

nier cas, la permission est illégale et, par suite, la vente est nulle. Dans le premier cas, la permission est légale, puisqu'elle est donnée pour une cause prévue par la loi. Cela est aussi fondé en équité. Il est déjà très-sévère de rendre les tiers responsables d'une erreur de droit commise par le juge qui accorde la permission en dehors de la loi; mais du moins les tiers ont un moyen de s'assurer de l'illégalité en consultant le code civil, et au besoin un avocat; mais il leur est absolument impossible de connaître les fraudes par lesquelles les époux ont trompé le juge (1).

N° 4. DE L'ÉCHANGE DU FONDS DOTAL.

535. L'article 1559 permet d'échanger l'immeuble dotal. C'est aussi une aliénation, et elle ne peut se faire qu'avec permission de justice, comme dans les cas prévus par l'article 1558. Toutefois il y a une différence en ce qui concerne la cause pour laquelle l'immeuble dotal peut être échangé ou aliéné. Dans les cas de l'article 1558, il y a une nécessité matérielle ou juridique; tandis que l'échange n'est jamais nécessaire, il se fait pour motif d'utilité. Cela paraît peu en harmonie avec l'esprit de conservation du régime dotal. L'exception était admise en droit romain; voici comment l'orateur du gouvernement la justifie: « Dans le cours ordinaire de la vie, il est des choses si *éminemment utiles*, qu'il y aurait de la dureté à ne les point placer quelquefois sur le niveau des choses *nécessaires*. Supposons le cas, assez fréquent, sans doute, où l'immeuble dotal sera placé à une grande distance du domicile des époux, tandis qu'il se trouvera à leur portée un autre immeuble de valeur égale, ou à très-peu de chose près, dont l'administration infiniment plus facile offrirait d'immenses avantages. Dans cette hypothèse, les lois romaines permettaient l'échange avec l'au-

(1) Troplong, t. II, p. 353, n° 3493-3499, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 593 et suiv., notes 134-135, § 537. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 492, n° 230 bis X, et Gand, 12 mai 1870 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 37); Lyon, 31 janvier 1872 (Dalloz, 1874, 2, 43).

torisation de la justice, et en reportant sur le fonds acquis tous les caractères et privilèges du fonds aliéné (1). » Le code reproduit cette exception.

536. La loi exige le consentement de la femme; elle aliène et elle acquiert, ce qui ne peut pas se faire sans qu'elle consente. A vrai dire, c'est elle qui échange, de même que c'est elle qui vend dans les cas où l'aliénation est permise. La rédaction de l'article 1559 implique cependant que c'est le mari qui fait l'échange, avec le consentement de la femme, sans doute parce que l'échange n'est pas une vraie aliénation, c'est une acquisition; et comme l'immeuble reçu en échange est frappé de dotalité, il ne se fait, en réalité, qu'une subrogation d'un héritage à un autre. Du reste, le mari doit concourir à la convention, puisqu'il est usufruitier; ce sont donc les deux époux réunis qui procèdent à l'échange.

537. La loi permet l'échange parce que la femme reçoit un immeuble dotal de même valeur; elle exige, en conséquence, que cet immeuble vaille les quatre cinquièmes au moins de celui qui est donné en échange. Cela nécessite une estimation des deux immeubles; l'article 1559 veut qu'elle se fasse par des experts que le tribunal nomme d'office: c'est une garantie d'impartialité.

538. Il ne suffit pas que l'immeuble reçu en échange ait la même valeur pour que l'opération soit utile; l'utilité est une question de fait; c'est aux époux à en justifier, dit l'article 1559. Il faut donc l'intervention du juge; il doit autoriser l'échange, après avoir vérifié si les conditions exigées par la loi sont remplies.

539. Quel sera l'effet de l'échange? C'est une subrogation qui se fait de plein droit en vertu de la loi. « L'immeuble reçu en échange sera dotal », dit l'article 1559, sans déclaration aucune. La subrogation est la condition essentielle de l'échange; toute stipulation était donc inutile. Quant à la soulte, s'il y en a une en faveur de la femme, elle est aussi dotale, d'après l'article 1559, qui ajoute: « Il en sera fait emploi comme tel au profit de la

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 39 (Loché, t. VI, p. 397).

femme. » Ce sont les expressions de l'article 1558; il faut donc appliquer à cet emploi ce qui a été dit plus haut (n° 531).

La loi ne prévoit pas le cas où l'immeuble dotal aurait une valeur inférieure; si cet échange était utile, le tribunal l'autoriserait. Il est rare que les immeubles échangés aient la même valeur; une fois le principe de l'échange admis, la loi doit le permettre, sans tenir compte de la valeur respective des immeubles. Quelle sera, dans ce cas, la condition de l'immeuble reçu en échange? Il ne sera dotal que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble donné en échange, il ne peut pas l'être pour l'excédant; ce serait augmenter la dot pendant le mariage en frappant de dotalité un immeuble qui n'était pas dotal en vertu du contrat de mariage; or, l'article 1543 défend d'augmenter la dot pendant le mariage; l'immeuble sera donc dotal pour une partie et paraphernal pour l'autre (1). Le principe de la subrogation conduit à la même conséquence; c'est une fiction qui ne peut recevoir d'application que dans les limites de la loi; au delà de la valeur de l'immeuble échangé, il n'y a plus de subrogation, donc plus de dotalité.

§ IV. De l'inaliénabilité de la dot mobilière.

N° 1. LA DOT MOBILIÈRE EST-ELLE INALIÉNABLE ?

540. La loi ignore l'inaliénabilité de la dot mobilière, c'est la jurisprudence qui l'a créée. Comme nous ne reconnaissons pas à la jurisprudence le droit de faire la loi, nous resterons fidèle au principe que nous avons suivi dans tout le cours de notre travail : respect à la loi. Nous le maintenons contre la jurisprudence, bien que sans espoir aucun de la voir changer, en France du moins. La dotalité est un préjugé de tradition, presque de race; le législateur a plié sous ce préjugé, et la cour de cassation

(1) Rodière et Pont, t. III, p. 377, n° 1816.

a fait de même en colorant de son mieux une doctrine qui a contre elle les textes les plus précis. Le régime dotal s'introduit aussi dans nos provinces, il n'y a pas encore de jurisprudence belge sur notre question; mais, chose remarquable, la seule décision que nous connaissions, un jugement du tribunal de Bruxelles, s'est prononcée contre l'inaliénabilité (1); nous ne doutons pas que nos cours ne consacrent cette opinion lorsque la difficulté se présentera; les préjugés des pays de droit écrit nous sont étrangers, et la loi est respectée par nos tribunaux, plus qu'elle ne l'est en France. La doctrine contraire est la conséquence inévitable d'une tendance que nous n'avons cessé de combattre, la tendance qu'ont les interprètes à corriger la loi. Ce n'est pas leur mission; quand le juge se met au-dessus de la loi, il donne le plus mauvais exemple; s'écarter de la loi, fût-ce pour la rendre meilleure, c'est la violer, et quand les magistrats, chargés d'appliquer la loi, la violent, que deviendra le respect dû à la loi? et qu'est-ce qu'une société qui ne respecte pas la légalité? Elle est livrée aux tempêtes des révolutions! Si au moins les tribunaux s'acquittaient bien de la mission qu'ils usurpent en faisant la loi! Ils la font toujours mal, parce qu'ils doivent procéder par voie d'interprétation de la loi; ils sont donc enchaînés par les textes, tout en les méconnaissant. C'est dire qu'ils n'ont pas la liberté d'allures que le législateur doit avoir. L'usurpation dont nous nous plaignons a d'ordinaire pour excuse les intérêts des parties plaidantes. Mais, bien loin de les sauvegarder, la jurisprudence les compromet en accommodant la loi à leurs convenances. La jurisprudence est essentiellement changeante, alors même qu'elle paraît solidement établie. Pendant dix ans, la cour de cassation a jugé que la femme avait une préférence pour ses reprises à l'égard des tiers; puis les chambres réunies ont démoli cette fausse doctrine qui, en réalité, violait la loi. Quelle est la situation des justiciables en face d'une jurisprudence qui aujourd'hui les protège et qui demain leur retire sa protection? S'ils

(1) Jugement du 3 juin 1846 (Dalloz, 1846, 3, 187).