

faillis. Mais, puisque cette présomption n'est pas dans le Code civil, c'est qu'on a voulu l'en écarter.

Comme je l'ai dit au n° 2245, cet arrêt, en tant que décision de principe, et à part les circonstances de la cause, ne doit pas faire jurisprudence, et je suis étonné que les admirations du Midi pour le régime dotal, se changent ainsi en licences irrespectueuses à l'égard d'un de ses dogmes favoris. Puisqu'on a une si haute idée du régime dotal, il faut savoir l'accepter dans son ensemble et avec sa rigoureuse et dure harmonie. Sans doute, si la femme avait, avant son mariage, des ressources suffisantes, il n'y aurait rien à dire de la décision de la Cour de Pau. Mais, en point de droit pur, cette décision n'est pas juridique; elle va contre l'ordre prédominant dans le régime dotal, qui absorbe, au profit du mari, tout ce qu'acquiert la femme, tout ce qu'elle capitalise, tout ce qu'elle accumule par son industrie, son économie.

SECTION 1<sup>re</sup>.

## DE LA CONSTITUTION DE LA DOT.

## ARTICLE 1542.

La constitution de la dot peut frapper tous les biens présents et à venir de la femme, ou tous ses biens présents seulement, ou une partie de ses biens présents et à venir, ou même un objet individuel.

La constitution en termes généraux de tous

les biens de la femme ne comprend pas les biens à venir.

## SOMMAIRE.

3019. De la constitution de la dot dans le contrat de mariage.  
 3020. Pour déroger à la communauté légale par une constitution de dot, il faut un pacte positif.  
 Dans l'ancien droit aussi, il n'y avait de dotal que ce qui avait été déclaré tel. On ne présumait pas la dot.  
 3021. Raisons historiques et preuves de ce point de droit. De la constitution de dot chez les Romains.  
 3022. Suite.  
 3023. Suite.  
 3024. Suite. Loi 1, C., *De dotis promissione*.  
 3025. La possession du mari faisait-elle supposer la constitution de dot? — Non.  
 3026. Résumé et conclusion. Erreur d'un arrêt de Lyon. Dans quelques localités, cependant, on admettait des constitutions de dot tacites. Exemple.  
 3027. Suite.  
 3028. Règle sous le Code civil. Il ne suffit pas de dire qu'on se marie sous le régime dotal, il faut encore une constitution de dot.  
 3029. Mais la constitution n'exige pas de termes sacramentels.  
 3030. Suite.  
 3031. Suite.  
 3032. Suite. Les biens donnés par un tiers à l'épouse qui se marie sous le régime dotal sont-ils dotaux? Ancien et nouveau droit.  
 3033. Suite.  
 3034. Suite.  
 3035. Suite.  
 3036. Suite.

3037. *Quid* quand c'est le futur qui donne à la future ?  
 3038. Suite.  
 3039. Dans le doute on présume la paraphernalité.  
 3040. Des constitutions incertaines.  
 3041. Suite.  
 3042. La dot peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers.  
 3043. Que comprend la constitution de dot ?  
     Et, d'abord, que peut-elle comprendre ?  
 3044. Ensuite, que comprend-elle en fait ? Il faut avant tout  
     consulter le contrat de mariage.  
 3045. La constitution de tous les biens de la femme ne com-  
     prend que les biens présents.  
 3046. Suite.  
 3047. Qu'entend-on par biens à venir ?  
 3048. De la constitution de tels et tels biens. Elle est exclu-  
     sive des autres biens.  
 3049. La spécification des biens auxquels la dot est restreinte  
     n'a pas besoin d'être faite en détail.  
 3050. De la chose indivise apportée en dot. Qu'y a-t-il de  
     dotal ?  
 3051. Suite.  
 3052. Suite.  
 3053. La constitution de tous biens est censée faite sous la  
     déduction des dettes.

## COMMENTAIRE.

3019. Pour expliquer la constitution de la dot, nous sommes obligé de revenir sur quelques principes posés par les art. 1540 et 1541.

Et d'abord, il n'y a pas dans notre droit de constitution de plein droit de la dot. Nous avons vu l'article 1541 exiger une constitution dotale, constitution qui jamais ne saurait émaner de la loi, laquelle

préfère la communauté, et qui doit provenir d'une volonté des parties clairement manifestée (1). Il n'y a ni régime dotal tacite (2), ni constitution de dot tacite (3) : voilà le principe.

3020. C'est celui qui était généralement admis dans l'ancien droit écrit ; il est encore plus éclatant de vérité sous l'empire du Code civil, pour qui le régime légal est la communauté.

Nous disons que tel était l'ancien droit écrit ; en effet, bien que le régime dotal y fût le régime dominant dans les prédilections populaires, il était constant 1° que, lorsque les époux s'étaient mariés sans contrat, tous les biens de la femme étaient paraphernaux ; 2° que, lorsque, y ayant un contrat, la femme n'avait pas fait de constitution, ses biens étaient paraphernaux, et non pas dotaux. Furgole a écrit sur ce sujet une dissertation pleine de savoir, qui donne un détail exact des opinions pour et contre avec l'état de la jurisprudence (4). On peut citer en ce sens Pertz (5), le président Favre (6), Mantica (7), Meno-

(1) *Suprà*, nos 3003 à 3005.

(2) Art. 1392.

(3) Art. 1541.

(4) Quest. 25.

(5) Sur le C. *De jure dotium*, n° 10.

(6) *Code*, 5, 9, 5.

(7) *De tacitis*, lib. 12, t. 13, n° 8.

chius (1), Despeisses (2), Cambolas (3). Les arrêts étaient conformes au parlement de Toulouse et au parlement de Bordeaux (4). *Dotalia censerī nequeunt nisi ea quæ nominatim et expressè vel data vel promissa fuerint*. En effet, la dot étant un contrat, et les contrats étant purement de fait, il faut les prouver ; et comme il peut y avoir mariage sans dot, il s'ensuit que la dot, n'étant pas un accessoire nécessaire du mariage, n'existe qu'autant qu'elle est prouvée. Les biens de la femme sont naturellement paraphernaux, et on ne présume pas la dot (5) ; c'est pourquoi la loi 9, § 2, D., *De jure dot.*, disait : « *Dotis autem causâ data accipere debemus ea quæ in dotem dantur.* » De là cette règle des docteurs : « *Constitutio dotis non præsumitur nisi probetur, et mulier simpliciter nubs non censetur ejus bona viro in dotem dedisse, nec in parte nec in toto* (6). »

5021. Pour mieux prouver ce point de droit, remontons à la source.

Ulpien nous apprend que les constitutions de dot

(1) *De præsumpt.*, 5, 6, 54.

(2) *De la Dot*, part. 1 et 2, n° 5.

(3) Liv. 2, chap. 18.

(4) Salviat, p. 190.

M. Tessier, *de la Dot*, t. 1, p. 10, note 30.

(5) Deluca, *De dote*, disc. 150, n° 26. Il cite encore d'autres auteurs.

(6) Deluca, *loc. cit.*

se faisaient de trois manières : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur* (1). La première manière, *dotis datio*, s'opérait par les modes habituels de translation de la propriété : mancipation, cession juridique, etc. (2). Par ce premier mode, le mari devenait propriétaire de la dot.

La diction de la dot, *dotis dictio*, se faisait par des paroles solennelles : « *Fundus Cornelianus dos tibi erit,* » ou « *Centum millia sestertia tibi doti erunt* (3). » Cette formule rendait le mari créancier de la dot, et donnait lieu à une action.

La promesse de dot, *promissio*, n'était autre chose que la formule solennelle de la stipulation appliquée à la dot (4) : « *Fundum Cornelianum doti mihi dari promittis ? — Promitto.* » Ou bien : « *Decem millia sestertium dotis nomine mihi dari spondes ? — Spondeo.* » C'était une seconde manière de rendre le mari créancier de la dot, et de lui ouvrir une action contre le promettant. Il y avait cette différence entre les deux formules, que la *dotis dictio* n'était provoquée par

(1) *Fragm.*, *De dot.*, 6.

(2) Furgole n'a pas bien expliqué cela. V. dans M. Pellat (*Textes sur la dot*, p. 2) la véritable interprétation.

(3) V. Térence, *Andria*, acte 5, scène 4.

L. 25, 44, § 1 ; 46, § 1 ; 55 et 59 : D., *De jure dotium*.

L. 125, D., *De verb. signif.*

(4) L. 3, C. Théod., *De incert. nupt.*

Godefroy sur la loi 4, C. Théod., *De dotibus*.

M. Pellat, *loc. cit.*

aucune interrogation (1), tandis que, dans la *dotis promissio*, la déclaration de l'obligé était précédée d'une interrogation (2).

Arrêtons-nous un instant ici pour faire une observation : n'est-il pas évident que dans cet ordre d'idées la dot n'existe qu'à la condition d'une manifestation solennelle, et d'un acte exprès, formel et juridique?

3022. Les choses étaient en cet état, lorsque, en 428, les empereurs Théodose et Valentinien rendirent une loi par laquelle la solennité des paroles et de la stipulation fut abrogée dans les *dictio et promissio dotis* (3). Mais, en supprimant la solennité, la législation ne supprima pas la nécessité du pacte; elle simplifia les formes; elle n'abolit pas la constitution de la dot; elle ne dispensa pas du contrat.

3023. Aussi, dans les textes du droit romain qui nous sont restés, on ne voit nulle part des vestiges de constitutions tacites de dot. La dot peut être constituée :

(1) Cujas sur Ulpian, t. 6.

(2) Furgole, q. 25, n° 31.  
M. Pellat, *loc. cit.*

(3) L. 4, C. Théod., *De dotibus*.  
Cujas sur les *Fragm. d'Ulpian*, t. 1, n° 1.  
V. aussi C. Just., *De promissione dotis*.

1° Par stipulation (1);

2° Par pacte nu, *nudo pacto* (2);

3° Par délégation des débiteurs, *delegatione debitorum* (3);

4° Par l'acceptilation, *acceptilatione* (4);

5° Par la rémission de la dette, *remissione debiti*, quand le mari est débiteur de la femme (5);

6° Par la promesse, en cas de mort, faite par le père de la femme (6);

7° Par la tradition des choses dotales faite au fils ou à l'esclave du mari, de telle sorte cependant que le péril de ces choses fût à la femme, tant que le mari n'avait pas ratifié cette tradition (7).

Mais une constitution de dot tacite, cela ne se voit nulle part dans les livres du droit romain, si ce n'est dans un seul cas; c'est celui où, deux époux ayant divorcé et revenant ensemble, la précédente convention de dot se trouve rétablie (8). Ce cas confirme

(1) L. 20 et 63, D., *De jure dotium*.

(2) L. 6, C., *De dotis promissione*.

(3) L. 36, 56, 83, D., *De jure dotium*.

(4) L. 41, § 2, D., *De jure dotium*.

(5) L. 12, § ult.;

L. 58, § 1;

L. 77, D., *De jure dotium*.

(6) L. 76, D.

Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 22, n° 25.

(7) L. 46, D., *De jure dotium*.

(8) L. 30, 31, 40, 64, D., *De jure dotium*.

Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 23, n° 26.

notre principe, au lieu de l'ébranler; il en est la plus ferme démonstration.

3024. Tout ceci se corrobore de la loi 1, C., *De dotis promissione*, qui décide qu'une promesse vague et incertaine d'une dot, faite par la femme dans son contrat de mariage, n'est point obligatoire : comment, dès lors, le mari pourrait-il se fonder sur une prétendue constitution tacite (1)?

3025. Le seul argument qu'on pourrait faire valoir dans le sens d'une constitution tacite, est celui qu'on tire de la possession du mari. Cette possession, dit-on, fait supposer la tradition donnée par la femme au mari, à titre de dot. Or, la tradition est un moyen d'acquérir et de constituer la dot, ainsi qu'il a été reconnu ci-dessus.

Cette objection n'a rien de fondé; la tradition n'est un moyen de transférer le domaine qu'autant qu'elle se rattache à une juste cause : « *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur* » (2). Or, où serait ici la preuve de la tradition à cause de dot? est-ce que les femmes ne livrent pas ordinairement à leur mari la possession

(1) Cujas sur cette loi.  
Fachin, *Cout.*, 8, 75.  
Gregor. Tholos., *Syntagma juris*, 9, 8, 5.  
(2) L. 31, D., *De acc. vir. dom.*

et l'administration de leurs paraphernaux? la possession du mari n'est-elle pas dès lors équivoque? son titre n'est-il pas incertain, et ne serait-ce pas interpréter la situation dans le sens le plus défavorable et le plus sévère, que de l'expliquer par un titre dotal? Remarquons, au surplus, que cette tradition à laquelle le droit romain attachait une constitution dotale, se faisait, dans les pratiques du paganisme, avec une solennité qui ne laissait aucun doute sur la destination dotale des biens de l'épouse. La veille des noces, on déposait l'argent dotal dans les mains des augures, pour qu'il fût livré le lendemain au mari (1).

... Tyriusque palàm genialis in hortis  
Sternitur : et ritu decies centena dabuntur  
Antiquo. Venit, cum signatoribus, auspex (2).

3026. Il est donc constant que dans l'ancien droit, et c'était celui qui était le plus généralement pratiqué en France (3), la dot ne pouvait résulter

(1) Suet., in *Claud.*, 26 : « *Dote inter auspices consignatâ.* »  
(2) Juvenal, *Satyr.* 10.  
Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 21, n° 18.  
(3) Fontanella, *De pact. nupt.*, cl. 5, glose 7, n° 25 à 28.  
Chabrol sur Auvergne, t. 2, p. 262.  
MM. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Dot*, § 2;  
et *Répert.*, v° *Paraphernal*, sect 1, § 2, n° 2.  
Benoît, *de la Dot*, t. 1, n° 6.  
Tessier, t. 1, n° 8, note 50.  
Poitiers, 30 floréal an XI.

que d'un pacte dotal. Si les époux se mariaient sans contrat, tous les biens de la femme étaient paraphernaux.

Cette vérité a été méconnue par la Cour de Lyon (1), d'après l'autorité de Roussilhe (2) : il s'agissait d'un mariage gouverné par la jurisprudence suivie à Grenoble. Si l'on consulte Guy-Pape (3), on est porté à croire que dans le Dauphiné la femme qui se mariait sans se constituer une dot particulière et expresse, était censée s'être constitué tous ses biens (4). Mais la jurisprudence du parlement de Grenoble était contraire au droit commun, et l'arrêt de Lyon aurait dû être différemment motivé ; il conteste des principes généraux incontestables, tandis qu'il lui suffisait de se placer dans l'exception à ces principes.

5027. Cette exception n'était pas la seule ; la coutume de la Marche portait (art. 204) : « S'il n'y a » dot particulière constituée en traitant le mariage, » tous les biens que la femme a, au temps de ses » fiançailles, sont censés et réputés biens dotaux. »

C'était aussi la disposition de la coutume d'Auvergne (5) : « Tous biens que la femme a au temps

(1) 14 août 1838 (Devill., 39, 2, 524).

(2) *De la Dot*.

(3) Quest. 468.

(4) Furgole, quest. 25.

(5) T. 14, art. 8.

» de ses fiançailles sont tenus et réputés dotaux, s'il » n'y a dot particulière constituée en traitant le » mariage. »

Dans le Lyonnais, les époux qui se mariaient sans contrat, étaient soumis de plein droit aux édits de 1606 et 1664, c'est-à-dire à un régime dotal, avec faculté d'aliéner. C'est ce qui résulte de deux arrêts de la Cour de cassation, chambre civile, des 29 juin 1842 (1) et 25 janvier 1843 (2). Il existe cependant dans les œuvres d'Henrys une consultation, trouvée dans les papiers de Bretonnier, laquelle défend comme vrais les points de droit que nous avons établis ci-dessus, à savoir, qu'en pays de droit écrit tous les biens de la femme sont naturellement paraphernaux et qu'ils ne deviennent dotaux que par une constitution (3).

5028. Mais rentrons dans le Code civil ; sous son empire, le droit est certain. Une constitution dotale est nécessaire : il ne suffit pas de se marier sous le régime dotal. Si à cette déclaration ne vient pas se joindre une constitution de dot, les biens de la femme sont paraphernaux, car telle est leur nature (4).

(1) Devill., 42, 1, 975.

(2) Devill., 45, 1, 247.

(3) T. 4, p. 850.

(4) MM. Tessier, t. 1, p. 52.

Toullier, t. 14, p. 67.

Duranton, t. 15, n° 336.



C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen par arrêt du 25 juin 1841 (1). La déclaration de se marier sous le régime dotal, n'a pas paru suffisante à cette Cour pour frapper de dotalité les biens de la femme : elle a exigé une constitution expresse ou implicite, n'importe, mais, du moins, positive et certaine; faute de quoi elle a décidé que les biens de l'épouse sont paraphernaux (2). Cette décision est excellente et ne saurait être contestée (3).

3029. Toutefois il n'y a pas ici de termes sacramentels : *qualiacumque sufficere verba censemus* (4).

Supposons qu'après avoir dit qu'ils entendent se marier sous le régime dotal, les époux ajoutent, « La femme se réserve, comme paraphernal, tel immeuble, » il paraît évident par cette clause que, dans la pensée des contractants, tous les autres biens sont dotaux (5); ils ne font de réserves parapher-

(1) Devill., 42, 1, 165, 166.

(2) L'arrêt ayant été déféré à la Cour de cassation, M. Har-douin, conseiller rapporteur, a donné son approbation à cette décision. Mais la question n'a pas été jugée par la chambre des requêtes.

(3) M. Tessier, t. 1, p. 8 à 10, n° 7 et 8.

(4) L. 6, C., *De dot. promiss.*

L. 23, D., *De jure dotium.*

M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Dot.*, § 2.

(5) MM. Toullier, t. 14, p. 64.

Duranton, t. 15, n° 338.

Tessier, t. 1, p. 35.

nales pour quelques-uns, que parce que le restant de la fortune de la femme est dotal.

3030. C'est encore une constitution dotale implicite, quand les époux, mariés sous le régime dotal, ajoutent *qu'ils se prennent avec leurs biens et droits*. De la part de la femme, il y a dotalité de ses biens et droits; car une femme qui se donne à son mari avec ses biens, rend ces biens dotaux (1); c'est là notre cas précis. D'ailleurs, l'art. 1540 répute dotaux les biens constitués, et exige une stipulation contraire pour leur enlever ce caractère. Évidemment, une femme qui, en se mariant, déclare se donner avec ses biens et droits, se constitue ses biens et droits, et dès lors cette constitution, sans autre addition, est purement dotale.

3031. Quand une femme dit qu'elle apporte ses biens pour supporter les charges du mariage, c'est comme si elle disait qu'elle se les constitue en dot; car la dot est, d'après l'art. 1540, le bien que la femme apporte pour soutenir les charges du mariage: la femme n'a fait que mettre la définition à la place du mot, dans son contrat (2).

Notez, toutefois, que cette décision ne serait vraie

(1) Mantica, *De tacitis*, 12, 10, 24.

M. Tessier, t. 1, p. 12, note 52, cite plusieurs arrêts de la Cour de Bordeaux.

(2) M. Tessier, p. 14.

qu'à condition que les époux auraient déclaré vouloir se marier sous le régime dotal : on sait que, quand le bien, apporté pour soutenir les charges du mariage, n'est pas rattaché au régime dotal par une disposition spéciale, il n'est pas dotal de plein droit (1).

5052. Nous voyons encore une constitution implicite de dot dans le cas où, les époux ayant déclaré vouloir se marier sous le régime dotal, un tiers donne à l'épouse tels et tels biens ; les biens donnés sont en effet dotaux, d'après le texte formel de l'art. 1541 du Code civil (2). Lors même que le contrat ne porterait pas que les biens sont donnés en contemplation du mariage, lors même qu'il ne dirait pas que la future en est gratifiée pour supporter les charges du mariage, la dotalité ne serait pas moins certaine. Toute donation faite par contrat de mariage est présumée faite en faveur du mariage, et pour en supporter les charges. Tout ce qui est donné ou promis dans ce but, est dotal : *res vel pecunia nuptiarum causâ data vel promissa*.

Ce point de droit n'était pas universellement reconnu dans l'ancienne jurisprudence : par exemple, le parlement de Bordeaux jugeait que les biens

(1) *Suprà*, n° 5003.

(2) L. 23, D., *De jure dotium*.

Fontanella, *De pactis nuptial.*, 6, 1, 3, n° 41.

Favre, 5, 7, 18.

donnés n'étaient dotaux qu'autant qu'il était dit que la donation était faite en faveur et contemplation du mariage, ou bien, pour en supporter les charges, ou autres formules équivalentes (1). A Toulouse, on était plus sévère ; on ne se contentait pas d'une clause qui aurait dit que les biens étaient donnés en faveur et contemplation du mariage ; on n'aurait pas fait dériver la dotalité d'une telle clause. On voulait que la donation portât formellement qu'elle était faite *pour supporter les charges du mariage* (2).

Ce formalisme a été écarté par le Code civil ; il est contraire à son esprit autant qu'à la lettre de l'art. 1541 : il prouve, du reste, que les pays de droit écrit eux-mêmes n'admettaient pas avec légèreté la charge gênante de la dotalité.

5053. A la donation il faut assimiler l'institution contractuelle faite par contrat de mariage (5).

5054. Lors même que l'institution contractuelle serait accompagnée d'une donation de choses parti-

(1) M. Tessier, t. 1, p. 20, note 59.

(2) MM. Tessier, *loc. cit.*, *in fine*.

Laviguerie, *Arrêts inédits du parlement de Toulouse*, v° *Dot*, art. 5.

(5) M. Tessier, p. 21 et 22.

Cass., req., 22 février 1827 (Devill., 8, 1, 555) ; rendu dans une espèce antérieure au Code civil.



culières faite par le même contrat de mariage, il n'y aurait rien dans cette circonstance qui pût lui enlever le cachet de la dotalité; elle n'en serait pas moins une donation en faveur du mariage, donation plus étendue que l'autre, mais ayant le même caractère (1).

3055. Quand, indépendamment de la donation, une femme se constitue nommément tels biens, les objets donnés ne sont pas moins censés dotaux. Tout bien donné en contrat de mariage est dotal, à moins d'une stipulation contraire. Il faut un pacte exprès pour le rendre paraphernal, et ce pacte ne résulte pas de ce que la femme s'est constitué spécialement d'autres biens dotaux. La constitution spéciale exclut le surplus des biens, quand ces biens sont naturellement paraphernaux; elle n'exclut pas ceux qui sont naturellement dotaux.

3056. A la donation il faut assimiler la promesse de donner faite dans le contrat de mariage (2). Une telle promesse étant le fondement de l'établissement des époux, tout ce qui est promis est censé donné. Vai-

(1) Arrêt précité.

(2) Furgole, *sur les Donat.*, art. 15.

Fontanella, *De pactis nuptialib.*, 4, 9, 4, n° 20 et suiv.

Delaurière, *Instit. contract.*, 4, 26.

Lebrun, *Successions*, 2, 5, 2, 44.

M. Merlin, *Rép., Instit. contract.*, § 6, n° 2.

nement dirait-on que promettre de donner n'est pas donner, de même que promettre de transiger n'est pas transiger, promettre de prêter n'est pas prêter, etc., etc. Il faut répondre que, dans les contrats de mariage, la promesse de donner vaut donation, comme la promesse de vente vaut vente. On a toujours tenu que la promesse d'institution vaut institution. C'est pourquoi la coutume de Nivernais disait que *les convenances de succéder faites en contrat de mariage, sont irrévocables* (1).

Il n'y a rien de contraire à ceci dans un arrêt de la Cour de cassation, du 10 décembre 1842, rendu dans une espèce où une promesse de dot avait été invalidée par la Cour d'appel. Cet arrêt est un arrêt de circonstance et d'espèce. Il s'agissait d'une promesse faite par lettre missive et non réalisée dans le contrat de mariage (2).

3057. Quoique l'art. 1541 du Code civil aperçoive un pacte de dotalité implicite dans la donation faite, par contrat de mariage à la fille, mariée sous le régime dotal, on s'est demandé cependant si cette disposition est applicable au cas où les choses, données à la femme, sont une libéralité faite par le futur à la future, dans le contrat de mariage. De fortes raisons portent à penser que l'art. 1541 n'est pas applicable à ce cas. Qu'est-ce en effet que la dot? c'est le

(1) *Des Donat.*, art. 12.

(2) Devill., 45, 1, 535.