion, M. Troplong, voulant au moins faire triompher la seconde, a consacré à sa défense tous les trésors de son éloquence : « La femme séparée, a-t-il dit, peut
« dissiper le superflu de ses revenus en objets de luxe,
« en frivolités, ou, ce qui est mieux, en aumônes et
« en œuvres charitables et pieuses ; elle peut s'en servir pour faire des voyages d'agrément, etc., etc.,
« car une femme riche doit pouvoir se livrer à des fantaisies, pourvu que ces fantaisies soient honnêtes.
« En un mot, la jurisprudence admet que l'épouse
« séparée a la disposition de ce superflu, sans qu'on
« puisse lui opposer l'inaliénabilité de la dot. Seulement on ne veut pas qu'elle puisse s'en servir pour
« payer des dettes sérieuses et contractées de bonne
« foi. Ne voilà-t-il pas un système bien moral ? Et pour
« quoi cet empêchement ? Parce qu'à l'époque à laquelle
« l'obligation a été contractée, les fruits appartenaient
« au mari et que la femme n'y avait pas droit. Soit ;
« mais est-ce donc qu'il s'agit ici de fruits appartenant
« au mari ? Est-ce que l'action du créancier ne s'exerce
« pas sur des fruits appartenant désormais à la femme,
« puisqu'ils sont échus depuis la séparation ? Quand on
« s'oblige, on oblige le sien, dit l'article 2092 du Code
« civil, et l'obligation a pour garantie non-seulement
« les biens présents, mais encore les biens à venir ¹. »

1. *Contr. de mar.*, nos 3306 et 3307.

Ce n'est pas la faute de la femme si les défenseurs de son droit n'ont trouvé que cet empêchement : il y en a un autre, dont il n'est pas aussi facile d'avoir raison.

Nous avons dit bien souvent que le régime dotal, par sa nature et son système, sépare les biens des époux et empêche que ceux de la femme ne se confondent dans ceux du mari, notamment en servant à payer ses dettes ; l'inaliénabilité de la dot est la conséquence logique et la sanction nécessaire de ce principe, car le mari, toujours le plus fort, pourrait facilement éluder la loi dotale en forçant sa femme à s'obliger pour lui. Telle est l'éternelle et manifeste raison de l'inaliénabilité de la dot par la femme : *Propter muliebris sexus fragilitatem*, dit Justinien. Cette raison, M. Trolong l'a traitée de *banale*, et il en a pris prétexte pour tourner Justinien en ridicule : l'éminent magistrat recueille le fruit des idées qu'il a semées.

Abordons maintenant son argumentation, sans nous laisser éblouir par l'éclat et la magie de son style.

L'objection la plus séduisante est celle-ci : « La femme
« séparée de biens a la disposition du superflu de ses
« revenus ; mais on ne veut pas qu'elle puisse s'en
« servir pour payer des dettes sérieuses et contractées
« de bonne foi ».

Et l'on a mille fois raison. Est-il bien vrai que la dette soit sérieuse et contractée de bonne foi ? N'oublions pas l'hypothèse, dans laquelle nous discutons : la dette de la femme est antérieure à la séparation de biens et n'engage pas le capital dotal ; elle a donc été contractée dans l'intérêt du mari et sous l'influence de sa puis-

sance. Une telle dette est-elle sérieuse ? Porte-t-elle l'empreinte de la bonne foi ? Non , puisqu'elle a été contractée par la femme en violation du principe essentiel du régime dotal , la séparation des biens entre les époux. Que faut-il penser de la délicatesse d'un créancier dont l'âpre avidité veut faire payer par la femme ce qui est dû par le mari ? Et avec quoi veut-on que soit payé ce créancier sans scrupules ? Avec des ressources que la loi et les conventions matrimoniales affectent aux charges du mariage et aux besoins de la famille.

Et il serait peu moral pour la femme de ne pas payer de telles dettes ! Mais faites d'abord que ces dettes elles-mêmes ne soient pas peu morales et de mauvais aloi. Le créancier qui a traité avec la femme n'a-t-il pas dû, s'il l'a voulu, connaître son contrat de mariage, avec toutes les facilités que la loi accorde pour cela ? N'a-t-il pas dû savoir que les biens dotaux ne répondent pas de l'engagement de la femme ? Ce créancier, dont on juge la cause si favorablement, parce qu'on la voit dans le régime de communauté quand elle est dans le régime dotal, viole en même temps la loi des hommes et le commandement de Dieu : *Le bien d'autrui tu ne prendras.*

Mais, dit-on, les créanciers ne demandent à être payés que sur le superflu des revenus dont la femme dispose en frivolités , en voyages d'agrément , ou mieux , en aumônes et en œuvres pieuses.

Cet argument nous touche peu. La femme qui s'est constitué une dot donnant un revenu de 10,000 francs, a entendu avoir le superflu parce qu'il lui est nécessaire

suivant son état et sa condition ; telle a été aussi l'intention de sa famille. Il n'est donc pas juste qu'elle soit obligée de changer sa manière de vivre et qu'elle renonce à des habitudes auxquelles son bien-être est attaché, pour se contenter du strict nécessaire. Le superflu doit être protégé comme le nécessaire contre les engagements qu'elle a souscrits pour son mari : c'est pour cela qu'elle a soumis à la dotalité les biens qui lui donnent ce superflu et ce nécessaire.

Il y a d'ailleurs autant d'arbitraire que d'injustice à distinguer entre le superflu et le nécessaire, à laisser celui-ci à la femme pour supporter les charges du mariage, et à livrer celui-là aux créanciers pour le paiement de leur dû. Comment la justice parviendra-t-elle à déterminer le sens vague et indéfini de ces mots : *Charges du mariage, besoins de la famille* ? N'est-il pas vrai que ces charges et ces besoins varient suivant la position des époux, leur éducation, leurs habitudes, le nombre de leurs enfants ? Ce qui est le superflu pour les uns, n'est-il pas le nécessaire pour les autres ? Cette fixation de la part des revenus, excédant les charges du mariage, n'est-elle pas un excès de pouvoir de la part des tribunaux, et une immixtion périlleuse dans les affaires de la famille ? Le contrat de mariage dit que telle somme de revenus dotaux est nécessaire aux époux pour supporter les charges du mariage ; les tribunaux le déchirent, et s'érigeant en suprêmes taxateurs, disent à la femme séparée de biens : La moitié de cette somme doit vous suffire. Le père et la mère faisaient donner à leur enfant une éducation pour les professions libérales, mais ils avaient compté sans l'inter-

vention des tribunaux qui, usurpant les droits de la puissance paternelle, viennent dire aux époux : Soyez plus modestes : quand le mari a des dettes, les revenus de la dot doivent plutôt servir à les payer qu'à donner une éducation libérale aux enfants.

Voilà bien la confusion des biens des époux, le sort de la femme associé à celui du mari, *periculorum socia*, disait Tacite, en parlant de la femme germaine ; en d'autres termes, voilà le système de la communauté qui unit, s'imposant à celui de la dotalité qui sépare.

258. Une troisième opinion a compris que les tribunaux n'avaient pas le pouvoir d'aller jusque-là. C'est de ce côté que se trouve la vérité. Les revenus des biens dotaux sont insaisissables, parce qu'ils sont destinés à subvenir aux charges du mariage, jusqu'à sa dissolution, et non pas à désintéresser des créanciers de la femme, ou plutôt du mari, antérieurs à la séparation de biens, et qui n'ont aucune action sur la dot. Ce point de droit a fini par triompher, après de nombreuses vicissitudes.

La Cour de Caen avait décidé, par arrêt du 11 août 1843, qu'un créancier peut saisir, entre les mains de la femme séparée, les fruits de la dot échus depuis la séparation, pourvu toutefois que la saisie ne porte que sur ce qui dépasse les besoins du ménage. Mais, cette décision fut cassée par arrêt du 4 novembre 1846¹. La Cour de Caen, avertie sans doute par l'admission du pourvoi, avait déjà changé de jurisprudence avant la cassation,

1. Dalloz, 47, 1, 474.

suivant deux arrêts du 26 mars 1845 et du 22 décembre suivant ¹.

La jurisprudence de la Cour de cassation ne fit pas cesser la dissidence au sein de toutes les Cours.

Le 20 juillet 1857, la Cour d'Aix avait rendu un arrêt qui, appliquant la seconde opinion que nous venons d'examiner, faisait deux parts des revenus de la dot : l'une pour les besoins de la famille, l'autre pour les créanciers. Sur le pourvoi de la femme, la Cour suprême cassa l'arrêt de la Cour d'Aix, le 28 juin 1859. La Cour de Montpellier, devant laquelle la cause avait été renvoyée, confondant la validité des engagements de la femme avec l'inaliénabilité, soit de la dot, soit des revenus dotaux, et faisant une fausse application de la chose jugée, en matière de dotalité, confirma la décision des premiers juges, comme l'avait confirmée la Cour d'Aix. Sur un nouveau pourvoi de la femme, la Cour de cassation ne fut pas dupe des sophismes de la Cour de Montpellier. Un arrêt du 7 juin 1864, rendu par les chambres réunies, cassa la nouvelle décision. Les motifs de cet arrêt mettent fin à la controverse, et ne laissent plus de place à la première ni à la seconde opinion :

« Vu les articles 1549 et 1554 du Code Napoléon ;

« Attendu que l'arrêt attaqué, après avoir reconnu

« que l'obligation dont Laurent poursuit le recouvre-

« ment est antérieure à la séparation de biens des époux

« Martel, n'a pu légalement écarter les conséquences

« de cette antériorité, par le motif que la dette aurait

« été reconnue et acquittée en partie depuis la sépara-

1. Devilleneuve, 47, 2, 161.

« tion ; que de cette reconnaissance et de ce paiement
« à compte , on ne peut induire que la dame Martel ait
« entendu modifier son engagement primitif ou ratifier
« une obligation dont la validité n'était pas contestée ;
« Attendu que les revenus dotaux , échus après la
« séparation de la dame Martel , ne peuvent répondre
« de l'obligation qu'elle avait contractée envers Laurent
« avant la séparation ; — qu'il est de principe, en effet,
« que les fruits et revenus de la dot sont affectés aux
« charges du mariage ; — qu'ils appartiennent au mari ,
« tant qu'il conserve l'administration des biens dotaux ,
« à la charge par lui de les employer conformément à
« leur destination légale ; — que, sous l'administration
« du mari , la femme ne peut donc disposer de ses
« revenus, et que le créancier qui l'a pour obligée ne
« peut exercer ses droits sur les revenus à écheoir, soit
« avant, soit après la séparation. — *Avant la séparation,*
« parce qu'ils sont la propriété exclusive du mari ; *après*
« *la séparation*, parce que, sous un régime qui doit la
« protéger contre des engagements téméraires et im-
« prudents, toute aliénation anticipée de ces revenus
« lui est interdite ; — qu'en effet, il ne saurait lui être
« permis , lorsqu'elle est encore sous l'influence du
« mari , de compromettre les ressources que la loi
« réserve à la famille pour le cas où la séparation
« devient nécessaire ; — que d'ailleurs ces revenus ne
« peuvent être engagés à l'avance sans être détournés
« de leur destination ; — qu'autrement les effets de la
« séparation seraient illusoires et pourraient même être
« préjudiciables à la femme en ouvrant à ses créanciers

« un droit qu'ils n'avaient pas auparavant... — Par ces motifs, — casse ¹. »

Les deux Cours dont les arrêts viennent d'être cassés, étaient les seules qui prolongeaient la résistance ; la jurisprudence si ferme de la Cour régulatrice met fin à la controverse.

Tenons donc pour certain que les créanciers de la femme antérieurs à la séparation de biens et qui n'ont pas d'action sur les biens dotaux, à cause de la nature de leurs créances, n'ont pas d'action non plus sur les fruits et revenus de la dot.

259. Supposons maintenant que les créanciers de la femme soient postérieurs à la séparation de biens. Quelles seront les règles qui gouverneront leur situation et celle de la femme ?

D'abord la séparation de biens ne soustrait pas la femme au principe de l'inaliénabilité de la dot : c'est ce que nous venons de voir au commencement de ce chapitre ; mais, comme il y a des exceptions à cette règle, il faut faire une première distinction entre les créanciers pour fait d'administration et ceux qui ne sont pas tels.

Les créanciers dont le droit n'a pas pour cause un acte d'administration de la femme séparée peuvent se trouver dans une situation bien différente. Ceux dont la créance a sa source dans un préjudice que la femme

1. Dalloz, 64, 1, 201. — Ajoutez l'arrêt du 28 juin 1859 (Dalloz, 59, 1, 257).

leur a causé par un crime, un délit, un quasi-délit ou un quasi-contrat qui n'a pas été imposé à la femme par l'intérêt du mari, ont action sur le capital de la dot et à plus forte raison sur ses fruits ou revenus. Le même droit appartient aux créanciers envers lesquels la femme s'est obligée par un contrat qui ne renferme pas un acte d'administration, dans un des cas où elle peut engager ses biens dotaux, par exemple pour l'établissement de ses enfants. Mais ceux qui ne sont dans aucune de ces conditions n'ont pas d'action sur les biens dotaux, ni sur leurs fruits, quoique la femme soit séparée de biens. Tel est le cas où la femme a cautionné son mari ou un tiers.

Supposons maintenant que le créancier soit tel en vertu d'un acte d'administration de la femme séparée : il aura certainement action sur les fruits de la dot. Mais l'aura-t-il aussi sur le capital ?

La situation est celle-ci :

La femme est séparée de biens ; elle en a repris l'administration : il faut donc qu'elle administre, car il n'y a pas de fruits sans administration. Or, pour administrer, il faut pouvoir s'obliger par des actes d'administration et dans les limites du droit d'administration : la femme n'est pas réduite à ne pouvoir traiter les affaires qu'au comptant. Supposez que la dot comprenne une propriété rurale que la femme séparée administre et fait exploiter ; il faut bien qu'elle puisse louer des domestiques, s'obliger envers les maçons qu'elle charge de réparer les bâtiments, faire acheter et vendre des bestiaux, suivant les besoins et les usages de l'exploitation agricole, etc., etc. De plus, la femme qui a repris l'ad-

ministration de la dot et qui dispose des revenus pour soutenir les charges du mariage, s'oblige envers les marchands qui ont fourni des vêtements à la famille, envers les instituteurs qui ont donné l'éducation aux enfants, en un mot, envers toutes les personnes qui ont fait des fournitures telles qu'elles ont contribué à soutenir les charges du mariage.

Suivant la jurisprudence, il faudrait presque toujours répondre que le créancier pour fait d'administration ne pourra se faire payer que sur les fruits de la dot.

Cependant il peut arriver que l'acte d'administration rentre dans l'accomplissement des devoirs communs que l'article 203 du Code Napoléon impose aux époux, de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; et nous avons vu que, dans ce cas, les Cours d'Agen et de Nîmes accordent une action sur le capital et les fruits de la dot aux instituteurs qui ont élevé les enfants, et aux marchands qui ont fait des fournitures d'habillements à la famille¹. Faut-il donc distinguer entre les divers actes d'administration? Doit-on placer dans une catégorie privilégiée ceux qui sont protégés par l'article 203, et refuser la même faveur à ceux qui n'ont pas le même caractère alimentaire? Je ne puis pas le croire. Le couvreur qui répare le toit de la maison dotale habille la famille, lui aussi, puisqu'il la couvre contre les intempéries des saisons. N'oublions pas d'ailleurs que l'inaliénabilité a pour but d'empêcher que le mari ne s'approprie les biens dotaux. Or, ici, où est ce danger, puisque nous supposons que la créance est sincère dans sa cause et dans son chiffre?

1. V. *supra*, n° 203.

Nous pensons donc qu'il n'y a pas lieu de distinguer, et que le créancier pour fait d'administration de la femme séparée peut poursuivre le payement de sa créance sur le capital et les fruits de la dot.

Ce qu'il importe surtout de distinguer, ce sont les actes de la femme qui ont pour cause l'administration de la dot et ceux qui sont étrangers à cette administration. La cause de l'obligation de la femme exerce ici une influence décisive. Ceci avertit les créanciers dont le droit a pour cause un acte d'administration de la femme séparée ou des fournitures alimentaires, antérieures à la séparation, combien il leur importe de ne pas faire novation de leur créance.

260. Il ne suffira pas au créancier porteur d'un titre, que ce titre exprime une cause qui oblige les revenus de la dot, suivant les distinctions qui précèdent; il faut de plus que l'expression de cette cause soit sincère et conforme à la vérité. La femme pourra contester cette sincérité; elle pourra être admise, suivant la vraisemblance des faits invoqués, à prouver, même par témoins, vu qu'il s'agit d'une fraude à la loi, que son obligation n'a pas pour cause un acte d'administration. Si le titre n'exprime pas la cause de l'obligation, le créancier pourra être admis à prouver, même par témoins, que sa créance a pour cause un acte d'administration de la femme ou une fourniture d'aliments, antérieure à la séparation de biens.

CHAPITRE III.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT APRÈS LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

SOMMAIRE.

261. A la dissolution du mariage, l'inaliénabilité cesse, parce que la femme n'est plus sous l'influence du mari.
262. La dot n'en reste pas moins inaliénable à raison des engagements contractés par la femme pendant le mariage. — Erreur de MM. Delvincourt et Toullier.
263. Raisons invoquées par M. Troplong, à l'appui de leur opinion. — L'inaliénabilité serait établie contre la femme pour protéger la puissance et la propriété du mari sur la dot. — Réfutation de cette erreur capitale pour le régime dotal.
264. Le président Fabre, invoqué à tort par M. Troplong, en faveur de son opinion.
265. La femme poursuivie, pendant le mariage, en paiement d'obligations qui n'engagent point la dot, n'a pas intérêt à opposer l'exception de dotalité. — *Secus*, après la dissolution du mariage. — La condamnation au paiement opère novation et purge l'obligation de tous ses vices par la force de la chose jugée.
266. Les biens advenus, après la dissolution du mariage, à la femme même mariée sous une constitution générale de dot, n'étant pas dotaux, sont sujets aux dettes de la femme. — Conséquence pratique qui en résulte.
267. *Quid*, si les biens dotaux ont été aliénés après la dissolution du mariage, et remplacés par d'autres ? — Conseil aux notaires.
268. De l'acceptation de la succession dotale de la femme par ses héritiers. — Sont-ils tenus de payer les dettes qui n'obligent point la dot ?
269. Autre question connexe à celle-là et gouvernée par les mêmes principes. — Comment les héritiers réservataires peuvent-ils faire réduire les donations excessives, sans être tenus de payer les dettes postérieures à ces donations ?
270. Examen préalable de cette deuxième difficulté.
271. Pourquoi le droit romain primitif n'en connut pas les embarras. —

Loi *Falcidia*. — Origine de la *légitime*. — Rescrits impériaux. — Ils ne décidaient pas si les légitimaires ne pouvaient faire rescinder les donations qu'en se portant héritiers du donateur, ni s'ils étaient tenus de payer les dettes postérieures à la donation.

272. Embarras des jurisconsultes de droit écrit. — Ils s'en tirent en inventant la maxime : *Legitima est quota bonorum, non hereditatis*. — Ils la font sortir d'une fausse interprétation des lois romaines.

273. Protestations inutiles de Vinnius au nom des vrais principes. — La fameuse maxime passe définitivement et par nécessité dans la jurisprudence de droit écrit.

274. Embarras plus grands encore des jurisconsultes de droit coutumier, à cause de la célèbre maxime de Dumoulin : *Apud nos non habet legitimam nisi qui heres est*. — Ils s'efforcent de transporter dans le droit coutumier la maxime de droit écrit.

275. Dumoulin se traîne à la suite de cette idée. — Opinion de Guy-Coquille. — Tous échouent dans la solution de la difficulté.

276. Célèbre arrêt de Saint-Vast, rendu par le parlement de Paris. — Le bénéfice d'inventaire appliqué comme remède à la situation. — Ricard développe cette idée. — Comment on pratiquait alors le bénéfice d'inventaire. — L'expédient du bénéfice d'inventaire est devenu le type de la doctrine et de la jurisprudence de nos jours.

277. Résistance de Lebrun et du président Espiard-Desaux. — Retour aux idées de Dumoulin. — Merlin n'adopte pas la doctrine de Ricard.

278. Discussion de la question au conseil d'État. — Nouveaux embarras. — Le Conseil se trompe d'abord et décide que les créanciers auront action sur les biens que la réduction rend aux légitimaires.

279. Un nouveau projet d'article, rédigé conformément à ce vote, est critiqué par le Tribunal. — Nouvelle discussion au sein du conseil d'État. — Raison bonne, mais incomplète, donnée finalement par M. Tronchet. — Elle ramène le conseil d'État dans la bonne voie et détermine le vote de l'article 921 du Code.

280. Dans la discussion au conseil d'État, un seul orateur mentionne l'acceptation bénéficiaire et la repousse.

281. Cette discussion et ce vote n'ont rien appris aux jurisconsultes modernes ; ils en sont encore à l'ornière de l'arrêt de Saint-Vast et au palliatif de l'acceptation bénéficiaire.

282. Pour comprendre comment les réservataires peuvent demander la réduction, sans que les créanciers en profitent, il faut se faire

des idées exactes du droit de réserve et de réduction. — Développements à cet égard. — Ce qui a rendu la difficulté insoluble, c'est la manie d'appliquer le droit commun au droit exceptionnel. — Loi 15, D., *De legibus*. — Ce texte décisif a échappé à nos anciens jurisconsultes et même à nos législateurs modernes.

283. De nos jours, l'article 921, malgré son texte formel, est toujours interprété par la vieille erreur du bénéfice d'inventaire.

284. Retour à la première question, celle de l'acceptation de la succession dotale par les héritiers de la femme.

285. Pourquoi cette question ne pouvait pas se présenter dans le droit romain antérieur à Justinien ?

286. Pourquoi ne pouvait-elle se présenter que fort difficilement dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit ?

287. Elle se présente dans le droit moderne, depuis l'abrogation du sénatus-consulte Velléien, parce que les biens dotaux ne sont pas le gage des créanciers de la femme.

288. Embarras et variations de la jurisprudence sur cette importante question. — Fausses notions des règles qui la gouvernent. — Le quasi-contrat d'addition d'hérédité, la novation qu'on en fait résulter est toujours le remède du bénéfice d'inventaire.

289. Les Cours impériales n'ont pas vu l'argument que leur oppose l'article 1560.

290. La Cour de cassation en a été frappée. — Sa jurisprudence sur notre question. — Elle applique à la lettre l'article 873 fait pour le droit commun. — Erreur de cette jurisprudence.

291. Examen simultané des deux questions et réfutation des erreurs accumulées sur ces matières. — Fausses idées de l'inaliénabilité de la dot, du quasi-contrat d'addition d'hérédité et du bénéfice d'inventaire.

292. L'acceptation pure et simple d'une succession est-elle un contrat ou un quasi-contrat ?

293. Théorie du quasi-contrat d'addition d'hérédité et du bénéfice d'inventaire. — L'acceptation héréditaire ne renferme aucune novation. — Pourquoi, d'après le droit commun, l'héritier pur et simple est-il tenu personnellement de toutes les dettes du défunt ?

294. La Cour de cassation accorde à l'héritier, en vertu de la saisine légale, les mêmes droits qu'à la femme, mais elle assujettit l'héritier à payer, sur ses biens personnels, toutes les dettes de la femme, comme si les biens dotaux étaient le gage des créanciers. — Critique de cette jurisprudence.

295. L'erreur de droit et l'erreur de raisonnement. — Source de cette double erreur. — L'inaliénabilité de la dot est un droit exceptionnel, et la Cour de cassation lui fait subir le droit commun, comme autrefois on le faisait subir au droit, également exceptionnel, de la réduction.

296. Retour de la doctrine et de la jurisprudence à l'arrêt de Saint-Vast et à l'expédient du bénéfice d'inventaire. — Développements et considérations.

297. Le tribunal de cassation avait proposé, dans ses *Observations*, un projet d'article qui appliquait la doctrine de l'arrêt de Saint-Vast et de Ricard aux réservataires. — La Cour de cassation persiste dans cette idée, malgré le rejet de son projet d'article.

298. On n'applique pas plus les articles 988 et 989 du Code de procédure que l'article 802 du Code Napoléon. — Comment il fallait raisonner pour arriver à la vérité.

299. Le problème juridique, source de tant d'embarras et d'erreurs, est rendu insoluble, parce qu'on applique le droit commun au droit exceptionnel des réserves et de l'inaliénabilité dotale.

300. Conclusion que les biens dotaux n'étant pas le gage des créanciers, l'héritier qui les appréhende n'est pas plus tenu des dettes sur ses biens personnels que sur les biens dotaux.

301. L'héritier peut diviser son acceptation : il peut accepter la succession pour les biens dotaux, et y renoncer pour les biens paraphernaux. — Raison de cette décision.

302. Conséquence. — L'héritier qui veut accepter la succession dotale doit prendre en considération la nature plus que la quantité du passif.

261. La dissolution du mariage a pour effet de soustraire la femme à l'influence du mari et de la rendre à elle-même. Or, l'inaliénabilité de la dot a pour objet de protéger la femme contre les abus de la puissance maritale : *propter muliebris sexus fragilitatem*, et de maintenir entre les époux la séparation de biens, qui est le principe essentiel du régime dotal. L'inaliénabilité cesse donc naturellement à la dissolution du mariage, comme l'effet cesse avec la cause. Le bien dotal rentre alors dans le droit commun, et la femme peut en disposer librement.

262. Mais la dot reste inaliénable à raison des obligations que la femme avait contractées pendant le mariage sous l'influence de la puissance du mari. Celui qui s'oblige aliène indirectement ; les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon en sont la preuve manifeste. Donc, si les engagements contractés par la femme, pendant le mariage, pouvaient, après sa dissolution, être exécutés sur les biens dotaux, il serait vrai de dire que la femme pourrait aliéner sa dot pendant le mariage, et que le principe de séparation des biens entre les époux, dont l'inaliénabilité n'est que la conséquence logique, ne serait plus qu'un vain mot.

Qui ne voit, en effet, que le mari pourrait, par son omnipotence, s'approprier tout ou partie des biens dotaux en contraignant la femme à s'obliger pour lui ? Les biens dotaux entreraient ainsi dans son patrimoine comme s'ils étaient des biens de communauté, puisqu'ils serviraient à payer ses dettes après la dissolution du mariage. La loi serait bien inconséquente si elle permettait un pareil résultat : elle confondrait l'aliénation avec son exécution et ferait consister la prohibition d'aliéner dans un simple sursis à l'exécution des biens dotaux, pendant le mariage.

C'est ce que n'ont pas compris les auteurs qui ont mieux aimé critiquer l'inaliénabilité de la dot que d'en rechercher la cause véritable. Les jurisconsultes doivent connaître le principe et déterminer la raison des institutions qu'ils expliquent.

MM. Delvincourt et Toullier, les deux professeurs qui ont fourni, sous l'empire du Code Napoléon, les premières explications du régime dotal ; ont enseigné une

doctrine contraire. Si ces deux jurisconsultes avaient connu la cause et la raison de l'inaliénabilité de la dot, ils auraient certainement évité cette erreur.

263. M. Troplong a fait de vains efforts pour réhabiliter cette doctrine anti-dotale.

A l'en croire, l'inaliénabilité de la dot serait établie en faveur de la puissance du mari, tandis qu'elle est établie contre cette puissance, en faveur de la femme et de sa famille. Cette erreur n'est rien moins que la négation du principe qui sert de base au régime dotal; elle n'a pas même le mérite de la nouveauté. On n'a pas oublié qu'elle fut soutenue, au commencement du dix-septième siècle, devant le parlement de Toulouse, et qu'elle y fut successivement repoussée par un premier arrêt du 2 janvier 1637 et par un deuxième arrêt du 3 février 1639¹.

L'erreur a son but et sa logique comme la vérité. De ce que l'inaliénabilité de la dot serait établie dans l'intérêt du mari, probablement pour protéger sa faiblesse contre la puissance de la femme, M. Troplong conclut que les obligations contractées par la femme, durant le mariage, peuvent, après sa dissolution et lorsque l'intérêt du mari a cessé, être exécutées sur les biens dotaux.

« Dans l'opinion que je crois la meilleure, dit l'éminent magistrat, l'obligation de la femme non séparée n'est arrêtée dans son exécution sur *les meubles dotaux* que pendant le mariage, et cela, à cause des droits du mari, à cause de sa maîtrise, à cause de sa jouissance,

1. V. *supra*, n° 63.

à laquelle la femme ne saurait faire de préjudice quand il n'y consent pas : *nolenti*. Mais, après la dissolution du mariage, les obligations de la femme doivent nécessairement sortir à effet sur ses biens dotaux. La femme n'est pas incapable d'engagements avec l'autorisation de son mari ; en se mariant sous le régime dotal, elle ne s'est pas frappée d'une incapacité personnelle ; elle ne diminue pas la capacité qui lui est attribuée par le droit commun. Il faut donc que ces engagements s'exécutent : « Qui s'oblige, oblige le sien ».

« Il est certain qu'ils sont exécutoires sur les paraphernaux de la femme. Eh bien ! quand le mariage est dissous, quand le droit du mari, *qui faisait obstacle au droit de la femme*, est éteint par la dissolution du mariage, l'empêchement qui mettait à l'abri *les biens dotaux* cesse de plein droit, et les créanciers peuvent se pourvoir sur *ses biens dotaux* devenus libres. Voilà ce que nous croyons être la vérité ; voilà ce qui s'appuie sur les plus graves autorités de l'ancienne jurisprudence. »

Cette doctrine n'est pas bien sûre d'elle-même. S'applique-t-elle seulement aux *meubles dotaux* ? ou généralement *aux biens dotaux*, meubles et immeubles ? M. Trop-Long paraît éprouver quelques scrupules relativement à la dot immobilière ; il continue ainsi :

« Mais les dotalistes ont fait prévaloir un autre système : ils ne veulent pas que les engagements de la femme puissent s'exécuter sur son mobilier dotal, même après la dissolution du mariage. Henrys est l'un des soutiens de cette doctrine. Cet auteur qui, dans une autre partie de son ouvrage, pense que la dot mobilière est aliénable, s'est senti tout d'un coup ému par quel-

ques arrêts du parlement de Paris ; et, abdiquant ses premières convictions, il enseigne, sous l'autorité de ces arrêts, que les obligations de la femme ne peuvent être exécutées sur le fonds dotal, mobilier ou immobilier, même après la dissolution du mariage et le décès du mari. C'est aussi sur l'unique fondement de ces arrêts que Boucheul et Roussilhe ont professé que la femme ne saurait s'obliger sur ses meubles dotaux ¹. Mais, si ce système a *quelque fondement* quand il s'applique à *la dot immobilière*, indisponible pendant le mariage, et à l'abri, par conséquent, de poursuites dont la cause remonte à l'époque du mariage, il n'en saurait être de même de la dot mobilière qui est disponible par le mari, qui n'est *indisponible à l'égard de la femme qu'à cause du mari* et qui devient, par conséquent, le gage des promesses de la femme quand l'intérêt du mari a cessé (n° 3263). »

• Appliquée aux meubles dotaux seulement, cette doctrine choque déjà le raisonnement et la raison. Certainement le mari n'a pas moins de droits sur les meubles de la femme, mis en communauté, que sur les meubles dotaux ; et cependant la loi n'a pas eu besoin de les déclarer inaliénables pour protéger le mari contre la femme. C'est qu'en effet, le droit du mari est suffisamment protégé par l'incapacité légale de la femme de contracter sans son autorisation. Quant aux actes, tels que les délits, par lesquels la femme est obligée sans l'autorisation du mari, le droit de celui-ci est sauvegardé par les articles 1425, 1426 et 1427.

¹. V. *supra*, n° 78.

Si l'on applique la doctrine de M. Troplong aux biens dotaux, c'est-à-dire aux immeubles comme aux meubles, les articles 1554 et 1560 lui opposent un obstacle invincible. Dans ce système, en effet, l'inaliénabilité de la dot est établie contre la femme dans l'intérêt du mari; elle a pour objet d'empêcher la femme de faire préjudice à la maîtrise du mari quand il n'y consent pas. De là il résulte nécessairement que l'inaliénabilité doit cesser toutes les fois que le mari donne son consentement à l'aliénation. Eh bien ! l'article 1554 renverse tout ce système, en déclarant que les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. L'article 1560 oppose un obstacle non moins invincible quand il dispose que si le mari, la femme ou tous les deux conjointement aliènent le fonds dotal, la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation, après la dissolution du mariage. Ces deux textes prouvent jusqu'à l'évidence combien est fausse la doctrine qui, méconnaissant l'origine et les traditions historiques du régime dotal, veut que l'inaliénabilité de la dot soit établie pour protéger la maîtrise du mari contre la femme, comme si le mari n'était pas suffisamment protégé, soit par l'incapacité de la femme de contracter sans son autorisation, soit par la disposition des articles 1555, 1425, 1426 et 1427. On ne comprendrait pas que le mari qui a consenti à l'aliénation du fonds dotal ait le droit de la faire révoquer pendant le mariage, s'il était vrai que l'inaliénabilité fût établie dans l'intérêt de sa maîtrise sur la dot. Cela est si vrai que M. Troplong n'a pas pu expliquer l'article 1560 sans se mettre en contra-

diction avec ce qu'il a écrit sur l'article 1554 (n° 3263).

De plus, l'article 1560 démontre avec évidence que les obligations contractées par la femme, pendant le mariage, ne peuvent pas, après sa dissolution, être exécutées sur les biens dotaux. Supposons que la femme et le mari aient vendu conjointement le fonds dotal. Cette vente impose à la femme, comme à tout vendeur, une obligation de délivrance et de garantie; or, d'après le droit commun, celui qui doit la garantie ne peut pas évincer : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Et cependant, l'article 1560 accorde à la femme ou à ses héritiers le droit de faire révoquer la vente et d'évincer les acquéreurs, sans qu'ils puissent invoquer la règle que celui qui doit la garantie ne peut pas évincer; et il a mille fois raison. En effet, l'inaliénabilité de la dot est, comme toutes les dispositions prohibitives, un principe exceptionnel; or, l'exception est une dérogation aux règles ordinaires du droit; on la détruit en lui faisant subir le droit commun. La loi, qui veut la fin, veut aussi les moyens : elle n'accorde pas d'effet civil aux conventions dont l'exécution serait une violation de ses prohibitions. Voilà pourquoi l'article 1560 permet à la femme de faire révoquer la vente du fonds dotal, sans qu'on puisse lui opposer une fin de non-recevoir résultant de l'obligation de garantir.

Si les obligations contractées par la femme, pendant le mariage, ne peuvent pas, après sa dissolution, faire obstacle à la révocation de l'aliénation du fonds dotal, comment pourraient-elles donner lieu à cette aliénation, par leur exécution sur les biens dotaux, après le mariage dissous?

La loi du 10 juillet 1850 est venue ajouter à l'article 1391 un paragraphe ainsi conçu :

« Toutefois, si l'acte de célébration du mariage porte
« que les époux se sont mariés sans contrat, la femme
« sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contrac-
« ter dans les termes du droit commun, à moins que
« dans l'acte qui contiendra son engagement elle n'ait
« déclaré avoir fait un contrat de mariage. »

Ce texte suppose évidemment, par argument *a contrario*, que la femme peut être incapable de contracter par suite des conventions qu'elle a faites dans son contrat de mariage. C'est ce qui arrive lorsque la femme s'est mariée sous le régime dotal ; elle est réputée capable de contracter dans le cas prévu par notre paragraphe : ce qui suppose qu'elle est incapable de le faire dans le cas inverse, c'est-à-dire de s'obliger sur ses biens dotaux. On peut certainement critiquer cette terminologie de la loi : les plus fermes esprits confondent l'incapacité de contracter avec la prohibition d'aliéner. On trouve cette inexactitude dans les rapports qui ont précédé le Code Napoléon ¹. L'incapacité de contracter est un statut personnel, tandis que la prohibition d'aliéner ou, en d'autres termes, l'inaliénabilité, est un statut réel ². L'article 1391 a voulu dire que la femme qui a des biens dotaux est placée dans l'impossibilité de les obliger en contractant. Il ressort de cette inexactitude même de langage que, dans la pensée de la loi, les obligations contractées par la femme, pendant le

1. V. la page 192, note 1.

2. V. la note de la page 470.

mariage, ne peuvent pas, après sa dissolution, être exécutées sur ses biens dotaux.

Et, en vérité, comment pouvait-il en être autrement? Les rédacteurs du Code n'ignoraient pas que le régime dotal a son principe essentiel dans la séparation de biens qu'il établit entre les époux; ils l'ont dit formellement dans leurs rapports¹. L'inaliénabilité est la conséquence logique et la sanction nécessaire de cette séparation de biens. M. Troplong veut, au contraire, que l'inaliénabilité de la dot soit établie contre la femme, en faveur de la puissance du mari et de son pouvoir de disposition; dans son livre, c'est la puissance qui est protégée contre la faiblesse, et non pas la faiblesse contre la puissance.

264. M. Troplong croit que le président Fabre a enseigné une doctrine contraire. Voici comment s'exprime le président du Sénat de Savoie : « Non potest executio
« fieri per creditorem in bonis dotalibus pro debito
« uxoris, quamdiu constat matrimonium, nisi debi-
« tum præcedat dotis constitutionem; nam, si præce-
« dat, ratio juris facit ut potior creditoris causa esse
« debeat, cujus conditio per dotem deterior fieri non
« potuerit. Ita Senatus 16 calendarum januarii 1589². »
Son annotateur anonyme ajoute : *Ita cogendi sunt credi-
tores mulieris expectare dissolutionem matrimonii*, et il invoque l'autorité de Chorier sur Guy-Pape, qui enseignait la même doctrine en se fondant sur la règle de Paul : *functio dotis mutari non potest*³.

1. Voyez le n° 9 et la note. V. aussi la page 252.

2. Code, liv. v, tit. vii, déf. 6.

3. Sentences, liv. i, § 6.

On remarquera d'abord que si la femme avait commis un délit pendant le mariage, la doctrine du président Fabre et de son annotateur serait parfaitement applicable. Le délit de la femme engage le capital de sa dot, mais le créancier des réparations civiles ne peut pas faire saisir le bien dotal pendant le mariage à cause du droit de jouissance et d'administration qui appartient au mari sur la dot. Cela est vrai sous le régime dotal comme sous celui de la communauté (articles 1424, 1425, 1555).

La doctrine de Fabre et de son annotateur se réfère à ce point de droit : ce qui le prouve, c'est qu'elle se préoccupe du droit du mari et de la règle que la destination de la dot ne peut pas être changée pendant le mariage. Il faut ajouter qu'en droit écrit la femme pouvait s'obliger sans l'autorisation de son mari¹ ; elle obligeait sa dot, toutes les fois que son engagement avait une cause juste, et la cause était presque toujours juste quand la femme n'avait pas le secours du sénatus-consulte Velléien². Fabre et son annotateur supposent donc que la dette de la femme oblige la dot, sauf le droit du mari, lorsqu'il est resté étranger à l'obligation. Le point d'appui que M. Troplong va chercher dans leur doctrine ne repose que sur une illusion.

Au surplus, la doctrine que le célèbre magistrat voudrait faire prévaloir, pour porter le dernier coup à l'inaliénabilité dotale, a été repoussée, sous le Code

1. *Supra*, page 239.

2. Le Sénat de Savoie appliquait le sénatus-consulte Velléien ; cela est dit à plusieurs reprises dans le Code du président Fabre ; il suffit de voir la table, v^o *Mulier*.

Napoléon, par la doctrine et la jurisprudence ¹. Ce qui étonne, c'est qu'il ait fallu des arrêts pour proclamer cette vérité.

265. La femme, poursuivie pendant le mariage en paiement d'obligations qui n'engagent point ses biens dotaux, n'a aucun intérêt à opposer l'exception de dotalité et d'inaliénabilité; cet intérêt ne commence pour elle que lorsque le créancier touche aux biens dotaux par des saisies.

Mais la situation change après la dissolution du mariage; alors, en effet, la femme peut obliger ses biens dotaux et renoncer à l'exception de dotalité par son consentement exprès ou tacite. En conséquence, si elle se laisse condamner purement et simplement par un jugement passé en force de chose jugée, elle invoquera vainement l'exception de dotalité et d'inaliénabilité, lorsque le créancier fera exécuter le jugement sur les biens dotaux.

La raison en est bien simple. On est censé contracter en jugement, même dans les jugements par défaut qui ne sont plus susceptibles d'opposition ni d'appel. Ulpien a dit avec raison : *Nam, sicut stipulatione contrahitur, ita judicio contrahi; proinde non originem judicii*

1. MM. Tessier, *De la dot*, t. I, note 521; Duranton, t. XV, n° 532; Bellot des Minières, *Contr. de mar.*, t. IV, p. 94; Benoît, *De la dot*, t. II, p. 445; Odier, t. III, n° 1218; Sériziat, *Du régime dotal*, n° 142; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, t. II, n° 490; Marcadé, sur l'art. 1554, n° 7; Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 3538. — Limoges, 18 juin 1808; Riom, 2 février 1810; Toulouse, 28 novembre 1814; Cassat., 1^{er} décembre 1834 (rapporté par Dalloz, *loc. cit.*); Aix, 27 juin 1859 (Dall., 59, 2, 216).

spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem (L. 3, § 11, D., *De peculio*). Le jugement ne se borne pas à déclarer l'existence de l'obligation primitive; il en ordonne l'exécution, et par cela même, il imprime à cette obligation une force nouvelle, en la purgeant de toutes les exceptions que le débiteur pouvait opposer. En un mot, le jugement de condamnation opère novation : *Novatur judicati actione prior contractus* (L. 3, C., *De usuris rei judicatæ*). Il y a chose jugée, à une époque où la femme pouvait disposer de sa dot, et, par conséquent, renoncer à invoquer le principe de l'inaliénabilité ¹.

Il en serait autrement, bien entendu, si le jugement précisait que la condamnation ne pourrait pas s'exécuter sur les biens dotaux; alors, en effet, il n'y aurait pas chose jugée, puisque le jugement, loin d'éteindre l'exception d'inaliénabilité, la réserverait.

C'est même à cause de cette réserve que la femme dotale, poursuivie, après la dissolution du mariage, en paiement d'obligations qui n'obligent pas sa dot, a un intérêt manifeste à se défendre, quoiqu'elle n'ait pas d'autres exceptions à proposer; elle ne pourrait pas éviter une condamnation sous prétexte que tous ses biens sont dotaux. Pour en venir là, il faudrait décider, comme on l'a tenté, que la femme qui n'a que des biens dotaux est incapable de s'obliger pendant le mariage et que ses obligations sont nulles. Il y a là une

1. MM. Proudhon, *De l'usufr.*, t. III, p. 269 et 270; Tessier, *De la dot*, note 524; Troplong, *De la prescription*, n° 1008. — Arrêt de Grenoble du 19 novembre 1831, et de Riom du 2 juin 1840, rapportés dans Dalloz, vis *Cont. de mar.*, n° 3544 et 3545.

situation délicate qui a le privilège d'en imposer aux meilleurs esprits : on confond trop souvent l'inaliénabilité de la dot avec l'incapacité de la femme, et de ce que la dot est inaliénable, on conclut que la femme est incapable de l'aliéner. Nous venons de voir que le législateur lui-même n'a pas évité cette inexactitude et que, dans le paragraphe ajouté à l'article 1391 du Code Napoléon par la loi du 10 juillet 1850, la femme est considérée à tort comme incapable de contracter à l'égard de ses biens dotaux : c'est confondre l'incapacité de contracter avec la prohibition d'aliéner et réhabiliter la mémoire du sénatus-consulte Velléien.

Sans doute le créancier, lorsqu'il veut s'attaquer aux biens dotaux, est exposé à voir son action paralysée, comme s'il avait contracté avec un incapable : c'est ce résultat qui a fait illusion. Néanmoins, les deux situations ne se confondent pas : la femme qui s'est obligée pendant le mariage, par cela même que son obligation est valable, ne peut pas éviter d'être condamnée au paiement, en invoquant l'inaliénabilité de ses biens dotaux, tandis que si elle était incapable de s'obliger, on ne devrait pas même la condamner¹.

266. La femme, devenue veuve, peut recueillir d'autres biens ; ceux-là ne peuvent pas être dotaux, quand même la constitution de dot comprendrait les biens présents et à venir, car il n'est pas possible qu'ils soient apportés au mari pour supporter les char-

1. V. *supra*, n° 97.

ges du mariage, puisqu'il n'y a plus ni mari, ni mariage ¹.

De là résulte une conséquence pratique qui mérite d'être signalée.

Lorsque le jugement précise que l'exécution ne portera pas sur les biens dotaux, le créancier de la femme ne peut pas faire inscrire son hypothèque judiciaire sur tous les biens présents et à venir de sa débitrice qui possède des immeubles dotaux. Si la constitution de dot est générale et comprend tous les biens présents et à venir de la femme, le créancier ne peut s'inscrire que sur les biens qui pourront advenir à sa débitrice après la dissolution du mariage. Si la constitution de dot ne comprend que les biens présents ou des immeubles déterminés, les bordereaux d'inscription doivent indiquer que le droit hypothécaire du créancier ne porte pas sur les biens dotaux. L'inscription qui ne renfermerait pas ces restrictions gênerait la disposition des immeubles dotaux, dans les cas où elle est permise, et la femme serait fondée à la faire radier en tant qu'elle porterait sur ses immeubles ².

Voilà donc un cas exceptionnel où l'hypothèque judiciaire ne frappe pas tous les biens présents et à venir du débiteur.

267. Après la dissolution du mariage, la femme peut

1. LL. 11 et 76, D., *De jure dot.*; — Voët, *Ad pandect.*, liv. XX, tit. III, n° 9; Pothier, *Pandect.*, tit. *De jure dot.*, n° 28, note 1; arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1842, rapporté dans Dalloz, 43, 1, 4, avec un extrait d'une consultation de M. Demolombe.

2. La femme ne pourrait-elle demander cette radiation que suivant les conditions imposées par l'article 1560? Je ne le pense pas.

transformer ses biens dotaux : par exemple , un immeuble qui était dotal peut être vendu et le prix être converti en rentes sur l'État ou réciproquement. Les créanciers de la femme, qui ne pouvaient pas faire exécuter leurs titres sur les biens dotaux, pourront-ils les faire exécuter sur ceux qui les remplacent ? Non, car la chose acquise avec une autre qui était dotale en est une émanation et une production. Ainsi, dans l'exemple que je viens de choisir, la rente est la représentation de l'immeuble dotal et doit jouir des immunités de la dotalité.

Voilà quelle doit être la règle.

Elle peut donner lieu à des difficultés d'application, quand il s'agit de retrouver la trace et les modifications des biens qui étaient dotaux.

Lorsque la femme s'était constitué en dot ses biens présents et à venir et que depuis la dissolution du mariage elle n'a exercé aucune profession lucrative, ni recueilli aucuns biens par donation ou succession, il faut dire que ses biens actuels sont une délibation et la représentation des biens dotaux ; par conséquent, les créanciers envers lesquels la femme s'est engagée pendant le mariage ne peuvent pas faire saisir les biens ainsi transformés.

Si la femme avait des biens paraphernaux ou si, après la dissolution du mariage, son patrimoine a été augmenté, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, on recherchera quelles sont les transformations que chaque espèce de biens peut avoir subies, et les biens qui proviennent de la dot seront exempts des exécutions des créanciers.

Il ne faut jamais perdre de vue, en cette matière, que les biens dotaux ne cessent pas d'être inaliénables, comme ils l'étaient pendant le mariage, parce qu'ils ont subi des mutations et des transformations. Les difficultés qui peuvent s'élever sont de fait plus que de droit ; elles consistent à déterminer en quelque sorte la génération et la filiation des biens sur lesquels les créanciers font porter leurs exécutions. Avis aux notaires qui reçoivent des actes par lesquels ces transformations des biens dotaux sont opérées : ils feront bien de constater l'emploi et la transformation du bien dotal, pour éviter les difficultés ultérieures.

268. La transmission des biens dotaux aux héritiers de la femme, sans l'obligation de payer les dettes qu'elle a contractées pendant le mariage et qui n'obligent point sa dot, a éprouvé de grandes difficultés. Quelques-unes ont été résolues d'une manière satisfaisante par la Cour de cassation ; mais la Cour suprême s'est arrêtée à mi-chemin dans la bonne voie et, pour être tout à fait dans le vrai, elle doit modifier sa jurisprudence sur un point important.

Supposons qu'une femme possède un immeuble dotal d'une valeur de 30,000 francs et un immeuble paraphernal d'une valeur de 20,000 francs ; elle meurt laissant un passif de 60,000 francs, qui n'oblige point sa dot, et un enfant qui possède un immeuble d'une valeur de 30,000 francs, qu'il tient de la libéralité d'un oncle. S'il fallait se décider d'après le droit commun, on devrait dire que l'enfant doit, sans hésiter, renoncer à la succession de sa mère.

Mais on est en face du régime dotal. Le principe d'inaliénabilité qui distingue ce régime est établi non-seulement dans l'intérêt de la femme, mais encore dans celui de ses enfants et de ses héritiers quelconques. A ceux qui seraient tentés d'en douter, il suffirait de rappeler ces paroles du tribun Siméon portant le vœu du Tribunat au Corps législatif, le 20 pluviôse an XII :

« La sagesse de la loi brille éminemment dans l'option qu'elle laisse aux contractants ; d'une part, une dot inaliénable dont la conservation est garantie par tous les moyens possibles, *qui sera certainement transmise aux enfants* ¹. »

Voilà le vœu de la loi.

Mais comment parviendra-t-on à le satisfaire ? Comment, dans l'espèce posée et dans d'autres analogues, l'enfant pourra-t-il appréhender les biens dotaux, sans assumer sur sa tête tout le passif de l'hérédité maternelle ? La dot est dans cette hérédité et en fait partie. Si l'enfant doit renoncer, pour n'être pas tenu des dettes, elle est perdue pour lui ; elle ne lui parvient pas ; c'est absolument comme si la mère avait aliéné définitivement cette dot pendant le mariage. S'il accepte, n'est-il pas tenu, en sa qualité d'héritier, de toutes les dettes de sa mère, même *ultra vires*, soit sur les biens dotaux, soit sur ses biens personnels ? Comment la règle de l'inaliénabilité de la dot et de sa transmission aux enfants se concilie-t-elle avec les effets de l'acceptation des successions ?

269. A côté de ces questions vient s'en placer une

1. Fenet, t. XIII, p. 825.

autre qui appartient au même ordre d'idées et qui naît, comme les précédentes, d'une situation exceptionnelle et unique en législation.

Comment un enfant peut-il demander la réduction d'une donation faite à son cohéritier, sans que les créanciers du donateur, postérieurs à la donation et qui n'ont pas pour gage de leurs créances les biens donnés, pas plus que les créanciers de la femme n'ont pour gage les biens dotaux, puissent, en invoquant sa qualité d'héritier, exercer leurs droits de créance, soit sur la part de biens restituée à cet enfant par suite de l'action en réduction, soit sur ses biens personnels ?

270. Occupons-nous d'abord de cette seconde difficulté ; son examen jettera un grand jour sur la question de dotalité.

271. Le droit romain primitif ne connut pas les embarras de cette question.

On sait que le pouvoir absolu de disposer par testament fut successivement tempéré, d'abord par la nécessité d'exhérer les enfants, et ensuite par la loi Falcidia, l'an 714 de Rome. Ce plébiscite célèbre défendit de grever l'héritier testamentaire, soit de legs, soit de fidéicommiss, au delà des trois quarts de sa part héréditaire, de sorte que l'héritier devait toujours avoir au moins un quart franc et libre, *quarta, quantitas Falcidiæ*. Dans les successions *ab intestat*, on attribua aux héritiers du sang, en vertu des dispositions expresses de la loi Falcidia, ou peut-être par une interprétation extensive de cette loi, le même droit qu'aux héritiers institués, et

ils durent toujours, sous peine de faire annuler le testament comme inofficieux, avoir dans les biens du défunt, à moins de justes causes d'exhérédation ou d'omission entière, le quart de la part héréditaire qui leur serait revenue *ab intestat*. Cette part, les textes du droit romain l'appellent, comme dans les hérédités testamentaires, *quarta*, *quantitas Falcidiæ*, ou mieux encore, *portio legibus debita*, *portio legitima* : les commentateurs l'ont appelée simplement *la légitime*.

Établie à l'imitation de la *quarte Falcidie*, la légitime ne se calculait et ne se prenait, comme elle, que sur les biens laissés au décès, c'est-à-dire sur la succession. Il allait alors sans difficulté que les dettes devaient être déduites de ces biens : *Quarta accipitur deducto ære alieno*, dit la loi 8, § 9, D., *De inoff. test.* Sans doute, la donation entre vifs faite à un légitimaire avec charge d'imputation sur sa légitime, devait être comptée dans la masse héréditaire sur laquelle les légittimes étaient liquidées ; mais les biens donnés ne rentraient pas dans cette masse ; ils étaient retenus par le légitimaire, en sa qualité de donataire, et ils échappaient à l'action des créanciers héréditaires.

Les donations entre vifs, faites à un légitimaire sans charge d'imputation, ne s'imputaient pas sur la légitime ; le légitimaire retenait les biens donnés, et réciproquement, il devait respecter les donations faites aux autres¹.

Il en fut ainsi jusqu'au règne d'Alexandre-Sévère. Un rescrit de ce prince, rapporté dans la loi 87, § 3, D.,

1. L. 11, D., *De inoff. test.* et L. 68, D., *De legat.* 2°.

De legat., 2^o, vint porter atteinte à l'irrévocabilité des donations entre-vifs, en faveur de la légitime, en décidant que les donations devaient être révoquées pour moitié : *Pro dimidia parte revocari*.

Cette innovation avait eu le tort de se produire vers la fin de la jurisprudence classique, à une époque où l'art des jurisconsultes devait lui faire défaut pour la développer et en faire sortir une théorie claire et scientifique. Elle fut appliquée, mais nullement expliquée, par de nombreux rescrits impériaux qui forment les lois 1, 2 et suivantes, au Code, *De inoff. donat.*, et les §§ 270, 271, 280 et 281 des *Fragments du Vatican*. Ces rescrits permettent à des enfants ou petits-enfants auxquels leur quart légitime n'avait pas été laissé par leurs père ou mère, aïeuls ou aïeules, d'attaquer des donations excessives faites à d'autres enfants ou à des étrangers. Ils en donnent pour motifs que ces donations étaient faites en fraude des droits des autres enfants, *in fraudem cæterorum filiorum* ; qu'elles avaient pour but d'éluder la plainte d'inofficiosité du testament, *ad eludendam inofficiosi querelam*, et qu'elles portaient atteinte à la légitime du quart (elle était alors de cette quotité), en épuisant le patrimoine par des donations excessives. Aussi était-ce par la plainte d'inofficiosité que les empereurs permettaient de faire rescinder ces donations : *Has donationes rescindi ad instar inofficiosi testamenti*, dit l'empereur Dioclétien dans un rescrit de l'année 294. Enfin, en 358, une constitution de l'empereur Constance, devenue la loi 1, C., *De inoff. dotibus*, appliqua la réduction aux dots excessives.

Loin de formuler un système général, ces rescrits

semblent se renfermer dans les cas particuliers auxquels s'appliquent les réponses des empereurs. Ils ne décident pas si les légitimaires ne peuvent critiquer les donations qu'en se portant héritiers du donateur, ni s'ils sont tenus de payer les dettes postérieures à la donation, soit sur les biens repris contre les donataires, soit sur leurs biens personnels. Au contraire, l'un d'eux, celui qui forme le § 280 des *Fragments du Vatican*, paraît décider que l'enfant qui s'est porté héritier du donateur n'est pas admissible à exercer l'action en réduction. Il s'agit d'une mère qui a fait une donation excessive à l'un de ses enfants; l'autre enfant s'adresse aux empereurs Dioclétien et Constance, qui lui répondent :... *Si ab intestato cum fratre tuo matri heres exstilisti, revocare non potes.*

Dans la législation de Justinien, on ne trouve rien qui ait décidé la difficulté.

272. L'ancienne jurisprudence de droit écrit se trouva en face de ce problème juridique. Elle l'évita et se tira d'embarras en établissant la maxime que la légitime est une quote-part des biens et non de l'hérédité : *Legitima est quota bonorum, non hereditatis*. Dès lors, les enfants se trouvèrent fort à l'aise en présence des créanciers; ils n'eurent pas besoin de prendre le titre d'héritiers pour exercer l'action en réduction; leur qualité d'enfants leur suffit. Les biens retranchés ne rentrèrent pas dans la masse de la succession, et les créanciers n'eurent aucun prétexte pour profiter d'une réduction qui n'était pas établie en leur faveur, ni pour

exercer leurs droits sur des biens qui n'étaient pas le gage de leurs créances.

L'expédient était commode ; mais, pour y arriver, il fallut forcer le sens des lois romaines. Les interprètes prirent prétexte de quelques expressions des Pandectes, qui énoncent que la quarte Falcidie est une part des biens, *pars bonorum*. Pour des esprits prévenus, et qui se préoccupaient du but plus que des moyens, il n'y avait qu'un pas à faire pour en conclure, en raisonnant *a contrario*, que la légitime n'était point une part de l'hérédité, *pars hereditatis*. Ils ne virent pas que, sous la plume des jurisconsultes romains, le mot *biens* signifiait *hérédité* : *Bonorum appellatio*, disait Africain, *sicut HEREDITATIS*, *universitatem quamdam ac JUS SUCCESSIONIS et non singulas res demonstrat*¹ ; de sorte que *pars bonorum* était synonyme de *pars hereditatis*. Ils se dérochèrent à l'empire de ce texte, en disant que les biens sont autre chose que l'hérédité, parce que l'hérédité est grevée des dettes, tandis que les biens sont ce qui reste après la déduction des dettes.

Tel fut le raisonnement de Salicet et de Gail, sur la loi 36, C., *De inoff. test.*².

Jason développait les mêmes idées en ces termes :
« Legitima non de successione deducitur, sed de bonis ;
« alioquin et onerum particeps esset, quod jure ve-
« titur. Ergo successionis depuratae ab omni ære alieno
« pars est, id est bonorum ; eoque fit ut, non succes-

1. L. 208, D., *De verb. signif.*

2. *Observ.* 119, n° 12, et *Observ.* 120, n° 2.

« sionis, non hereditatis quota, sed bonorum di-
« catur ¹. »

Un autre docteur, Merlinus, distinguait, en invoquant l'autorité de Bartole, et décidait que la légitime, après la déduction des dettes ou en leur absence, était véritablement une part de l'hérédité ; mais que, s'il y avait des dettes, elle ne pouvait être qu'une part des biens : « Ubi æs alienum cessat, revera tunc dicitur
« (legitima) quota hereditatis ; ubi vero viget æs alie-
« num, non potest non esse nisi quota bonorum.
« Quando hereditas esset immunis ab ære alieno, tunc
« esse quotam hereditatis probat Bartolus ². »

Cette doctrine avait l'avantage de sauver la légitime en organisant efficacement l'action en réduction qui en est la sanction. La jurisprudence de droit écrit s'en empara par nécessité plus que par raisonnement ³.

273. Vinnius attaqua cette doctrine au nom des principes et sans se préoccuper des nécessités de la pratique ; il lui reprocha de ne reposer que sur des arguties, *inepta ratio* ⁴. En effet, les textes qui disent que la légitime est le quart des biens, dettes déduites, n'ont pour objet que d'en déterminer la valeur nette ; ils ne signifient pas que le légitimaire n'est jamais héritier, ni jamais tenu des dettes en cette qualité.

Cette protestation du savant romaniste resta sans effet. Voët prit parti pour les nécessités économiques ⁵, et

1. Sur l'Authentique NOVISSIMA, n° 3, C., *De inoff. testam.*

2. *De legitima*, lib. 1, tit. 1, quæst. 2, n° 4.

3. Fabre, *De errorib. pragmat.*, décad. 9, art. 9.

4. *Selectæ juris quæst.* 1, XXII.

5. *Ad Pandect.*, *De inoff. testam.*, nos 44, 45.

Serres écrivait : « Cette légitime , comme l'on dit communément , *est quota pars bonorum , non hereditatis* , « ce qui signifie que les légitimaires ne sont pas tenus « des dettes passives de l'hérédité ¹ ». Catelan, Furgole, Roussilhe ne parlent pas autrement.

Telle fut la jurisprudence de droit écrit.

274. Le droit coutumier rencontra des difficultés encore plus grandes.

En empruntant le testament au droit romain, les pays de Coutume lui empruntèrent aussi la légitime : elle se rapprochait de leurs idées par les entraves qu'elle apportait au droit de donner et par l'avantage qui en résultait de conserver les biens dans les familles.

La légitime se prenait à titre d'héritier. On connaît la fameuse maxime de Dumoulin : *Apud nos , non habet legitimam nisi qui heres est* ². C'était la doctrine de presque tous les auteurs coutumiers ; elle n'était que l'application historique et rationnelle du principe de la saisine héréditaire qui dominait dans le droit coutumier. On la fondait sur les énonciations de quelques Coutumes qui attribuaient la légitime aux enfants *héritiers* ³. Comment ces enfants , auxquels la légitime était attribuée en qualité d'héritiers , pouvaient-ils faire réduire les donations faites à leurs frères ou sœurs , sans que les créanciers postérieurs à ces donations vinssent profiter des biens que l'action en réduction faisait rentrer dans l'hérédité ?

1. *Instit.*, liv. II, tit. XVIII, § 6.

2 Sur l'art. 125 de l'ancienne Coutume de Paris, n° 1.

3. Bourbonnais, art. 219; Chartres, art. 28; Montargis, tit. XI, art. 10.

Pour éviter ce grave inconvénient, qui aurait dénaturé le principe même de la réduction, en faisant profiter les créanciers d'un droit établi en faveur des légitimaires seuls, plusieurs jurisconsultes s'efforcèrent de transporter dans le droit coutumier la maxime de droit écrit : *Legitima est quota bonorum, non hereditatis*¹. Cette tentative contrariait le principe original et distinctif du droit coutumier, la saisine héréditaire formulée par la célèbre règle : *Le mort saisit le vif*, règle dont la conséquence logique était qu'il fallait être héritier pour demander la légitime et la réduction des donations.

275. Dumoulin aborda le problème et, malgré la pénétration de son esprit, l'illustre chef de l'école française ne trouva pas de meilleur moyen de le résoudre que celui de sacrifier, dans ce cas, le principe qu'il avait formulé et propagé : *Nul ne peut réclamer la légitime sans se porter héritier*. Il suppose qu'un père a épuisé son patrimoine par des donations entre vifs et que l'enfant ne trouve plus dans son hérité de quoi se remplir, soit de sa légitime, soit du supplément. Il décide que l'enfant peut, sans se porter héritier, demander la légitime ou le supplément de légitime, par l'action personnelle de donation inofficieuse, *condictione de inofficiosis donationibus*. Sa décision est inverse quand il reste des biens suffisants dans l'hérité paternelle pour la légitime, déduction faite des dettes et des frais funéraires : « Quia verum est... quando nihil superest in « hereditate, puta quando omnia donationibus inter

1. Guillaume de la Champagne, *De la légitime*, ch. XXII-XXVIII; Berroyer, notes sur les *Arrêts de Bardet*, t. I, liv. III, ch. XXXVII.

« vivos exhaurierat et nihil reliqui fecerat, saltem quod
« ad legitimam sufficeret : quia tunc filius (et idem de
« quovis ex liberis qui alias vocaretur ab intestato) non
« tenetur gerere pro herede... Unde potest condictione
« de inofficiosis donationibus petere legitimam vel ejus
« supplémentum. Secus quando aliquid superest suffi-
« ciens ad legitimam, videlicet debitis et funeralibus
« deductis ¹. »

Cette doctrine n'a aucune couleur de droit coutumier. C'est toujours la maxime de droit écrit qui montre le bout de l'oreille ; ici Dumoulin descend jusqu'à Jason, Salicet et Merlinus.

Dumoulin, avec son immense autorité, ne devait pas rester seul de son avis. Son opinion fut adoptée par Lemaître ², par Roussilhe ³, par Berroyer ⁴, par Argou, qui l'a développée en ces termes :

« Il faut, dans la règle, que les enfants se portent
« héritiers de leurs pères ou de leurs mères pour
« pouvoir prétendre la légitime dans leur succession.
« Il y a néanmoins un cas où les arrêts les ont dis-
« pensés de prendre cette qualité par une *grande raison*
« *d'équité* : c'est lorsqu'un père ou une mère, après avoir
« fait des donations considérables au profit d'un de
« leurs enfants ou d'un étranger, viennent à contracter
« des dettes qui montent à beaucoup plus que les biens
« qu'ils laissent dans leur succession. Il est certain que
« les enfants qui n'ont rien reçu peuvent faire révoquer

1. Cons. 35, §§ 18 et 19.

2. Sur la Coutume de Paris, tit. XIV, p. 448.

3. Instit. au droit légitime, t. I, n° 27.

4. Notes sur les Arrêts de Bardet, liv. III, ch. XXXVII.

« la donation jusqu'à concurrence de leur légitime. Il
« est certain aussi que s'ils prenaient cette légitime
« en qualité d'héritiers, les créanciers viendraient la
« leur enlever, ce qui ne serait pas juste, puisque les
« créanciers ne pourraient rien demander au dona-
« taire, et que ce n'est qu'en faveur des enfants que
« la donation est retranchée. C'est pourquoi on permet,
« en ce cas, aux enfants de renoncer à la succession,
« et néanmoins de prendre leur légitime sur les biens
« donnés ¹. »

Guy-Coquille, le judicieux commentateur de la Coutume de Nivernais, cherchait à se rapprocher des principes du droit coutumier; il décidait, en prononçant le mot que les autres taisaient, qu'il suffisait à l'enfant de se porter héritier en sa légitime seulement. « Et afin,
« disait-il, que se disant héritier simple, il ne soit pas
« encombré de charges héréditaires outre la portée de
« l'hérédité, en sorte que les autres biens y soient
« mêlés, il pourra se dire héritier en sa légitime
« même ². »

Tous ces efforts ne prouvent qu'une chose : c'est que les jurisconsultes qui les ont tentés ont tous, malgré leur science profonde, échoué dans la solution de la difficulté.

276. Le 3 décembre 1642, le parlement de Paris avait rendu le célèbre arrêt de Saint-Vast, qui restitua Marie de Saint-Vast contre la renonciation qu'elle avait faite à la succession de son père et lui permit de l'accepter

1. *Instit. au droit français*, liv. II, ch. XIII, *in fine*.

2. Sur Nivernais, tit. XXVII, art. 7.

sous bénéfice d'inventaire pour prendre sa légitime, sans avoir à craindre les créanciers de la succession paternelle ¹.

Ricard, qui écrivait dans la seconde moitié du dix-septième siècle, signala le mal de cette situation avec sa vigueur ordinaire, et proposa de lui appliquer le remède du bénéfice d'inventaire :

« Un inconvénient si notable, disait-il, mérite bien
« que l'on cherche un remède à ce mal, pour tirer de
« pauvres enfants de deux extrémités qui les empê-
« chent de recouvrer cette dernière table du naufrage ;
« ne pouvant, d'un côté, demander leur légitime sans
« prendre la qualité d'héritiers, et ne pouvant, d'un
« autre, se dire héritiers qu'ils ne se rendent sujets
« aux dettes : en quoi il se découvre *une injustice que*
« *tous ceux qui aiment l'équité voudraient bien surmonter,*
« puisque les créanciers qui voudraient charger les
« enfants de leurs dettes, s'ils se disent héritiers, les
« empêchent par cette rigueur de jouir d'un bien dont
« la privation, dans la personne des enfants, n'apporte
« aucun profit aux créanciers, et ainsi ils font un
« grand dommage dont ils ne ressentent aucun bien ; de
« sorte qu'il n'y a qu'un tiers, savoir le donataire qui,
« regardant cette contestation sans y être engagé, en
« retient seul l'utilité au préjudice des enfants.

« Deux des plus éclairés de nos jurisconsultes fran-
« çais, et auxquels la bonté de leur jugement a souvent
« fait préférer, dans leurs décisions, l'équité qui est
« le souverain but de la jurisprudence, à *la rigueur des*

1. *Journal des audiences*, liv. IV, ch. V.

« règles générales (j'entends parler de M. Charles
« du Molin, et Guy-Coquille), ont passé par-dessus
« cette difficulté, et voulant par le premier (Consil.
« 35. num. 15 et seq.), qu'un enfant pût être légiti-
« maire sans avoir la qualité d'héritier, lorsque le père
« avait épuisé tous ses biens par les donations entre
« vifs, et le second, sur la Coutume de Nivernais, titre
« des *Donations*, article 7, a composé pour cet effet
« une qualité nouvelle, en voulant que les enfants se
« disent, en ce cas, héritiers quant à la légitime seule-
« ment.

« J'approuve beaucoup la résolution de ces deux
« grands personnages, mais il me semble que nous la
« pouvons enrichir et ajouter quelque chose à leur
« intention. Car combien qu'une injustice manifeste
« mérite bien qu'on relâche quelque peu des maximes géné-
« rales, il faut néanmoins se servir de ce privilège le moins
« que l'on peut, parce que ces passe-droits ont coutume
« d'entraîner avec eux quantité d'inconvénients que l'on
« n'avait pas prévus. Je dis donc qu'un enfant qui d'un
« côté a dessein de retrancher, par le bénéfice de la
« légitime, les donations entre vifs qui ont été faites
« par son père et qui, d'autre part, appréhende d'être
« tenu des dettes en prenant la qualité d'héritier,
« auxquels les biens contenus en la donation ne sont
« pas sujets, doit accepter la succession par bénéfice
« d'inventaire. *Ce qui remet les choses dans la règle¹.* »

Ricard décidait ensuite que le légitimaire, après

1. *Traité des donations*, 3^e part., ch. VIII, sect. 5, t. I, n^o 983,
p. 650.

avoir ainsi conquis sa légitime sur les donataires, pouvait renoncer à son bénéfice d'inventaire, suivant l'usage de ces temps-là, et conserver néanmoins les biens à lui adjugés pour sa légitime.

Ce nouveau moyen de venir au secours des enfants fut adopté par les jurisconsultes de droit coutumier contemporains de Ricard ou postérieurs¹; il doit fixer l'attention, car, il est devenu le type de la doctrine et de la jurisprudence de nos jours, en matière de dotabilité.

277. Lebrun et son annotateur, le président Espiard-Desaux, n'acceptèrent qu'avec réserve la doctrine de Ricard; ils distinguèrent entre les biens qui existaient dans la succession et ceux que le légitimaire était obligé d'aller chercher dans les mains des donataires, pour remplir sa légitime. Les premiers étaient le gage des créanciers héréditaires; les autres ne l'étaient point. Le légitimaire ne pouvait pas, quant à ces derniers biens, renoncer à son bénéfice d'inventaire, ni les retenir au préjudice des créanciers².

La doctrine de Ricard finit par perdre du terrain, car un autre annotateur de Lebrun déclare que, selon la dernière opinion du palais, le dénouement de la ques-

1. Delaurière, *Des successions*, liv. 1, ch. III, sect. 1, t. I, p. 205; Duplessis, *Des donations entre vifs*, sect. 3, art. 6, § 3, *in fin.*; Ferrière, sur la *Coutume de Paris*, art. 272, glose 2, n° 28, et art. 298, glose 2, § 2, nos 22 et 24; Bourjon, *Droit commun*, v° *Successions*, 2^e part., ch. X, sect. 7, § 2, nos 57 et 58; Pothier, *Des donations entre vifs*, sect. 3, art. 6, § 3.

2. *Des successions*, liv. II, ch. III, sect. 1, p. 205, nos 10, 11, 28 et 29.

tion était d'accorder au légitimaire une action directe contre les donataires, lorsqu'il n'y avait pas de biens existants, ou que ceux qui existaient étaient absorbés par les dettes ¹.

C'était le retour à la doctrine de Dumoulin. Ce qui vient confirmer ce revirement d'opinion, c'est que Merlin, le dernier auteur qui écrivit sur la matière, quelques années seulement avant le Code Napoléon, n'adopta pas l'opinion de Ricard : « De là résulte, « disait-il, une conséquence très-importante, et qui « seule renferme le germe d'une foule de décisions « relatives à cette matière : c'est qu'il ne faut pas pren- « dre la qualité d'héritier pour demander une légitime. « Ainsi pensent Dumoulin, *Conseil* 35; Voët, *sur le « Digeste*; Berroyer, *notes sur les arrêts de Bardet*; « Furgole, *Traité des testaments*; en un mot, tous les « partisans de la thèse que nous venons d'établir. — « Coquille, Ricard, Lebrun et quelques autres auteurs « critiquent cette opinion, mais il se présente tant de « raisons pour la justifier, que nous sommes presque « embarrassés sur le choix ². »

278. La difficulté fut agitée à la séance du conseil d'État du 14 pluviôse an XI (3 février 1803); elle donna lieu à une discussion mémorable et approfondie, qui jette une vive lumière sur ce grand problème de la réduction, même après tout ce qu'en ont dit les anciens jurisconsultes.

Un projet d'article proposait d'ériger en loi la doc-

1. *Loco cit.*, note sur le n° 29.

2. Répert., v° *Légitime*, sect. 2, § 1, n° 11.

trine de Ricard et d'Argou ; il fut défendu par MM. Bigot-Préameneu , Treilhard , Cambacérès , Maleville et Portalis ; mais MM. Réal, Boulay, Emmery, Muraire, Gally, Berlier, Regnaud de St-Jean d'Angely et le Premier Consul l'attaquèrent comme contraire à la bonne foi et au principe que la légitime est une portion de l'hérédité.

La discussion s'ouvrit sur la question de savoir si les légitimaires seuls pourraient demander la réduction et si elle pourrait l'être par les créanciers, les légataires ou les donataires ; on se demanda enfin si les créanciers pourraient profiter de la réduction obtenue par les légitimaires.

L'excellent travail de Fenet rend compte avec détail des opinions qui furent émises de part et d'autre¹ ; nous ne voulons mentionner ici que les plus saillantes.

Le consul Cambacérès dit que les créanciers du donateur n'ont aucun droit sur les biens donnés, parce que, au moment où ils ont traité avec lui, ces biens n'étaient plus dans ses mains. L'exception faite en faveur des enfants, pour leur assurer une légitime, n'appartenait qu'à eux et ne changeait point l'état des créanciers.

Réal lui répondit qu'à la vérité la légitime n'était établie qu'en faveur des enfants, mais que l'enfant qui la demande fait nécessairement acte d'héritier ; dès lors, *il est tenu de payer toutes les dettes.*

Cette conséquence n'est pas entièrement exacte, car l'héritier qui prend les biens est tenu des dettes, parce

1. V. Fenet, t. XII, p. 337 et suiv.

que, suivant le droit commun, les biens sont le gage des créanciers. Mais lorsque les biens ne sont pas le gage des créanciers, l'héritier qui prend les biens prend-il aussi les dettes ? Telle était la question.

Le même orateur ajoutait :

« Si l'on dit que l'enfant, pour exercer cette action
« (en demande de légitime), se contentera de prendre
« la qualité d'héritier bénéficiaire, il faudra que celui-
« ci prenne un parti ; s'il renonce, le résultat de l'action
« qu'il aura exercée, retombant dans la succession,
« appartiendra aux créanciers ; s'il accepte, il devient
« héritier pur et simple, et doit tout payer. »

Bigot-Préameneu disait que celui qui a donné entre vifs au delà de la portion disponible est contrevenu à la loi relativement à ses héritiers, non relativement à ses créanciers. Ceux-ci ne peuvent donc rien prétendre sur les biens que la réduction rend aux enfants.

Treilhard réduisait la question à savoir si la réduction a lieu au profit des créanciers ou au profit des héritiers. *On ne fait aucun tort au créancier*, disait-il, *parce qu'il n'avait aucun droit à la chose donnée.*

Portalis et Maleville voulaient que l'enfant demandât la légitime et la réduction en sa qualité d'enfant et non en sa qualité d'héritier. C'était le droit du Midi ; la légitime étant une quote des biens et non de l'hérédité, l'enfant n'avait pas besoin de la qualité d'héritier pour la demander.

A la suite de cette remarquable discussion, le conseil d'État repoussa le projet de la section de législation et décida « que les créanciers de la succession pouvaient

exercer leur action sur les biens que la réduction rend au légitimaire ¹ ».

279. En conséquence, un autre projet d'article, portant le n° 31, fut rédigé et communiqué au Tribunat dans la forme suivante :

« La réduction pourra être demandée par ceux au
« profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héri-
« tiers ou ayants-cause : elle ne pourra l'être par les
« donataires ou légataires, ni par les créanciers du
« défunt, *sauf à ces créanciers à exercer leurs droits sur les*
« *biens recouvrés par l'effet de cette réduction.* »

Ce nouveau projet fut combattu par le Tribunat comme contraire aux principes de la réduction des donations.

A la séance du 24 germinal an XI (14 avril 1803), Bigot-Préameneu rendit compte au conseil d'État du résultat de la conférence tenue avec le Tribunat. Ce compte-rendu est ainsi rapporté par Fenet (XII, p. 471) :

« M. Bigot-Préameneu... dit que le Tribunat demande
« le retranchement de la disposition de l'article 31,
« qui autorise les créanciers du défunt à exercer leurs
« droits sur les biens recouvrés par l'effet de la réduc-
« tion de la donation.

« Les motifs du Tribunat sont que l'enfant à qui la
« loi accorde la réduction ne pourrait la faire qu'en
« payant les dettes du défunt postérieures à la dona-
« tion ; que l'action en réduction est un droit purement
« personnel ; que ce droit est réclamé par l'individu

¹ Fenet, t. XII, p. 349.

« comme enfant, abstraction faite de la qualité d'héri-
« tier qu'il peut prendre ou non; que, s'il en était
« autrement, il arriverait souvent que l'action en ré-
« duction serait illusoire. — D'ailleurs il est indifférent
« pour les créanciers du défunt, postérieurs à la dona-
« tion, que l'enfant exerce son droit de réduction ou
« non, puisque, s'il ne l'exerce pas, les créanciers n'en
« ont pas moins leurs recours sur les biens donnés. La
« réduction ne doit donc pas exister pour eux, mais
« uniquement pour l'enfant. »

Tronchet, absent de la séance où la cause des légitimaires et celle du droit avaient si malheureusement succombé, défendit l'opinion du Tribunat.

« Il a été reconnu en principe, disait-il, que toutes
« les fois qu'il s'agit d'exécuter une disposition, il faut
« considérer pour quelle fin elle existe : si c'est par
« des motifs d'intérêt public, la prohibition est abso-
« lue; mais si elle n'est relative qu'à un intérêt parti-
« culier, ce serait s'écarter du but de la loi, que d'en
« donner le bénéfice à une autre personne qu'à celle
« en faveur de qui la loi l'a établie. »

Le procès-verbal ajoute immédiatement :

« La proposition du Tribunat est adoptée. »

A la suite de ce vote, l'article 31 du projet, qui avait donné lieu à de si longs débats, subit une nouvelle rédaction et devint l'article 921 du Code Napoléon.

280. Il faut remarquer d'abord que de tous les orateurs qui furent entendus dans la discussion que je viens d'analyser, un seul, M. Réal, s'expliqua sur l'acceptation bénéficiaire par le légitimaire, et qu'il repoussa cette

qualité d'héritier bénéficiaire comme n'étant qu'un remède chimérique, par la raison décisive que le légitimaire devait, en fin de compte, prendre un parti; que s'il renonçait à son bénéfice d'inventaire, c'est-à-dire, s'il faisait l'abandon autorisé par l'article 802, § 1, du Code Napoléon, les biens retranchés tombaient dans la succession, et, s'il acceptait, il devait tout payer.

Voilà pourquoi l'article 921, dit en termes formels, que les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander la réduction, *ni en profiter*. Cette prohibition est absolue. La loi ne distingue pas et ne devait pas distinguer entre l'acceptation bénéficiaire et l'acceptation pure et simple.

281. Et cependant les jurisconsultes modernes distinguent. Ils n'ont rien appris, ni rien oublié, dans le mémorable débat qui eut lieu au conseil d'État; ils en sont encore à l'ornière de l'arrêt de Saint-Vast et du fameux remède de l'acceptation bénéficiaire, préconisé par Ricard. Hors de cette panacée, il n'y a point de salut pour le légitimaire. Leur doctrine est une erreur de temps, un regrettable anachronisme. Ils n'ont pas réfléchi que Dumoulin, Guy-Coquille, Ricard, malgré leur science profonde, n'étaient que des interprètes, et qu'il leur fallait un point d'appui juridique pour résoudre la question qu'ils avaient soulevée. Ce point d'appui existait; ils ne le virent pas et ils rencontrèrent dans les effets de l'acceptation héréditaire un obstacle qu'ils s'efforcèrent de tourner par des expédients. Au contraire, les Réal, les Portalis, les Tronchet, étaient plus que des jurisconsultes; ils étaient des législateurs,

il leur appartenait d'écarter l'obstacle qui avait tant embarrassé les anciens docteurs ; pour eux , vouloir , c'était pouvoir. Les bonnes raisons ne leur manquaient pas pour vouloir. Les anciens jurisconsultes, notamment Ricard et Argou , invoquaient l'équité en faveur des légitimaires, mais sans pouvoir trouver un moyen juridique de lui donner satisfaction.

Entraînés par ces errements , les rédacteurs du Code Napoléon oublièrent un moment qu'ils étaient des législateurs et qu'il leur appartenait d'écarter l'obstacle qui tenait le droit en échec ; leur toute-puissance s'en laissa imposer d'abord par la fantasmagorie de la qualité d'héritier, à travers laquelle l'enfant devait passer pour demander la réduction.

La doctrine moderne s'est trop laissé dominer par les réminiscences du passé. Les traditions historiques, dont le rôle est si considérable partout ailleurs , n'ont rien à faire ici. L'article 921 a eu pour objet de faire respecter la prohibition de disposer à titre gratuit au delà de la quotité fixée par la loi ; il est aux articles 913 et suivants du Code Napoléon , ce que l'article 1560 est à l'article 1554. Il faut élever ces articles à la hauteur d'une théorie scientifique. J'en demande pardon à la mémoire des hommes illustres auxquels nous sommes redevables du Code Napoléon ; ils n'ont pas réussi à mettre dans tout son jour la raison fondamentale de l'article 921.

282. Pour bien comprendre comment les héritiers réservataires peuvent demander la réduction, sans que les créanciers puissent en profiter, il faut se faire des idées

bien justes du droit de réserve et de réduction, et surtout du quasi-contrat d'acceptation d'hérédité.

L'institution des légitimes ou réserves fut une grave restriction apportée au pouvoir absolu que la loi des XII Tables accordait au père de famille de disposer de ses biens comme il l'entendait : *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Ce tempérament fut établi en faveur des enfants et constitua pour eux un droit propre et exceptionnel, puisqu'il vint déroger à l'antique règle qui armait la puissance paternelle du droit d'exhérédation. Si, après cette innovation juridique, les réservataires avaient continué d'être la représentation vivante du défunt : ils auraient été obligés de respecter jusqu'à ses actes de disposition gratuite qui auraient porté atteinte à leur légitime ; ils auraient perdu le droit de demander la réduction, en prenant la qualité d'héritiers, sans laquelle il n'y a ni droit de légitime ou de réserve, ni droit de réduction. La logique et les principes juridiques ne permettent pas qu'il en soit ainsi. Les légitimaires qui demandent la réduction agissent en vertu d'un droit qui leur est propre. Ce droit, ils le trouvent dans la loi, dans leur qualité même de légitimaires ou réservataires, et nullement dans la succession du défunt ; en d'autres termes, ils sont des tiers, comme les créanciers qui demandent la révocation des actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits (article 1167). Voilà pourquoi les donataires ne peuvent pas repousser l'action en réduction, sous prétexte que les réservataires n'ont pu l'exercer sans se porter héritiers du défunt, et qu'en cette qualité, ils doivent respecter ses actes.

Mais, au moins, les créanciers du défunt peuvent-ils invoquer l'acte d'héritier qui résulte nécessairement de la demande en réduction, pour se faire payer, soit sur les biens que l'action en réduction fait rentrer dans la succession, soit sur les biens personnels du demandeur en réduction ?

Telle est la question qui eut le privilège de tant tourmenter nos anciens jurisconsultes et même nos législateurs modernes. Il faut d'abord la dégager des entours qui pourraient la maintenir dans un faux jour.

Pourquoi l'héritier pur et simple est-il tenu des dettes héréditaires, même *ultra vires* ? Parce qu'il a mis la main sur les biens du défunt qui sont le gage de ses créanciers (articles 2092 et 2093). L'obligation de l'héritier pur et simple à toutes les dettes est en quelque sorte la réparation du préjudice que l'héritier a causé aux créanciers en s'emparant des biens. Voilà pourquoi l'héritier qui a fait inventaire et qui rend compte des biens héréditaires, n'est tenu que jusqu'à concurrence de leur valeur.

Mais ici, les biens que la réduction fait rentrer dans la masse héréditaire ne sont pas le gage des créanciers, puisqu'ils étaient déjà sortis du patrimoine du défunt au moment où il s'est obligé. Comment donc pourraient-ils invoquer le préjudice résultant pour eux de l'acte d'héritier que le réservataire est obligé de faire pour demander la réduction ? Le droit de réduction est établi dans l'intérêt exclusif des réservataires ; il a pour objet de faire respecter la prohibition de disposer à titre gratuit au delà de la quotité déterminée par la loi. Les réservataires, en usant du droit de demander la réduc-

tion, ne portent aucun préjudice aux créanciers, et ceux-ci n'ont aucune raison sérieuse d'invoquer l'acceptation héréditaire qui résulte de l'action en réduction pour en recueillir le bénéfice. Décider autrement, ce serait méconnaître singulièrement la nature exceptionnelle et le but exclusif du droit de réduction; ce serait en rendre l'exercice presque toujours impossible; l'acte d'héritier, en pareil cas, n'est que l'exercice de ce droit exceptionnel et exclusif. Vouloir qu'il produise l'effet ordinaire d'assujettir l'héritier au paiement des dettes, c'est tomber dans un véritable anachronisme et raisonner comme on le faisait avant l'établissement des réserves et de la réduction qui en est la sanction nécessaire; en un mot, c'est maintenir le droit exceptionnel sous l'empire du droit commun et invoquer celui-ci pour détruire celui-là, comme si la logique n'exigeait pas que l'exception se meuve et fonctionne librement en dehors des étreintes de la règle.

Ces idées si rationnelles, qui vont recevoir de plus larges développements, n'avaient pas échappé à l'admirable analyse des jurisconsultes romains. « Dans les matières exceptionnelles, disait l'un d'eux, nous ne pouvons pas suivre les règles du droit commun : *In his quæ contra rationem juris recepta sunt, non possumus sequi regulas juris* ¹.

C'est pour n'avoir pas aperçu ce texte, et pour n'avoir pas raisonné comme lui, que nos anciens jurisconsultes éprouvèrent tant de difficultés pour résoudre notre question; Dumoulin lui-même y échoua. Ils ne virent

¹. Julianus, L. 15, D., *De legibus*.

pas les transformations qu'avait subies le vieux droit héroïque de la puissance paternelle, ni les modifications apportées par les progrès du droit, notamment par l'établissement du bénéfice d'inventaire, à l'ancienne règle que l'héritier est la continuation du défunt : ils attachèrent donc à l'acte d'héritier, que nécessite l'action en réduction, des effets que cet acte ne renferme pas, lorsque l'héritier invoque son droit et les prohibitions de la loi contre les actes du défunt.

283. De nos jours encore, et malgré le texte formel de l'article 921, les esprits les plus élevés ne comprennent pas bien que les réservataires puissent demander la réduction sans que les créanciers en profitent. Ainsi, on lit dans le commentaire de l'article 921, par M. Troplong, que les réservataires qui veulent demander la réduction agissent prudemment en n'acceptant la succession que sous bénéfice d'inventaire. C'est un malheureux retour vers le célèbre arrêt de Saint-Vast et la doctrine de Ricard. Le bénéfice d'inventaire n'est qu'un misérable remède qui a, tout au plus, la vertu de calmer les scrupules de ceux qui ont encore des doutes sur le point de droit définitivement consacré par l'article 921.

On comprend que si cet article, malgré son texte formel, n'a pas eu la puissance de faire perdre l'idée de la nécessité du bénéfice d'inventaire, quand il s'agit, pour le réservataire, de faire respecter la prohibition de disposer à titre gratuit au delà d'une certaine quotité, à plus forte raison, en l'absence de textes formels, a-t-on assujéti l'héritier de la femme à n'accepter sa

succession dotale que sous bénéfice d'inventaire, s'il ne voulait pas être tenu personnellement au paiement des dettes qui n'obligent pas les biens dotaux.

284. Ceci nous ramène naturellement à notre importante question ; il faut démontrer combien est erronée la solution qu'elle a reçue de la doctrine et de la jurisprudence.

Pour rendre la difficulté plus saisissante, nous avons supposé l'espèce suivante :

Une femme possède un immeuble dotal d'une valeur de 30,000 francs et un immeuble paraphernal d'une valeur de 20,000 francs ; elle meurt, laissant un passif de 60,000 francs, qui n'oblige pas son immeuble dotal, et un enfant qui possède un immeuble d'une valeur de 30,000 francs, qu'il tient de la libéralité d'un oncle. Comment cet enfant pourra-t-il recueillir l'immeuble dotal, sans être tenu de payer les dettes de sa mère, qui n'a pas pu, en s'obligeant ainsi, porter atteinte à l'inaliénabilité de sa dot ?

285. Cette question ne pouvait pas se présenter dans le droit romain antérieur à Justinien, soit à cause du sénatus-consulte Velléien, soit parce que la dot n'était pas inaliénable avec le consentement de la femme. Mais, en 530, le § 15, C., *De rei ux. act.*, vint déclarer le fonds dotal inaliénable, même avec le consentement de la femme. Cette constitution de Justinien eut le sort du rescrit d'Alexandre-Sévère, dont je viens de parler : il lui manqua des jurisconsultes pour l'interpréter.

286. Dans la jurisprudence de droit écrit, la femme,

quand elle n'était point protégée par le sénatus-consulte Velléien, ne pouvait que rarement invoquer l'inaliénabilité de sa dot, car la plupart des parlements du Midi admettaient que la femme pouvait aliéner sa dot, quand il y en avait une juste cause. Voilà pourquoi on trouve à peine quelques traces de notre question dans la jurisprudence de droit écrit.

287. Le sénatus-consulte Velléien, statut personnel qui frappait la femme d'incapacité, a été abrogé par la loi du 30 ventôse an XII. D'autre part, l'inaliénabilité de la dot est un statut réel qui n'enlève pas à la femme la capacité de s'obliger. Décider le contraire, ce serait confondre l'inaliénabilité ou le statut réel qui s'adresse aux biens, avec l'incapacité ou le statut personnel qui s'adresse à la personne. Cette distinction reçoit son application sous le double point de vue que présente notre question, celui de l'article 921 et celui de l'article 1560. Ainsi, la loi défend à celui qui laisse des successeurs réservataires de disposer de son patrimoine, à titre gratuit, au delà d'une certaine quotité. S'ensuit-il qu'il soit incapable de disposer de cette manière ? Non, certes ; et personne n'oserait soutenir que de telles dispositions, même excessives, sont nulles ; elles le seraient cependant, si la prohibition procédait d'une incapacité du disposant. Mais il n'en est pas ainsi. Pareillement, c'est la chose dotale qui est déclarée inaliénable ; ce n'est pas la femme qui est déclarée incapable de s'obliger. « Les immeubles constitués en dot, » dit l'article 1554, ne peuvent être aliénés ou hypothéqués, pendant le mariage, ni par le mari, ni par

« la femme, ni par les deux conjointement. » La loi ne dit pas : Le mari ou la femme ou tous les deux conjointement ne peuvent aliéner les immeubles ; la prohibition tombe sur la chose et non sur la personne.

Ce point de droit est aujourd'hui certain. La doctrine qui faisait résulter de l'inaliénabilité de la dot une incapacité pour la femme a été définitivement proscrite par la Cour de cassation dans ses arrêts du 29 juin 1842 ¹ et du 14 novembre 1855 ².

Les engagements contractés par la femme, pendant le mariage obligent donc sa personne, mais n'obligent pas sa dot, sauf quelques exceptions établies par la loi. Il en résulte que les biens dotaux ne sont pas le gage des créanciers de la femme et que les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon ne sont pas applicables aux biens dotaux.

La jurisprudence de la Cour de cassation est bien ferme à cet égard, soit que les créanciers poursuivent l'exécution de leurs titres sur les biens dotaux contre la femme elle-même, soit qu'ils la poursuivent contre ses héritiers. On ne trouve pas la même fermeté de jurisprudence dans les arrêts des Cours impériales.

288. La Cour de Paris a déclaré les biens dotaux saisissables entre les mains des héritiers de la femme, par deux arrêts des 15 mars 1821 et 6 décembre 1825 ³.

La Cour de Caen s'était prononcée en sens contraire par arrêt du 24 décembre 1839 ⁴. Mais elle a jugé comme

1. Sirey-Devill., 42, 1, 737.

2. Dalloz, 55, 1, 437, rapporté *infra*, n° 290.

3. Dalloz, 26, 2, 326.

4. Sirey-Devill., 40, 2, 132.

la Cour de Paris par un second arrêt du 10 janvier 1842, précédé d'un réquisitoire de M. Massot, avocat-général, dont nous extrayons les passages suivants :

« Obliger l'héritier de la femme dotale, qui accepte
« purement et simplement sa succession, à exécuter
« ses engagements, c'est consacrer l'aliénabilité de la
« dot.

« Cette obligation, imposée à l'héritier, fait manquer
« le but du régime dotal, la transmission des biens
« dotaux.

« L'héritier peut répondre que par l'adition d'héré-
« dité il n'est tenu que comme la femme, et que celle-ci
« pouvait exciper de l'inaliénabilité de sa dot à l'en-
« contre des créanciers.

« Ces objections sont sérieuses, et nous avouons
« qu'elles nous avaient d'abord entraîné. Mais un exa-
« men plus attentif nous a convaincu que la doctrine
« contraire est plus conforme aux principes.

« L'objection la plus grave est prise de l'inaliénabilité
« du bien dotal ; il doit continuer, dit-on, d'être ina-
« liénable entre les mains de l'héritier comme dans
« celles de la femme.

« A cette objection on peut faire deux réponses :

« La première, c'est qu'il n'y a plus de biens de la
femme.

« La seconde, c'est que ce n'est plus la femme qui est
« débitrice : il n'y a plus de biens de la femme ; car, par
« l'adition pure et simple, les patrimoines du défunt
« et de l'héritier se sont confondus...

« Ce n'est plus la femme qui est débitrice, car l'adi-
« tion d'hérédité est un quasi-contrat entre l'héritier et

« le créancier du défunt... C'est une véritable novation
« dans la créance (article 879 C. civ.).

« Le 10 janvier 1842, la Cour de Caen statua en ces
« termes :

« Considérant que l'adition pure et simple d'hérédité
« constitue un quasi-contrat par l'effet duquel l'héri-
« tier s'engage personnellement et sur ses biens à
« l'acquies de toutes les obligations valablement con-
« tractées par le défunt; que telle était celle que la
« dame Binet avait prise envers les époux Lecomman-
« deur, par l'acte du 2 décembre 1837; que si l'exécu-
« tion n'en pouvait être poursuivie contre elle sur ses
« biens dotaux, l'obstacle ne venait point d'un vice
« inhérent à l'obligation, mais uniquement de la nature
« inaliénable desdits biens; que cet obstacle ayant dis-
« paru au moment où les héritiers Binet ont contracté
« l'engagement personnel d'acquies cette obligation,
« rien ne s'opposait plus à ce qu'elle fût mise à exé-
« cution sur les biens de leur mère, devenus parfaite-
« ment libres dans leur main, comme sur tous ceux
« qu'elles pouvaient posséder d'ailleurs; qu'ainsi elles
« sont non recevables dans la demande en distraction
« par elles formée ¹. »

La Cour de Toulouse s'était associée à cette erreur par
deux arrêts des 29 novembre 1834² et 26 mai 1843³.

Envisagées au point de vue des biens dotaux, car c'est
notre hypothèse, ces décisions mutilent la saisine

1. Dalloz, 42, 2, 153.

2. Dalloz, 35, 2, 177.

3. Rapporté avec l'arrêt qui l'a cassé, dans Dalloz, 47, 1, 17.

légale. L'héritier succède au défunt activement et passivement, à ses biens, à ses droits et à ses obligations. Nos droits sont des biens, disait Ulpien ¹.

Un jurisconsulte français écrivait, quelques années seulement avant le Code Napoléon : « L'héritier peut venir contre le fait du défunt, quand le défunt lui-même aurait pu venir contre son propre fait ² ».

L'article 724 reproduit ces idées, en ces termes : « Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt..... »

On ne peut pas admettre que des droits qui ne sont pas exclusivement attachés à la personne du défunt et qui passent à ses héritiers, périssent néanmoins avec lui, et que les héritiers soient placés dans la singulière situation de les perdre en renonçant et de les perdre encore en acceptant.

C'est, dit-on, par suite des effets que produit le quasi-contrat d'adition d'hérédité.

289. Si tels étaient les effets de l'acceptation d'une succession, il faut convenir qu'ils seraient aussi extraordinaires que difficiles à expliquer. L'article 1560 ne leur oppose-t-il pas un obstacle invincible ? Ce texte suppose que le fonds dotal a été aliéné, soit par la femme, soit par le mari, ou par tous les deux conjointement, et il accorde à l'héritier de la femme le droit de faire révoquer l'aliénation, sans distinguer si elle a été consentie par le mari ou par la femme. On doit en conclure que l'héritier de la femme a ce droit indistinctement, soit que l'alié-

1. V. *supra*, n° 136.

2. Montvallon, *Traité des successions*, ch. III, art. 20, t. I, p. 169.

nation émane de la femme, soit qu'elle émane du mari. Or, la femme, en vendant le fonds dotal, est bien tenue à la garantie, conformément au droit commun ; seulement, cette obligation de garantie, étant atteinte du même vice que la vente elle-même, ne peut pas faire obstacle à l'action en révocation. Mais si l'acceptation de la succession de la femme produit une obligation nouvelle, secondaire, qui assujettisse l'héritier à exécuter tous les engagements de la femme, comment se fait-il que cet héritier puisse faire révoquer l'aliénation et évincer l'acquéreur, puisque celui qui doit la garantie ne peut pas évincer, suivant la célèbre maxime : *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* ?

L'argument est assez apparent pour qu'il fût aperçu par M. Massot et par les Cours de Paris, de Caen et de Toulouse.

290. La Cour de cassation en a été frappée. Le 16 décembre 1846, elle a rendu un arrêt fondamental qui casse celui de Toulouse et admet l'héritier à exercer tous les droits de la femme et à recueillir les biens dotaux affranchis des obligations qu'elle avait contractées durant le mariage :

« Vu les articles 1541 et 1560 du Code civil ;
« Attendu que l'article 1541 au chapitre *Du régime dotal*, dispose d'une manière générale et sans distinction entre les meubles et immeubles, que tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné par contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire ;
« qu'il suit de là que *le mobilier déclaré dotal est inalié-*

« *noble* comme les immeubles, et que, conformément à
« l'article 1560, la femme ou ses héritiers peuvent en
« faire révoquer l'aliénation ;

« Attendu que ces principes s'appliquent à l'aliéna-
« tion *indirecte* comme à l'aliénation *directe*, et que les
« héritiers ont, comme la femme, le droit de s'opposer
« à ce que les obligations contractées par la femme
« soient exécutées sur les biens dotaux qu'elle possé-
« dait alors ou sur les sommes qui les représentent ;

« Attendu que l'article 1560 accorde ce droit aux
« héritiers de la femme en général et sans distinction
« entre les héritiers purs et simples et les héritiers
« bénéficiaires, et qu'il n'est pas permis de distinguer
« où la loi ne distingue pas ; que si l'héritier pur et
« simple est tenu de payer toutes les dettes de la suc-
« cession, il n'y est tenu que de la même manière et
« sur les mêmes biens que son auteur dont il est la
« continuation ; que si l'adition pure et simple a pour
« effet de confondre les biens de l'hérédité avec les
« biens personnels de l'héritier et d'obliger celui-ci au
« paiement des dettes sur tous les biens ainsi confon-
« dus sans distinction, néanmoins les biens dotaux,
« frappés d'inaliénabilité par leur nature et la volonté
« de la loi, ne sont pas compris dans cette confusion ;
« que l'héritier les recueille affranchis des obligations
« de la femme comme ils étaient entre les mains de
« celle-ci ; qu'à cet égard, il n'y a pas de différence
« entre l'héritier pur et simple et l'héritier béné-
« ficiaire ;

« Attendu que l'arrêt attaqué a validé les actes
« d'exécution faits par le défendeur sur des valeurs

« représentant la dot de la femme Peyronnet pour par-
« venir au paiement d'une obligation contractée par
« ladite femme pendant le mariage, par le motif que
« les héritiers de la femme Peyronnet avaient accepté
« sa succession purement et simplement; qu'en jugeant
« ainsi, l'arrêt attaqué a faussement appliqué l'article
« 873 du Code civil et violé les articles 1541 et 1560 du
« même Code; casse ¹. »

La Cour suprême a rendu un arrêt identique, le 10 août 1847 ².

M. Dalloz a donné son entière approbation à cet arrêt dans une note ainsi conçue :

« ... Dès que l'obligation contractée régulièrement
« par la femme dotale est valable, *il est manifeste* que
« l'exécution peut en être poursuivie, soit contre la
« femme, soit contre ses héritiers, sur tout le bien
« qui n'est pas dotal, c'est-à-dire, à l'égard de la femme,
« sur ses paraphernaux ou sur ce qui lui reviendrait
« dans une société d'acquêts, et, en outre, à l'égard de
« ses héritiers purs et simples, *sur leurs biens person-*
« *nels*. Ces derniers ne font en cela que subir les con-
« séquences de leur mode d'acceptation... »

Il semble que tout soit dit et qu'on n'ait qu'à applaudir à ces arrêts. Mais il n'en est pas ainsi.

La Cour de cassation, en effet, va beaucoup plus loin; elle applique à l'héritier pur et simple de la femme dotale le principe de l'article 873 du Code Napoléon, qui veut que les héritiers soient tenus des dettes et charges de la succession personnellement pour leur part.

1. Dalloz, 47, 1, 17.

2. Dalloz, 47, 1, 293.

C'est ce que décide un arrêt du 14 novembre 1855, dont voici les motifs :

« La Cour ; — Vu les articles 873 et 1560 du Code Napoléon ;

« Attendu que si les engagements de la femme dotale
« sont contractés sous la condition implicite qu'ils ne
« pourront être exécutés sur ses biens dotaux, lesquels
« en demeurent affranchis dans les mains de ses héritiers
« tiers comme ils l'étaient dans ses propres mains , en
« vertu de cette condition qui continue de les affecter,
« il faut , d'un autre côté, reconnaître que les engagements
« de la femme dotale personnellement capable
« de s'obliger sous l'autorisation de son mari , sont
« parfaitement valables ; qu'ainsi , les héritiers qui ont
« accepté purement et simplement sa succession sont,
« aux termes de l'article 873 du Code Napoléon, tenus
« personnellement et indéfiniment de l'acquittement
« desdits engagements sur leurs propres biens autres
« que les biens provenant de ladite succession avec le
« caractère de dotalité... ; — Casse ¹. »

En rapprochant ces deux arrêts, on voit que la jurisprudence de la Cour de cassation sur les effets de l'acceptation de la succession par l'héritier de la femme dotale, se résume de la manière suivante :

1^o L'héritier peut invoquer, comme l'aurait pu la femme elle-même, l'exception de dotalité ou d'inaliénabilité ;

2^o Cette exception ne protège que les biens dotaux, à cause de leur inaliénabilité ; elle ne s'applique pas

1. Dalloz, 55, 1, 437.

aux biens paraphernaux : et c'est fort juste , puisque ces biens , n'étant pas inaliénables , sont le gage des créanciers , conformément au droit commun.

3^o Quant aux effets que produit l'acceptation par rapport aux biens personnels de l'héritier , la Cour suprême distingue :

L'héritier a-t-il accepté purement et simplement la succession de la femme dotale ? — Il sera tenu , sur ses biens personnels , de toutes les obligations de la femme , même *ultra vires* , conformément au droit commun , sans en excepter celles qui n'obligeaient point la dot , sauf toujours l'exception d'inaliénabilité des biens dotaux.

A-t-il accepté sous bénéfice d'inventaire ? — Il ne sera tenu des obligations de la femme que jusqu'à concurrence de la valeur des biens libres et paraphernaux. Les biens dotaux n'entreront pas dans le calcul de cette valeur ; bien plus , l'héritier pourra les retenir dans l'abandon qu'il est autorisé à faire , aux termes de l'article 802 , pour se dispenser d'administrer et de rendre compte.

La Cour de cassation et M. Dalloz se trompent quand ils appliquent l'article 873 à l'héritier de la femme , qui a accepté purement et simplement la succession dotale et appréhendé des biens qui ne sont pas le gage des créanciers : le bénéfice d'inventaire n'est qu'un vain palliatif qui n'a rien à faire ici.

291. Le moment est venu de combattre ces erreurs , de les faire marcher de front et de les rendre palpables.

On s'est fait de fausses idées de l'inaliénabilité de la

dot, du quasi-contrat d'adition d'hérédité et du bénéfice d'inventaire.

L'inaliénabilité de la dot est, comme l'action en réduction, un droit exceptionnel; car, de droit commun, toute personne qui n'est pas incapable de contracter peut aliéner ce qui lui appartient (articles 544 et 1594). D'Olive disait que « la loi Julia, c'est-à-dire « l'inaliénabilité de la dot, *fait brèche au droit commun* « qui permet à chacun de disposer de ce qui lui appartient¹ ». Cette exception forme un des principes distinctifs et essentiels du régime dotal. Tout ce que nous avons dit de l'action en réduction des donations excessives s'applique à l'acceptation de la succession dotale de la femme; et nous voilà encore condamné à des répétitions.

Quand un droit exceptionnel est établi, les règles générales du droit commun qui lui sont contraires ne doivent pas lui être appliquées à peine de l'étouffer et de tenir en échec la puissance législative. Le bon sens dit cela; c'est aussi ce qu'enseignait le droit romain antérieur à Justinien, interprétant d'avance la constitution de ce prince, qui devait défendre à la femme d'aliéner son bien dotal : *In his quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris* (L. 15, D., *De Legibus*). La raison en est bien simple. L'exception est une disposition qui, par des motifs particuliers, déroge aux règles du droit commun. L'interprétation qui maintient l'exception sous l'empire de ces règles générales méconnaît son esprit et la

¹ 1. *Quæst. not. de droit*, liv. III, ch. XXIX.

détruit. Si le droit commun devait continuer d'être appliqué au droit exceptionnel, il était bien inutile de créer une exception.

C'est pour n'avoir pas vu ces choses-là, ou pour n'en avoir pas tenu compte, que la jurisprudence moderne est tombée dans les plus graves erreurs.

On ne s'est pas fait des idées plus exactes de l'acceptation des successions et du bénéfice d'inventaire, deux choses qui ont entre elles une intime corrélation.

292. Et d'abord, l'acceptation pure et simple d'une succession est-elle un contrat ou un quasi-contrat?

Cujas décide que c'est un quasi-contrat: « *Aditio, pro herede geritio, agnitio bonorum quasi contractus est, quia æri alieno obligat*¹ ». ».

Pothier a défini le quasi-contrat: « Un fait permis par la loi et qui oblige une personne envers une autre sans convention entre elles ». ».

C'est bien là, d'après le droit commun, l'effet que produit l'acceptation pure et simple d'une succession. Cette acceptation est donc un quasi-contrat.

Basnage a dit dans son *Traité des hypothèques*: « L'adition d'hérédité est un *contrat* qui suffit seul pour obliger l'héritier envers les créanciers du défunt. ».

La Cour de Caen, dans son arrêt du 10 janvier 1842, a dit que « l'adition pure et simple d'hérédité constitue un quasi-contrat par l'effet duquel l'héritier s'engage personnellement et sur tous ses biens à l'acquit de toutes les obligations valablement contractées par le défunt ».

1. Sur la loi 4, D., *Quibus ex caus. in poss.*

M. l'avocat général Massot disait que ce quasi-contrat renferme une véritable novation.

Les mêmes idées sont reproduites dans l'arrêt de la Cour de Toulouse qui a été cassé par la Cour de cassation. Mais elles n'ont pas reçu l'approbation de M. Demolombe, le savant professeur et doyen de la faculté de Caen ¹.

293. Ceux qui attachent de tels effets à l'acceptation des successions n'ont peut-être pas suffisamment tenu compte des idées qui ont présidé à l'établissement du bénéfice d'inventaire par Justinien (L. 22, C., *De jure delib.*), et aux développements que cette institution a reçus.

L'héritier qui s'empare purement et simplement des biens de la succession les confond avec les siens ; il fait disparaître le gage des créanciers et des légataires. Le droit commun veut que les dettes suivent les biens : *Bona intelliguntur cujusque quæ deducto ære alieno supersunt* (L. 39, D., *De verb. signif.*). Donc, l'héritier qui s'approprie les biens assume sur lui toute la charge des dettes. Il ne peut pas prétendre que le passif dépasse l'actif. N'a-t-il pas reconnu le contraire en acceptant purement et simplement ? Comment d'ailleurs pourrait-il le prouver, puisqu'il n'a pas fait constater la valeur des biens par un inventaire ?

Mais lorsque l'héritier a fait inventaire, il peut dire aux créanciers : Ceci était à moi, cela au défunt. Alors, les biens du défunt sont distincts et séparés de ceux de

1. *Traité des successions*, t. II, n° 507.

l'héritier ; toute confusion est impossible ¹. Les créanciers conservent leur gage ; si ce gage est insuffisant, c'est leur faute ; ils ont à s'imputer d'avoir contracté avec le défunt, malgré son peu de solvabilité. L'héritier leur rend toute justice en payant les dettes jusqu'à concurrence de la valeur des biens.

Ce résultat n'est plus juste, lorsque l'acceptation n'a été précédée d'aucun inventaire. L'héritier, par son acceptation, a confondu les biens du défunt dans les siens ; il a causé un préjudice aux créanciers dont il a fait disparaître le gage, et à titre de réparation, il n'est plus admis à leur dire que les biens sont insuffisants pour payer les dettes : la loi, au nom de l'équité, l'assujettit au paiement de toutes les dettes, même *ultra vires*.

Voilà bien le quasi-contrat, tel que nous venons de le voir défini par Pothier.

Mais il ne faut pas s'y tromper, cette obligation n'est pas une nouvelle dette ; elle ne renferme aucune novation. La novation dont parle l'article 879 est d'une nature spéciale ; ce n'est pas la novation ordinaire dont parle l'article 1271 ; c'est l'acceptation de l'héritier pour débiteur ². Ici, il n'y a ni un nouveau créancier, ni une nouvelle dette. On peut même dire qu'il n'y a pas un nouveau débiteur, car l'héritier représente la personne du défunt ; il est tenu, comme le défunt lui-même, en son lieu et place, en vertu du même titre et de la même

1. Voilà bien pourquoi la Cour de cassation décide, avec raison, que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire vaut séparation des patrimoines.

2. Arrêts de la Cour de cassation du 7 décembre 1814, rapporté dans Dalloz, *Jur. gén.*, v^o *Succession*, n^o 1420, et du 3 février 1857 : Dalloz, 57, 1, 49.

cause, ni plus, ni moins ¹. L'acceptation assujettit l'héritier à toutes les obligations du défunt, mais telles qu'elles, *cum sua causa*, avec toutes les exceptions dont elles sont assorties et, par conséquent, avec l'exception de dotalité.

Telle me paraît être la véritable théorie du quasi-contrat d'adition d'hérédité.

Ils se trompent donc ceux qui disent : Après la dissolution du mariage, il n'y a plus ni biens dotaux, ni biens de la femme : il n'y a que les biens de l'héritier.

Leur erreur vient de ce qu'ils attribuent au quasi-contrat d'adition d'hérédité les effets d'un véritable contrat. Basnage, jurisconsulte normand, ne disait-il pas que l'adition d'hérédité est un contrat qui oblige l'héritier envers les créanciers du défunt ? Cette confusion leur fait voir, dans l'acceptation pure et simple de la succession de la femme, une obligation nouvelle, c'est-à-dire une novation ; et comme les biens dotaux sont libres entre les mains de l'héritier de la femme, en ce sens qu'il peut les aliéner, les partisans de cette opinion sont forcément conduits à décider que l'héritier ne peut pas accepter purement et simplement la succession dotale sans s'obliger, par cela même, personnellement et à nouveau, soit sur les biens dotaux, soit sur ses biens personnels.

C'est ce résultat monstrueux qui faisait hésiter M. l'avocat-général Massot devant la Cour de Caen ; il est la négation absolue de la transmission des biens

¹ 4. LL. 59, D., *De reg. jur.* 1 ; § 1, D., *De except. rei vendit. et tradit.* ; 14, C., *De rei vind.* — V. les nombreuses autorités citées par M. Dalloz, *Jurisp. gén.*, v^o *Succession*, n^o 1418.

dotaux à l'héritier de la femme avec les attributs de la dotalité.

La jurisprudence moderne, après tous les tiraillements dont j'ai parlé, ne s'est associée qu'à demi à ces égarements.

294. On n'a pas oublié comment la Cour de cassation entend la saisine légale et le quasi-contrat d'adition d'hérédité. Tous les droits qui appartenaient à la femme, relativement à l'inaliénabilité de sa dot, passent à son héritier. Mais si l'héritier a accepté purement et simplement la succession, même dotale de la femme, au lieu d'accepter sous bénéfice d'inventaire, il est tenu, suivant le droit commun, de satisfaire à tous les engagements de la femme, soit sur ses biens personnels, soit sur les biens paraphernaux, en vertu de l'article 783.

La Cour de cassation repousse donc, et avec raison, la doctrine de M. Massot et la jurisprudence des Cours de Caen, de Paris, de Toulouse, etc. Mais aussitôt elle tombe dans une erreur non moins grave, qui sacrifie le principe de l'inaliénabilité de la dot, tout en ayant l'air de le respecter.

Voilà une femme qui n'a que des biens dotaux, parce qu'elle s'est mariée sous une constitution générale de dot; elle a cautionné son mari pour des sommes égales, sinon supérieures, à la valeur de ses biens; elle décède dans le mariage et laisse pour unique héritier un enfant qui possède une fortune égale à la dot de sa mère. Cet enfant accepte purement et simplement la succession de sa mère, en s'emparant des biens qui la composent. Quel préjudice cause-t-il aux créanciers de sa mère ?

Aucun, puisque les biens dont il a disposé ne sont pas le gage de leurs créances. « Les créanciers, disait Henrys, qui se sont assurés sur l'obligation de la femme, ont dû savoir que c'était un appui aussi faible que son sujet¹. » L'enfant use de son droit et n'a porté aucun préjudice aux créanciers; il ne leur doit donc aucune réparation; autrement, le droit ne serait plus le droit. N'oublions pas, en effet, que l'inaliénabilité de la dot est établie pour protéger la faiblesse de la femme contre la puissance du mari, et pour maintenir entre les époux la séparation de biens qui est le principe fondamental et le système du régime dotal. La femme et ses héritiers profitent de cette protection et de cette inaliénabilité; voilà pourquoi on dit que le régime dotal est un régime de conservation.

M. Siméon disait, devant le Corps législatif, le 10 février 1804 : « ... Une dot inaliénable, dont la conservation est garantie par tous les moyens possibles, « *qui sera certainement transmise aux enfants*, mais sans « autre profit pour leur mère que l'assurance qu'ils « trouveront dans ses biens les ressources qui peuvent « leur manquer quelquefois dans les biens paternels² ». »

Et cependant la Cour de cassation condamne l'enfant qui s'est approprié les biens dotaux à payer sur ses biens personnels tous les créanciers de sa mère. Ne vaudrait-il pas autant, pour lui, payer avec les biens dotaux? De bonne foi, pourrait-on indiquer une différence sérieuse dans les deux résultats?

1. Voyez ce passage d'Henrys à la fin de la p. 174.

2. Fenet, t. XIII, p. 825.

295. Entendre et appliquer ainsi l'inaliénabilité de la dot, c'est s'en faire l'idée la plus fausse.

Il y a ici une erreur de droit et une erreur de raisonnement.

L'inaliénabilité de la dot est un droit exceptionnel, puisque, suivant le droit commun, chacun peut disposer de ses biens; et n'oublions pas que l'exception est une disposition de la loi qui, par des raisons particulières, s'écarte des règles générales du droit.

Que penserait-on d'un logicien qui prétendrait faire subir l'empire de la règle à l'exception? Sans doute, on aurait raison de lui dire qu'il détruit l'exception et qu'il était bien inutile de la créer, si elle devait rester gouvernée par la règle¹.

La Cour de cassation est ce logicien-là. Elle applique le droit commun, l'article 873 du Code Napoléon, au droit exceptionnel de l'inaliénabilité de la dot : elle détruit ainsi l'exception par la règle. Il raisonnait bien mieux, le jurisconsulte romain qui a écrit : « Dans les cas exceptionnels, nous ne pouvons pas suivre les règles générales du droit² ».

Voilà comment la Cour de cassation a été conduite à décider que l'héritier de la femme jouit, comme la femme elle-même, de l'exception de dotalité contre les engagements de la femme qui n'obligent point sa dot; comment aussi elle en est venue à décider qu'il est tenu, sur ses biens personnels, de toutes les obligations de la femme, lorsqu'il n'a pas accepté sa succes-

1. *Quest. not. de droit*, liv. III, ch. XXIX.

2. Julianus, L. 15, D., *De legibus*. — V. sur tout ceci *supra*, n° 280.

sion dotale sous bénéfice d'inventaire. Elle a admis les créanciers de la femme à dire à ses enfants : Vous n'avez pas pu faire ce que vous avez fait sans vous constituer héritiers purs et simples de votre mère. Or, comme tels, vous êtes tenus au paiement de ses dettes sur vos biens personnels, et vous n'avez que le choix entre le sacrifice de ces biens ou celui des biens dotaux.

— C'est l'éternel sophisme qui eut le privilège de tant embarrasser nos anciens jurisconsultes pour faire profiter les enfants de la réduction des donations, à l'exclusion des créanciers postérieurs; il fut reproduit par M. Réal au conseil d'État. La situation est la même; les biens donnés sont comme les biens dotaux; ils ne sont pas le gage des créanciers. De plus, le droit de réduction est un droit exceptionnel, comme l'inaliénabilité de la dot. On dénature et on mutile l'un et l'autre par l'application du droit commun.

Les rédacteurs du Code ont repoussé ce sophisme après une longue et difficile discussion; l'article 921 ne veut pas que les créanciers puissent demander la réduction ni en profiter.

De toutes les raisons qui furent invoquées pour en venir là, deux allaient à la question. La première est de M. Treilhard : « On ne fait aucun tort aux créanciers, puisqu'ils n'avaient aucun droit à la chose donnée ». La seconde est de M. Tronchet, et reproduit l'idée de la première : les dispositions prohibitives ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles sont établies.

Ces raisons, quoique incomplètes, concordent avec la doctrine romaine dont j'ai déjà parlé. La réduction

est la sanction de la prohibition de disposer au delà de la quotité fixée par la loi; elle est un droit exceptionnel établi en faveur des réservataires, contrairement au droit commun, *contra rationem juris*, qui oblige les héritiers purs et simples à respecter les actes du défunt. On ne peut donc pas lui appliquer les règles du droit commun, *non possumus sequi regulas juris*. S'il en était autrement, le droit exceptionnel serait tenu en échec par le droit commun et, en appliquant les règles ordinaires de l'adition d'hérédité aux créanciers, on leur ferait recueillir le bénéfice d'une exception qui n'a pas été faite pour eux. La loi, qui veut la fin, veut aussi les moyens; et quand elle crée une exception, sa toute-puissance écarte, par cela même, la règle qui lui fait obstacle : *Prohibito uno, prohibita censeantur omnia per quæ ad illud pervenitur* ¹.

Cette théorie, qui avait échappé à la pénétration de Dumoulin, s'applique à plus forte raison à l'héritier qui accepte purement et simplement la succession dotale de la femme. J'ai déjà établi ce point; j'ai cru devoir y revenir, à cause de son importance.

296. Mais, dit la Cour de cassation, l'héritier de la femme dotale a la ressource du bénéfice d'inventaire pour échapper à l'application du droit commun et aux conséquences du quasi-contrat d'adition d'hérédité.

La réponse est faite d'avance : l'héritier n'a pas besoin de cette ressource pour se soustraire aux conséquences du droit commun, puisque ce droit commun ne lui est pas applicable.

¹. Olea, *De cessione juriurum*, t. I, tit. II, quest. 1, n° 49.

Le bénéfice d'inventaire n'a rien à faire ici. On s'en est fait une idée aussi fausse que de l'inaliénabilité de la dot et du quasi-contrat d'adition d'hérédité. Le bénéfice d'inventaire ! Voilà bien le célèbre remède inventé par l'arrêt de Saint-Vast et popularisé par Ricard ; l'invention n'en est pas une ; c'est l'empirisme de la science ; c'est un misérable subterfuge qui n'a que la fausse vertu de calmer les scrupules juridiques et d'endormir les plus fermes esprits.

Le bénéfice d'inventaire suppose évidemment que les biens de la succession sont le gage des créanciers du défunt. Sa théorie se combine avec celle du quasi-contrat d'adition d'hérédité, ou plutôt elle est la même. Quelle nécessité y a-t-il de faire constater par un inventaire la valeur de biens sur lesquels les créanciers n'ont aucun droit ? Quel préjudice l'héritier peut-il causer aux créanciers en s'emparant purement et simplement de ces biens ? La preuve qu'il en est ainsi, c'est que l'article 802 oblige l'héritier bénéficiaire à payer les dettes jusqu'à concurrence de la valeur des biens ou à abandonner tous les biens aux créanciers pour se décharger du paiement des dettes.

Le bénéfice d'inventaire n'est donc pas une vaine formalité de procédure ; et quand l'héritier a pris ce parti, il lui reste encore quelque chose à faire : c'est d'exécuter l'obligation alternative que lui impose l'article 802. Mais cette exécution est la ruine de l'inaliénabilité de la dot, et l'on se trouve engagé dans une voie sans issue. Alors les partisans les plus décidés du bénéfice d'inventaire, ceux-là même qui le proposent comme un remède souverain aux difficultés de la situation, recu-

lent devant son application ; ils disent que les biens dotaux n'étant pas le gage des créanciers, l'héritier bénéficiaire ne doit pas être tenu, soit de les abandonner, soit de payer les dettes jusqu'à concurrence de la valeur de ces mêmes biens.

Les traditions jurisprudentielles et doctrinales ont exercé ici une influence regrettable ; nous connaissons l'arrêt de Saint-Vast ; écoutons maintenant Ricard :

« Par ce moyen (le bénéfice d'inventaire), il n'y a
« point de difficultés que l'héritier bénéficiaire aura
« droit d'exercer sa légitime de la même sorte que s'il
« s'était porté héritier purement et simplement ; et
« lorsqu'il aura joui du privilège que lui a donné sa
« qualité, il pourra renoncer à son bénéfice d'inven-
« taire et à la succession, et en ce faisant, il repren-
« dra franchement et quittement le retranchement
« qu'il a fait faire des donations entre vifs, en vertu
« de sa légitime, de la même façon que par le moyen
« de cette renonciation au bénéfice d'inventaire, il
« emporte, en d'autres occasions, le douaire et les
« autres avantages qui lui avaient été faits par son
« père ¹. »

Le bon sens de tous nos anciens jurisconsultes ne fut pas dupe de ce biais ; nous avons vu en effet que, malgré la doctrine de Ricard et de ses nombreux adhérents, la question de savoir si les créanciers pourraient profiter de la réduction était encore indécise au moment où fut discuté le Code Napoléon, si bien qu'elle donna

1. *Traité des donations*, 3^e part., ch. VIII, sect. 5, t. I, n° 983, p. 651.

lieu à une mémorable discussion au sein du conseil d'État¹. Deux siècles n'avaient pas suffi pour résoudre la difficulté !

297. La doctrine de l'arrêt de Saint-Vast et de Ricard avait obtenu l'adhésion du Tribunal de cassation qui, dans ses *observations*, avait proposé un projet d'article ainsi conçu :

« Les créanciers, donataires et légataires du défunt,
« ne peuvent demander la réduction ; et si elle l'a été
« par un héritier bénéficiaire, il n'est pas tenu de ren-
« dre compte de la portion qu'il recueille à ce titre,
« laquelle tourne à son profit personnel sans charge de
« dettes, sauf les hypothèques sur les biens recueil-
« lis². »

C'est à cette source lointaine que la Cour suprême est allé chercher la jurisprudence que je combats. Il est remarquable que cette jurisprudence, au lieu de s'éclairer des discussions qui ont précédé le Code Napoléon, reproduit une doctrine que ce Code a finalement condamnée par ses articles 802 et 921, en matière de réduction. L'article 802 ne permet pas, dans aucun cas, à l'héritier bénéficiaire de retenir les biens de la succession, sans en payer les dettes jusqu'à due concurrence. L'article 921 ne fait aucune mention de l'acceptation bénéficiaire ; il ne renferme pas un seul mot qui, de près ou de loin, reproduise le projet d'article proposé par le Tribunal de cassation. Il ne faut pas oublier d'ailleurs que, dans la discussion qui eut lieu au

1. V. plus haut, n° 278.

2. Fenet, t. II, p. 701.

conseil d'État, un seul membre, M. Réal, parla du bénéfice d'inventaire, mais ce ne fut que pour en repousser l'application.

Il serait bien extraordinaire que les rédacteurs du Code Napoléon, après avoir si bien condamné cette doctrine, en matière de réduction (elle ne trouva pas un seul défenseur devant le conseil d'État et n'y fut mentionnée que pour être repoussée), l'eussent néanmoins reproduite sans aucune discussion, en matière de transmission des biens dotaux aux héritiers de la femme ! Il faudrait un article bien formel pour aller jusque-là ; et si cet article existait, il serait une contradiction choquante dans le Code Napoléon. La Cour de cassation croyait bien qu'un article était nécessaire, puisqu'elle en proposait un, pour faire passer dans le Code Napoléon la doctrine de l'arrêt de Saint-Vast et de Ricard. Et cependant, sans aucun texte à l'appui, elle transporte cette doctrine dans le régime dotal où elle n'a jamais existé, ni pu exister. Son erreur vient de ce qu'elle applique le droit commun au droit exceptionnel qui régit l'inaliénabilité de la dot. Sa jurisprudence fait prendre à l'héritier de la femme dotale une fausse voie qui conduit inévitablement à une impasse juridique, puisque c'est la voie du bénéfice d'inventaire, fondée sur le droit commun, c'est-à-dire sur la négation de l'inaliénabilité dotale. Aussi, en présence de l'obligation alternative, imposée à l'héritier bénéficiaire, d'abandonner les biens ou de payer les dettes jusqu'à concurrence de leur valeur, on n'exécute plus les règles du bénéfice d'inventaire ; on autorise l'héritier bénéficiaire de la femme dotale à retenir les biens sans payer

les dettes. Alors la comédie du bénéfice d'inventaire est finie ; tous les scrupules sont calmés ; les créanciers doivent se tenir pour satisfaits de ce faux hommage rendu au droit commun.

En vérité ne valait-il pas mieux commencer par où l'on finit ?

298. Les articles 988 et 989 du Code de procédure civile disposent que l'héritier bénéficiaire qui vend les biens de la succession , sans observer les formalités prescrites par la loi , sera réputé héritier pur et simple. Ainsi l'héritier bénéficiaire ne pourra pas disposer des biens dotaux , les donner , par exemple , pour l'établissement de ses enfants , sans perdre sa qualité d'héritier bénéficiaire , et dans ce cas , suivant la jurisprudence de la Cour de cassation , il est tenu au paiement des dettes de la femme sur tous ses biens personnels.

Sans doute , après avoir dispensé l'héritier bénéficiaire de l'application de l'article 802 du Code Napoléon, la Cour de cassation peut le dispenser aussi de l'application des articles 988 et 989 du Code de procédure. Mais ces dispenses sont graves ; car , de deux choses l'une : ou le bénéfice d'inventaire est de mise en pareille matière , et alors il faut en appliquer toutes les règles ; ou il ne l'est pas, et alors il ne faut pas engager l'héritier dans cette mauvaise voie.

L'esprit se refuse à comprendre comment l'héritier qui s'approprie les biens dotaux avec le simulacre d'une acceptation bénéficiaire n'est tenu d'aucunes dettes , même sur ses biens personnels ; tandis que s'il a commencé par où en réalité on le fait finir, s'il s'est em-

paré des biens dotaux directement et sans le dispendieux circuit d'une acceptation bénéficiaire qui n'en est pas une, il est tenu des dettes sur ses biens personnels. On ne voit pas comment, par cette acceptation bénéficiaire d'une nouvelle espèce, les intérêts des créanciers sont mis à couvert mieux que par une acceptation pure et simple. La différence dans les résultats est un effet sans cause.

Il fallait dire : Les biens dotaux, à cause du principe exceptionnel de leur inaliénabilité, ne sont pas le gage des créanciers ; l'héritier de la femme qui s'en empare directement ne porte aucun préjudice aux créanciers : il n'y a donc pas de raison d'accorder à ces créanciers un recours sur ses biens personnels.

S'il est vrai que l'héritier soit tenu aux dettes sur ses biens personnels, parce qu'il a causé un préjudice aux créanciers en mettant la main sur les biens du défunt, on ne comprend pas comment il ne serait pas tenu même sur les biens dotaux. Vainement la Cour de cassation invoque les principes de la saisine légale et de la transmission héréditaire. Ils ne sont pas applicables ici, à cause du préjudice résultant de l'appréhension des biens dotaux. De deux choses l'une : ou cette appréhension ne cause aucun préjudice aux créanciers, comme je ne cesse de le dire, et alors on ne doit pas assujettir l'héritier à le réparer, même sur ses biens personnels ; ou il en résulte un préjudice, et alors la réparation en est due même sur les biens dotaux. Les biens dotaux sont certainement aliénables à raison des faits de l'héritier qui portent préjudice à autrui. C'est ainsi que l'héritier qui aurait appréhendé non-seule-

ment les biens dotaux, mais encore les biens paraphernaux, serait tenu des dettes, soit sur ses biens personnels, soit sur les biens dotaux et les biens paraphernaux.

299. En résumé, le problème juridique, source de tant d'embarras et d'erreurs, vient de ce que le principe exceptionnel de l'inaliénabilité de la dot fut décrété à une époque où l'art des jurisconsultes lui fit défaut pour en développer les conséquences logiques, et l'élever à la hauteur d'une théorie scientifique. On en rend la solution impossible en faisant concourir et rencontrer le droit commun par le droit exceptionnel de l'inaliénabilité dotale : il en résulte une confusion et des difficultés inextricables. Le droit exceptionnel, au lieu d'être subordonné au droit commun, doit en être isolé ; l'exception ne doit pas fonctionner dans la dépendance de la règle : elle doit avoir un mouvement à part.

C'est ce que la Cour de cassation a fort bien compris dans d'autres circonstances ; elle disait, dans un arrêt rendu par les chambres réunies, le 13 mars 1844 :

« Il a toujours été reconnu que la loi générale devait
« céder à la loi spéciale, et que là où celle-ci présentait une disposition, elle devait être seule appliquée,
« quelque contraire qu'elle fût au droit commun ¹. »

Ici, pour être dans le vrai, la Cour de cassation n'avait besoin que de se souvenir et d'être d'accord avec elle-même.

¹. *Journal du palais*, t. I, de 1844, p. 448, affaire Mendibourne.

300. On arrive ainsi , juridiquement et rationnellement , aux conséquences suivantes :

1^o L'héritier de la femme qui appréhende les biens dotaux purement et simplement ne touche pas au gage des créanciers ; il n'est donc pas tenu des dettes , soit sur les biens dotaux , soit sur ses biens personnels ;

2^o Le bénéfice d'inventaire appartient au droit commun ; il n'est qu'un vain expédient et n'a aucun sens lorsque les biens ne sont pas le gage des créanciers ; son application sacrifie le droit exceptionnel et l'inaliénabilité de la dot.

301. Il faut aller plus loin , et dire que l'héritier peut accepter la succession de la femme pour les biens dotaux et y renoncer pour les biens paraphernaux.

Cette proposition paraîtra d'abord extraordinaire. On dira que l'acceptation d'une succession est indivisible et que l'héritier doit accepter ou renoncer pour le tout. Cette indivisibilité vient de la règle du droit romain : *Nemo potest partim testatus , partim intestatus decedere* , règle fondée sur l'idée que l'héritier est la représentation et la continuation du défunt , et qu'une personne ne peut pas être représentée pour partie. Le droit romain lui-même savait au besoin faire bon marché de cette règle , notamment en matière de testament militaire : ce qui faisait dire à Vinnius que les règles fondées sur la subtilité du droit plutôt que sur l'équité n'avaient pas lieu dans ces sortes de testaments : *Quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent , ea in militaribus testamentis eorumve interpretatione locum non*

*habere ostendimus*¹. En effet, il y avait dans l'hérédité du soldat les biens acquis dans les camps, *res castrenses*, et les autres biens acquis en dehors de la profession militaire, *cæteræ res*. On considérait qu'à raison de cette origine diverse des biens il y avait en quelque sorte dans le soldat deux personnes et deux hérédités, comme si sa personne était double : *Quasi duorum hominum duas hereditates*, dit la loi 17. D., *De testam. milit.*

La même dualité se trouve chez la femme qui laisse des biens dotaux et des biens paraphernaux. Il y a comme deux personnes, la femme dotale et la femme paraphernale, et comme deux successions, la succession dotale et la succession paraphernale.

La nature diverse de ces deux sortes de biens est plus fortement caractérisée qu'en droit romain dans la succession du soldat :

1^o Les biens dotaux sont inaliénables, les biens paraphernaux ne le sont pas ;

2^o Les uns sont gouvernés par le droit exceptionnel, les autres par le droit commun ;

3^o Dans le vœu de la loi, les biens dotaux doivent être transmis aux héritiers de la femme, tandis que les biens paraphernaux n'ont pas cette destination spéciale.

La plupart des auteurs décident qu'un ascendant donateur, quand il est appelé en même temps à la succession anormale et à la succession ordinaire, peut

1. Sur le § 5, Instit., *De heredib. instit.*

accepter la première et renoncer à la seconde ¹. La raison en est que l'hérédité du donataire présente à l'égard de l'ascendant donateur deux successions distinctes pour lesquelles il a deux titres différents, l'un comme donateur, l'autre comme parent.

L'héritier de la femme a précisément ce double titre : pour les biens dotaux, c'est le droit exceptionnel de l'inaliénabilité et de la transmission aux héritiers de la femme ; pour les biens paraphernaux, c'est le droit commun.

Ici le droit commun, c'est l'indivisibilité de l'acceptation de la succession, fondée sur l'ancien principe que l'héritier est la continuation et la représentation du défunt. Ceux qui invoquent ce principe d'indivisibilité et de représentation ne font pas attention qu'il remonte à une époque où le droit ne mettait aucune entrave au pouvoir de disposer des biens à titre gratuit ou onéreux. Mais depuis qu'il a été tempéré par la réduction des donations excessives et par l'inaliénabilité de la dot, dans un but que tout le monde connaît, comment pourrait-on l'invoquer pour empêcher ces deux institutions de fonctionner et d'atteindre leur but ? Le droit romain lui-même nous prévient qu'il ne faut pas appliquer le droit commun aux matières qui lui sont contraires.

La question se réduit donc à savoir s'il est nécessaire de diviser l'acceptation de la succession de la femme pour sauver l'inaliénabilité de la dot ?

Cette division n'est pas nécessaire, ni même possible,

1. V. dans M. Dalloz, *Jurisp. gén.*, v^o *Succession*, n^o 224, les nombreuses autorités qu'il invoque en faveur de cette opinion.

lorsque la femme s'étant constitué en dot tous ses biens meurt dans le mariage. Il est certain alors que sa succession est exclusivement dotale. Alors aussi il faut dire que le droit exceptionnel de l'inaliénabilité dotale ne peut pas être écarté par le droit commun de l'acceptation héréditaire.

Mais lorsque la succession de la femme se compose de biens dotaux, régis par le droit exceptionnel, et de biens paraphernaux, régis par le droit commun, la situation change ; l'héritier qui appréhende les biens paraphernaux, gage des créanciers, est tenu au paiement de toutes les dettes de la femme, même sur les biens dotaux. Il faut donc qu'il puisse renoncer à la succession paraphernale ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire, et accepter purement et simplement la succession dotale.

Cette doctrine a au moins le mérite d'être conforme aux règles rationnelles que le droit romain nous a transmises pour l'application des lois ; elle respecte les principes contraires du droit commun et du droit exceptionnel, et, au lieu de les mettre en lutte, elle les sépare en faisant la part de chacun.

302. De tout ceci résulte une conséquence importante qui n'a jamais été signalée par la doctrine ni par la jurisprudence. Dans les circonstances ordinaires, l'héritier, pour prendre un parti, se détermine en comparant l'actif au passif. L'héritier de la femme dotale doit calculer tout autrement et prendre en considération la nature plus que le chiffre du passif pour l'acceptation de la succession dotale. Si les dettes, quoique

supérieures aux biens dotaux, ne les obligent pas, l'héritier ne doit point renoncer pour cela, ni, à notre avis, accepter sous bénéfice d'inventaire. Si, au contraire, les dettes obligent les biens dotaux, l'héritier doit, en comparant l'actif de la dot à son passif, renoncer à la succession dotale ou ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire. En acceptant purement et simplement, il serait tenu des dettes *ultra vires*, à raison de leur nature particulière, même sur les biens dotaux.

CHAPITRE IV.

DE LA RÉVOCATION DE L'ALIÉNATION DU FONDS DOTAL.

SOMMAIRE.

303. Transition. — L'action en révocation ou en nullité de l'aliénation du fonds dotal a un caractère différent, suivant que l'aliénation a été consentie par les époux conjointement ou par l'un d'eux seulement.
304. La nullité de l'aliénation est relative et non pas absolue.
305. Conséquences du caractère relatif de la nullité. — L'aliénation peut être ratifiée. — Elle est translatrice de la propriété. — Lorsque la femme a vendu deux fois le même immeuble dotal, pendant le mariage et après sa dissolution, le second acquéreur est préférable au premier. — Pourquoi ?
306. Autre conséquence du caractère relatif de la nullité. — L'aliénation peut être cautionnée. — Le cautionnement donné par la femme sur ses biens paraphernaux est-il valable ?
307. Les créanciers du mari ne peuvent pas demander la révocation de l'aliénation. — Ceux de la femme ne le peuvent pas non plus, quand ils n'ont pas d'action sur les biens dotaux. — *Secus*, dans le cas contraire, quoique leurs droits soient postérieurs à l'aliénation.
308. Différence entre l'action révocatoire de l'article 1560 et l'action révocatoire de l'article 1167.
309. L'acheteur du fonds dotal peut-il demander la résolution de la vente, à cause de la révocation dont il est menacé ?
310. *De l'action révocatoire du mari.* — Raison de ce droit du mari.
311. A quelles obligations le mari est-il tenu envers l'acheteur qu'il évince ? — Le mari qui n'a pas déclaré la dotalité dans le contrat de vente doit-il des dommages-intérêts à l'acheteur qui connaissait la dotalité autrement que par le contrat ?
312. Le mari qui a simplement autorisé la vente n'en reste pas moins sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur.
313. *De l'action révocatoire de la femme.* — Elle ne peut être exercée qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, tandis que celle du mari ne peut s'exercer qu'avant la séparation de biens.

314. Explication de cette différence entre l'action du mari et celle de la femme. — L'action révocatoire est administrative et appartient au conjoint qui a l'administration.
315. Erreur de la doctrine moderne qui confond l'action révocatoire avec l'action pétitoire et s'autorise de l'article 1560 pour décider que l'article 1549 accorde l'exercice des actions pétitoires au mari.
316. Étrange conséquence de cette doctrine. — Résumé.
317. Autre différence entre l'action du mari et celle de la femme. — L'acheteur évincé ne doit la restitution des fruits au mari que du jour de la demande ; il la doit à la femme depuis la séparation de biens, s'il est de mauvaise foi, et depuis la demande, s'il est de bonne foi.
318. Y a-t-il, en cette matière, une bonne foi spéciale, comme il y a un droit spécial pour les dommages et intérêts? — La mauvaise foi ne peut-elle résulter que de la déclaration de la dotalité dans le contrat ?
319. La femme peut-elle, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, opter entre la révocation de l'aliénation du fonds dotal et la restitution du prix par le mari.
320. L'option faite par la femme séparée de biens est définitive, lorsqu'elle s'applique au fonds dotal.
321. *Quid* si la femme opte pour le prix ? — D'où viennent les difficultés sur cette matière ? — L'option est encore définitive.
322. Hors le cas d'option entre la chose et le prix, la femme, même séparée de biens, ne peut pas ratifier l'aliénation pendant le mariage.
323. La femme qui ratifie l'aliénation expressément ou tacitement, après la dissolution du mariage, ne peut plus la faire révoquer.
324. *Quid* de la femme héritière du mari ? — Distinction. — Si le mari avait vendu en nom qualifié, comme mari, il ne devait pas la garantie ; la femme ne la doit pas non plus et peut faire révoquer l'aliénation. — Si le mari avait vendu en son nom personnel, il devait la garantie ; la femme la doit aussi et ne peut pas évincer.
325. *De l'action des héritiers de la femme.* — Leur droit de révocation prouve que le quasi-contrat d'adition d'hérédité n'opère pas novation. — Importance de l'article 1560 à ce point de vue. — Son accord avec l'article 921.
326. Le mari, héritier de la femme, peut faire révoquer l'aliénation, suivant les distinctions qui s'appliquent à la femme héritière du mari.
327. *Des obligations de l'acheteur évincé.* — Il doit restituer le

fonds dotal et ne peut pas le retenir jusqu'au remboursement des impenses nécessaires ou utiles qui en ont augmenté la valeur.

— Pourquoi ?

328. Il doit restituer le fonds dotal dans son intégrité.

329. Il ne peut retenir aucune partie du fonds dotal en représentation des améliorations ou des constructions faites par le mari.

330. *De la restitution des fruits due par l'acheteur.* — Renvoi.

303. Nous avons vu, dans les chapitres précédents, que le régime dotal sépare les biens des époux. Cette séparation, avons-nous dit, a pour conséquence l'inaliénabilité de la dot, et l'inaliénabilité elle-même a pour sanction la révocabilité ou la nullité de l'aliénation.

Il s'agit maintenant de rechercher quels sont les effets de l'inaliénabilité, lorsque les époux, conjointement ou séparément, y ont contrevenu.

L'article 1560 est ainsi conçu :

« Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être
« expliqués, la femme ou le mari, ou tous les deux
« conjointement, aliènent le fonds dotal, la femme ou
« ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation
« après la dissolution du mariage, sans qu'on puisse
« leur opposer aucune prescription pendant sa durée :
« la femme aura le même droit après la séparation de
« biens. Le mari lui-même pourra faire révoquer
« l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins
« sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur,
« s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu
« était dotal. »

L'action en révocation dont parle cet article s'applique aux aliénations prohibées par la loi, c'est-à-dire

aux aliénations faites hors les cas d'exception qui ont été expliqués par les articles précédents.

Lorsque l'aliénation a été faite indûment par les deux époux conjointement, la révocation a son motif unique dans le principe d'inaliénabilité. Mais si l'aliénation a été consentie par l'un des époux seulement, une autre cause de révocation ou de nullité vient s'ajouter à celle de l'inaliénabilité. Est-ce la femme qui a aliéné le fonds dotal sans l'autorisation de son mari ? L'aliénation est doublement nulle, à cause de l'inaliénabilité du fonds dotal, et à cause de l'incapacité de la femme. Est-ce le mari qui seul a aliéné le fonds dotal ? L'aliénation est encore doublement nulle, comme portant sur une chose inaliénable et sur la chose d'autrui.

304. Quel est le caractère de la révocabilité ou nullité de l'aliénation du bien dotal ? Cette nullité est-elle absolue ou simplement relative ?

On ne s'est pas fait toujours des idées bien exactes sur ce point de droit.

Le conseil d'État s'y était d'abord trompé. Un projet d'article portait que « *l'aliénation sera radicalement nulle* ». Ces expressions voulaient dire, d'après les explications données par plusieurs conseillers d'État, que la nullité serait absolue, que l'aliénation serait comme si elle n'existait pas, et qu'elle ne pourrait être opposée à personne.

Le Tribunat comprit mieux la question et repoussa les exagérations du conseil d'État : il proposa de supprimer les mots : « *l'aliénation sera radicalement nulle* », comme étant inutiles et dangereux. Ces expressions

furent supprimées et ne se retrouvent pas dans l'article 1560.

La conclusion qui résulte de ce retranchement, c'est que le législateur considéra la nullité de l'aliénation comme étant simplement relative. Ce caractère, en effet, suffit pleinement à la femme pour la protéger contre les abus de la puissance du mari qui a imposé l'aliénation et qui en a profité. Quand la femme, après la dissolution du mariage, ou ses héritiers, peuvent faire révoquer l'aliénation, sans être tenus de prouver qu'ils éprouvent un préjudice quelconque, que leur faut-il de plus ?

305. Le caractère relatif de la nullité conduit à des conséquences importantes.

1^o L'aliénation peut être ratifiée par la femme, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, suivant les distinctions qui vont suivre ; elle peut l'être aussi par ses héritiers.

Et si la femme ou ses héritiers laissent passer dix ans après la dissolution du mariage, sans exercer l'action en révocation, leur silence est considéré comme une ratification ; leur action est prescrite, conformément à l'article 1304.

2^o L'aliénation, puisqu'elle n'est pas absolument nulle et inexistante, a pour effet de transmettre la propriété. En conséquence, la vente que la femme, devenue veuve, consentirait à un second acquéreur, serait nulle comme vente de la chose d'autrui (art. 1599). De là résulte une complication d'intérêts qu'il importe de démêler. Supposons l'espèce suivante :

Une femme a vendu, pendant son mariage, un immeuble dotal à Primus. Devenue veuve, elle revend le même immeuble à Secundus, sans avoir ratifié la première vente et sans en avoir fait prononcer la révocation. Quel est celui de ces deux acquéreurs successifs qui devra, en définitive, rester propriétaire de l'immeuble deux fois vendu ? C'est le dernier. Voici comment les raisons abstraites de cette décision se dégagent de la métaphysique du droit.

Si Secundus agit en revendication contre Primus que nous supposons être en possession, Primus pourra lui opposer que la seconde vente est nulle comme vente de la chose d'autrui. Mais tout ne sera pas dit pour cela. Secundus répliquera que si la vente est nulle comme vente de la chose d'autrui au point de vue du transport de la propriété, elle n'en renferme pas moins une cession implicite de l'action en révocation de la première aliénation, qui appartenait à la femme. En effet, la vente oblige la femme à délivrer l'immeuble *cum sua causa*, avec tous les droits et tous les attributs qui sont de nature à procurer à l'acheteur la propriété et la possession de la chose vendue. Or, un des droits et des attributs essentiels de l'immeuble, c'est l'action en révocation de la première vente. Secundus pourra donc conclure à cette révocation et évincer Primus ; il pourrait aussi, bien entendu, agir directement en révocation de la première vente.

306. Une autre conséquence du caractère relatif de la nullité, c'est que l'aliénation peut être cautionnée. Il paraît fort difficile de contester la validité d'un tel

cautionnement, lorsqu'il est fourni par des tiers ¹.

Mais *quid* si c'est la femme elle-même qui a cautionné l'aliénation sur ses biens paraphernaux ?

Cette question est très-controversée ; à notre avis, elle doit être résolue négativement. On ne comprend pas que la femme puisse valablement se cautionner contre elle-même, c'est-à-dire contre la prohibition d'aliéner son fonds dotal. Son cautionnement est contraire à la loi, puisqu'il a pour objet un moyen d'éluder la prohibition d'aliéner le fonds dotal ; il est donc nul, aux termes des articles 1133 du Code Napoléon et 83, § 6, du Code de procédure. La loi n'accorde pas d'effet civil aux conventions qui vont contre ses prohibitions ; elle ne permet pas de faire indirectement ce qu'elle défend de faire directement. Si la femme a des biens paraphernaux, pourquoi ne les aliène-t-elle pas plutôt que ses biens dotaux ?

307. La révocation de l'aliénation peut-elle être demandée par les créanciers du mari ou de la femme ?

Et d'abord, les créanciers du mari n'ont aucune qualité pour demander la révocation. Il est bien vrai que le mari peut faire révoquer l'aliénation pendant le mariage et avant la séparation de biens ; mais alors il agit comme chef de la famille et comme administrateur de la dot : c'est un droit qui lui est exclusivement personnel, qui ne passe point à ses héritiers et qui ne peut pas être exercé par ses créanciers. Il est vrai encore que les

1. Arrêt de la Cour de cassation du 4 juillet 1849 (Dalloz, 49, 1, 330) et, en sens contraire, Merlin, Répert., v^o Dot, § 8, n^o 5 et Zachariæ, t. III, p. 579.

créanciers du mari ont intérêt à la révocation, afin de faire porter leurs exécutions sur les fruits ou revenus du bien dotal; mais la loi et la justice ne peuvent pas donner satisfaction à cet intérêt : les fruits de la dot ont pour destination de supporter les charges du mariage et nullement de payer les dettes du mari. Sans doute les créanciers du mari peuvent faire saisir les fruits des biens dotaux dont le mari jouit; mais la saisie, en détournant les fruits de leur destination naturelle, met la dot en péril et prouve l'insolvabilité du mari. La femme peut donc demander sa séparation de biens et la distraction des fruits saisis suivant la proportion déterminée par l'article 1571 ¹. On le voit, il n'est pas possible d'accorder l'action en révocation aux créanciers du mari pour arriver à un si médiocre résultat : ce serait autoriser les vexations et les procédures frustratoires.

Quant aux créanciers de la femme, il est nécessaire de distinguer.

Si les créanciers n'ont pas d'action sur les biens dotaux, comment pourraient-ils être admis à en faire révoquer l'aliénation, puisque, après la révocation, ils ne seraient pas plus avancés qu'avant ?

Mais, s'ils ont action sur les biens dotaux, soit parce que leur droit de créance a date certaine antérieure au mariage, soit parce qu'il dérive d'un crime ou d'un délit commis par la femme pendant le mariage, la situation change. L'action en révocation est un bien de la

¹. V. *supra*, n° 224.

femme ; elle fait partie de son patrimoine¹ ; elle est le gage de ses créanciers (article 2093). Ceux-ci peuvent donc faire révoquer l'aliénation pour exercer ensuite leurs droits sur les biens ainsi rentrés dans le patrimoine de leur débitrice.

308. Et peu importerait que le droit des créanciers de la femme ne fût né qu'après l'aliénation. En effet , il ne faut pas confondre l'action révocatoire dont parle l'article 1560 , avec l'action Paulienne dont parle l'article 1167, qui a pour objet la révocation des actes faits par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers. L'action Paulienne est fondée sur la fraude du débiteur qui soustrait à ses créanciers des biens que l'article 2093 déclare être leur gage. Il faut donc que les droits des créanciers soient antérieurs à l'acte frauduleux ; autrement, il n'y aurait pas de préjudice pour les créanciers ; ils auraient à s'imputer d'avoir traité avec le débiteur et d'avoir suivi sa foi dans l'état où il avait mis son patrimoine ; ils ne peuvent donc pas plus tard se plaindre de cet état, ni dire qu'il en résulte pour eux une fraude et un préjudice : *Volenti non fit injuria*. Au contraire, l'action révocatoire de l'aliénation du bien dotal n'est pas fondée sur la fraude de la femme ; cette fraude n'est pas même possible , puisque la femme est présumée avoir agi sous l'influence de la puissance maritale. De plus, l'action Paulienne n'est pas accordée au débiteur, mais bien à ses créanciers ; comment le débiteur pourrait-il invoquer sa propre fraude pour faire révoquer

1. Voyez les lois 143, D., *De reg. jur.* et 52 D., *De acq. rer. dom.*, dont on a tiré la règle : *Qui habet actionem, habet rem.*

ses actes? D'où suit que l'action Paulienne n'est pas dans les biens du débiteur et ne fait point partie de son patrimoine ; tandis que l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal appartient à la femme et réside sur sa tête : elle fait partie du patrimoine de la femme. Voilà pourquoi les créanciers , quoique postérieurs à l'aliénation , ont le droit de la faire révoquer. Enfin , les créanciers qui exercent l'action Paulienne sont des tiers , puisqu'ils agissent en vertu d'un droit qui leur est propre et que la loi leur accorde , tandis que les créanciers de la femme qui font révoquer l'aliénation de son bien dotal exercent ses droits conformément à l'article 1166 et sont ses ayants-cause. Par conséquent, la ratification de l'aliénation par la femme leur serait opposable , sauf à eux à la faire révoquer , suivant les circonstances , par l'action Paulienne , conformément à l'article 1167.

309. L'acheteur peut-il demander la résolution de la vente à cause de la révocation dont il est menacé ? Il faut d'abord , sans aucune hésitation , refuser ce droit à l'acheteur qui a connu le caractère dotal et inaliénable du fonds au moment où il l'a acheté. On ne le traite pas trop rigoureusement en l'obligeant à subir jusqu'au bout le péril auquel il s'est volontairement exposé.

La question ne peut présenter quelque difficulté que dans l'hypothèse où l'acheteur aurait ignoré la dotalité et l'inaliénabilité du fonds. Cette ignorance est presque impossible. Le président Fabre dit qu'un acquéreur doit être vigilant et tout vérifier : *Curiosus esse debet*. La

bonne foi ne doit pas être confondue avec la témérité et l'aveuglement volontaire. Supposons que l'acte d'acquisition énonce que l'immeuble vendu appartient à la femme, ou bien que la vente ait été consentie par le mari et la femme : chacune de ces circonstances doit éveiller l'attention de l'acheteur et l'engager à vérifier si l'immeuble est dotal ou paraphernal. S'il n'a pas fait cette vérification, il est inexcusable ; il ne peut pas invoquer la juste ignorance sans laquelle il n'y a point de bonne foi. L'acheteur ne pourra donc pas demander la résolution de la vente toutes les fois qu'il ne pourra pas invoquer sa bonne foi.

Supposons maintenant, quoique la chose soit bien difficile, que l'acheteur soit de bonne foi. Même dans ce cas, nous ne pensons pas qu'il puisse demander la résolution de la vente. La résolution et la révocation sont une même chose ; or, l'article 1560 n'accorde qu'au mari, à la femme ou à ses héritiers le droit de faire révoquer l'aliénation. Et c'est fort juste, puisque la nullité de l'aliénation est relative, ce qui veut dire qu'elle ne peut être invoquée que par ceux en faveur desquels la loi l'a établie.

Passons maintenant à l'exercice de l'action en révocation soit par le mari, soit par la femme ou par ses héritiers.

§ 1. — *De l'action du mari.*

310. A première vue, ce droit du mari paraît fort extraordinaire. Le mari a vendu ; tout au moins, il a concouru à la vente ; il en a peut-être reçu le prix :

comment se fait-il qu'il puisse revenir contre son propre fait et évincer l'acheteur ?

Voilà ce que d'excellents esprits n'ont pas réussi à comprendre. Ainsi, M. Tessier déclare que la disposition de l'article 1560, en ce qui concerne le mari, *est difficile à justifier en principe*¹, et M. Odier va jusqu'à dire qu'elle est *complètement injustifiable, quelque faveur que mérite la conservation de la dot*².

Cette disposition est de droit nouveau dans le Code Napoléon. A l'époque où elle y prit place, le conseil d'État considérait la nullité de l'aliénation comme absolue. M. Berlier critiqua la partie de l'article 1560 qui permettait au mari d'évincer l'acquéreur. « *Con-*
« *vient-il, disait ce conseiller d'État, que le mari qui a*
« *vendu de mauvaise foi puisse lui-même exproprier*
« *l'acquéreur en lui payant des dommages-intérêts ?*
« *Peut-il être admis à revenir contre son propre fait ?*
« *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit*
« *exceptio.* L'article proposé est directement contraire à
« *cette maxime.* »

Portalis lui répondit que la nullité était absolue et qu'il était permis à tout le monde de faire valoir ces sortes de nullités. Il ajouta la considération suivante qui vaut beaucoup mieux : « *Cependant, comme le mari est*
« *le chef de la société conjugale, qu'il doit pourvoir à la*
« *subsistance de sa femme et de ses enfants, et que la*
« *dot est constituée pour la leur fournir, on ne peut lui*
« *refuser le droit de faire valoir la nullité* ».

1. *De la dot*, t. II, note 695.

2. *Contrat de mariage*, n° 1327.

Voilà la véritable raison. La nullité a été établie dans l'intérêt de la famille dont le mari est le chef ; quand le mari demande la nullité, il n'exerce pas un droit qui lui soit propre ; il agit comme administrateur de la dot ; il rend la dot à sa destination naturelle, qui consiste à soutenir les charges du mariage. Voilà pourquoi le droit d'action du mari cesse avec son droit d'administration, par la séparation de biens ou la dissolution du mariage. Le mari, en vendant le fonds dotal, avait commis une faute et violé ses devoirs d'administrateur ; il répare le mal qu'il avait fait et il rentre dans ses devoirs d'administrateur, quand il demande la nullité de la vente ; il ne doit pas y avoir de fin de non-recevoir contre l'accomplissement d'un devoir. En vendant le fonds dotal, le mari avait fait un acte d'égoïsme et d'intérêt privé ; en demandant la nullité, il agit dans l'intérêt du ménage, et c'est en considération de cet intérêt qu'il lui est permis de venir contre son propre fait : *Non in suum, sed tantum in uxoris commodum, contra suum veniens factum*, dit Voët¹.

311. L'équité veut que le mari rembourse le prix à l'acheteur évincé, soit que celui-ci ait connu la dotalité, soit qu'il l'ait ignorée. La bonne foi ne permet pas de faire à l'acheteur une condition qui lui fasse perdre la chose et le prix. De plus, le mari reste sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur évincé, s'il ne lui a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal.

1. *Comm. ad Pand.*, liv. vi, tit. 1, *De rei vindic.*, n° 19.

Dans le contrat, dit l'article 1560. Malgré ces expressions, d'excellents esprits ont pensé que l'acheteur n'aurait pas droit à des dommages et intérêts, s'il avait connu la dotalité autrement que par les termes du contrat. Les bonnes raisons ne manquent pas en faveur de cette opinion.

Et d'abord, il s'agit de dommages et intérêts : or, il est de principe qu'il n'est dû aucuns dommages et intérêts à celui qui s'est volontairement exposé au préjudice dont il se plaint : *Volenti non fit injuria*. Cette règle est générale ; son application ne dépend pas d'une question de forme. Qu'importe que l'acheteur ait eu connaissance de la dotalité de telle manière plutôt que de telle autre, pourvu qu'il l'ait connue ? L'article 1599 applique cette règle à la vente de la chose d'autrui. L'acheteur ne peut demander des dommages et intérêts que lorsqu'il a ignoré que la chose vendue était à autrui : ce qui revient à dire qu'il ne peut pas demander des dommages et intérêts lorsqu'il a su, n'importe comment, que la chose était à autrui.

Les mots : *dans le contrat* passèrent dans l'article 1560 sur la proposition du Tribunat, lorsqu'il fit retrancher de ce même article les expressions : *La vente sera radicalement nulle*.

On ajoute que les mots : *dans le contrat*, sont énonciatifs et non pas limitatifs, et l'on en donne pour preuve l'article 1626 qui assujettit le vendeur à la garantie des charges prétendues sur l'objet vendu et NON DÉCLARÉES *lors de la vente*. On fait remarquer que, d'après la doctrine et la jurisprudence, les dernières expressions de l'article 1626 sont énonciatives et non pas limitatives.

Malheureusement, l'article 1560 est rédigé tout autrement ; son texte inflexible résiste à tous les efforts qui peuvent être tentés pour le réconcilier avec les vrais principes. En effet, il dispose que le mari demeure sujet aux dommages et intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal. Ainsi, pour que le mari soit exempt des dommages et intérêts, il faut qu'il ait *déclaré* la dotalité et que cette déclaration ait été faite *dans le contrat*. En d'autres termes, il ne suffit pas que l'acheteur ait connu la dotalité d'une manière quelconque ; il faut qu'il l'ait connue par la déclaration que le mari en a faite, et cela ne suffit pas encore : la loi exige que cette déclaration du mari soit faite dans le contrat de vente. Pourquoi en est-il ainsi ? Il paraît résulter des explications données par le Tribunat qu'en assujettissant le mari à des dommages et intérêts toutes les fois qu'il n'aurait pas déclaré la dotalité dans le contrat, on voulut le détourner du dessein de vendre le bien dotal.

312. Remarquez que le mari serait sujet au remboursement du prix payé par l'acheteur et aux dommages et intérêts, suivant la distinction faite par l'article 1560, quand même il n'aurait fait qu'intervenir au contrat pour autoriser sa femme à vendre. Il est vrai qu'en général, celui qui donne simplement son autorisation ne s'oblige pas : *Qui auctor est non se obligat*, et que pareillement, celui qui consent à une vente n'est pas assimilé à un vendeur : *Aliud est vendere, aliud venditioni consentire*. Ici on est dans une situation exceptionnelle qui rend ces règles inapplicables. La présomption est que tout a

été fait par la puissance du mari et dans son intérêt exclusif ; qu'il a recueilli tout le profit de la vente et que la femme n'a été que l'instrument docile de ses volontés. Cette présomption , loin d'être sévère contre le mari , est l'exacte expression de la vérité. En effet , si la femme se trouvait dans un des cas où la vente de son fonds dotal est permise , il fallait vendre avec les formalités prescrites par la loi. L'inobservation de ces formalités est déjà une preuve que la vente n'était pas permise par la loi ; en d'autres termes , la vente n'a pas eu lieu dans l'intérêt de la femme ; donc elle n'a pu avoir lieu que dans l'intérêt du mari et pour ses affaires personnelles.

§ II. — *De l'action de la femme.*

313. L'article 1560 permet aussi à la femme de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal. C'est surtout dans l'intérêt de la femme que la nullité a été établie comme sanction de l'inaliénabilité ; c'est donc surtout à la femme qu'il appartient de se prévaloir de cette nullité.

Néanmoins , la femme ne peut pas demander la révocation de l'aliénation avant la séparation de biens ou la dissolution du mariage , tandis que , au contraire , le mari ne peut agir en révocation que pendant le mariage et avant la séparation de biens.

314. D'où vient cette différence entre l'action révocatoire du mari et celle de la femme ?

Du caractère de l'action révocatoire , qui est le même pour la femme que pour le mari. Cette action est admi-

nistrative : voilà pourquoi elle n'appartient qu'à celui des époux qui a la jouissance et l'administration de la dot, c'est-à-dire au mari jusqu'à la séparation de biens, et à la femme après cette séparation et la dissolution du mariage.

○ Cette explication est contraire à la doctrine et à la jurisprudence ; il faut donc en démontrer l'exactitude.

○ Nous avons longuement examiné quelles sont les actions dotales dont l'exercice appartient au mari. On se rappelle que tous les auteurs, moins deux, accordent indistinctement l'exercice des actions dotales au mari et frappent la femme d'une espèce d'incapacité à cet égard. La jurisprudence s'est associée à cette doctrine que l'on fonde sur une prétendue généralité des termes de l'article 1549 ; on traite l'article 1560 comme on a traité l'article 1549 ; on interprète celui-là par celui-ci. Nous avons combattu ces écarts de doctrine et de jurisprudence et nous croyons en avoir fait ressortir toute la fausseté. Nous avons distingué trois sortes d'actions auxquelles le bien dotal peut donner lieu pendant le mariage : 1^o les actions possessoires ; 2^o les actions pétitoires ; 3^o les actions administratives, ou relatives à la jouissance et à l'administration de la dot ¹. Dans quelle catégorie faut-il placer l'action révocatoire du fonds dotal par le mari ? Ce n'est pas une action possessoire, car il est évident que l'acheteur a la possession du fonds dotal et que l'action possessoire ne peut rien contre lui. Ce n'est pas non plus une action pétitoire, puisque cette action met le droit en question. Or, ici,

1. V. *supra*, n^o 117.

le droit ne peut pas être sérieusement contesté ; l'acheteur ne peut pas se dire propriétaire autrement qu'en vertu de son titre d'acquisition , et ce titre est vicieux à cause de l'inaliénabilité. D'autre part, l'acheteur ne peut opposer aucune prescription au mari qui exerce le droit de la femme ; et comme la femme ne peut pas agir elle-même avant la séparation de biens ou la dissolution du mariage, la prescription ne court pas contre elle.

Il ne reste donc plus que l'action *administrative*, l'action de jouissance et d'administration. Tel est, en effet, le caractère de l'action révocatoire exercée par le mari. En usant de ce droit, le mari agit comme maître de la dot, en vertu de son droit de jouissance et d'administration, et aussi en vertu du droit de la femme, dans l'intérêt de la famille dont il est le chef. C'est dire que la femme ne pourrait point, par une intervention ni autrement, mettre obstacle à l'action du mari qui seul a l'administration de la dot, aux termes de l'article 1549. Le mari qui exerce l'action révocatoire poursuit un véritable détenteur du bien dotal dans le sens de l'article 1549. Et ceci sert à fixer les idées sur le sens élastique et équivoque du mot *détenteur*. L'acheteur est possesseur et propriétaire du fonds dotal, mais il est débiteur et passible de l'action révocatoire : c'est à ce point de vue qu'il est un détenteur et dans la situation d'un débiteur par rapport au créancier. Le droit de l'acheteur est dominé par un droit supérieur, et cette supériorité est révélée de prime abord par la nature même de l'action dirigée contre lui, tandis que dans l'action pétitoire ou en revendication le doute plane

jusqu'à la fin entre le droit respectif du demandeur et du défendeur.

On le voit, l'article 1560 est en harmonie parfaite avec l'article 1549, tel que nous l'avons déjà expliqué ; il en est le corollaire et l'application rationnelle.

Ceci explique logiquement pourquoi le mari perd le droit d'exercer l'action révocatoire en perdant la jouissance et l'administration de la dot ; le droit de jouissance et d'administration étant la source de l'action révocatoire, l'effet cesse avec la cause.

315. Si, au lieu de cette explication si simple, on admet avec la plupart des auteurs que l'article 1560 accorde au mari l'action révocatoire parce que l'article 1549, par la généralité de ses termes, lui accorde l'exercice de toutes les actions dotales, l'esprit se refuse à comprendre pourquoi le mari perd le droit de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal en perdant son droit de jouissance et d'administration de la dot.

L'article 1560 ne dit pas positivement que le mari perd l'exercice de l'action révocatoire par la séparation de biens ; il dit que le mari aura le droit de faire révoquer l'aliénation pendant le mariage. A la vérité, il accorde le même droit à la femme après la séparation de biens ; et de là on conclut avec raison que le mari perd l'exercice de l'action révocatoire par la séparation de biens. Tout le monde est d'accord à cet égard. D'autre part, l'article 1549 dit que le mari seul a l'administration des biens dotaux pendant le mariage, mais il n'ajoute pas que ce droit cesse par la séparation de biens. On comprend ce silence, s'il est vrai, comme

je le soutiens, que l'article 1549 n'accorde au mari qu'un droit d'administration, car l'article 1449 déclare que la femme séparée de biens en reprend la libre administration. Mais s'il était vrai, comme on le prétend, que l'article 1549 accordât au mari plus qu'un droit d'administration et notamment l'exercice des actions pétitoires dotales, le silence de la loi sur l'époque à laquelle ce droit finirait ne serait-il pas bien extraordinaire ? On ne peut pas invoquer l'article 1449, car le droit qu'on accorde au mari est plus qu'un droit d'administration ; c'est, dit-on, un droit de propriété. Et si, malgré cela, les partisans de cette doctrine voulaient prétendre que le droit exorbitant qu'ils accordent au mari finit avec son administration par la séparation de biens, on serait fondé à leur répondre que par là ils ruinent la doctrine qu'ils ont eux-mêmes si difficilement édifiée et qu'ils tombent en plein dans la nôtre ; car, si le droit qu'ils accordent au mari finit avec son administration, c'est une preuve qu'il n'est qu'un droit d'administration.

Vainement voudrait-on conclure de l'article 1560 que la séparation de biens met fin pour le mari à l'exercice des actions pétitoires dotales, car cet article ne s'applique qu'à l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, et nous venons de voir que cette action ne doit pas être confondue avec l'action pétitoire : l'une est une action d'administration et appartient à l'administrateur ; l'autre est une action de propriété et n'appartient qu'à la femme propriétaire.

316. On arrive ainsi à des conséquences impossibles.

L'exercice de l'action révocatoire est certainement plus facile et moins grave que celui de l'action pétitoire ; il suffit au mari de prouver deux choses : la dotalité et l'aliénation ; de plus, la collusion est à peu près impossible. Mais, dans l'action pétitoire, le demandeur doit prouver qu'il est propriétaire et, de plus, repousser toutes les exceptions que le défendeur peut lui opposer. On est ainsi conduit à la plus étrange conséquence : l'exercice de l'action la plus simple finit pour le mari par la séparation de biens, tandis que le mari conserve, pendant toute la durée du mariage et même après la séparation de biens, l'exercice de l'action la plus grave et la plus périlleuse, de celle enfin qui se prête le plus à la fraude et à l'abandon du droit, car il n'existe aucun texte de loi qui mette fin à l'exercice de l'action pétitoire par le mari après la séparation de biens. Pour nous, ce silence de la loi est fort rationnel : puisqu'il n'y a pas de texte de loi qui accorde au mari l'exercice des actions pétitoires, comment y en aurait-il un qui fixerait l'époque à laquelle cet exercice finirait pour le mari ? Ceux qui accordent si lestement ce droit au mari ont agi très-prudemment en ne recherchant pas à quelle époque il finit.

En résumé, si l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal appartient au mari et non à la femme pendant le mariage, tant qu'il n'y a pas de séparation de biens, ce n'est point parce que, suivant une opinion beaucoup trop répandue, le mari a l'exercice de toutes les actions dotales ; c'est parce que l'action révocatoire est une action *administrative* qui appartient au mari seul, comme maître de la jouissance et de l'adminis-

tration de la dot. Voilà pourquoi la femme ne peut exercer cette action qu'après la séparation de biens, c'est-à-dire après avoir repris la jouissance et l'administration de sa dot.

317. Il existe une autre différence importante entre l'action révocatoire intentée par le mari et celle qui est poursuivie par la femme ; elle s'applique à la restitution des fruits par l'acheteur évincé.

Supposons d'abord que la révocation soit demandée par le mari. Si l'acheteur a ignoré la dotalité, si, en un mot, il est de bonne foi, il est dans le droit commun et il ne doit les fruits qu'à compter de la demande. S'il est de bonne foi et s'il a ignoré la dotalité, le droit commun voudrait que l'acheteur restituât les fruits depuis son indue possession. Mais ici, le droit commun doit s'effacer devant le droit exceptionnel qui domine la situation. Les fruits de l'immeuble vendu appartenaient au mari ; or, le mari, en vendant le fonds ou en concourant simplement à la vente pour autoriser sa femme, s'est dessaisi de son droit aux fruits en faveur de l'acheteur ; il ne peut en exiger la restitution, malgré la mauvaise foi de l'acheteur, que du jour de la demande en révocation de la vente.

Supposons maintenant que l'action est intentée par la femme.

Si l'acheteur est de mauvaise foi, parce qu'il a connu la dotalité et l'inaliénabilité, la femme se trouvera placée tout à la fois dans le droit commun et dans le droit exceptionnel ; elle peut invoquer la mauvaise foi de l'acheteur, mais comme les fruits ne lui appar-

tiennent qu'à dater de la séparation de biens, elle ne peut pas en demander compte à l'acheteur pour le temps antérieur.

Si l'acheteur est de bonne foi, la femme ne pourra se faire rendre compte des fruits qu'à partir du jour de la demande. La bonne foi de l'acheteur lui fera gagner les fruits pendant le temps qui s'est écoulé entre la séparation de biens et la demande en révocation de la vente.

318. Pour décider si l'acheteur est de bonne ou de mauvaise foi, faut-il ici se laisser guider par le droit commun, ou bien par le droit exceptionnel de l'article 1560, en matière de dommages et intérêts, de manière que l'acheteur doive être considéré comme étant de bonne foi toutes les fois que la dotalité ne lui aura pas été déclarée par le contrat? La plupart des auteurs appliquent à la bonne ou à la mauvaise foi de l'acheteur ce que l'article 1560 décide relativement aux dommages et intérêts. Nous pensons que cette opinion est erronée. La disposition de l'article 1560, relative aux dommages et intérêts, est exceptionnelle et fondée sur des raisons spéciales qui ne peuvent s'appliquer que dans les rapports particuliers de l'acheteur et du mari. Or, en décidant la question de bonne ou de mauvaise foi par l'article 1560, on la décide surtout par rapport à la femme et par des raisons spéciales qui ne lui sont pas applicables. D'ailleurs, la bonne foi n'a pas deux manières d'être; elle ne peut pas exister chez celui qui n'a pas la ferme conscience de son droit.

319. Voici maintenant plusieurs questions connexes et controversées :

On se rappelle que la législation de Justinien accordait au choix de la femme une action en revendication ou une action hypothécaire relativement à ses choses dotales aliénées.

La jurisprudence de droit écrit recueillit cet héritage du droit romain ; la femme pouvait , à son choix, revendiquer ses immeubles dotaux ou se faire indemniser par la voie hypothécaire sur les biens de son mari ¹.

En est-il encore ainsi sous l'empire du Code Napoléon ?

L'article 1560 ne mentionne que l'action en révocation de l'aliénation du fonds dotal. Quelques auteurs et quelques arrêts en ont conclu que la femme n'a que l'action révocatoire de l'aliénation de ses immeubles dotaux et qu'elle n'a pas d'hypothèque sur les biens du mari pour lui garantir le prix d'aliénation.

Cette doctrine rencontre un obstacle infranchissable dans les articles 2121, 2135 et 2193, dont les termes sont généraux ; elle est à peu près abandonnée aujourd'hui. La Cour de cassation l'a constamment repoussée, en décidant que la femme, après la séparation de biens ou la dissolution du mariage, peut, à son choix, faire révoquer l'aliénation de ses immeubles dotaux ou préférer le prix et se faire colloquer au rang de son hypothèque légale sur le prix des biens de son mari ².

1. Despeisses, tit. *De la dot*, sect. 3, n° 30, *tertio*, t. I, p. 509 ; Fromental, v° *Dot*, p. 258, 2^e col. ; Lapeyrère et son apostillateur, lett. P, n° 104 ; Dupérier et son annotateur, *Quest. not.*, liv. III, quest. 1, t. I, p. 253 et 255 ; Boniface, *Arrêts du parlement de Provence* ; t. I, p. 370 ; Duport-Lavillette, *Quest. de droit*, t. III, p. 69 et suiv. ; Béchet, sur l'*Usance de Saintes*, art. 61, p. 166.

2. Arrêts du 24 juillet 1821, dans Dalloz, *Contr. de mar.*, n° 3811 ;

Mais la femme peut-elle exercer ce droit d'option pendant le mariage ?

Elle ne le peut qu'après la séparation de biens ; l'article 1560 n'accorde qu'à la femme séparée de biens le droit de faire révoquer l'aliénation de ses immeubles dotaux. En effet, la révocation détruit l'acte du mari et l'expose à un recours de la part de l'acheteur ; c'est une espèce de restitution de la dot : la femme ne peut la demander qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage. Par les mêmes raisons, la femme qui n'est pas séparée de biens ne peut pas se faire colloquer sur le prix des biens de son mari ¹. Tant qu'elle ne demande pas la séparation de biens, elle reconnaît tacitement que le mari supporte convenablement les charges du mariage et que sa dot n'est pas en péril. Jusque-là, elle ne serait qu'une personne interposée, car elle devrait remettre le montant de sa collocation au mari.

320. La femme étant séparée de biens et pouvant opter, son option sera-t-elle définitive ?

Le doute vient de ce que la séparation de biens ne fait pas cesser l'inaliénabilité.

Si la femme prend le parti de faire révoquer l'aliénation de l'immeuble dotal, son option est définitive, car, loin d'aliéner, elle défait l'aliénation ; il faut donc éliminer cette première partie de la difficulté pour en simplifier la solution.

28 novembre 1838, Dalloz, *Contr. de mar.*, n° 3816 ; 12 août 1839, Dalloz, *Contr. de mar.*, n° 3573 ; 3 mai 1853, Dalloz, 53, 1, 137, et la note.

1. Voyez l'arrêt du 3 mai 1853, cité à la note précédente.

321. Reste à savoir ce qui arrivera si la femme opte pour le prix et demande à être colloquée sur les biens de son mari. L'option aura-t-elle l'effet de ratifier l'aliénation du fonds dotal ?

Les auteurs et les arrêts, sauf celui qui a été rendu par la Cour de cassation, le 3 mai 1853, décident que la collocation n'est que provisoire et n'empêche pas la femme, après la dissolution du mariage, de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal ; ils en donnent tous la même raison : c'est que l'inaliénabilité empêche la femme de ratifier l'aliénation pendant le mariage.

Justinien n'était pas si scrupuleux : en décrétant l'inaliénabilité absolue du fonds dotal, dans le § 15, C., *De rei ux. act.*, il n'abrogea pas la loi 30, C., *De jure dot.*, qui accordait à la femme l'option entre l'action en revendication et l'action hypothécaire. L'option ne pouvait pas procurer à la femme le moyen d'aliéner sa dot ; la loi 29, C., *De jure dot.*, y mettait obstacle.

Partant des mêmes idées, la jurisprudence de droit écrit assujettissait la femme séparée de biens à faire emploi de sa dot ou à fournir caution pour sa conservation¹.

Nos jurisconsultes et nos magistrats ne veulent plus de ces entraves dans le droit moderne ; ils accordent pleine liberté à la femme de recevoir sa dot après la séparation de biens. Quand ils ont ainsi supprimé les garanties que le droit de Justinien et le droit écrit imposaient à la femme séparée de biens, ils éprouvent des scrupules au sujet de l'inaliénabilité de sa dot ; ils en

1. V. *supra*, n° 249.

exagèrent le principe pour rétablir les garanties qu'ils ont supprimées. On arrive ainsi à décider que, pendant le mariage, la femme ne peut pas faire une option définitive, que sa collocation pour le prix de ses immeubles dotaux n'est que provisoire et n'a pas l'effet de ratifier l'aliénation.

Pourtant, la séparation de biens a rendu à la femme l'administration de sa dot et le droit d'en exiger la restitution ; il faut bien que la femme prenne un parti. Conçoit-on qu'après avoir reçu le prix de ses immeubles dotaux, elle puisse, sous prétexte de leur inaliénabilité, évincer les acquéreurs sans alléguer aucune vilité, ni aucune dissimulation du prix, c'est-à-dire aucune aliénation de sa dot.

Et voyez à quels singuliers résultats on arrive avec ce système. La femme a été colloquée dans l'ordre ; elle a reçu le prix d'aliénation. Devenue veuve, elle exerce l'action révocatoire de l'aliénation, sacrifiant ainsi tout le monde, d'abord les créanciers du mari, ensuite les acquéreurs ; elle reçoit deux fois sa dot. C'est ainsi que le régime dotal est rendu odieux. Est-ce sa faute ?

Notre doctrine n'a pas ces inconvénients ; elle fait respecter le principe d'inaliénabilité de la dot en imposant à la femme séparée de biens, qui veut recevoir sa dot en argent, l'obligation d'en faire emploi ou d'en fournir caution. Nous ne sommes donc pas plus scrupuleux que Justinien, et nous arrivons ainsi aux conséquences suivantes :

1^o L'option de la femme et sa collocation sur le prix des immeubles de son mari sont définitives, suivant la

règle de droit commun : *Electa una via , non datur regressus ad alteram*.

2° L'option de la femme produit l'effet ordinaire de ratifier l'aliénation de ses immeubles dotaux : *Qui rei propriæ venditæ pretium recipit , venditionem ipsam approbasse et ratificasse præsumitur* ¹.

3° La femme n'est plus recevable à faire révoquer l'aliénation de ses immeubles dotaux , à moins qu'elle ne prouve que le prix a été dissimulé ; et même dans ce cas , l'acquéreur pourrait éviter la révocation en paraisant le prix.

4° L'option pour le prix donne à la femme la situation d'un vendeur : un privilège pour le paiement et une action résolutoire à défaut de paiement.

322. Hors ce cas d'option entre le fonds dotal et le prix d'aliénation , la femme ne peut pas , durant le mariage , ratifier l'aliénation , expressément ni tacitement , à cause de l'inaliénabilité. L'option est la seule forme par laquelle la femme séparée de biens puisse ratifier l'aliénation pendant le mariage. La ratification est alors tacite et résulte de la règle que nul ne peut avoir la chose et le prix. Voilà pourquoi la ratification faite par la femme , avant la séparation de biens , ne peut pas valoir option , puisque son droit au prix n'est pas ouvert.

323. Mais , après la dissolution du mariage , la femme

1. Menochius, *De Præsumptionibus* , liv. III, præsumpt. 75, t. I, p. 442 ; Mascardus, *De Probationibus* , concl. 1262, t. IV, p. 7, n^{os} 36 et 37.

peut ratifier l'aliénation purement et simplement, et cette ratification la rend non recevable à demander la révocation de l'aliénation. Alors, en effet, elle est libre d'aliéner ses biens dotaux, et la cessation de l'inaliénabilité fait que la ratification n'a pas besoin de se produire par voie d'option.

324. La femme héritière pure et simple de son mari peut-elle demander la nullité de l'aliénation consentie par ce dernier ? Il faut distinguer : — Si l'aliénation a été faite par le mari seul, sans promesse de garantie en son propre nom, la femme n'est pas non recevable à demander la révocation de l'aliénation, car le mari n'étant pas lui-même tenu de la garantie, ses héritiers ne le sont pas davantage et ne peuvent pas être repoussés par la maxime : *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. — Mais si le mari a vendu en nom qualifié, c'est-à-dire en sa qualité de mari, et s'il a promis la garantie en son nom personnel, ou bien encore s'il a vendu en son propre nom, comme propriétaire, il devait la garantie; ses héritiers, femme ou autres, la doivent comme lui, et leur action révocatoire sera repoussée par la maxime que celui qui doit la garantie ne peut pas évincer.

Voici quelle est la raison de cette distinction et des décisions qui s'y rattachent :

Celui qui contracte en une certaine qualité, par exemple, en qualité de mandataire, ne s'oblige pas personnellement, mais seulement en la qualité qu'il agit, et il est censé contracter en la même qualité dans toutes les parties de l'acte auquel il prend part : *Quando quis*

*contrahit sub aliqua qualitate, illa in omnibus partibus contractus illius debet intelligi repetita*¹. Ainsi le mari qui contracte en sa qualité de mari est censé contracter au nom de sa femme : *Dicens se maritum censetur nomine uxoris facere*², et s'il promet la garantie purement et simplement, sans exprimer que c'est en son nom personnel, il ne la doit pas personnellement : *Quilibet contrahens ex officio, non tenetur de evictione*³. Mais il en est autrement lorsque celui qui a contracté en nom qualifié a promis la garantie en son nom personnel.

En résumé, la distinction qui précède se réduit à ceci :

Le mari devait-il personnellement la garantie ? Ses héritiers, étant tenus de l'éviction comme lui, ne pourront pas évincer l'acheteur, ni, par conséquent, exercer l'action révocatoire.

Le mari n'était-il pas tenu personnellement de l'éviction, parce qu'il avait aliéné en nom qualifié ? La femme n'en est pas plus tenue que si elle avait vendu elle-même et promis la garantie ; elle pourra évincer. Il en est de même des héritiers de la femme, qui sont en même temps héritiers du mari.

La seconde fin de non-recevoir qui peut être opposée à l'action révocatoire de la femme, c'est la prescription : ce sera le sujet du chapitre suivant.

1. Mantica, *De tacit. et ambig. convent.*, liv. III, tit. VI, n° 6.

2. Dumoulin, *Coutume de Paris*, tit. 1, *Des fiefs*, § 1, glose 1.

3. Boerius, *Decis.* 80, p. 163 ; Dumoulin, *Loc. cit.*, glose 8.

§ III. — *De l'action des héritiers de la femme.*

325. L'article 1560 accorde le droit de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal à la femme *ou à ses héritiers*, et il leur accorde ce droit dans la triple hypothèse à laquelle il s'applique, c'est-à-dire lorsque *la femme*, ou *le mari*, ou *tous les deux conjointement* ont aliéné le fonds dotal. On comprend parfaitement ce droit de révocation accordé aux héritiers de la femme, lorsque celle-ci est restée étrangère à l'aliénation. Mais lorsqu'elle y a pris part, par exemple en vendant elle-même ou conjointement avec son mari, il peut y avoir quelque difficulté à comprendre que les héritiers de la femme puissent faire révoquer l'aliénation comme elle pouvait la faire révoquer elle-même. Cette difficulté naît du quasi-contrat qui, suivant nous et la plupart des auteurs, résulte de l'acceptation d'une succession. Ce quasi-contrat opère-t-il une novation ? Engendre-t-il, pour l'héritier acceptant, une obligation nouvelle, autre que celle du défunt ? Notre article 1560 tranche carrément cette question, en accordant aux héritiers de la femme le même droit qu'à la femme elle-même, sans tenir compte de la prétendue novation que l'on voudrait faire résulter de l'acceptation d'une succession. Et remarquez bien ceci : l'article 1560, en parlant des héritiers de la femme, désigne les héritiers acceptants et non pas les habiles à succéder, car les héritiers doivent nécessairement accepter la succession pour agir en révocation de l'aliénation.

La décision si nette que renferme l'article 1560 au

sujet des héritiers de la femme a une importance capitale qui n'a pas, suivant nous, suffisamment fixé l'attention des jurisconsultes modernes ; cette importance se révèle surtout en matière d'acceptation de la succession de la femme dotale par ses héritiers. L'article 1560 joue, en cette matière, le même rôle que l'article 921 en matière de réduction ; il se rattache à l'explication des articles 724, 873, 802 et 921 ; il fait prévaloir le droit exceptionnel qui régit l'inaliénabilité de la dot et les réserves sur le droit commun. Nous avons déjà développé ces idées avec beaucoup d'étendue ; il est inutile d'y revenir ¹.

326. Le mari héritier de sa femme peut-il demander la révocation de l'aliénation ?

Il faut faire ici la même distinction que nous avons déjà faite au sujet de la femme héritière du mari. Si, suivant cette distinction, le mari est obligé personnellement à la garantie, il ne pourra pas demander la révocation ; il pourra la demander, au contraire, s'il n'a promis la garantie qu'en nom qualifié, pour sa femme.

On appliquera la même distinction et la même décision aux héritiers de la femme, qui sont en même temps héritiers du mari.

327. Voyons maintenant quelles sont les obligations de l'acheteur évincé.

La révocation de l'aliénation du fonds dotal ne ressemble pas aux évictions ordinaires ; elle a, comme la

1. V. *supra*, p. 565 et 584.

dotalité qui en est la cause, son caractère exceptionnel.

Rien ne peut autoriser l'acheteur à retarder la restitution du fonds dotal qu'il a été condamné à délaisser. Supposez que l'acheteur, même de bonne foi, ait fait sur l'immeuble dotal des impenses nécessaires ou utiles qui en ont augmenté la valeur, il n'aura pas le droit de se maintenir en possession jusqu'au remboursement de ces impenses.

Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que le fonds dotal est destiné à la subsistance de la famille, et que ce besoin de subsistance est révélé, soit par l'action révocatoire du mari, soit par celle de la femme ou de ses héritiers. Or, on ne vit point par intervalles et par interruption ¹.

Par la même raison, si le fonds dotal avait été donné en paiement d'une dette inscrite sur ce même fonds avant le mariage, le détenteur ne serait pas fondé à le retenir jusqu'au remboursement de sa créance ².

328. L'acheteur évincé doit restituer le fonds dotal dans son intégrité. Si donc il en avait abattu les arbres de haute futaie, il devrait faire compte, non-seulement du prix de ces arbres, mais encore de la plus-value qu'ils auraient eue au moment de l'éviction, s'ils étaient restés sur pied ³.

329. Il y a plus : si le mari avait fait des améliorations

1. Toulouse, 22 décembre 1834 (Dall. 35, 2, 85) ; Cass., 12 mai 1840 (Devill., 40, 1, 668) ; Nîmes, 16 novembre 1841 (Dall., vis *Contr. de mar.*, n° 3859) ; Limoges, 10 février 1844 (Dall., 45, 2, 150).

2. Arrêt de Nîmes, cité à la note précédente.

3. M. Troplong, *Contr. de mar.*, n° 3558 ; M. Dalloz, vis *Contr. de mar.*, n° 3865 ; Lyon, 3 mars 1845 (Dalloz, 46, 2, 140) ; Caen, 25 juin 1845 (Dalloz, 46, 2, 141).

considérables à l'immeuble dotal et l'avait ensuite vendu, l'acheteur, actionné en nullité de la vente, ne serait pas fondé à prétendre qu'il a le droit de retenir une partie du fonds dotal en représentation de la valeur de ces améliorations. Le mari n'avait pas, à raison de ces améliorations, un droit de copropriété au fonds vendu; il n'avait qu'un droit de créance et de récompense, aux termes de l'article 1437 du Code Napoléon : l'acheteur n'a pas plus de droit que lui ¹.

Ceci ne veut pas dire qu'il soit permis à la femme ou à ses héritiers de s'enrichir aux dépens de l'acheteur évincé. Celui-ci conservera tous ses droits de créance pour les exercer contre eux, même en faisant vendre le fonds dotal; mais ces droits ne l'autoriseront pas à se maintenir en possession de l'immeuble jusqu'à ce qu'ils aient reçu satisfaction.

330. Quant à la restitution des fruits due par l'acheteur évincé, nous avons cru devoir nous expliquer à cet égard, par anticipation, pour faire ressortir une des différences qui existent entre la révocation demandée par le mari et la révocation exercée par la femme.

1. Cassat., 14 février 1843 (Devill., 43, 1, 193).

CHAPITRE V.

DE LA PRESCRIPTION EN MATIÈRE DE DOT.

SOMMAIRE.

331. Influence de l'inaliénabilité des biens dotaux sur leur imprescriptibilité. — Difficultés d'interprétation dans l'article 1561. — Application de la méthode historique.
332. Difficultés analogues dans la loi 28, D., *De fundo dot.* — Explications différentes qu'en donnent MM. Bachofen, de Savigny et Demangeat.
333. Interprétation des anciens commentateurs. — Comment elle s'était établie. — Comment elle est appréciée.
334. Jurisprudence de droit écrit.
335. Jurisprudence de droit coutumier. — Sa discordance avec le droit écrit. — Passage remarquable de Renusson.
336. Formation de l'article 1561. — Modifications au projet, proposées par le Tribunat et adoptées. — Leur appréciation.
337. Distinction importante en cette matière. — Lorsque le possesseur ne tient pas son droit des époux ou de l'un d'eux, la femme n'est pas empêchée d'agir. — Toujours la confusion entre l'inaliénabilité et l'incapacité.
338. L'immeuble dotal a été aliéné par les époux ou par l'un d'eux. — Quatre cas.
339. Le fonds dotal a été aliéné par l'un ou l'autre des époux, ou par les deux conjointement.
340. *Premier cas.* — L'aliénation a été consentie par la femme sans l'autorisation du mari. — La prescription ne court qu'après la dissolution du mariage.
341. Comment l'article 1304, § 2, se combine-t-il avec les articles 1560 et 1561 ? — L'article 1304, § 2, doit être éliminé et la question réduite à combiner les articles 1560 et 1561.
342. L'article 1560 est fait pour le cas où le possesseur du fonds dotal tient son droit des époux ou de l'un d'eux. — Il s'applique à la prescription de l'action révocatoire de l'aliénation. — L'article 1561 s'applique à l'action en revendication ou pétitoire qui ne suppose pas de titre émané des époux, ni de l'un d'eux.
343. Différence entre ces deux situations. — Dans la seconde, la femme n'est pas libre d'agir, et la prescription ne court qu'après la dissolution du mariage.

344. Dissentiment avec M. Troplong, qui pense que l'article 2255 renvoie à l'article 1561. — Preuves qu'il y a erreur matérielle dans le renvoi de l'article 2255 à l'article 1561, et que ce renvoi s'applique à l'article 1560. — La solution de la difficulté reste circonscrite dans les articles 1560 et 1561.

345. La prescription acquisitive du bien dotal est gouvernée en cette matière par l'article 1561.

346. *Deuxième cas.* — Il rentre dans le quatrième.

347. *Troisième cas.* — L'aliénation par le mari seul donne lieu à l'action révocatoire. — C'est un reste du vieux *dominium* du mari. — La femme dans la situation d'un mineur.

348. *Quatrième cas.* — L'aliénation par les époux. — Il rentre dans l'hypothèse de l'article 1560.

331. Quelle est l'influence de l'inaliénabilité des biens dotaux sur leur prescriptibilité? Quelles règles le Code Napoléon a-t-il adoptées relativement à la prescription des biens dotaux?

L'article 1561 est ainsi conçu :

« Les immeubles dotaux non déclarés aliénables par
« le contrat de mariage sont imprescriptibles pendant
« le mariage, à moins que la prescription n'ait com-
« mencé auparavant. Ils deviennent néanmoins pres-
« criptibles après la séparation de biens, quelle que
« soit l'époque à laquelle la prescription a com-
« mencé. »

Ce texte est un des plus difficiles de notre sujet; il faut remonter aux sources et lui appliquer la méthode historique.

332. Le droit romain assimile la prescription à une aliénation : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi* (L. 28, D., *De verb. signif.*). La loi 16, D., *De*

fundo dot., met cette règle en face de la prohibition de la loi Julia, dans l'espèce suivante :

Une femme s'étant constitué en dot par mancipation ou cession juridique un fonds possédé par un tiers, le mari avait négligé de revendiquer ce fonds et le temps de l'usucapion s'était accompli. Le tiers avait-il usucapé ? Oui, répond le jurisconsulte : car, quoique la loi Julia s'applique à cette espèce d'acquisition, elle n'empêche pas l'usucapion qui avait commencé avant que le fonds fût constitué en dot. Quelle est la raison de cette raison ? Puisque celui qui laisse usucaper ressemble à celui qui aliène, comment se fait-il que la constitution de dot ou la dotalité ne mette pas obstacle au cours de l'usucapion ?

Trois explications ont été données :

M. Bachofen pense qu'ici le principe de l'aliénation qui résultait de l'usucapion, remontant à une époque antérieure à la constitution de dot, il y avait lieu d'appliquer la règle formulée par Papinien dans la loi 13, D., *Famil. ercisc.* et de dire que cette aliénation avait une cause ancienne et nécessaire qui excluait l'application de la loi Julia : *Vetustiore causam et originem juris habet necessariam* ².

M. de Savigny explique la loi 16 en distinguant entre les faits positifs et les faits négatifs du mari. L'usucapion n'est considérée comme une aliénation et n'est atteinte par la loi Julia que lorsqu'elle procède d'un

1. Nous avons cru devoir employer les mots *usucapion* au lieu de *prescription* et *usucaper* au lieu de *prescrire*, parce qu'il s'agit d'un fragment de la période classique.

2. *Ausgewahlte Lehren*, p. 96.

fait positif du mari. Ainsi, lorsque le mari aliène le fonds dotal, l'acheteur ne peut pas usucaper. Comment la loi qui réproouve l'aliénation viendrait-elle la consolider par l'usucapion ? Mais quand le point de départ de l'usucapion ne procède pas du fait du mari, le possesseur peut usucaper alors même que l'usucapion n'aurait commencé qu'après la constitution de dot ¹.

M. Demangeat propose une troisième explication. Si la constitution de dot et la prohibition d'aliéner n'empêchent pas le cours de l'usucapion, c'est parce que, suivant les principes du droit romain, l'usucapion n'était interrompue que par la perte de la possession ².

333. Les anciens commentateurs paraissent avoir interprété autrement les lois 28, D., *De verb. signif.*, et 16, D., *De fundo dotali*. Voici comment ils établirent leur doctrine :

La loi 2, C., *De usucap. pro empt.*, suppose qu'un testateur avait ordonné à ses héritiers de conserver certains esclaves à cause de leur habileté dans les professions qu'ils exerçaient. Le tuteur ayant vendu ces esclaves, on demandait si l'acheteur avait pu les acquérir par la prescription. L'empereur Alexandre répondit que la prescription n'avait pas pu s'accomplir au profit de l'acheteur. Bartole interpréta cette loi en disant que les choses que la loi déclare inaliénables sont imprescriptibles : *Res quæ non possunt ex dispositione legis alienari, non possunt usucapi*. Cette doctrine fut généralement

1. *System.*, t. IV, appendice IX, n° 4.

2. *De la condition du fonds dotal*, p. 363.

admise et donna lieu à la maxime : *Inalienabile, ergo imprescriptibile.*

Cette interprétation, appliquée à la prescription du fonds dotal, rencontra des difficultés inextricables dans la jurisprudence de droit écrit : la loi 30, C. *De jure dot.*, et le § 15, C., *De rei ux. act.* semblaient lui donner un démenti. Quand la loi 30 avait décidé, en 529, que la prescription des actions de la femme courait à partir de la déconfiture du mari, le fonds dotal n'était pas encore inaliénable par la femme ; il ne le devint que l'année suivante, en vertu du § 15, *De rei ux. act.* On pouvait se demander si cette dernière constitution de Justinien n'avait pas abrogé la partie de la loi 30, qui faisait courir la prescription contre la femme. Cette abrogation ne paraît pas avoir été dans la pensée de Justinien : il rappelle les deux lois 30, C., *De jur. dot.* et unique, C., *De rei ux. act.*, dans la loi 12, C., *qui potior. in pign.*, et il dit qu'il réunit toutes ces dispositions : *et hæc omnia colligentes, sancimus*, etc. Ces expressions nous semblent prouver que Justinien n'a vu aucune incompatibilité entre le § 15, *De rei ux. act.* et la loi 30. Au surplus, la question ne fut point posée ainsi ; on se laissa dominer par d'autres idées.

Quelques mois seulement après la loi 30, C., *De jure dot.*, Justinien avait publié une autre constitution, devenue la loi 1, C., *De annal. except.*, qui décide que la prescription ne court pas contre les enfants, tant qu'ils restent placés sous la puissance de leur père, à raison des droits et reprises de leur mère décédée : *Sancimus... nullam temporalem exceptionem opponi, nisi ex quo actionem*

movere potuerunt, id est postquam manu¹ paterna, vel ejus in cujus potestate erant constituti, fuerint liberati. Il y a une similitude parfaite entre ces expressions et celles de la loi 30, quant au point de départ de la prescription : *Temporalis exceptio... mulieribus opponatur ex quo possint actiones movere.* La loi 30 n'avait pas dû se préoccuper de la puissance maritale qui était à peu près nulle dans le dernier état du droit romain. Depuis longtemps le mariage n'émancipait plus, et la puissance paternelle suivait la femme dans la maison du mari ; le droit écrit appliquait les règles du mariage libre². La puissance maritale n'aurait pas dû être prise en considération, si l'élément coutumier n'était intervenu pour faire dévier les principes du droit romain. Sous l'influence des idées coutumières, dont la puissance maritale était le principe dominant, on considéra que la femme, après la déconfiture du mari ou la séparation de biens, n'était pas toujours libre d'exercer ses actions en restitution de la dot ; et, au lieu d'interpréter la disposition finale de la loi 30, C., *De jure dot.* par le § 15, *De rei uxor. act.*, on l'interpréta par la loi 1, C., *De annal. except.*, rapprochée des lois 1 et 25, D., *De div. temp. præscript.*, dont la doctrine et la jurisprudence tirèrent la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio.* On restreignit donc la portée absolue de la loi 30, et l'on décida que la prescription ne courait point, pendant le mariage, toutes les fois que la femme ne pouvait pas agir soit contre le mari, soit contre les tiers acquéreurs.

1. Voilà le mot *manus* employé par Justinien comme synonyme de *potestas*, pour désigner la puissance paternelle.

2. V. plus haut, p. 132.

334. Les parlements de droit écrit étaient loin de s'accorder sur l'application de cette règle.

A Bordeaux, on avait singulièrement interprété les lois 30, C., *De jure dot.* et 1, C., *De annal. except.* Les mots : *Ex quo actiones movere possint... potuerunt*, furent entendus en ce sens que la femme, pendant le mariage, et les enfants, jusqu'à leur émancipation, n'étaient pas fondés à exercer l'action en restitution de la dot. Le parlement n'avait donc pas à examiner si l'action de la femme était de nature à réfléchir contre le mari, puisqu'elle ne pouvait s'exercer qu'après la dissolution du mariage. Il en était ainsi quoique la femme eût été partie dans l'acte d'aliénation. Les dix ans pour obtenir des lettres de rescision ne couraient point pendant le mariage, même après la séparation de biens ¹.

A Toulouse, on interprétait la loi 30 comme donnant à la femme l'exercice des actions dotales à partir de la déconfiture du mari. Cette interprétation est la seule vraie, mais le parlement appliquait toute la loi 30, et il décidait que la prescription courait contre la femme à partir de la séparation de biens, toutes les fois que son action n'était pas de nature à réfléchir contre le mari ².

Telle était aussi la jurisprudence du parlement de Normandie ³.

Le parlement de Bordeaux avait fait triompher le principe de l'imprescriptibilité des biens dotaux aux

1. Salviat, *Jurispr. du parl. de Bordeaux*, p. 221 et 503; Arrêt du 5 mai 1736.

2. Fromental, v^o *Dot*, p. 259; Despeisses, tit. *De la dot*, sect. 3, n^o 88; Arrêts du 9 juillet 1704 et du 31 août 1730, rapportés par de Juin, t. III, p. 150 et t. V, p. 108.

3. Houard, *Dictionnaire de droit normand*, v^o *Prescription*.

dépens d'une erreur de droit dans l'interprétation de la loi 30 ; celui de Toulouse , en s'appuyant sur le droit coutumier, était arrivé à un résultat analogue. L'action de la femme était presque toujours considérée comme devant réfléchir contre le mari, et la prescription était à peu près impossible pendant le mariage.

Dumoulin ¹ et d'Argentré ² voulaient que l'on appliquât purement et simplement à la femme la loi 30, C., *De jure dotium*. Brodeau, Basnage et Merlin ont enseigné la même doctrine. Merlin dit que telle était la jurisprudence des parlements , excepté ceux de Guienne et de Normandie ³. Ce n'est pas bien exact.

335. En droit coutumier, la dot n'était pas inaliénable; la prescription courait donc , en principe , contre la femme, à raison de ses propres. Mais ici, le droit romain et le droit écrit avaient influencé le droit coutumier. On s'était emparé de la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*, et l'on avait été conduit à distinguer les cas où la femme pouvait agir et ceux où elle ne le pouvait pas. Renusson , après s'être plaint de la confusion qui régnait dans les arrêts en cette matière, établissait nettement cette distinction en ces termes :

« La règle est qu'il y a quelque différence à faire entre
« les actions que peut avoir une femme , lesquelles se
« doivent considérer différemment. Il y a les actions de
« la femme qui sont ouvertes et qu'elle peut intenter
« elle-même pendant le mariage , sans être obligée de

1. Sur l'article 28 de la Coutume du Bourbonnais, tit. *Des Prescriptions*, et sur l'article 45 de la Coutume d'Auvergne.

2. Sur l'article 427 de l'ancienne Coutume de Bretagne.

3. *Quest. de droit*, v^o *Prescription*, § 6, art. 5.

« se plaindre de la conduite de son mari, de renoncer à la
« communauté et de se faire séparer de biens d'avec lui;
« elles se prescrivent, le mariage durant. La prescrip-
« tion a son cours et peut s'acquérir contre la femme,
« qui ne peut pas dire que la puissance et l'autorité
« maritale l'aient empêchée d'agir, ni qu'elle ait lieu de
« craindre que son action et sa poursuite fâchent son
« mari, ni qu'elles altèrent en aucune manière leur
« union conjugale; elle a même plus d'avantage, étant
« mariée, pour agir, que si elle n'était pas mariée, parce
« qu'elle a le secours et le conseil de son mari qui peut
« agir; ou, si son mari est négligent d'agir, elle peut
« agir elle-même, autorisée par son mari, ou par justice,
« au refus de son mari; et son mari n'y peut pas trouver
« à redire, car elle fait le bien de son mari et d'elle ¹. »

336. Dans le projet du Code, l'article 170, devenu l'article 1561 de la rédaction définitive, était ainsi conçu :

« Le fonds dotal est imprescriptible pendant le mariage,
« à moins que la prescription n'ait commencé aupara-
« vant ». Quand cet article fut soumis à la discussion,
il fut critiqué et renvoyé à la section de législation, qui
le remania sous deux rapports très-importants : 1^o En
réduisant l'imprescriptibilité aux immeubles dotaux
non déclarés aliénables par le contrat de mariage ; 2^o en
ajoutant l'exception qui forme la seconde partie de l'ar-
ticle 1561.

La première de ces modifications n'a donné lieu jus-
qu'ici à aucune critique : les commentateurs n'ont pas
vu le vice qu'elle renferme. L'idée qui a inspiré cette

1. *De la communauté*, 2^e part., ch. VII, p. 169; Pothier, *Des Obligations*, n^o 681, et *De la prescription*, n^o 39.

restriction n'est pas autre que le raisonnement suivant : La déclaration d'aliénabilité maintient les immeubles dotaux dans le droit commun ; donc elle les soustrait à l'imprescriptibilité comme à l'inaliénabilité. Voici, en effet, comment la section de législation motivait le changement qu'elle proposait :

« La section pense que le caractère d'aliénabilité
« donné aux immeubles dotaux par le contrat de ma-
« riage les rend susceptibles de la prescription. L'im-
« prescriptibilité ne doit être qu'une suite de l'alié-
« nabilité ¹. »

Il n'est pas vrai que le caractère d'aliénabilité donné aux immeubles dotaux par le contrat de mariage les rende susceptibles de la prescription. On n'a pas oublié la grande controverse à laquelle a donné lieu la question de savoir si la femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner ses biens dotaux peut les hypothéquer. Ceux qui soutiennent que la réserve d'aliéner renferme celle d'hypothéquer appliquent aux matières permissives ce qui n'est vrai que des matières prohibitives. De ce que la prohibition d'aliéner renferme celle d'hypothéquer, ils concluent que la permission d'aliéner doit renfermer également celle d'hypothéquer, comme si la permission d'aliéner était aussi étendue que la prohibition ; leur erreur est tout entière dans cette assimilation ². L'article 1561 raisonne comme eux, et il n'en vaut pas mieux pour cela.

Quand la femme stipule, dans son contrat de mariage, la réserve d'aliéner ses biens dotaux, elle entend se réserver simplement le droit de les vendre, c'est-à-

1. Fenet, t. XIII, p. 619.

2. Cette question est examinée plus haut, n° 193.

dire de les convertir en une somme d'argent qui représente leur valeur. La vente transforme les biens dotaux sans en diminuer sensiblement la quantité, tandis que la prescription les fait perdre sans aucune espèce de compensation ni d'équivalent pour la femme. Il n'y a point de parité en cette matière, entre l'aliénabilité et la prescriptibilité. L'article 1561 a le tort d'assimiler ces deux choses; la parité qu'il établit repose sur la confusion et l'erreur.

La Cour de cassation a très-bien distingué ce que les premiers mots de l'article 1561 ont confondu. Elle établit une différence entre l'aliénation et l'hypothèque, quand il s'agit de la permission d'aliéner; en conséquence, elle décide que la réserve d'aliéner ne renferme pas celle d'hypothéquer¹. Ici, il y a plus d'art juridique dans la jurisprudence que dans la loi. Les modifications qu'a subies l'article 170 du projet sont regrettables; la première idée était incontestablement la meilleure.

La section de législation ajoutait :

« Elle (la section de législation) pense aussi que la séparation de biens doit faire une exception à l'imprescriptibilité dans le cas de l'article 170, puisque la femme séparée a la liberté de réclamer ses biens entre les mains des tiers; que le but de la séparation est de lui donner le droit d'en jouir, et que, dans le cas de cet article, on ne peut la considérer comme réputée retenue par la crainte maritale². »

Sur ces observations, l'article 170 du projet fut mo-

1. V. *supra*, nos 18 et 193.

2. Fenet, t. XIII, p. 620.

difié, et devint l'article 1561 de la rédaction définitive.

La première partie de notre article 1561 a voulu appliquer la règle : *Inalienabile, ergo imprescriptibile*, mais il n'y a réussi qu'à demi.

L'exception qui forme la seconde partie de cet article est un de ces amendements malheureux qui détruisent tout un principe, et dont la portée est telle, qu'on ne sait plus si c'est l'exception qui forme la règle, ou si c'est la règle qui forme l'exception. La prescription acquisitive a pour fondement la présomption que celui contre lequel elle court renonce à son droit ; elle procède, dit Wolff, *ex consensu præsumpto*. Mais la femme, même séparée de biens, ne peut pas renoncer à son droit sur le fonds dotal, puisqu'elle ne peut pas l'aliéner.

Telles sont les critiques que mérite l'article 1561, si l'on admet comme lui la règle : *Inalienabile, ergo imprescriptibile*.

Que cette règle soit applicable en d'autres matières, c'est ce que nous n'avons pas à examiner ici. Mais doit-elle s'appliquer à l'inaliénabilité de la dot ? Nous en doutons beaucoup ; voici pourquoi :

337. Il faut d'abord distinguer deux hypothèses, à peine de tomber dans la confusion.

Le fonds dotal a-t-il été aliéné par l'un ou l'autre des deux époux ou par les deux conjointement ? C'est l'hypothèse de l'article 1560. Avant de revendiquer, il faut faire révoquer l'aliénation, et faire tomber le titre en vertu duquel l'acquéreur ou ses ayants-cause détiennent le fonds dotal. Alors l'action de la femme a

un caractère d'administration : en d'autres termes, elle se rattache à la jouissance, à l'administration et à la restitution de la dot ; par conséquent, elle ne peut être exercée par la femme qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage. La prescription ne court pas pendant le mariage, même après la séparation de biens, parce que la femme ne peut pas agir, et se trouve protégée par la maxime : *Contra non valentem agere non currit præscriptio*.

La situation n'est plus la même ; la femme ne peut pas se laisser arrêter par un tel obstacle, lorsque les tiers détenteurs du fonds dotal ne peuvent invoquer aucun titre émané des époux ou de l'un d'eux ; alors l'action est pétitoire ; son exercice est attaché à la qualité de propriétaire indépendamment de la qualité d'administrateur. La femme a une action directe en revendication, et rien ne l'empêche d'agir. Ici elle ne doit pas être protégée par la règle que la prescription ne court pas contre ceux qui ne peuvent point agir.

Devait-on, dans cette même hypothèse, considérer l'inaliénabilité de la dot comme faisant obstacle à la prescription et appliquer la règle : *Inalienabile, ergo imprescriptibile* ? Ce n'est pas notre opinion.

L'inaliénabilité de la dot a sa raison d'être dans le principe de séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux ; son but est de maintenir cette séparation, en empêchant le mari d'abuser de sa puissance pour confondre les biens de sa femme dans les siens et se les approprier directement ou indirectement. La femme est faible de tout l'ascendant que le mari exerce sur elle. Il était juste et nécessaire de la protéger contre

les actes du mari et les consentements que son intérêt parvient presque toujours à lui arracher.

Mais la femme n'est plus dans la même situation de dépendance envers les tiers auxquels ni elle, ni son mari n'ont transmis aucuns droits à la possession du fonds dotal. Le mari n'a rien reçu de ces tiers et ne leur doit rien ; il a intérêt à leur dépossession, puisque leur éviction lui procure la jouissance et l'administration du fonds dotal. La femme est aussi libre d'agir contre eux que si elle était fille ou veuve ; l'action de propriété et de revendication directe doit donc lui suffire, et il est au moins superflu de lui accorder le surcroît de l'imprescriptibilité comme conséquence de l'inaliénabilité. La règle que les choses inaliénables sont imprescriptibles doit être entendue avec discernement ; elle est vraie toutes les fois que l'inaliénabilité est absolue à cause de la faveur dont la loi entoure certaines personnes. Telle est l'inaliénabilité des biens des mineurs ; elle est absolue, parce que le mineur est faible envers tous et protégé contre tous. Au contraire, l'inaliénabilité de la dot est relative, parce que la femme n'est faible qu'à l'égard de son mari, et n'est protégée que contre sa puissance. C'est en cela que l'inaliénabilité des biens dotaux diffère de celle des biens du mineur.

Les commentateurs du droit de Justinien n'ont pas fait de différence entre ces deux espèces d'inaliénabilité ; il n'ont pas suffisamment remarqué que la législation de Justinien procède comme la loi Julia et qu'elle adresse au mari la prohibition d'aliéner : *Fundum dotalem non solum hypothecæ titula dare nec consentiente mu-*

liere maritus possit, sed nec alienare; ne fragilitate naturæ suæ in repentinam deducatur inopiam (L. un., § 15, C., *De rei ux. act.*). La même idée domine dans le *proæmium* aux Institutes, *quibus alien. licet vel non* : c'est toujours de l'influence du mari que la loi se préoccupe; elle lui défend l'aliénation du fonds dotal, malgré le consentement de la femme, qu'elle considère comme arraché à sa faiblesse.

Notre article 1561 n'est pas bien conforme à ces idées : au lieu d'appliquer l'inaliénabilité relative, il applique l'inaliénabilité absolue. La femme est ainsi assimilée à un mineur quant à ses biens dotaux. C'est toujours l'inevitable confusion de l'inaliénabilité avec l'incapacité; celle-ci est la conséquence de celle-là.

L'interprétation n'a pas la puissance de redresser cette déviation. Notre article 1561 part d'une cause absolue d'inaliénabilité, tandis qu'il devait partir d'une cause relative qui est la seule vraie. N'oublions pas en effet que la section de législation disait que l'imprescriptibilité doit être une suite de l'inaliénabilité. Voilà pourquoi, suivant notre article, les immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage sont les seuls imprescriptibles.

Et encore notre article renferme une exception à cette règle, dans le cas où la prescription a commencé avant le contrat de mariage. Après avoir exagéré l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité, on a voulu en adoucir les rigueurs en refusant au contrat de mariage le pouvoir d'enlever au possesseur l'avantage d'un commencement de prescription. La constitution de dot n'est donc pas suspensive ni interruptive de la prescription.

338. Supposons maintenant que l'immeuble dotal ait été aliéné par l'un ou l'autre des époux ou par les deux conjointement. Ici quatre cas peuvent se présenter : 1^o le fonds dotal a été aliéné par la femme seule, sans l'autorisation de son mari ; 2^o ou par la femme seule autorisée par son mari ; 3^o ou par le mari seul ; 4^o ou par les deux époux conjointement.

339. *Premier cas.* — L'aliénation est nulle à cause de l'incapacité de la femme, aux termes des articles 217 et 1125 du Code Napoléon ; et cette nullité est d'ordre public. La femme a blessé les mœurs nationales ; elle s'est mise en révolte contre l'autorité de son mari : cet acte d'indépendance est une espèce d'infidélité conjugale.

Il est évident que, pendant le mariage, la femme n'est pas libre de demander la nullité de l'acte d'aliénation ; elle ne peut pas le faire sans l'autorisation de son mari (article 215), et son plus grand désir, c'est de lui cacher la faute qu'elle a commise. Le délai de dix ans pour exercer l'action en nullité ne courra donc que du jour de la dissolution du mariage, aux termes de l'article 1304, § 2, du Code, et l'acheteur, aussi coupable que la femme, ne pourra pas invoquer l'article 2165, puisqu'il n'a ni bonne foi ni juste titre. Il n'a pas de bonne foi, puisqu'il est contrevenu à la prohibition de la loi : *Malæ fidei namque possessorem esse nullus ambigit, qui aliquid contra legum interdicta mercatur* (L. 7, C., *De agricol. et censit.*). Il n'a pas de juste titre, puisque ce titre est nul et que la loi n'accorde pas d'effet civil à ce qu'elle défend.

C'est donc avec raison que l'article 1304, § 2, fixe *la dissolution du mariage* pour point de départ à l'action en nullité de l'aliénation consentie par la femme sans l'autorisation de son mari.

340. Mais comment cet article 1304, § 2, se combine-t-il, soit avec l'article 1560, qui accorde à la femme le droit de demander la nullité de l'aliénation du fonds dotal *après la séparation de biens*, soit avec la disposition de l'article 1561, suivant laquelle les immeubles non déclarés aliénables par le contrat de mariage deviennent néanmoins prescriptibles *après la séparation de biens* ?

Disons d'abord qu'il est très-facile de s'égarer dans le dédale de cette question et d'être dupe des mots. Nous sommes en face de trois prescriptions :

1^o La prescription de l'action en nullité de l'aliénation consentie par la femme sans l'autorisation de son mari (article 1304, § 2) ;

2^o La prescription de l'action en nullité ou en révocation de l'aliénation du fonds dotal (article 1560) ;

3^o La prescription acquisitive des immeubles dotaux non déclarés aliénables par le contrat de mariage (articles 1561 et 2165).

A notre avis, l'article 1304, § 2, n'oppose aucune contradiction à l'article 1560, § 1, ni à l'article 1561, § 2. Chacun de ces textes s'applique à un ordre de choses différent. L'article 1304, § 2, gouverne le cas où l'aliénation est nulle pour défaut d'autorisation de la femme par le mari ; sa disposition est générale et s'applique à la femme mariée sous le régime de communauté, comme

à la femme mariée sous le régime dotal, aux propres de communauté comme aux biens dotaux et aux biens paraphernaux. Cet article doit donc être éliminé de notre question ; il n'a rien à y faire et ne pourrait que la compliquer.

La question se réduit donc à combiner l'article 1560 avec l'article 1561, auquel on peut ajouter l'article 2165. Ces deux articles n'ont pas la portée générale de l'article 1304, § 2 : ils ne s'appliquent évidemment qu'au régime dotal et aux biens dotaux.

Ce qui fait la difficulté, c'est que l'article 1560 accorde à la femme le droit de faire révoquer l'aliénation du fonds dotal *après la séparation de biens*, tandis que l'article 1561 dispose que les immeubles dotaux non déclarés aliénables par « le contrat du mariage sont prescriptibles *pendant le mariage* , à moins que la prescription n'ait commencé *auparavant* ».

341. La simple lecture de l'article 1560 prouve qu'il s'applique à l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal. Il n'est pas moins certain que l'article 1561 se réfère à un cas tout différent, c'est-à-dire à l'action en revendication de l'immeuble dotal qui est possédé par un tiers et qui n'a été aliéné par aucun des deux époux conjointement ou séparément. C'est ce que prouve jusqu'à l'évidence l'adverbe *auparavant* qui termine le premier paragraphe de cet article. La prescription peut avoir commencé avant le mariage ; donc le tiers détenteur ne tient pas son droit des époux, ni de l'un d'eux ; par conséquent, il n'y a pas à faire révoquer une aliénation,

ni à faire tomber un titre avant de pouvoir revendiquer¹.

Il semble, au premier abord, qu'il y aurait plus d'harmonie dans la loi, si l'action révocatoire et l'action en revendication ou pétitoire se prescrivaient à partir du même moment. En effet, la femme séparée de biens peut, suivant les circonstances, intenter l'une ou l'autre des deux actions; il semblerait donc naturel de lui faire encourir la même responsabilité pour la même inaction. De plus, on serait alors d'accord avec la loi 30, C., *De jure dotium*, qui assimile les deux actions, et avec la doctrine de Dumoulin, d'Argentré, Brodeau, Basnage et Merlin. Et voilà bien l'origine de l'opinion qui voit dans les articles 1560 et 1561 un reflet de l'ancien ordre de choses, et qui veut que la séparation de biens soit le point de départ de la prescription de l'action en nullité des aliénations consenties par la femme².

342. Mais il ne faut pas s'y tromper : les deux situations sont séparées par une différence importante, et la loi a eu raison de ne pas les assimiler.

Quand la femme séparée de biens se trouve en face d'un détenteur de son fonds dotal qui possède sans titre ou en vertu d'un titre émané à *non domino*, rien ne l'empêche d'interrompre la prescription qui court contre elle; il est impossible de trouver à son inaction un autre

1. V. *supra*, n° 121.

2. MM. Vazeille, *Prescript.*, n° 289; Odier, *Contrat de mariage*, n° 1258; Delangle, dans les conclusions qui ont précédé l'arrêt de la Cour de cassation, du 1^{er} mars 1847; Troplong, *Contr. de mar.*, n° 3575 et suiv.

motif que la négligence ou l'ignorance de ses droits ; elle n'a pas *lieu de craindre*, suivant les expressions de Rensson, *que son action et sa poursuite fâche son mari*. C'est tellement vrai, qu'en apportant ici des idées absolues, et surtout en ayant égard à la cause de l'inaliénabilité des biens dotaux, on pourrait soutenir que l'article 1564 n'aurait pas dû les déclarer imprescriptibles pendant toute la durée du mariage contre le possesseur qui ne tient pas son droit des époux ou de l'un d'eux. Je soupçonne le commencement de cet article d'avoir confondu l'inaliénabilité avec l'incapacité d'agir, et la fin d'être sortie de cette confusion pour tomber dans une autre, celle de l'action révocatoire avec l'action pétitoire ou en revendication ; l'inaliénabilité domine dans le § 1^{er}, et la liberté d'action dans le § 2. Ce dernier paragraphe peut bien aussi avoir eu pour but de consolider la propriété, et d'en faire cesser l'incertitude, en tempérant l'inaliénabilité inscrite à la dernière rigueur dans le paragraphe premier.

343. La situation est bien différente, quand la femme séparée de biens est en présence d'un acquéreur qui tient d'elle-même et de son mari, ou de l'un d'eux, l'immeuble dotal. Cet acquéreur a fourni ou fournit encore l'équivalent de l'immeuble, le prix de l'aliénation qui lui a été consentie. Bien qu'on ne lui reconnaisse pas le droit de retenir l'immeuble jusqu'à la restitution de ce prix, cette restitution ne lui est pas moins due ; les intérêts qu'il payait peut-être encore et dont la famille avait le plus grand besoin, ne seront plus payés après une demande en révocation de l'alié-

nation. La loi présume que cet état de chose et ces rapports ont été créés par l'influence du mari dans son intérêt ; cette influence et cet intérêt durent encore après la séparation de biens, car l'action révocatoire atteint le mari par le contre-coup de la garantie. D'autre part, l'inaliénabilité survit à la séparation de biens, et sa raison d'être subsiste plus que jamais. La femme n'a donc pas encore une entière liberté d'action ; et il ne faut pas imputer son inaction à la négligence ou à l'ignorance de ses droits. C'est pourquoi la loi a pu et même dû ne pas faire courir contre elle la prescription de l'action révocatoire après la séparation de biens.

344. M. Troplong n'admet pas cette explication : sa haute raison s'en est laissé imposer par l'article 2255, ainsi conçu : « Néanmoins, elle (la prescription) ne court point, pendant le mariage, à l'égard d'un fonds constitué selon le régime dotal, conformément à l'article 1561, au titre *du Contrat de mariage et des Droits respectifs des époux* ». La question, dit l'éminent premier Président, sera tranchée affirmativement par la loi elle-même, si l'on trouve un article qui, prévoyant expressément le cas de l'article 1560, c'est-à-dire le cas d'une aliénation du fonds dotal par la femme, renvoie précisément à l'article 1561, et il cite l'article 2225 qui, en effet, porte littéralement ce renvoi à l'article 1561.

L'argument paraît décisif ; et cependant il ne l'est pas du tout. En voici la preuve mathématique :

— Pour la bien comprendre, il faut se rappeler comment

le Code Napoléon a été fait. Chaque titre formait une loi spéciale qui avait sa série particulière d'articles, en commençant par le n^o 1, à l'exemple des lois antérieures dont les numéros d'articles recommençaient à chaque titre. Telle est, pour n'en citer qu'une, la loi du 29 décembre 1790 sur les *Rentes foncières*. Le titre V du Code ou la loi *du Contrat de mariage* avait donc sa série spéciale d'articles, de manière que l'article 1387 de la série générale formait l'article 1^{er}. L'article de la loi *de la Prescription*, devenu l'article 2255 de la série générale, renvoyait à l'article 174 de la loi *du Contrat de mariage*. Cet article 174 est le seul qui ait été adopté par le conseil d'État et par le Corps législatif; le seul, par conséquent, qui renferme la volonté du législateur. Or, quel était cet article 174 de la série spéciale de la loi *du Contrat de mariage*? Était-ce l'article 1561? Non; c'était l'article 1560. On peut consulter les travaux recueillis par Locré, ou le beau travail de Fenet, et l'on verra que l'article 174 de la loi *du Contrat de mariage* est celui qui forme aujourd'hui l'article 1560 et non pas l'article 1561. Nous n'avons pas même besoin de ces travaux pour faire cette preuve; il suffit d'ajouter le nombre 174 au nombre 1386, exprimant le dernier article qui précède le titre *du Contrat de mariage*, et l'on a la formule suivante : 1386 plus 174 égalent 1560 et non pas 1561.

L'article 2255 vise donc le cas de l'article 1560 et non celui de l'article 1561 et laisse la question à décider à ces deux articles.

Nous venons de distinguer les deux cas pour lesquels chacun de ces articles est fait.

Le projet du Code assimilait les deux cas et décidait que la prescription ne courait jamais avant la dissolution du mariage. Mais le Tribunat considéra que la femme séparée de biens n'est pas retenue par la crainte maritale et proposa d'ajouter la disposition qui termine l'article 1561 : *Ils deviennent néanmoins prescriptibles après la séparation de biens.*

C'est encore le Tribunat qui a fait insérer ces mots dans l'article 1560 : *La femme aura le même droit après la séparation de biens*, mais en laissant subsister dans sa rédaction ces mots énergiques : *Sans qu'on puisse lui opposer aucune prescription pendant la durée du mariage*, il révéla clairement le sens de l'article tout entier.

En accordant une faculté de plus à la femme séparée de biens, la loi n'a pas entendu lui imposer, à peine de déchéance, l'exercice de son action révocatoire ; cette action ne devient donc prescriptible qu'après la séparation de biens. Telle est la jurisprudence ¹.

345. Quant à la prescription acquisitive dont parle l'article 2165, elle n'est pas autre que l'extinction de l'action pétitoire ou en revendication par le laps de temps. Elle rentre donc dans le domaine de l'article 1561 qui gouverne l'article 2165 en cette matière.

Deuxième cas. — Il rentre dans celui où les deux époux ont aliéné conjointement le fonds dotal. De deux choses l'une : ou les époux étaient dans le cas d'aliéner le fonds dotal avec permission de justice et ils devaient deman-

1. Cass., 1^{er} mars 1847 (Dalloz, 47, 1, 209) et 4 juillet 1849 (Dalloz, 49, 1, 330).

der cette permission, ou bien ils n'étaient pas dans ce cas, et alors l'aliénation ne peut avoir eu lieu que dans l'intérêt du mari et pour le besoin de ses affaires personnelles.

346. *Troisième cas.*— Ici, c'est le mari seul qui a vendu le fonds dotal. D'après les explications que nous venons de donner, la femme ou ses héritiers doivent faire révoquer l'aliénation et l'on se trouve placé dans l'hypothèse de l'article 1560 et non dans celle de l'article 1561. C'est un reste de l'ancien *dominium* du mari et la femme ou ses héritiers sont dans la situation du mineur dont le tuteur a vendu les biens sans les formalités de justice. Le mineur est dans l'acte du tuteur en vertu de la maxime : *factum tutoris factum pupilli*.

347. *Quatrième cas.* — Le mari et la femme ont aliéné le fonds dotal. On est donc placé dans l'hypothèse de l'article 1560 et non dans celle de l'article 1561; la femme ou ses héritiers doivent faire révoquer l'aliénation avant de revendiquer. Ce droit s'ouvre par la séparation de biens; mais comme la femme n'est pas entièrement libre d'agir tant qu'elle est placée sous l'influence du mari, la prescription ne court qu'à compter de la dissolution du mariage.

FIN.



TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

	Pages.
CHAPITRE I ^{er} . — De l'origine et de la nature de la dot.	1
CHAPITRE II. — Lois d'Auguste. — Droit des Jurisconsultes.	21
CHAPITRE III. — Réformes de Justinien.	59
§ I. — Action en revendication des choses dotales.	68
§ II. — Action hypothécaire.	89
§ III. — Inaliénabilité absolue du fonds dotal.	95

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE UNIQUE. — Romanisme et germanisme. — Lutte entre le régime dotal et le régime de commu- nauté. — Jurisprudence de droit écrit.	109
§ I. — Parlement de Toulouse.	138
§ II. — Parlement de Bordeaux.	167
§ III. — Parlement de Paris.	170
§ IV. — Parlement d'Aix.	178
§ V. — Parlement de Grenoble.	179
§ VI. — Sénat de Savoie.	179

TROISIÈME PARTIE.

DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBI- LIÈRE SOUS L'EMPIRE DU CODE NAPOLÉON.

CHAPITRE I ^{er} . — De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière pendant le mariage et avant la sépa- tion de biens.	182
---	-----

	Pages.
SECTION I. — De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière par rapport au mari.	183
SECTION II. — De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière par la femme.	398
SECTION III. — Des actes qui doivent être considérés comme une aliénation de la dot.	409
SECTION IV. — Des exceptions au principe d'inaliénabilité de la dot.	414
§ I. — Établissement des enfants.	421
§ II. — Emprisonnement du mari ou de la femme.	430
§ III. — Aliments qui doivent être fournis à la famille.	438
§ IV. — Payement des dettes antérieures au contrat de mariage.	442
§ V. — Grosses réparations.	449
§ VI. — Indivision.	450
§ VII. — Echange du fonds dotal.	460
—————	
§ I. — Crimes et délits.	467
§ II. — Quasi-délits et quasi-contrats.	468
§ III. — Dépens.	489
CHAPITRE II. — De l'inaliénabilité de la dot après la séparation de biens.	494
CHAPITRE III. — De l'inaliénabilité de la dot après la dissolution du mariage.	524
CHAPITRE IV. — De la révocation de l'aliénation du fonds dotal.	601
§ I. — De l'action du mari.	611
§ II. — De l'action de la femme.	616
§ III. — De l'action des héritiers de la femme.	631
CHAPITRE V. — De la prescription en matière de dot.	635

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

NOTA. — *Le chiffre indique la page.*

A

ACCEPTATION DE SUCCESSION. — Est un quasi-contrat , 580. — Ne renferme pas une obligation nouvelle, 580, 582. — Oblige l'héritier pur et simple, comme le défunt, ni plus ni moins, 582, 583. — Suppose que les biens sont le gage des créanciers et des légataires, 565, 589. — Ses effets sont fondés sur le préjudice que l'héritier cause aux créanciers et aux légataires, en s'emparant des biens purement et simplement, 565, 584, 589. — Ce préjudice n'existe pas, lorsque les biens, notamment les biens dotaux, ne sont pas le gage des créanciers, 584. — L'héritier de la femme dotale qui s'empare des biens dotaux purement et simplement ne doit rien aux créanciers qui n'avaient pas d'action sur les biens dotaux, 585. — Dans le cas contraire, l'héritier pur et simple est tenu indéfiniment sur les biens dotaux, les biens paraphernaux et ses biens personnels, 594. — Il doit, avant d'accepter, prendre en considération la qualité plus que la quantité du passif.

L'héritier de la femme dotale peut diviser son acceptation, 596 et suiv.

— Il peut accepter pour les biens dotaux et renoncer pour les biens paraphernaux, 596 et suiv.

ACTION révocatoire de l'aliénation du fonds dotal. — En quoi elle diffère de l'action Paulienne de l'article 1167, 609 et 610.

ACTIONS. — Nécessité de distinguer les diverses espèces d'actions relatives à la dot, 259 et suiv. — Les actions relatives à la jouissance et à l'administration des biens dotaux appartiennent au mari seul, 260 et suiv. — *Secus* des actions de propriété ou pétitoires. Elles doivent être exercées par ou contre la femme autorisée par le mari ou par la justice, 261 et suiv. — Ancien droit français, 270 et suiv. — Erreur de la doctrine et de la jurisprudence sur l'exercice des actions pétitoires dotales, 129 et suiv.; 289 et suiv.

ALIÉNATION. — Sens de ce mot, 409 et suiv. — Celle du fonds dotal était défendue au mari par la loi *Julia*, 27, et au mari et à la femme, par le droit de Justinien, 95 et suiv.

ADMINISTRATION. — Celle des biens dotaux appartient au mari seul, 256.

V. MARI. — Pourquoi n'appartient-elle pas à la femme ? 346.

ANOMALIE. — D'où vient celle du droit romain, au sujet des droits du mari sur la dot, 43 et suiv. — N'existait pas dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit, 238. — N'existe pas non plus dans le Code Napoléon, 240, 282.

B

BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. — Sa théorie, 581 et suiv. — Il suppose que les biens sont le gage des créanciers et il n'est nécessaire que dans ce cas, 565, 589. — Est inutile à l'héritier de la femme dotale, quant aux biens dotaux, 588 et suiv. — Erreur du parlement de Paris et de Ricard sur le bénéfice d'inventaire, 590. — Continuation de cette erreur dans la doctrine et la jurisprudence de nos jours, 588 et suiv.

BIENS DOTAUX. — Pourquoi sont-ils inaliénables, tandis que les biens paraphernaux ne le sont pas ? 401. — Les mots : *biens dotaux*, employés par les articles 1554, 1555 et 1556 comprennent les meubles aussi bien que les immeubles, 307 et suiv.

C

CAPACITÉ. — Confusion incurable entre l'inaliénabilité de la dot et l'incapacité de la femme, 569, 570 et *passim*.

CAUTIONNEMENT. — Celui que la femme donne pour garantir l'aliénation de sa dot n'est pas valable, 607.

COEMPTION. — Forme solennelle du mariage plébéen chez les Romains, 3. — Ses effets, 3 et 4.

COMMUNAUTÉ. — A son origine dans le *mundium* germanique et dans le principe de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme, 114 et suiv. — Célèbre définition que Dumoulin en a donnée, 326. — Le droit de la femme sur les choses qui la composent n'est pas actuel, mais éventuel, 326 et 327. — De même, d'après la doctrine moderne, le droit de la femme dotale sur la dot mobilière n'est pas un droit de propriété, mais de créance et de reprise en valeur, 327, 331 et suiv. — Cette doctrine a son origine dans une erreur de Pothier, 332 et suiv. — La jurisprudence moderne fait de la communauté dans la dotalité, 393, 401. — La femme mariée sous le ré-

gime dotal est mariée sous celui de la communauté, quand elle a une dot mobilière, et peut demander le partage de la communauté dotale, 395, 396.

CONFARRÉATION. — Forme solennelle du mariage aristocratique et sacerdotal chez les Romains, 3. — Ses effets, 3 et 4.

CRÉANCES. — Ne doivent pas être assimilées à des sommes d'argent, 142, 143. — Le parlement de Toulouse paraît les avoir assimilées à des sommes d'argent, 141, 142. — Le mari ne peut pas céder les créances dotales, 144 et suiv.

CRIME. — Dans quels cas la dot est aliénable pour la réparation des crimes, délits, quasi-délits ou quasi-contrats de la femme, 467 et suiv.

D

DETTES. — Le régime dotal sépare les dettes comme les biens des époux, 327 et suiv. — Dans quel cas les dettes diminuent l'émolument de la dot, 444. — Le mari n'est jamais tenu des dettes de la femme sur ses biens personnels, 328, 444. — Si le mari était saisi de tout l'actif mobilier dotal, il devrait être tenu des dettes mobilières de la femme, comme sous le régime de communauté, 328.

DIVORCE. — Condition malheureuse qu'il faisait aux femmes chez les Romains, 7. — Il entraîna la chute du régime de la *manus*, 9.

DONATION. — La femme dotale peut donner ses biens dotaux, meubles ou immeubles, pour l'établissement de ses enfants, 307 et suiv.

DOT. — La dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière, 183 à 398.

DROIT ÉCRIT. — Ce que c'était, 119. — Quels étaient les pays de droit écrit, 120. — Leur jurisprudence en matière de dot, 138 et suiv.

E

ÉTABLISSEMENT DES ENFANTS. V. ALIÉNATION.

F

FEMME. — Condition que le mariage fait à sa personne et à ses biens, 2. — Idée de sa faiblesse chez les peuples anciens, 4 et suiv.; 112 et

suiv. — Les femmes étaient en tutelle perpétuelle chez les Romains et les Germains, 5 et 113.

Indépendance des femmes à Rome, 14. — Pourquoi ne voulurent-elles que du mariage libre? 14. — Impossibilité d'en trouver qui fussent chastes, 22, 23. — La faiblesse de la femme, *fragilitas*, est extrinsèque et relative à la puissance du mari, 102. — Différence entre la *fragilitas* de la femme et sa *levitas animi*, 102.

La femme dotale est protégée par l'inaliénabilité de sa dot contre la puissance du mari, et la femme commune par l'association, 99 et suiv.

FONDS DOTAL. — Ces mots comprennent la dot mobilière et immobilière; ils signifient *bien dotal*, 302. — Élargissent le sens du mot *immeubles* dans l'article 1554, 300 et suiv. — Le fonds dotal est inaliénable, 303.

I

INALIÉNABILITÉ. — Est la conséquence logique et la sanction nécessaire du principe de séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux, 3, 252 et *passim*. — A pour objet de protéger la femme contre le mari, 99, 529. — S'applique à la dot mobilière comme à la dot immobilière, 399 et suiv. — Comment on veut entendre aujourd'hui l'inaliénabilité de la dot mobilière par la femme, 399, 400. — Cette erreur a été empruntée à Pothier, 331 et suiv.

INSTITUTION CONTRACTUELLE. — La femme ne peut disposer de sa dot par institution contractuelle que pour l'établissement de ses enfants, 410, 411.

J

JOUISSANCE. — Celle des biens dotaux appartient au mari pour supporter les charges du mariage, 199.

JULIA (loi). — Défendait au mari l'aliénation du fonds dotal sans le consentement de la femme, 27. — Ne permettait pas au mari l'aliénation de la dot mobilière, 41, 43, 154 et suiv. — Erreur invétérée sur ce point du droit romain, 155, 156.

JUSTINIEN. — Ses réformes du régime dotal, 59 et suiv. — A établi l'inaliénabilité absolue de la dot, 95.

M

MANUS. — Était la puissance que le mariage par coemption ou confarreation attribuait au mari, dans l'ancien droit romain, sur la personne et les biens de sa femme, 3 et 4.

MARI. — Dans le droit romain antérieur à Justinien, il était propriétaire de la dot, 38 et suiv., 54 et suiv. — Ce droit était restreint par l'obligation de restituer éventuellement les choses dotales identiquement et en nature, 13, 43. — La loi Julia lui défendit d'aliéner le fonds dotal, 27. — S'il aliénait le fonds dotal, la femme pouvait le revendiquer, 49 et suiv. — S'il aliénait les meubles dotaux, la femme ne pouvait pas les revendiquer, 50. — Elle avait alors une action arbitraire contre le mari, 43 et suiv.

Dans le droit de Justinien, le mari n'est plus propriétaire de la dot, 66 et 67.

En droit écrit, le mari était *maître de la dot*, mais cette maîtrise n'était que celle de la jouissance et de l'administration de la dot, 120 à 124, 167 et suiv.

Sous le Code Napoléon, le mari n'a que la jouissance et l'administration de la dot, 243 et suiv. et *passim*. — Opinions des rédacteurs du Code à cet égard, 197, 198. — Il n'a pas le pouvoir d'aliéner la dot mobilière plus que la dot immobilière, 183 à 398.

MUNDIUM. — C'était chez les Germains et chez les Francs la puissance et la protection d'une personne envers une autre, puissance du mari sur la personne et les biens de la femme, 113 et suiv. — Comment est devenu le régime de la communauté, 114 et suiv.

O

OPTION. — La femme dont les biens dotaux ont été aliénés peut, après la séparation de biens, opter entre la révocation de l'aliénation et la collocation sur le prix des biens de son mari, 625. — Quand elle opte pour le prix, elle a tous les droits d'un vendeur, 628. — L'option de la femme séparée, quoique faite pendant le mariage, est définitive, 626 et suiv.

P

PARTAGE. — La femme dotale qui a une dot mobilière est commune en biens, suivant la jurisprudence moderne; elle a le droit de partager la communauté dotale, 396 et 397.

PRESCRIPTION. — Distinction entre la prescription de l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, et la prescription acquisitive par les tiers qui ne tiennent pas leurs droits des époux ni de l'un d'eux, 646, 653, 654. — La prescription de l'action révocatoire ne court que du jour de la dissolution du mariage et celle de l'action pétitoire, ou en revendication, à dater de la séparation de biens, 652, 657.

PROPRES. — Les biens dotaux, meubles ou immeubles, sont essentiellement des propres de la femme, 341 et suiv. — Ils sont réalisés par la nature même du régime dotal, 351 et suiv.

R

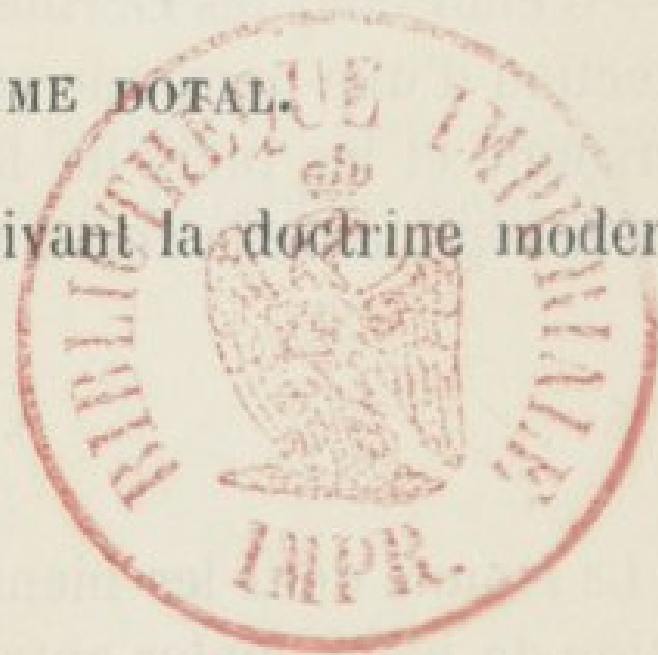
RÉGIME DOTAL. — Par son origine, sa nature même et son caractère essentiel, il sépare les biens des époux, tandis que la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière veut qu'il confonde les meubles dotaux dans la puissance et la communauté du mari, 14, 215, 216, 252, 342, 343 et *passim*. — Conséquences : la femme mariée sous le régime dotal est mariée sous celui de la communauté, 395 et 396.

RESPONSABILITÉ. — Suppose la liberté d'action, 346.

S

SÉPARATION DE BIENS. — V. **RÉGIME DOTAL.**

SOCIÉTÉ. — Le régime dotal, suivant la doctrine moderne, est une société léonine, 396 et 397.



Prescription. — Distinction entre la prescription de l'action révoca-
toire de l'aliénation du fonds dotal, et la prescription acquisitive par
les tiers qui ne lient pas leurs droits des époux ni de l'un d'eux,
656, 653, 654. — La prescription de l'action révocatrice ne court que
du jour de la dissolution du mariage et celle de l'action pétitoire, ou
en revendication, à dater de la séparation de biens, 652, 657.

Propres. — Les biens dotaux, meubles ou immeubles, sont essentiell-
lement des propres de la femme, 344 et suiv. — Ils sont réalisés par
la nature même du régime dotal, 351 et suiv.

R

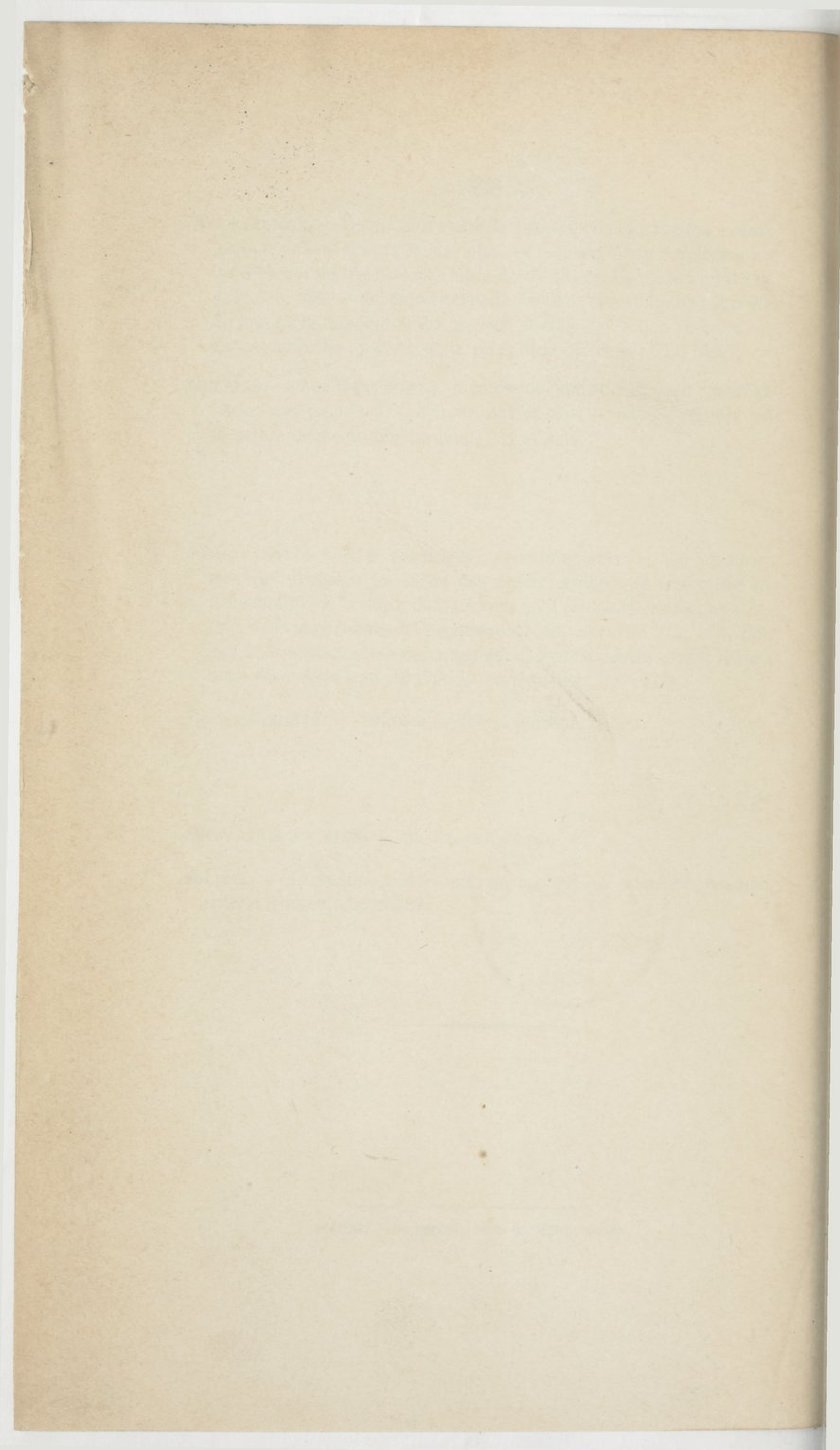
Régime dotal. — Par son origine, sa nature même et son caractère
essentiel, il sépare les biens des époux, tandis que la doctrine de
l'aliénabilité de la dot mobilière veut qu'il confonde les meubles do-
taux dans la puissance et la communauté du mari, 41, 215, 216, 222,
342, 343 et passim. — Conséquences : la femme mariée sous le régime
dotal est mariée sous celui de la communauté, 325 et 326.

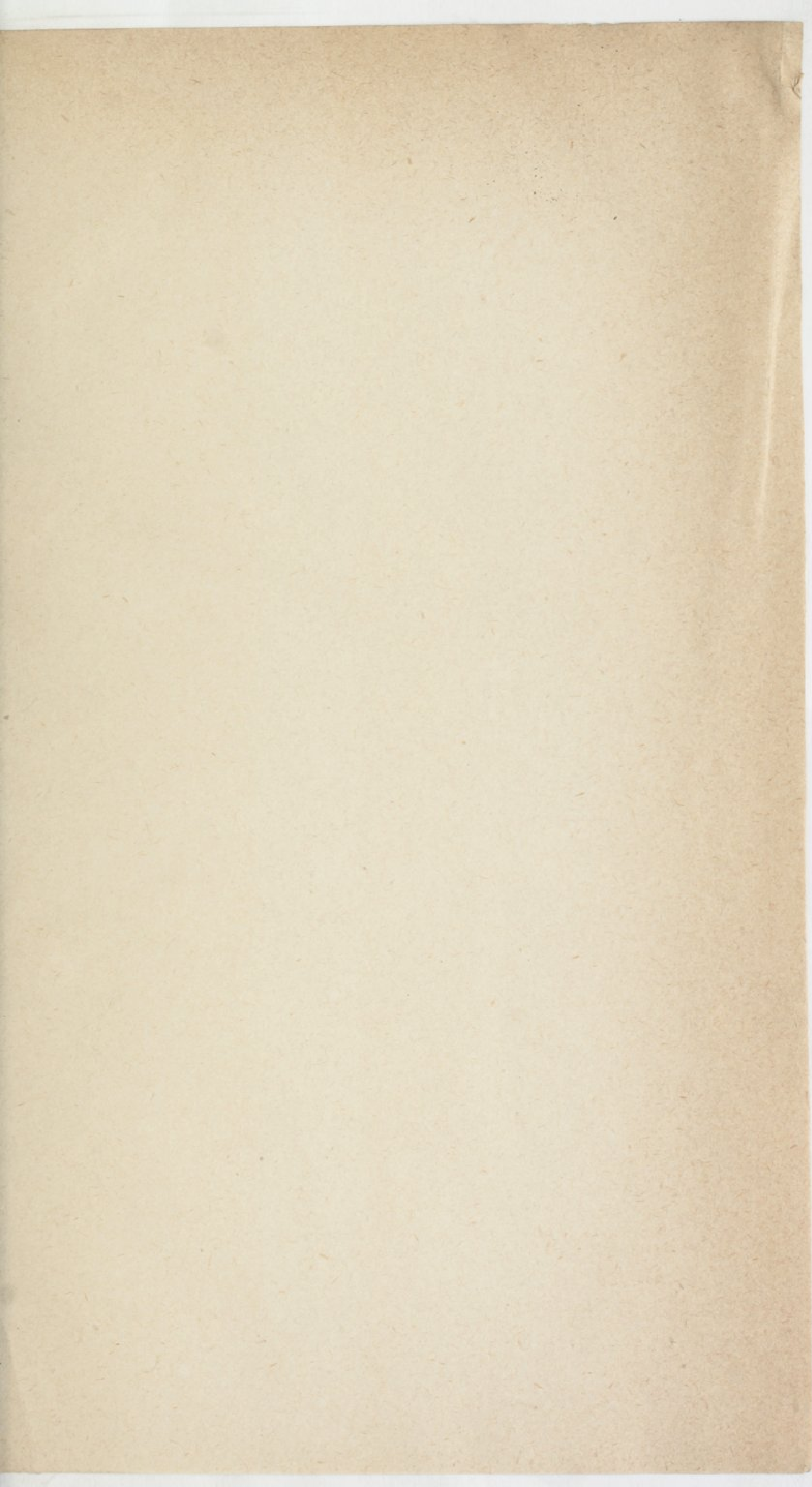
Responsabilité. — Suppose la liberté d'action, 346.

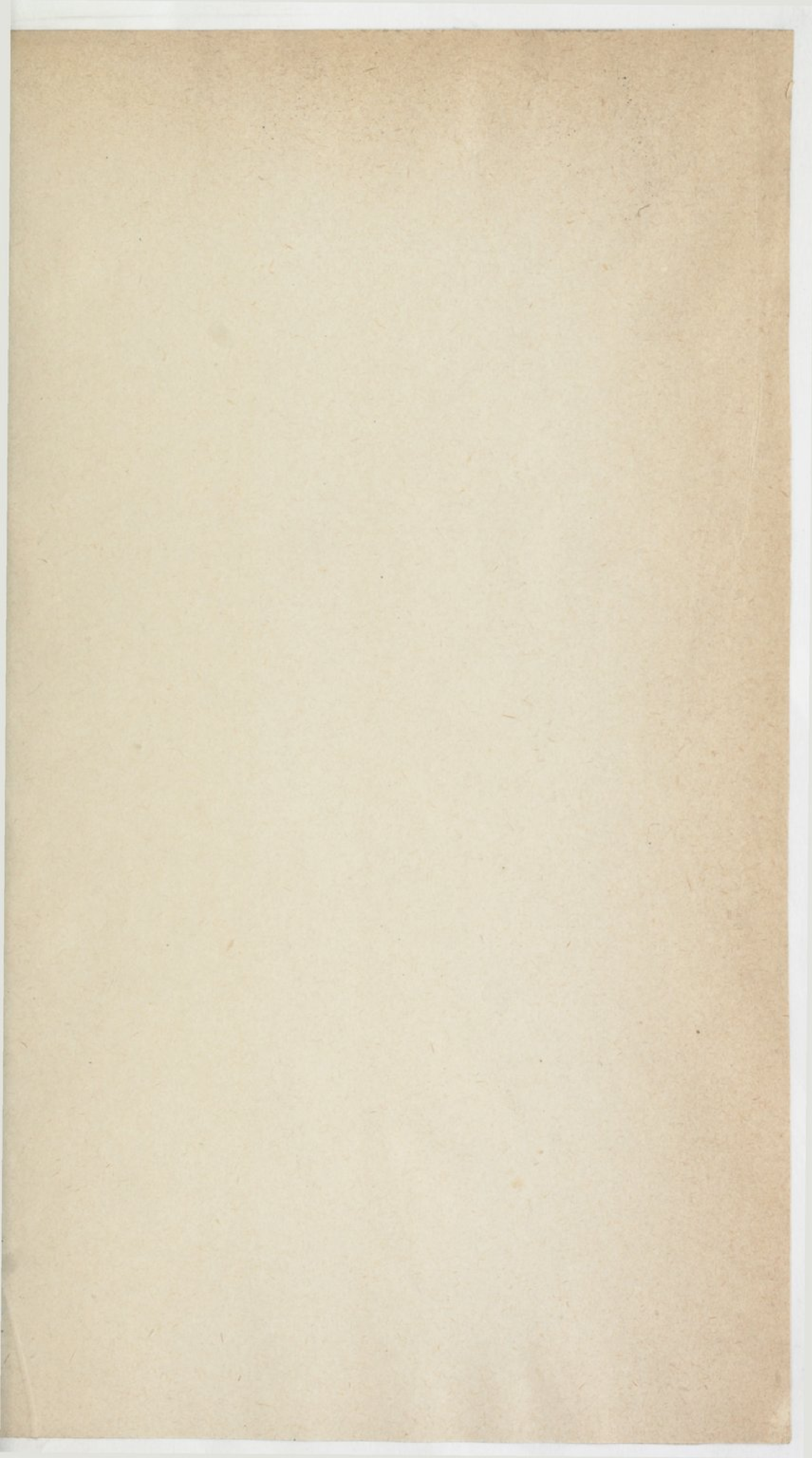
S

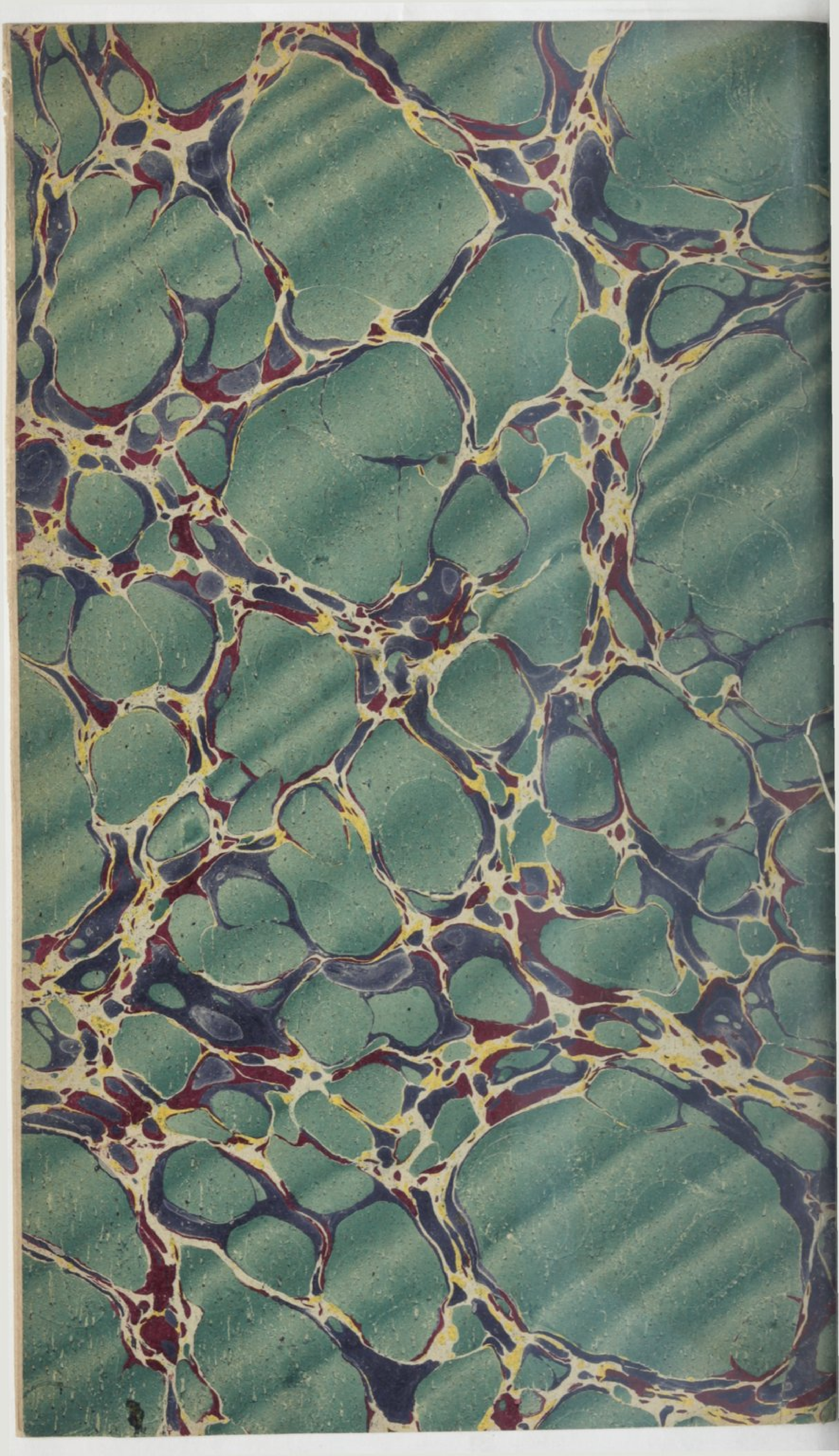
Séparation de biens. — V. Régime dotal.

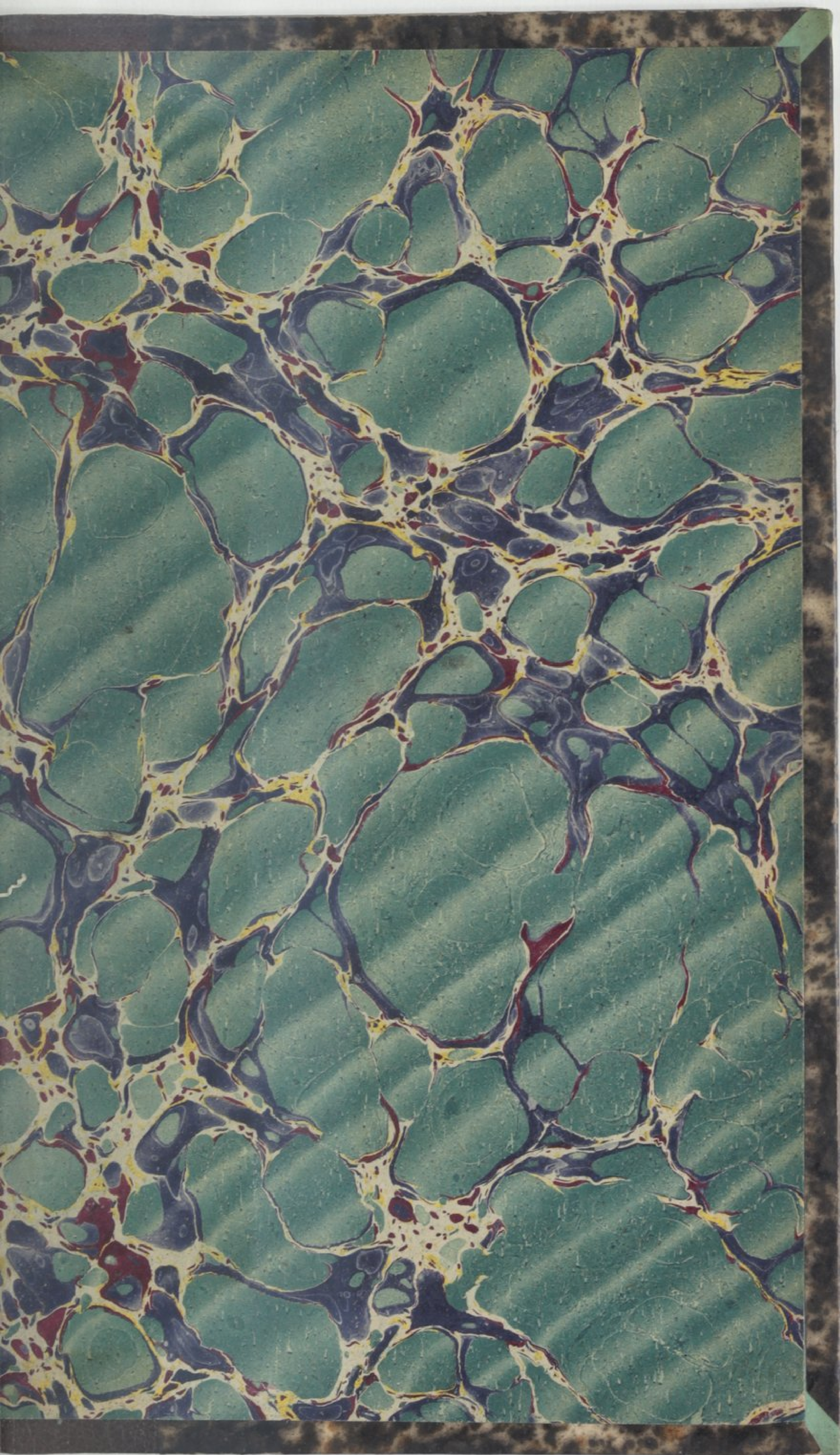
Société. — Le régime dotal, suivant la théorie moderne, est une
société léonine, 326 et 327.











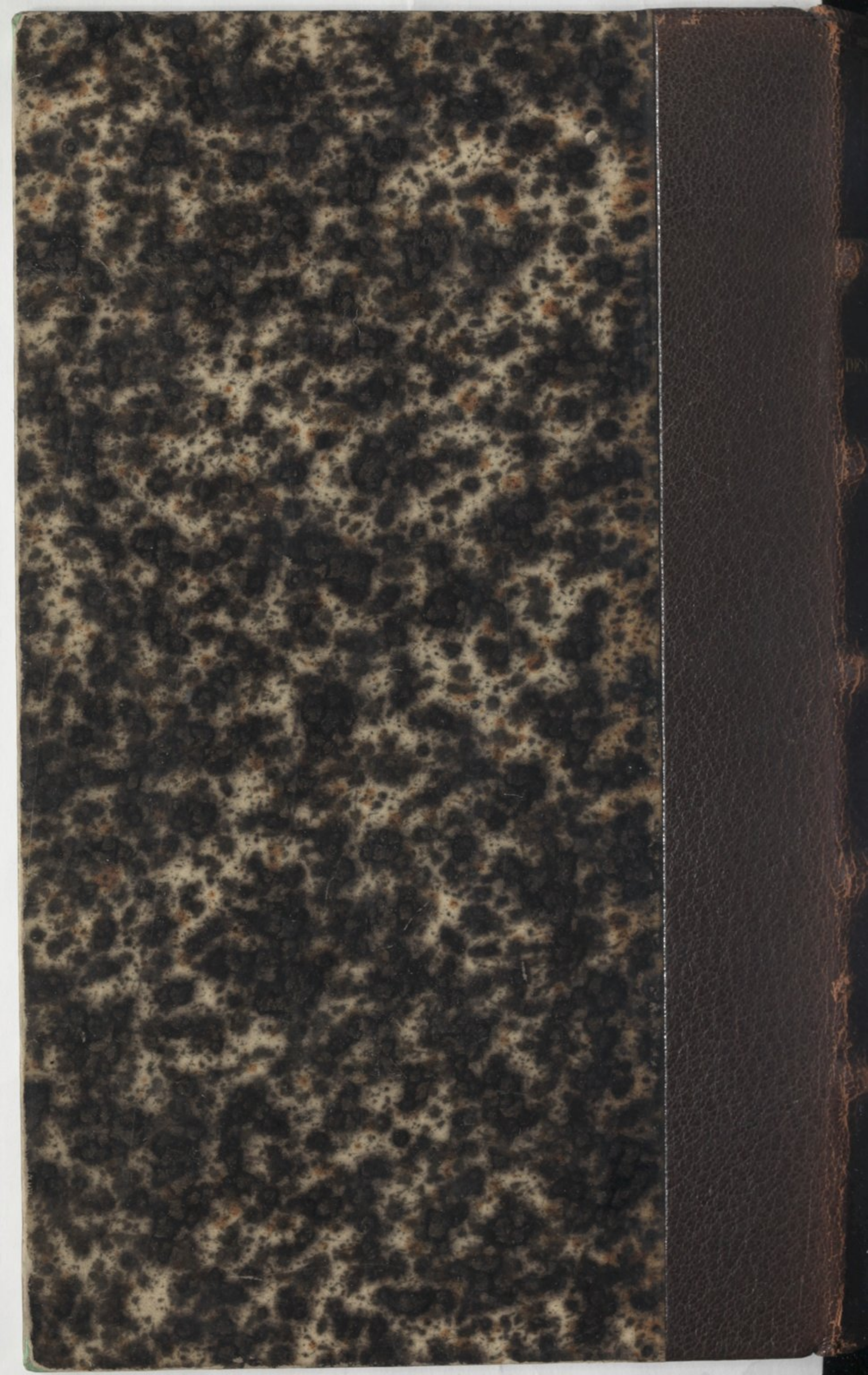


TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE. DROIT ROMAIN.

- Pages.
- CHAPITRE I^{er}. - De l'origine et de la nature de la dot
- CHAPITRE II. - Lois d'Auguste. - Droit des Jurisconsultes
- CHAPITRE III. - Réformes de Justinien
- § I. - Action en revendication des choses dotales
- § II. - Action hypothécaire
- § III. - Inaliénabilité absolue du fonds dotal

DEUXIÈME PARTIE. ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

- CHAPITRE UNIQUE. - Romanisme et germanisme. - Lutte entre le régime dotal et le régime de communauté. - Jurisprudence de droit écrit
- § I. - Parlement de Toulouse
- § II. - Parlement de Bordeaux
- § III. - Parlement de Paris
- § IV. - Parlement d'Aix
- § V. - Parlement de Grenoble
- § VI. - Sénat de Savoie

TROISIÈME PARTIE DE L'INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE ET IMMOBILIÈRE SOUS L'EMPIRE DU CODE NAPOLÉON.

- CHAPITRE I^{er}. - De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière pendant le mariage et avant la sépation de biens
- SECTION I. - De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière par rapport au mari
- SECTION II - De l'inaliénabilité de la dot mobilière et immobilière par la femme
- SECTION III. - Des actes qui doivent être considérés comme une aliénation de la dot
- SECTION IV. - Des exceptions au principe d'inaliénabilité de la dot
- § I. - Établissement des enfants
- § II. - Emprisonnement du mari ou de la femme
- § III. - Aliments qui doivent être fournis à la famille
- § IV. - Payement des dettes antérieures au contrat de mariage
- § V. - Grosses réparations
- § VI. - Indivision
- § VII. - Echange du fonds dotal
- § I. - Crimes et délits
- § II. - Quasi-délits et quasi-contrats
- § III. - Dépens
- CHAPITRE II. - De l'inaliénabilité de la dot après la séparation de biens
- CHAPITRE III. - De l'inaliénabilité de la dot après la dissolution du mariage
- CHAPITRE IV. - De la révocation de l'aliénation du fonds dotal
- § I. - De l'action du mari
- § II - De l'action de la femme
- § III. - De faction des héritiers de la femme
- CHAPITRE V. - De la prescription en matière de dot

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

NOTA. - *Le chiffre indique la page.*

A

- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Est un quasi-contrat,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Ne renferme pas une obligation nouvelle,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Oblige l'héritier pur et simple, comme le défunt, ni plus ni moins,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Suppose que les biens sont le gage des créanciers et des légataires,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Ses effets sont fondés sur le préjudice que l'héritier cause aux créanciers et aux légataires, en semparant des biens purement et simplement,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Ce préjudice n'existe pas, lorsque les biens, notamment les biens dotaux, ne sont pas le gage des créanciers,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - L'héritier de la femme dotale qui s'empare des biens dotaux purement et simplement ne doit rien aux créanciers qui n'avaient pas d'action sur les biens dotaux,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Dans le cas contraire, l'héritier pur et simple est tenu indéfiniment sur les biens dotaux, les biens paraphernaux el ses biens personnels,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Il doit, avant d'accepter, prendre en considération la qualité plus que la quantité du passif.
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - L'héritier de la femme dotale peut diviser son acceptation,
- ACCEPTATION DE SUCCESSION. - Il peut accepter pour les biens dotaux et renoncer pour les biens paraphernaux,
- ACTION révocatoire de l'aliénation du fonds dotal. - En quoi elle diffère de l'action Paulienne de l'article 1167,
- ACTIONS. - Nécessité de distinguer les diverses espèces d'actions relatives à la dot,
- ACTIONS. - Les actions relatives à la jouissance et à l'administration des biens dotaux appartiennent au mari seul,
- ACTIONS. - *Secus* des actions de propriété ou pétitoires. Elles doivent être exercées par ou contre la femme autorisée par le mari ou par la justice,
- ACTIONS. - Ancien droit français,
- ACTIONS. - Erreur de la doctrine et de la jurisprudence sur l'exercice des actions pétitoires dotales,
- ALIÉNATION. - Sens de ce mot,
- ALIÉNATION. - Celle du fonds dotal était défendue au mari parla loi *Julia*,,
- ALIÉNATION. - elle du fonds dotal était défendue au mari parla loi *Julia*,, et au mari et à la femme, par le droit de Justinien,
- ADMINISTRATION. - Celle des biens dotaux appartient au mari seul,
- ADMINISTRATION. V. MARI. - Pourquoi n'appartient-elle pas à la femme?
- ANOMALIE. - D'où vient celle du droit romain, au sujet des droits du mari sur la dot,
- ANOMALIE. - N'existait pas dans l'ancienne jurisprudence de droit écrit,
- ANOMALIE. - N'existe pas non plus dans le Code Napoléon,

B

- BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. - Sa théorie,
- BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. - Il suppose que les biens sont le gage des créanciers et il n'est nécessaire que dans ce cas,
- BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. - Est inutile à l'héritier de la femme dotale, quant aux biens dotaux,
- BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. - Erreur du parlement de Paris et de Ricard sur le bénéfice d'inventaire,
- BÉNÉFICE D'INVENTAIRE. - Continuation de cette erreur dans la doctrine et la jurisprudence de nos jours,
- BIENS DOTAUX. - Pourquoi sont-ils inaliénables, tandis que les biens paraphernaux ne le sont pas?
- BIENS DOTAUX. - Les mots: *biens dotaux*, employés par les articles 1554, 1555 et 1556 comprennent les meubles aussi bien que les immeubles,

C

- CAPACITÉ. - Confusion incurable entre l'inaliénabilité de la dot et l'incapacité de la femme, *passim*.
- CAUTIONNEMENT - Celui que la femme donne pour garantir l'aliénation de sa dot n'est pas valable,
- COEMPTION. - Forme solennelle du mariage plébéien chez les Romains,
- COEMPTION. - Ses effets,
- COMMUNAUTÉ. - A son origine dans le mundium germanique et dans le principe de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme,
- COMMUNAUTÉ. - Célèbre définition que Dumoulin en a donnée,
- COMMUNAUTÉ. - Le droit de la femme sur les choses qui la composent n'est pas actuel, mais éventuel,
- COMMUNAUTÉ. - De même, d'après la doctrine moderne, le droit de la femme dotale sur la dot mobilière n'est pas un droit de propriété, mais de créance et de reprise en valeur,
- COMMUNAUTÉ. - Cette doctrine a son origine dans une erreur de Pothier,
- COMMUNAUTÉ. - La jurisprudence moderne fait de la communauté dans la totalité,
- COMMUNAUTÉ. - La femme mariée sous le régime dotal est mariée sous celui de la communauté, quand elle a une dot mobilière, et peut demander le partage de la communauté dotale,
- CONFARRÉATION. - Forme solennelle du mariage aristocratique et sacerdotal chez les Romains,

CONFARRÉATION. - Ses effets,
CRÉANCES. - Ne doivent pas être assimilées à des sommes d'argent,
CRÉANCES. - Le parlement de Toulouse paraît les avoir assimilées à des sommes d'argent,
CRÉANCES. - Le mari ne peut pas céder les créances dotales,
CRIME. - Dans quels cas la dot est aliénable pour la réparation des crimes, délits, quasi-délits ou quasi-contrats de la femme,

D

DETTES. - Le régime dotal sépare les dettes comme les biens des époux,
DETTES. - Dans quel cas les dettes diminuent l'émolument de la dot,
DETTES. - Le mari n'est jamais tenu des dettes de la femme sur ses biens personnels,
DETTES. - Si le mari était saisi de tout l'actif mobilier dotal, il devrait être tenu des dettes mobilières de la femme, comme sous le régime de communauté,
DIVORCE. - Condition malheureuse qu'il faisait aux femmes chez les Romains,
DIVORCE. - Il entraîna la chute du régime de la *manus*,
DONATION. - La femme dotale peut donner ses biens dotaux, meubles ou immeubles, pour l'établissement de ses enfants,
DOT. - La dot mobilière est inaliénable comme la dot immobilière,
DROIT ÉCRIT. - Ce que c'était,
DROIT ÉCRIT. - Quels étaient les pays de droit écrit,
DROIT ÉCRIT. - Leur jurisprudence en matière de dot,

E

ÉTABLISSEMENT DES ENFANTS. V. ALIÉNATION.

F

FEMME. - Condition que le mariage fait à sa personne et à ses biens,
FEMME. - Idée de sa faiblesse chez les peuples anciens,
FEMME. - Les femmes étaient en tutelle perpétuelle chez les Romains et les Germains,
FEMME. Indépendance des femmes à Rome,
FEMME. - Pourquoi ne voulurent-elles que du mariage libre?
FEMME. - Impossibilité d'en trouver qui fussent chastes,
FEMME. - La faiblesse de la femme, fragilitas, est extrinsèque et relative à la puissance du mari,
FEMME. - Différence entre la *fragilitas* de la femme et sa *levitas animi*,
FEMME. La femme dotale est protégée par l'inaliénabilité de sa dot contre la puissance du mari, et la femme commune par l'association,
FONDS DOTAL. - Ces mots comprennent la dot mobilière et immobilière; ils signifient *bien dotal*,
FONDS DOTAL. - Élargissent le sens du mot *immeubles* dans l'article 1554,
FONDS DOTAL. - Le fonds dotal est inaliénable,

I

INALIÉNABILITÉ. - Est la conséquence logique et la sanction nécessaire du principe de séparation de biens que le régime dotal établit entre les époux, *passim*.
INALIÉNABILITÉ. - A pour objet de protéger la femme contre le mari,
INALIÉNABILITÉ. - S'applique à la dot mobilière comme à la dot immobilière,
INALIÉNABILITÉ. - Comment on veut entendre aujourd'hui l'inaliénabilité de la dot mobilière par la femme,
INALIÉNABILITÉ. - Cette erreur a été empruntée à Pothier,
INSTITUTION CONTRACTUELLE. - La femme ne peut disposer de sa dot par institution contractuelle que pour l'établissement de ses enfants,

J

JOUISSANCE. - Celle des biens dotaux appartient au mari pour supporter les charges du mariage,
JULIA (loi). - Défendait au mari l'aliénation du fonds dotal sans le consentement de la femme.,
JULIA (loi). - Ne permettait pas au mari l'aliénation de la dot mobilière,
JULIA (loi). - Erreur invétérée sur ce point du droit romain,
JUSTINIEN. - Ses réformes du régime dotal,
JUSTINIEN. - A établi l'inaliénabilité absolue de la dot,

M

MANUS. - Était la puissance que le mariage par coemption ou confarréation attribuait au mari, dans l'ancien droit romain, sur la personne et les biens de sa femme,
MARI. - Dans le droit romain antérieur à Justinien, il était propriétaire de la dot,
MARI. - Ce droit était restreint par l'obligation de restituer éventuellement les choses dotales identiquement et en nature,
MARI. - La loi Julia lui défendit d'aliéner le fonds dotal
MARI. - S'il aliénait le fonds dotal, la femme pouvait le revendiquer,
MARI. - S'il aliénait les meubles dotaux, la femme ne pouvait pas les revendiquer,
MARI. - Elle avait alors une action arbitraire contre le mari,
MARI. Dans le droit de Justinien, le mari n'est plus propriétaire de la dot,
MARI. En droit écrit, le mari était *maître de la dot*, mais cette maîtrise n'était que celle de la jouissance et de l'administration de la dot,
MARI. Sous le Code Napoléon, le mari n'a que la jouissance et l'administration de la dot, *passim*.
MARI. - Opinions des rédacteurs du Code à cet égard,
MARI. - Il n'a pas le pouvoir d'aliéner la dot mobilière plus que la dot immobilière,
MUNDIUM. - C'était chez les Germains et chez les Francs la puissance et la protection d'une personne envers une autre, puissance du mari sur la personne et les biens de la femme,
MUNDIUM. - Comment est devenu le régime de la communauté,

O

OPTION. - La femme dont les biens dotaux ont été aliénés peut, après la séparation de biens, opter entre la révocation de l'aliénation et la collocation sur le prix des biens de son mari,
OPTION. - Quand elle opte pour le prix, elle a tous les droits d'un vendeur,
OPTION. - L'option de la femme séparée, quoique faite pendant le mariage, est définitive,

P

PARTAGE. - La femme dotale qui a une dot mobilière est commune en biens, suivant la jurisprudence moderne; elle a le droit de partager la communauté dotale,
PRESCRIPTION. - Distinction entre la prescription de l'action révocatoire de l'aliénation du fonds dotal, et la prescription acquisitive par les tiers qui ne tiennent pas leurs droits des époux ni de l'un d'eux,
PRESCRIPTION. - La prescription de l'action révocatoire ne court que du jour de la dissolution du mariage et celle de l'action pétitoire, ou en revendication, à dater de la séparation de biens,
PROPRES. - Les biens dotaux, meubles ou immeubles, sont essentiellement des propres de la femme,
PROPRES. - Ils sont réalisés par la nature même du régime dotal,

R

RÉGIME DOTAL. Par son origine, sa nature même et son caractère essentiel, il sépare les biens des époux, tandis que la doctrine de l'aliénabilité de la dot mobilière veut qu'il confonde les meubles dotaux dans la puissance et la communauté du mari, *passim*.
RÉGIME DOTAL. - Conséquences: la femme mariée sous le régime dotal est mariée sous celui de la communauté,
RESPONSABILITÉ. - Suppose la liberté d'action,

S

SÉPARATION DE BIENS. - V. RÉGIME DOTAL.
SOCIÉTÉ. - Le régime dotal, suivant la doctrine moderne, est une société léonine,