

3136. On demande si le mari pourrait être soumis à la caution, alors qu'après coup il devient insolvable : autrefois l'affirmative était admise par quelques auteurs (1) ; elle n'est pas soutenable aujourd'hui. Il y a un parti plus simple, plus décisif : c'est la séparation de biens ; c'est le seul qui soit compatible avec le texte de la loi, car ce texte repousse toute distinction.

ARTICLE 1551.

Si la dot ou partie de la dot consiste en objets mobiliers mis à prix par le contrat, sans déclaration que l'estimation n'en fait pas vente, le mari en devient propriétaire et n'est débiteur que du prix donné au mobilier.

ARTICLE 1552.

L'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte pas la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse.

(1) Despeisses, p. 482.
Favre, *Code*, 5, 14, 4.
M. Tessier, p. 138, note 826.

SOMMAIRE.

3137. De la dot estimée. De l'estimation à l'égard de la dot mobilière et à l'égard de la dot immobilière.
3138. Droit romain sur ce point. De la règle : *Æstimatio venditio est.*
3139. Inconvénients de ce droit tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme.
3140. Suite.
3141. Moyens inventés par la jurisprudence pour parer à ces inconvénients.
3142. Le Code, afin de mieux les éviter, ne veut pas que l'estimation de l'immeuble dotal en transfère la propriété au mari,
3143. A moins d'une clause expresse.
3144. Que faut-il entendre par clause expresse ?
3145. Suite.
3146. Suite. Inconvénients qu'il y aurait à transporter sous le Code civil les conjectures de l'ancien droit.
3147. Suite.
3148. Examen d'une clause importante où il s'agit de savoir si la dot consiste en argent ou en immeubles.
3149. Autre question.
3150. Suite.
3151. Suite.
3152. Suite.
3153. De l'estimation des choses mobilières.
De la vente qui en résulte.
3154. Les parties peuvent stipuler que l'estimation ne fait pas vente.
3155. Suite.
3156. L'estimation postérieure au contrat de mariage est de nul effet.

3157. Les choses fongibles passent dans la propriété du mari, sans estimation.
3158. Suite.
3159. Suite.
3160. Le fonds de boutique est-il chose fongible?
3161. Suite.
3162. Suite.
3163. Suite et conclusion.
3164. Des créances actives, rentes, actions; ce ne sont pas des choses fongibles.
3165. Objection résolue.
3166. Bien que la femme conserve le domaine supérieur de ces choses, le mari peut en disposer en vertu de son droit de quasi-propriété.
3167. Suite.
3168. Suite.
3169. Suite.
3170. Suite.
3171. Suite.
3172. Suite.
3173. Réponse à une objection.
3174. Réponse à une autre objection.
3175. Conclusion.

COMMENTAIRE.

3137. Le domaine du mari sur la dot (domaine limité dont nous parlions dans le commentaire de l'art. 1549) peut se trouver porté à un plus haut degré de puissance et d'énergie par les conventions matrimoniales. C'est ce qui a lieu quand la dot consiste en choses mobilières qui ont été estimées et mises à prix par le contrat de mariage. Il arrive alors entre les parties ce qui arrive en matière de vente.

Le domaine de la chose change de mains : il passe sur la tête du mari, qui en peut disposer de la manière la plus absolue ; la femme perd tout droit de propriété sur la chose ; il ne lui est dû que le prix de cette chose (1). En un mot, la chose même n'est point dotale (2) ; la dot ne consiste que dans le prix d'estimation. *Dos æstimata, dos vendita.*

3138. Cet effet de l'estimation était beaucoup plus général dans le droit romain ; car l'estimation opérerait vente, non-seulement à l'égard des meubles, mais aussi à l'égard des immeubles (3) : *Æstimatio venditio est.* Le mari devenait donc propriétaire des immeubles estimés ; il les possédait comme acheteur ; il pouvait les vendre et en disposer comme de sa propre chose.

3159. Cette situation n'était pas exempte de péril, soit pour le mari, soit pour la femme. Le mari avait

(1) MM. Tessier, t. 2, p. 203, notes 960 et suiv.
Odier, t. 3, n° 1217 et suiv.

(2) Cujas sur la loi 9, D., *De fundo dotali* : « *Quidquid æstimatur non est dotale.* »

(3) L. 5 et 10, C., *De jure dotium.*
L. 10 et 69, § 8, D., *De jure dotium.*
L. *Unic.*, § 15, C., *De rei uxoris act.*
L. 6, C., *De usuf.*

V. les textes réunis dans Pothier, *Pand.*, t. 2, p. 67, *Solut. matrim.*, n° 54.

intérêt à ne pas prendre les choses dotales avec estimation ; car elles périssaient pour lui, tandis que, lorsqu'elles n'étaient pas estimées, elles se détérioraient au compte de la femme : *Quoties igitur res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri sunt* (1).

C'était surtout quand la dot était mobilière que les inconvénients de l'estimation se faisaient sentir. Une femme apporté en dot des animaux estimés, ou des vêtements à son usage également estimés : tout cela périt ou se détériore pour le mari. Et cependant, quoi de plus à craindre que de voir ces choses perdre de leur valeur ? Le mari en doit néanmoins le prix à la dissolution du mariage, comme si elles étaient encore extantes ou en bon état. Il doit même le prix des objets que la femme a usés et détériorés en s'en servant (2).

En revanche, l'estimation mise à la dot avait des inconvénients non moins grands à l'égard de la femme, surtout quand c'était aux immeubles que l'estimation avait été donnée. Je sais que les anciens jurisconsultes étaient, en général, portés à voir dans l'estimation une clause favorable à la femme, même alors que la dot était immobilière. Leur point de vue est que l'immeuble dotal peut se détériorer dans les mains du mari ; qu'en fait, la détérioration est un cas fréquent, et qu'il faut juger les choses *ex eo*

(1) Ulp., l. 10, D., *De jure dotium*.

(2) *Id.*

quod frequentius fit. On trouve cette pensée vingt fois répétée dans Deluca. Elle prouve les tristes effets d'un régime qui, en partant d'un principe de conservation, aboutit à un résultat inverse, la détérioration ; d'un régime qui est obligé de reconnaître que la détérioration des immeubles dotaux est dans la marche naturelle des choses. Mais, même à ce point de vue, n'y a-t-il pas, pour la femme, un danger plus grand à redouter que la simple détérioration ? La vente de la chose estimée, faite par le mari, ne sera-t-elle pas une cause de ruine ? Le mari, investi du droit de vendre, ne dissipera-t-il pas le patrimoine de la femme ? Les garanties du régime dotal perdront donc de leur énergie, et un mari imprudent réduira à la misère une épouse qui lui avait apporté une riche dot.

3140. Ainsi, si Ulpien avait raison de dire : *Plerumque interest viri res non esse aestimatas* (1), on pouvait, avec autant de raison, dire que la femme n'avait pas toujours intérêt à ce mode de constitution de la dot.

Mais, en définitive, les parties n'avaient qu'à s'en prendre à elles-mêmes d'un état de choses émanant de leur volonté : pourquoi avaient-elles donné cette tournure à leur contrat de mariage ?

3141. A cause de ces inconvénients graves, et pour

(1) L. 10 précitée.

les prévenir, la jurisprudence avait introduit des distinctions sur la cause impulsive de l'estimation, et elle n'admettait la règle *Æstimatio facit venditionem*, qu'autant que l'estimation ne pouvait pas s'expliquer par des motifs étrangers à l'idée de vente. Si, par exemple, il résultait des circonstances que l'estimation n'avait été faite que pour servir de base aux droits du fisc, ou pour régler l'indemnité à payer par le mari en cas de détérioration occasionnée par sa faute, on laissait à l'immeuble le caractère dotal (1). On ne regardait pas le mari comme acheteur de la dot : il ne pouvait disposer du fonds dotal comme de sa propre chose (2). On décidait de la même manière, quand le contrat de mariage portait que, malgré l'estimation, le mari rendrait la chose en nature (3), ou que la femme pourrait la reprendre en nature (4); ou bien, quand le contrat de mariage

(1) Menoch., *De præsumpt.*, lib. 3, præf. 84, n° 15 et suiv.

(2) Fonmaur, *Lods et ventes*, t. 2, p. 40.

MM. Merlin, *Répert.*, v° *Dot*, § 7.

Tessier, t. 1, p. 254 et 255.

Toulouse, 5 février 1822 (Daloz, 10, p. 308, note 1).

(3) L. 69, § 7, D., *De jure dotium*.

L. 5 et 21, C. *eod.*

L. 50, D., *Solut. matrim.*

Despeisses, p. 498, n° 10.

Menoch., *loc. cit.*, n° 19.

(4) L. 1, C., *De fundo dotali*.

L. 10, § 6, D., *De jure dotium*.

portait que la chose était livrée au mari pour sa femme, et non en son nom personnel (1); ou bien encore lorsqu'au moment de la constitution dotale le mari était sans fortune ni solvabilité, et n'avait pas de quoi payer l'estimation des choses dotales (2); ou bien, enfin, lorsque l'estimation était fort inférieure au juste prix, ce qui faisait supposer que cette estimation n'avait pas eu pour but d'opérer une vente (3). De là une foule de difficultés, surtout depuis l'établissement du contrôle. Les livres sont pleins des questions auxquelles donnait lieu cette estimation de la dot, tant en France qu'en Italie, et les docteurs avaient donné un libre cours à leur imagination, pour savoir dans quels cas la dot consistait *in re* ou bien *in pecuniâ*. C'est ce dont on peut se convaincre par la lecture des *Présomptions* de Menochius et du discours 158 de Deluca *De dote*.

3142. Le Code a simplifié ce point de droit; l'estimation donnée à l'immeuble dotal n'en opère pas vente, et n'en transporte pas la propriété au mari. Telle est la conséquence des principes que nous avons exposés dans notre commentaire de l'art. 1805 du Code civil, au titre *du Louage* (4), et de l'art. 1883

(1) M. Tessier, *loc. cit.*

(2) Menoch., *loc. cit.*, n° 22. Il élève quelques doutes.
loc. cit., n° 3155.

(3) Menoch. ° 3.

(4) T. 3, n° 1076.

du même Code, au titre *du Prêt* (1). La maxime *Æstimatio facit venditionem* n'est vraie que lorsque l'estimation ne peut s'expliquer que par la pensée de rendre le détenteur de la chose débiteur de la prise plutôt que de la chose même. Mais, lorsque l'estimation trouve son explication dans un autre but et un autre intérêt, on ne peut plus dire que l'estimation vaut vente. La présomption de transmission de propriété est exclue (2). C'est ce que nous trouvons dans l'art. 1805 du Code civil et dans beaucoup de textes du droit romain lui-même (3). En thèse générale, une chose n'est censée aliénée que lorsqu'il y en a des preuves manifestes. L'estimation donnée à l'immeuble n'est pas suffisante à elle seule pour faire présumer l'aliénation.

Et il faut d'autant moins s'arrêter à l'idée d'aliénation, qu'ici le transport de l'immeuble dans le plein domaine du mari enlèverait à la femme la sûreté de sa dot immobilière, et mettrait la chose à la discrétion du mari. Le Code a donc abandonné les traditions de tout temps suivies dans les pays de droit écrit. Il a préféré la jurisprudence des pays coutumiers, où l'on avait toujours repoussé à cet

(1) Nos 419, 420, 421.

(2) V. aussi mon comm. *de la Société*, t. 2, n° 595.

(3) Mon comm. *du Prêt*, n° 421.

Favre, *Ration.* sur la loi 5, § 5, D., *Commod.*, qui a très-bien expliqué cela.

égard l'autorité des lois romaines, et où l'on tenait que l'estimation des immeubles n'en faisait pas vente (1). Le droit coutumier l'a emporté sur le droit écrit, dans une matière plus spécialement gouvernée par le droit écrit.

3143. Mais, si l'estimation de l'immeuble est accompagnée d'un pacte portant que le mari en devient propriétaire, alors la convention doit être observée. *Convenances vainquent la loi!* La dot de la femme n'est plus une dot immobilière; elle ne consiste que dans le prix de l'immeuble (2). C'est une sorte d'ameublissement de la dot, s'il est permis de se servir de ce mot, qui appartient à la communauté. Telle est la puissance des pactes matrimoniaux. Quelquefois on se procure des sûretés pour les valeurs mobilières dotales, en exigeant un emploi immobilier; quelquefois, par contre, on mobilise la dot immobilière et on la livre à la pleine puissance et à la discrétion du mari.

3144. Remarquons que notre article veut une clause expresse pour que l'estimation donnée à l'immeuble en opère la vente. Mais est-ce à dire que cette clause doit être conçue en termes directs et sacra-

(1) Lebrun, p. 208, n° 37.

Dumoulin sur Paris, cité, *suprà*, n° 1991.

(2) M. Tessier, t. 1, note 427;

et t. 2, notes 964 et 965.

mentels? nullement : l'intention des parties peut se tirer avec certitude de paroles ayant une expression indirecte.

Par exemple, en vue du mariage de Caïa, je donne en dot à Titius, son futur, pour lui et ses héritiers, tel immeuble estimé 20,000 francs : la mention des héritiers n'a été mise ici que pour indiquer que l'immeuble passe dans la pleine propriété de Titius, et qu'il n'en doit pas faire la restitution à la dissolution du mariage. *Hæredum stipulatio incongrua est*, dit Deluca, *ubi res datur inæstimata pro fundo dotali* (1).

3145. On peut encore voir un pacte formel de translation de la chose dans le domaine du mari, quand à l'estimation de l'immeuble se trouve joint le droit d'aliéner à lui accordé sans emploi (2). La faculté d'aliéner, ainsi formulée d'une manière personnelle, ne laisse plus aucun doute sur le but de l'estimation ; la volonté des parties est claire et expresse. N'est-ce pas dire que la chose a été mise dans le domaine irrévocable du mari, et que la dot n'est nullement ce fonds dotal dont le mari ne peut disposer (3).

3146. Mais, ceci accordé, et quoiqu'il ne faille rien rechercher de sacramentel dans la formule employée

(1) Disc. 158, n° 12; il cite Mantica, 12, 28, 12, et Menoch., conseil 1209, n° 4.

(2) Deluca, *loc. cit.*, n° 13.

(3) Arg. de ce que dit Voet, *De fundo dotali*, n° 5.

par les parties pour déclarer que la propriété passe au mari, cependant on ne doit pas s'imaginer que cette matière est abandonnée aux conjectures, ainsi que cela avait lieu dans la jurisprudence des pays de droit écrit. Deluca, qui a beaucoup sacrifié aux présomptions, disait ceci : « *Ista materia, tanquam conjecturalis, tota est reposita in prudentis judicis arbitrio, quia est res potius facti quam juris* (1). » Mais rien de tout cela n'est vrai sous le Code civil : le législateur a voulu précisément éviter cet empire des conjectures qui compliquait et hérissait la matière. L'art. 1552 a été édicté à cette fin. Il présume de plein droit que l'estimation n'a pas eu pour but de faire une vente de l'immeuble donné en dot (2). Il ne fait céder cette présomption légale qu'à une preuve contraire expresse.

3147. Par là nous écartons une foule de questions qui faisaient un grave sujet de discussions entre les auteurs. Par exemple : « Je vous donne en dot » telle maison, telle vigne, à l'estimation : » on demandait si l'estimation était ici requise pour faire vente, ou bien seulement pour savoir la valeur de la chose. Les uns voyaient là une estimation opérant une vente, les autres une estimation n'ayant pas ce caractère (3). Mais que nous importe désormais cette

(1) *De dote*, disc. 258, n° 18.

(2) Voet le voulait aussi, *De jure dotium*, n° 19.

(3) Deluca, *loc. cit.*, n° 19, p. 339, col. 1, *in fine*.

controverse? si l'estimation était dans le contrat de mariage, si elle était actuelle et consommée, elle ne changerait rien au caractère de la dot; combien, à plus forte raison, une estimation à faire et qui peut-être ne sera pas faite!

3148. Mais il est une de ces questions qui peut avoir encore aujourd'hui ses difficultés et son intérêt; je la pose ici parce qu'elle est de nature à se présenter.

Voici l'hypothèse :

« La future se constitue en dot 20,000 francs, dont » 10,000 francs en un immeuble, maison sise à Ivry, » et 10,000 francs en argent (1). » Quel est l'effet du pacte relatif à la maison? sont-ce les 10,000 fr., argent, qui sont dotaux? ou bien est-ce la maison qui a été constituée en dot? Dans le premier cas, le mari devra restituer 10,000 francs à la dissolution du mariage; dans le second cas, il devra restituer la maison.

Cette question a été discutée par les auteurs italiens avec beaucoup d'érudition. Deluca nous apprend qu'ayant été jugée en première instance dans le sens de la restitution de la maison, et la femme (qui préférerait les 10,000 francs) ayant appelé, il fut chargé d'écrire dans l'intérêt de l'intimé (2), et de traiter cette question, sur laquelle il est plusieurs fois revenu

(1) Deluca, *De dote*, disc. 97.

(2) *Id.*

dans ses ouvrages (1), d'après Mantica (2) et autres. Mais il raisonne plus en fait qu'en droit : il examine le contrat, il en pèse les termes, il en rapproche les clauses diverses, et il conclut à la dotalité.

D'abord, il établit avec une foule de docteurs (3) que, dans le doute, les biens doivent plutôt être censés transportés dans le domaine du mari, parce que cet état de choses est préférable pour la femme, et qu'il faut se prononcer pour le parti le plus avantageux à la dot (4). Laissons de côté cette raison; elle est mauvaise sous le Code civil : c'est le contraire qui, en général, est vrai, ainsi que le prouve l'art. 1552. Au surplus, Deluca fait ici une concession bénévole au système de la femme; il entre d'abord dans ses vues, mais c'est pour la combattre ensuite. Il poursuit :

Pourquoi la femme tient-elle tant à avoir la somme et à laisser la maison? c'est parce qu'en fait, la somme est de moitié supérieure à la valeur de la maison. Mais précisément cette circonstance la condamne : le mari n'est pas censé avoir voulu acheter une maison pour un prix évidemment beaucoup trop cher. « *Nemo præsumitur fatuus qui suum jactare*

(1) *De dote*, disc. 158, n° 8.

(2) *De tacitis et ambiguis*, 22, 28, 5.

(3) Mantica, *De tacitis*, XII, 28.

Fontanella, cl. 5, glose 8, n° 19.

(4) Disc. 97, n° 2 et 5.

» *velit, dando vel respectivè recipiendo rem pro incon-
gruo pretio* (1). » Cela est d'autant plus évident qu'il s'agit d'un mari sans fortune, et qui n'a pu vouloir se soumettre à rendre la dot en un argent qu'il n'avait pas (2).

Nous croyons que cette espèce est sagement jugée par Deluca : mais, si elle est bonne à consulter comme éclaircissement de faits, elle apprend peu de choses sur les principes : elle les laisse sains et saufs, elle ne les engage pas.

3149. Voici un second cas rapporté par le même juriconsulte; c'est encore par le fait qu'il arrive à la solution.

La dot avait été constituée de la manière suivante par les frères de la future : « *Promettono di dare in dote, alla signora Livia, scudi due mila in questo modo, cioè, una casa* (3). » L'auteur se prononce dans le sens de la non-transmission de la propriété; voici les raisons qu'il tire des faits du procès :

Sans doute, dit-il, il est exact de penser en principe que, lorsque la constitution de dot porte en premier ordre sur une somme d'argent, et que la chose ne vient qu'ensuite et par mode de paiement, la dot consiste en argent et non en immeubles; mais

(1) N° 8.

(2) N° 9.

(3) *De dote*, disc. 56.

cela n'est vrai qu'autant qu'il n'y a pas d'indices de volonté contraire.

Ici une première circonstance est à noter : c'est à la future et non au futur que la clause s'adresse ; or, il y a là une présomption grave que le bien est dotal, que c'est un bien de femme et qu'on n'a pas voulu en donner la propriété au mari (1). Il en résulte que, si la maison vaut plus que la somme, les frères de la future, qui l'ont dotée, ont voulu faire cet avantage à elle et non au futur.

En outre, le contrat de mariage manifeste de plus en plus sa pensée dominante ; il donne au mari la faculté de vendre, mais avec la charge de emploi. Or, cette permission ne serait pas nécessaire si le mari avait été investi de la propriété ; ce serait une superfétation.

Enfin, le mari se réserve d'être indemnisé des améliorations qu'il fera sur l'immeuble ; n'est-ce pas une preuve qu'il entend le rendre à la dissolution du mariage ?

3150. Après ces décisions, où le fait joue le rôle principal, l'auteur a voulu traiter la question en point de droit, et c'est ce qu'il fait dans son discours 158.

(1) Henrys décide aussi que, lorsque la chose donnée pour l'argent est donnée directement à la femme, il faut supposer la dotalité plutôt que la dation en paiement (t. 2, p. 910). Il cite Balde, conseil 160.

Infrà, n° 3184.

Là, il établit qu'en thèse générale, lorsque la constitution de dot commence par l'énonciation d'une somme d'argent, la chose donnée ensuite est censée figurer à titre de paiement, et elle passe dès lors dans le domaine du mari, qui n'est débiteur que de l'argent (1). « *Observanda est ea regula...., quæ*
 » *hodiè in curiâ volitat per ora pragmaticorum, ut*
 » *nempè attendatur à quo dos incipiat, et an species*
 » *vel quantitas deducatur à parte anteà, vel à parte*
 » *post; vel clariùs inspiciendum est an res sit in*
 » *obligatione vel in solutione* (2). »

Sans doute il est permis de déroger à cette règle; sans doute le contrat de mariage peut la faire fléchir; mais, en pur droit, la solution est celle-là. Ainsi le décident tous les auteurs, Mantica, Fontanella, et autres innombrables (3). Et, comme ici la dot consiste en une somme d'argent déclarée en premier ordre, et que l'immeuble n'est mentionné qu'en second ordre et pour effectuer le paiement de cette somme, il est clair que c'est la somme d'argent qui est dotale : l'immeuble passe au mari (4).

(1) Nos 8 et 19.

(2) N° 23.

(3) Lebrun, qui a résumé l'esprit du droit écrit sur cette matière, dit, en effet, d'après les docteurs Covarruvias, Socin, etc. : « Quand on promettait une certaine somme en dot, et qu'ensuite on donnait d'autres choses en paiement, ces choses étaient censées avoir été estimées, et, par conséquent, vendues, et restaient aux périls et fortunes du mari (p. 208, n° 36). »

(4) *Infrà*, n° 3183, art. 1553, *in fine*.

3151. Et pourtant (c'est toujours Deluca que nous analysons) il n'y a rien d'absolu en cette matière. Quelquefois la clause, quoique commençant par la somme d'argent, ne permet cependant pas de dire que la chose désignée ensuite ne vient que *in solutione*; c'est ce qui arrive dans le cas suivant :

« Je promets une dot de quatre mille francs, à savoir, mille en argent, mille en une maison, deux mille en tels immeubles. » Ici les biens sont principalement *in obligatione*; la somme totale n'a été déclarée en commençant que pour faire connaître le chiffre total de la dot.

3152. Voilà à peu près le résumé de l'ancienne jurisprudence sur cette question, jadis fort délicate. On voit au milieu de quels défilés il faut passer pour ne pas s'égarer.

Eh bien ! je crois que sous le Code civil, et en présence de l'art. 1552, il faut dire que c'est ce qui est livré qui est dotal; que les parties n'ont pas entendu faire une vente; que la somme d'argent n'est là qu'à titre d'estimation imparfaite, et non à titre de chose due principalement; en un mot, que le mari qui a reçu une maison, un champ, doit rendre une maison, un champ, et que ces objets sont entre ses mains à titre de dot, pour être gouvernés comme biens dotaux. Pour décider le contraire, je voudrais une clause du contrat de mariage qui ne laissât pas de doute sur la volonté des parties. Eh quoi ! supposons que l'immeuble vaille beaucoup plus que la somme : sera-t-il juste que cette différence