

tion dans la situation du commerçant qui succombe à ses engagements, ils contiennent ce texte exprès, positif, que nous demandions tout à l'heure pour mettre une différence entre le droit d'aliéner et le droit d'hypothéquer.

3570. Ceci posé, demandons-nous si, dans le régime dotal, le sens restreint du mot *aliéner* doit l'emporter sur le sens large; y a-t-il en cette matière un texte de loi ou une raison légale qui restreignent le sens du mot? pour moi, je n'aperçois ni ce texte ni cette raison; tout, au contraire, me paraît conduire à donner la préférence au sens large et habituel.

3571. Et d'abord voyez l'inconséquence de l'interprétation restrictive.

L'art. 1554 défend d'aliéner et d'hypothéquer l'immeuble dotal. L'art. 1557 dit cependant qu'on pourra aliéner la dot quand cette faculté aura été réservée dans le contrat de mariage.

Or, si le mot *aliéner* n'emporte pas avec lui l'hypothèque, il faudra arriver à ce résultat absurde, dans nos mœurs, et monstrueux en soi, à savoir, que la femme pourra bien se réserver, par son contrat de mariage, le droit d'aliéner, mais qu'elle ne pourra pas se réserver le droit d'hypothéquer; car, enfin, le mot *hypothèque* n'est pas dans l'art. 1557. Si vous ne le sous-entendez pas comme virtuellement compris dans la faculté d'aliéner, d'où tirerez-vous la permission de déroger par l'hypothèque à la prohibition de l'art. 1554? On vous arrêtera sans cesse

par ce raisonnement, dont la base est prise mot pour mot dans l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1837 (1) : « On ne peut faire résulter de l'article 1557 que l'autorisation d'affecter le bien dotal soit comprise dans la faculté de l'aliéner. La distinction entre l'aliénation et l'affectation du bien dotal est conforme au droit romain, d'où notre régime tire son origine. » Or, l'art. 1557, faisant exception à l'art. 1554, qui affranchit l'immeuble dotal de l'aliénation et de l'hypothèque, a restreint cette exception à l'aliénation. Eh bien! puisque l'aliénation et l'hypothèque sont deux choses qu'il ne faut pas confondre, deux choses distinctes, deux choses que le droit romain avait pris soin de soumettre à des règles différentes, il devient clair que l'art. 1557 n'a pas entendu permettre à la femme de stipuler, par contrat de mariage, qu'elle pourra hypothéquer sa dot, bien qu'il lui soit permis de réserver la faculté d'aliéner. A Rome, la femme n'aurait pas pu stipuler, par ses conventions matrimoniales, qu'elle obligerait ses biens dotaux. C'est ce dont certainement le législateur s'est souvenu, lui qui n'ignorait pas que « notre régime dotal tire son origine du droit romain. » Voilà pourquoi, se montrant facile pour l'aliénation, qui lui a semblé peu redoutable, précisément parce qu'elle entraîne des dangers actuels et immédiats, il n'a pas voulu qu'on pût lever les prohibitions relatives à l'hypothèque.

(1) Devill., 37, 1, 190.

Il a permis aux parties de se placer sous l'empire de la loi *Julia*, rétablie et restaurée par le contrat de mariage; mais, par son silence sur l'hypothèque dans l'article 1557, il a montré qu'il n'entendait pas que les parties pussent se créer un régime dotal de nature à ramener tous les maux auxquels Auguste avait voulu remédier par la loi *Julia*. Donc, encore une fois, si l'art. 1557 permet aux époux de stipuler qu'ils pourront aliéner le bien dotal, il ne permet pas de stipuler qu'ils pourront l'hypothéquer.

En logique, je l'avoue, et les prémisses étant données, il n'y a rien à dire contre ce raisonnement. Il a pour lui le texte, l'analogie historique, de puissantes considérations, et pourtant il faut le repousser; il faut le déclarer excessif, contraire au bon sens, faisant violence aux usages reçus. Aussi les plus fougueux dotalistes n'ont-ils pas osé aller jusqu'à cet excès; ils ont senti la nécessité de s'arrêter. C'est pourquoi il est établi aujourd'hui par la jurisprudence que les époux peuvent se réserver la faculté d'hypothéquer (1). Or, rien ne prouve mieux que cette jurisprudence dans quel labyrinthe inextricable on se jette, quand on fait dépendre les questions de bon sens de subtilités grammaticales et de distinctions capricieuses.

A la vérité, on s'en est tiré par le principe de la liberté des conventions matrimoniales. A la bonne

(1) Cass., req., 7 juillet 1840 (Devill., 40, 1, 796).
Limoges, 6 décembre 1844 (Devill., 45, 2, 261).

heure! mais je prie ceux qui se croient en sûreté dans ce biais de penser à ceci : c'est que l'art. 1587, après avoir posé le principe de la liberté dans les conventions de mariage et avoir fait des réserves dans l'intérêt des bonnes mœurs, se hâte d'ajouter : « *Et, en outre, sous les conditions qui suivent.* » Or, l'art. 1557, conféré avec l'art. 1554, réduit la liberté du contrat de mariage à aliéner, mais non pas à hypothéquer. Il s'ensuit donc que c'est dans les articles 1554 et 1557 qu'il faut aller puiser les conditions auxquelles la liberté est soumise. Et, comme l'aliénation n'emporte pas l'hypothèque dans l'art. 1557 (c'est du moins ce que nous disent les ultradotalistes), il s'ensuit que la faculté d'hypothéquer ne peut être réservée par le contrat.

Et puis, quand on parle de la liberté des conventions matrimoniales, ne s'aperçoit-on pas qu'on juge la question par la question? car enfin les fanatiques de la dot ne manquent pas de raisons spécieuses pour proscrire l'hypothèque comme contraire aux intérêts de la femme et de la famille (1); la loi *Julia* ne la proscrivait-elle pas absolument? Que parlez-vous donc de la liberté des conventions quand il s'agit d'une chose aussi funeste (à votre point de vue) que l'hypothèque du fonds dotal, cette hypothèque si formellement défendue par le droit romain? Il faut donc que vous trouviez un texte pour autoriser la faculté

(1) V. l'arrêt de Limoges précité.

d'hypothéquer de même que la faculté d'aliéner. Dans notre ordre d'idées, ce texte existe : c'est l'art. 1557, avec le mot *aliéner* pris dans son sens habituel. A votre point de vue, il n'y a pas de texte précis pour déroger à l'art. 1554, et vous êtes inconséquents quand vous accordez la réserve de la faculté d'hypothéquer ; à moins que vous ne vouliez que le mot *aliéner*, écrit dans l'art. 1557, ait le sens large que vous lui refusez quand il est écrit dans le contrat de mariage.

Pour nous, nous dirons ceci : Le mot *aliéner* a, dans l'art. 1557 du Code civil, le sens large qu'il comporte ordinairement : en permettant aux époux de réserver dans le contrat de mariage le droit d'aliéner, il permet implicitement, mais nécessairement, de stipuler la faculté d'hypothéquer ; car hypothéquer, c'est aussi aliéner. Donc, dans le régime dotal, le mot *aliéner* n'a pas le sens restreint qu'on lui prête. Donc, s'il a ce sens large dans l'art. 1557 du Code civil, il doit l'avoir aussi dans les conventions faites en vertu de l'art. 1557.

3372. Cela est d'autant plus vrai que le mot *hypothéquer*, mis dans l'art. 1554 à côté du mot *aliéner*, ne donne aucune force à ce dernier. Tout le monde, en effet, est obligé de convenir que, dans le cas prévu par l'art. 1554, *aliéner* emporte *hypothéquer* (1). Si le mot *aliéner* était seul dans l'art. 1554,

(1) L. Ult., C., De reb. alien. alienand.

il n'est personne qui osât soutenir que la femme aurait, de plein droit, le pouvoir d'hypothéquer son fonds dotal. Donc, la suppression du mot *hypothéquer* dans l'art. 1557 (destiné à faire exception à l'art. 1554) n'enlève aucune énergie, aucune étendue de signification au mot *aliéner*, dont se sert l'art. 1557.

3373. Et comment en pourrait-il être autrement ? Est-ce qu'on n'irait pas contre la pensée des rédacteurs du Code civil, qui ont voulu que chacun pût stipuler dans son contrat de mariage les combinaisons des régimes anciens ? Est-ce qu'on n'irait pas contre l'art. 7 du Code de commerce, qui indique que la femme peut se réserver la faculté d'hypothéquer ? Est-ce qu'on ne priverait pas les provinces de Lyonnais, Forez, Beaujolais, Mâconnais, de la liberté qui était autrefois leur droit commun, et auquel elles peuvent toujours revenir ? M. Berlier, orateur du gouvernement, ne disait-il pas « qu'on n'a voulu arracher violemment à aucun Français, dans les conventions matrimoniales, ses usages anciens et chéris ? »

Maintenant, que l'on consulte la discussion qui a préparé les art. 1554 et 1557 (1), et l'on verra si le législateur a jamais pensé à faire entre l'alié-

(1) Fenet, t. 13, p. 521, 575, etc.

nation et l'hypothèque la fameuse distinction de la loi *Julia*, ressuscitée par les arrêts de la Cour de cassation ! Pour moi, je ne vois pas un mot, une apparence qui m'autorise à croire que cette distinction s'est présentée à l'esprit des rédacteurs du Code civil. L'art. 1554 a posé des restrictions ; l'art. 1557 a permis à la volonté de les lever. Cet article est général ; il embrasse tous les cas où le retour à la liberté paraît nécessaire aux parties, et c'est par le mot *aliéner*, compris comme nous l'entendons, qu'il a cette portée compréhensive.

3374. Arrivons à d'autres preuves tendant à démontrer que, dans le titre *De la dot*, l'aliénation et l'hypothèque marchent d'accord, et que l'interprétation restrictive de la Cour de cassation est partout condamnée : nous venons de le voir par l'art. 1557 ; nous allons le voir par les art. 1555, 1558.

De toutes les aliénations la plus caractérisée, la plus grave, celle qui donne le plus d'ombrage, c'est la donation. La donation, c'est l'aliénation poussée à ses dernières limites. Si donc le mot *aliéner* ne comprend pas l'hypothèque, le droit de *donner*, autorisé par les art. 1555 et 1556, n'emportera pas avec lui le droit d'hypothéquer.

Cependant quoi de plus faux (1) ? et qui ne recon-

(1) *Suprà*, n° 3351 et 3352.

naît aujourd'hui que la femme qui peut donner sa dot pour l'établissement de ses enfants peut, à plus forte raison, l'hypothéquer ? Je sais que cela a été un instant contesté (1) ; mais, à l'heure qu'il est, les scrupules paraissent levés par la jurisprudence.

3375. L'art. 1558 autorise l'aliénation de la dot avec l'autorisation de la justice ; notez bien qu'il ne parle pas de l'hypothèque. Et cependant direz-vous que la femme qui peut, avec l'autorisation de la justice, aliéner son bien pour tirer son mari de prison, ne pourra pas l'hypothéquer ? non ! vous n'oserez pas aller jusqu'à cette conclusion absurde (2). Et pourquoi ? parce qu'*aliéner*, dans l'art. 1558, a le sens large qu'il a dans l'art. 1557 et dans les art. 1555 et 1556.

3376. On voit donc que, dans tous les articles du Code civil sur la dot, le mot *aliéner* se prend dans le sens large. Loin qu'il y ait un texte ou un grave mo-

(1) Bordeaux, 11 août 1836 (Daloz, 37, 2, 182).
Suprà, n° 3352.

(2) Deluca, *De dote*, p. 144, n° 8.
Art. 541 cout. de Normandie.
Bordeaux, 1^{er} août 1834 (Daloz, 37, 2, 180).
Rouen, 23 juin 1835 (Daloz, 37, 2, 182).
Nîmes, 10 août 1837 (Daloz, 38, 2, 14).
Montpellier, 7 juin 1825 (Daloz, 26, 2, 11).
Grenoble, 21 janvier 1835 (Daloz, 35, 2, 66).

tif qui tendent à restreindre le sens du mot *aliéner* (comme dans les art. 443 et 444 du Code de commerce), il y a les motifs les plus péremptoires pour lui conserver le sens habituel, qui est le sens large. Le sens restreint répugne à tous les articles relatifs à la dot. Je défie de le faire entrer dans les art. 1555, 1556, 1558; je défie de le faire entrer dans l'art. 1557.

Or, si le mot *aliéner* a cette valeur large et étendue dans l'art. 1557, il doit l'avoir dans le contrat qui ne fait que copier et reproduire sa disposition.

3377. Ces raisonnements sont pressants. On s' imagine pourtant les paralyser par une objection tirée du droit romain, et particulièrement de la loi *Julia*. Mais on va voir ce qu'elle vaut.

La loi *Julia* (que nous ne connaissons pas dans sa totalité et dans son texte) portait que le mari pouvait aliéner la dot avec le consentement de la femme, mais qu'il ne pouvait pas l'hypothéquer, même avec le consentement de celle-ci (1). C'est de cette loi qu'on tire la conclusion qu'en matière de dot, tel qui a le droit d'aliéner n'a pas le droit d'hypothéquer.

Mais c'est trop se hâter de triompher.

D'abord, quelque respectable que soit le droit romain, le Code civil l'est encore plus, et nous venons de voir combien cette restriction du mot *aliénation*

(1) *Suprà*, n° 3199.

jetterait d'incohérence, d'embarras, d'impossibilités dans le Code. Où a-t-on vu d'ailleurs que la distinction de l'aliénation et de l'hypothèque, consacrée par la loi *Julia*, ait jamais préoccupé les rédacteurs du Code civil?

Mais ce n'est pas tout, et comment ne voit-on pas, du premier coup d'œil, l'énorme difficulté d'importer dans notre législation la loi *Julia*? car enfin la loi *Julia* a pour point de départ cette idée, que la dot est frappée d'une impossibilité absolue, radicale, inévitable, d'être hypothéquée. Au contraire, l'article 1554 du Code civil, partant d'un tout autre ordre d'idées, déclare formellement qu'il y a des cas où le fonds dotal peut être hypothéqué tout aussi bien qu'il peut être aliéné.

D'un autre côté, cette restriction du droit d'aliéner, cette dérogation au sens habituel du mot *aliéner*, étaient écrites en toutes lettres dans la loi *Julia*. Où est-elle écrite dans le Code civil?

3378. Cependant entrons plus avant dans le système de la loi *Julia*, et voyons si l'on pourrait, sans anachronisme, lui donner quelque autorité actuelle.

La loi *Julia* fut rendue sous Auguste. Le sénatusconsulte Velleïen n'existait pas encore (1). On commençait cependant à sentir la nécessité de prendre des mesures pour sauver les femmes des pièges qui

(1) Ulp., l. 1 et 2, D., *ad senatusconsultum Velleianum*.

leur étaient tendus pour les entraîner dans des cautionnements ruineux. On le sait : il y avait à Rome deux classes de personnes sur lesquelles (outre les fils de famille) on faisait métier de spéculer; c'étaient les femmes et les célibataires : les femmes, pour leur extorquer des cautionnements; les célibataires, pour capter leurs successions. Les spéculateurs qui s'adressaient à ces derniers avaient même le nom particulier d'*hérédipètes*. Ces spéculations sur les femmes et les célibataires jouent un grand rôle dans les satiriques et les comiques latins.

Auguste, auteur de la loi *Julia*, fut le premier à prendre quelques mesures pour réprimer cet abus.

3379. Il commença par défendre aux femmes de cautionner leurs maris (1). Là s'arrêta d'abord la prohibition.

Que résultait-il de cette interdiction? c'est qu'à l'avenir, la femme ne pourrait prêter son consentement aux hypothèques constituées par son mari, ce consentement n'étant autre chose qu'un cautionnement donné par la femme à son mari. Dans le système romain, le mari est propriétaire de la dot. Partant de là, il pourrait l'aliéner et l'hypothéquer de son plein gré, si l'on restait dans les principes du droit pur et primitif. Mais non! le moment est venu de faire faire un pas à l'émancipation de la femme. Il faut que son droit de propriété sur la dot se mani-

(1) Ulp., l. 1 et 2, D., *ad senatusconsultum Velleianum*.

feste avec éclat. Le mari ne pourra donc aliéner le bien dotal qu'avec le consentement de la femme. Pourra-t-il l'hypothéquer avec ce même consentement? non, évidemment non! car la femme le cautionnerait par là, et nulle femme ne doit désormais pouvoir cautionner son mari.

3380. Telle est la loi d'Auguste. Rien de plus simple que le système de cette loi, rien de plus concordant avec l'ensemble de la législation. La femme peut consentir à l'aliénation de son bien dotal, que prétend faire son mari; elle n'a pas capacité pour consentir à l'hypothèque qu'il prépare. Ce n'est pas une loi particulière à la dot; c'est une prohibition tenant à l'incapacité relative de la femme. Elle est aussi incapable de cautionner son mari sur ses paraphernaux que sur sa dot même.

Et notez bien que la loi *Julia* ne dit pas que la femme n'hypothéquera pas sa dot: elle ne pouvait pas prévoir cela, puisque le mari était seul maître de la dot *civiliter*. Elle dit que le mari ne pourra pas hypothéquer, même avec le consentement de sa femme: c'est bien là l'idée d'un cautionnement.

3381. Plus tard, le système de protection envers les femmes s'étendit. Le sénatus-consulte Velleien leur défendit de cautionner, non-seulement leurs maris, mais même quelque personne que ce fût (1). Le sta-

(1) Ulp., l. 2, D., *ad senatusconsultum Velleianum*.

tut personnel de la femme fut, sous ce rapport, généralisé.

3382. Les choses en restèrent là jusqu'à Justinien, sauf quelques modifications inutiles à notre sujet.

Justinien refondit le régime dotal; il accorda à la femme une hypothèque légale, qu'elle n'avait pas auparavant (1).

Ce n'est pas tout: et jetant les yeux sur la loi *Julia*, il dit: Cette loi est insuffisante. Il n'est pas vrai que la femme soit soumise à moins de dangers quand son mari la presse de consentir à la vente, que quand il la sollicite pour l'hypothèque; il n'est pas vrai qu'elle présente dans un cas plus de garantie de résistance que dans l'autre. En conséquence, l'aliénation et l'hypothèque doivent être égalisées. L'immeuble dotal ne pourra être ni aliéné ni hypothéqué. « *Hoc tantummodò additum, ut fundum dotalem non solum hypothecæ titulo dare, nec consentiente muliere, maritus possit, sed nec alienare* (2). »

3383. Que résulte-t-il de là?

C'est que la fameuse distinction entre l'hypothèque et l'aliénation est formellement abrogée. Cette distinction, prise (disent les arrêts) dans le droit romain, « d'où notre régime dotal tire son origine, » Justinien

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 614 et 417.

(2) L. 1, § 15, C., *De rei uxoris act.*

la déclare imparfaite: « *Ex lege quidem Juliæ imperfectum* » (1). Il décide que la fragilité du sexe est autant menacée par le pouvoir d'aliéner que par le pouvoir d'hypothéquer: « *Ne fragilitate naturæ, in repentinam deducatur inopiam* » (2). Laissant donc à l'écart une distinction insuffisante, Justinien établit un système de prohibition absolue attachée à l'immeuble, un statut réel qui affecte la chose. Ce n'est plus comme du temps de la loi *Julia*, qui, par cela seul qu'elle laissait la dot aliénable, ne faisait qu'un statut personnel dans la disposition qui défendait à la femme de consentir à l'hypothèque pour son mari. C'était, dis-je, un statut personnel; car la prohibition, découlant de la personne, s'étendait à tous les immeubles de la femme, tant dotaux que paraphernaux, au lieu que, dans le système de Justinien, la prohibition d'aliéner est une loi de l'immeuble se rattachant au statut réel. Tous les immeubles de la femme ne sont pas inaliénables; elle peut vendre ses paraphernaux. Il n'y a que l'immeuble dotal qui soit inaliénable entre ses mains (3).

3384. Je sais bien que la femme restait toujours incapable de cautionner son mari, même sur ses autres biens; car le Velléien était toujours là avec son incapacité personnelle.

(1) *Loc. cit.*

(2) *Loc. cit.*

(3) Henrys, t. 2, p. 184 et 772.



Mais supposons une législation qui n'admette pas le Velléien, qui repousse l'incapacité personnelle de la femme, ou tout au moins, qui permette de renoncer au bénéfice de ce sénatus-consulte; supposons encore que cette même législation n'admette que le statut réel, en vertu duquel l'immeuble est frappé d'inaliénabilité; supposons enfin que, par exception, cette prohibition d'aliéner soit levée: eh bien! alors, que deviendra la défense de consentir à l'hypothèque? évidemment elle tombera avec la défense d'aliéner; elle disparaîtra avec le statut réel dont elle est une dépendance.

Supposons au contraire que le sénatus-consulte Velléien soit conservé: le droit d'aliéner, concédé à la femme, n'entraînera pas pour elle permission d'hypothéquer, car le Velléien y mettra obstacle. Le statut réel tombant, restera le statut personnel.

Ainsi donc, pour que la permission d'aliéner n'entraîne pas la permission d'hypothéquer, il faudra que le sénatus-consulte Velléien vienne y faire opposition. Sans quoi, l'autorisation d'aliéner entraînerait l'autorisation d'hypothéquer.

Ce point de vue est important; voici quelques exemples propres à le mettre dans tout son jour.

3585. Dans sa nouvelle 61 (1), Justinien veut que la dot soit aliénable avec le consentement de la femme,

(1) *Suprà*, n° 3216.

si le mari est en état de lui fournir son indemnité, et si elle réitère son consentement au bout de deux ans.

La femme pourra-t-elle aussi hypothéquer sa dot en pareil cas? oui, sans doute, car la femme pouvait renoncer au sénatus-consulte Velléien en confirmant dans ce délai son cautionnement (1).

« Consensus etenim in talibus, aut in hypothecam, aut in venditionem, aut in aliam alienationem (2), conscriptus, non proderit, si semel consensus fiat. Sed, sicut in intercessionibus scripsimus, ut oporteat, biennii tempore existente, et rursus etiã professionem scribi confirmantem consensum; et tunc ratum esse quod factum est, si et hoc fiat. »

Il est facile de voir la liaison qu'il y a dans les idées de Justinien entre tout ceci et le Velléien. Justinien a soin de le dire lui-même: *Sicut in intercessionibus scripsimus*. Et comme la femme se met au-dessus du Velléien en confirmant au bout de deux ans son cautionnement, elle peut donc aliéner, hypothéquer sa dot, s'obliger sur sa dot, pourvu qu'elle confirme dans ce même délai tout ce qu'elle a fait (3).

(1) L. 22, C., *ad senatusconsultum Velleianum*.

(2) Notez ces mots: *alia alienatio*. L'hypothèque est donc une aliénation; hypothéquer, c'est donc aliéner.

(3) Cujas rappelle la nouvelle 61 dans son commentaire de la loi *Ult.*, C., *De rei uxoriæ action.*, et il dit aussi: « Ut si mulier consenserit alienationi fundi dotalis, vel obligationi »