

5386. Voici un autre exemple : par le droit canon, la femme peut consentir à l'aliénation de sa dot quand elle la confirme par serment; c'est ce qui résulte du chapitre 28 du titre *de Jurejurando*, des décrétales du pape Grégoire IX. Il n'est pas inutile de mettre sous les yeux du lecteur ce texte curieux :

« Cùm contingat interdùm quod, constante matrimonio, mulieres *alienationibus super rebus dotalibus* » *consentiant*, ne ulterius contraveniant proprio sacramento firmando, ac, soluto processu temporis » matrimonio, contravenire nituntur, utrùm hoc eis » liceat, à nobis tua fraternitas requisivit. Nos autem decrevimus quod, etsi mulierum consensus » in talibus non videatur obligatorius, secundùm » legitimas sanctiones, ne tali tamen prætextu » viam contingat perjuriis aperiri, mulieres ipsæ servare debent hujusmodi juramenta sine vi et dolo » præstita. »

Ainsi donc, voilà la femme qui, ayant vendu avec serment son bien dotal, est obligée de tenir sa parole, quoiqu'il s'agisse d'un bien inaliénable. Remarquons-le ! dans ce texte, le pape ne parle que des *aliénations* : il se sert de ces mots : « *alienationibus*

---

» *semel*; et mulier consentiat iterùm post biennium, ità » quod appareat, certo biennii judicio, eam, initio, consentisse alienationi vel obligationi, ut tùm rata sit alienatio, » vel obligatio, et ex aliis bonis mulieri satisfieri, dotis nomine, possit, ex novellâ 61. »

« *super rebus dotalibus*. » C'est absolument comme notre art. 1557, qui ne parle que d'*aliéner*.

Eh bien ! ce que le pape dit de l'aliénation, l'étendra-t-on à l'hypothèque ? oui, sans doute (1). Et pourquoi ? parce que le serment qui faisait cesser l'inaliénabilité faisait aussi cesser le sénatus-consulte Velléien.

Je remarque qu'en Italie on avait adouci la décréte. L'aliénation de la dot faite avec serment valait jusqu'à concurrence de la moitié des immeubles dotaux. Par suite, la femme pouvait hypothéquer son fonds dotal pour moitié (2) : tant il est vrai que toujours, quand le sénatus-consulte Velléien le permet, l'hypothèque suit le sort de l'aliénation.

5387. Passons à un troisième exemple.

La coutume de Normandie (3) et la coutume d'Auvergne (4) permettaient l'aliénation de l'immeuble dotal pour nourriture des enfants et pour tirer le mari de prison.

Or, les commentateurs reconnaissent que cette permission s'étendait à l'hypothèque, et c'est ce qui résultait aussi d'un arrêt de règlement du parlement

---

(1) Deluca, *De dote*, disc. 95.

(2) *Id.*,

Et *Dotium summa*, n° 434.

(3) Art. 541.

(4) Chap. 14, art. 6 et 7.

de Rouen de 1666 (1). Pourquoi l'hypothèque marchait-elle d'accord ici avec l'aliénation? parce que le Velléien ne défendait pas à la femme de s'obliger et de cautionner : 1° pour l'établissement de ses enfants (2); 2° pour les aliments de la famille aux abois (3); 3° pour tirer le mari de prison (4). En pareil cas, la femme n'est pas censée agir pour autrui; elle agit plutôt pour elle-même (5).

3388. Mais, hors ces cas, la permission accordée par la coutume de Normandie d'aliéner la dot, sauf recours subsidiaire, n'entraînait pas la permission de l'hypothéquer.

Et la raison en est celle sur laquelle nous ne saurions trop insister : c'est parce que le sénatus-consulte Velléien s'y opposait.

Écoutez Roupnel de Chenilly, conseiller au par-

(1) V. Pesnelle sur l'art. 541 de la coutume de Normandie, t. 2, p. 719 et 852.

(2) L. 12, C., *De jure dotium*.

(3) L. 29, C., *De jure dotium*.

L. 11, C., *De negot. gestis*.

Favre, *Code*, 4, 21, 8.

Voet, *ad senatusconsultum Velleianum*, n° 4.

(4) L. 24, C., *ad senatusconsultum Velleianum*.

Louet, lettre A, somm. 9.

(5) Doneau sur la loi 12, C., *ad senatusconsultum Velleianum*.

lement de Rouen, sur l'art. 538 de la coutume de Normandie (1).

« De la faculté qu'a le mari de vendre le bien de sa femme, nous n'induisons pas celle de l'engager et hypothéquer. Nous observons non-seulement le Velléien à l'égard de toute personne du sexe, et même plus rigoureusement que dans le droit romain, puisque la ratification gémignée est inutile, nous suivons encore la disposition de la loi *Julia, De fundo dotali* (« Dotale prædium..., neve consentiente eâ, obligato), et la nouvelle *Si quæ mulier*, qui annule le consentement de la femme en faveur du mari. V., sur le sénatus-consulte Velléien, M. Froland, et une consultation de M. Hevin sur Frain. »

On aperçoit combien, dans l'idée de cet auteur, la loi *Julia* s'identifie avec le sénatus-consulte Velléien et l'Authentique *Si quæ mulier*; et cette liaison deviendra bien plus claire encore, si l'on réfléchit que le système de la coutume de Normandie, sur la disposition de la dot, a beaucoup d'analogie avec la nouvelle 61 de Justinien (2). Or, cette nouvelle permettait, dans les cas prévus, l'hypothèque avec l'aliénation, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure (3). Pourquoi donc l'hypothèque est-elle défendue en Normandie? pour-

(1) T. 2, p. 708 du commentaire de Pesnelle. Roupnel de Chenilly est son annotateur.

(2) *Suprà*, n° 3216, 3218 et 3385.

(3) N° 3385.

quoi y a-t-on rejeté la parité de l'hypothèque et de l'aliénation, admise par la nouvelle? parce que le Velléien y régnait à titre de loi inflexible à laquelle il n'était pas permis de renoncer, ainsi qu'on le faisait à Rome. Il me semble que cette observation a une valeur très-significative.

5389. Mais si de la Normandie nous passons dans les provinces qui ne suivent pas le Velléien, qu'y voyons-nous? c'est que la faculté d'hypothéquer y est le corollaire de la faculté d'aliéner. Tel était, en effet, le droit commun dans les provinces de Lyonnais, Forez, Beaujolais, Mâconnais; telle était la loi constamment suivie et résultant de l'ordonnance de 1666 (1). Jamais on n'a songé à prétendre, dans ces pays, que la faculté d'aliéner n'avait pas pour conséquence nécessaire la faculté d'hypothéquer.

5390. De tout ceci je tire une conclusion qui commence à devenir frappante: c'est qu'on ne peut ressusciter la disposition de la loi *Julia* sans introduire le Velléien dans le Code civil, sans déclarer la femme incapable de cautionner son mari; car tout le secret de la loi *Julia* est là. Cette loi n'a d'autre explication que dans l'aversion des Romains pour les cautionnements des femmes, et surtout pour les cautionnements prêtés à leurs maris. Mais ce trait

(1) Henrys, t. 2, p. 184 et suiv., et p. 772.

de mœurs n'est ni dans nos idées ni dans nos Codes.

Où a-t-on vu, en effet, que la loi moderne se soit préoccupée du cautionnement prêté par la femme à son mari, pour le rendre impossible? Nous apercevons bien qu'elle défend à la femme de vendre à son mari pendant le mariage (art. 1598), qu'elle ne permet les donations entre mari et femme que sous réserve de révocation (art. 1096), mais, encore une fois, où voit-on la méfiance de la loi quand il s'agit de cautionnement?

5391. Enfin, s'il y avait quelque doute sur une pareille question, il faudrait se prononcer pour la liberté des conventions et pour le droit commun.

A la vérité, on prétend que les doutes doivent se résoudre pour la dot: « *In dubio pro dote respondendum est.* » Je réponds que cette règle du droit romain a été posée par les jurisconsultes à une époque où la dot n'avait pas été investie de tous les privilèges qui la protègent, tels qu'hypothèque légale et générale, inaliénabilité: or, aujourd'hui, avec la surabondance de protection dont la dot est environnée, elle est dangereuse et féconde en mauvaises solutions. C'est pourquoi Domat disait qu'il l'avait rejetée de son livre, à cause de ses périls (1).

Mais il n'y a aucun danger à se prononcer pour la bonne foi, pour le crédit, pour la liberté des con-

(1) P. 92 et 612.

ventions, liberté aussi sacrée dans l'ordre civil que dans l'ordre politique.

3592. Mais maintenant examinons en elle-même cette distinction entre l'aliénation et l'hypothèque. On ne veut pas de l'hypothèque, parce qu'on la suppose plus insidieuse que l'aliénation. Et pourtant comment nierait-on qu'il y a des cas où il est plus avantageux aux époux d'emprunter que de vendre. Quoi? voilà une femme qui aura habité toute sa vie la maison de son père, qui y sera attachée par les liens de la famille, de l'habitude, des souvenirs, et on l'obligera à la vendre? on voudra qu'elle la quitte dans sa vieillesse, qu'elle aille porter ailleurs ses pénates, chercher un autre établissement, courir la chance de placements de capitaux? Comment! est-ce que l'emprunt n'est pas plus avantageux (1)? Direz-vous que la femme ne vendra pas? erreur profonde, méconnaissance des faits, oubli des lois de la nécessité! elle ne vendra pas si vous lui permettez d'emprunter; mais elle vendra, n'en doutez pas, elle vendra avec douleur, si l'emprunt lui est refusé en face du besoin qui se fait sentir. L'expérience de tous les jours prouve qu'elle consommera cet amer sacrifice.

3593. A ces observations j'ajoutais d'autres con-

---

(1) Caen, 7 mars 1845 (Deville., 45, 2, 585, 586).

sidérations tirées du point de fait de la cause. Par exemple, j'insistais sur ce que le contrat de mariage réservait à la femme la faculté d'aliéner ses biens et droits; qu'il s'agissait d'ailleurs de parties domiciliées dans une province régie par l'ordonnance de 1666, où jamais le mot *aliéner* n'avait eu une valeur restreinte, où la liberté de l'hypothèque avait été pratiquée à l'égal de la liberté d'aliéner; où ce régime de liberté, respecté par les tribunaux, était d'autant plus cher aux populations qu'il avait été pour elles une source de richesse et de prospérité, et avait enrichi les familles au lieu de les ruiner.

Mais toutes ces considérations de fait ne trouvèrent pas plus d'autorité que mes considérations sur le droit. L'incapacité Velléienne fut introduite dans l'art. 1557; la loi *Julia*, abolie par Justinien, fut remise en vigueur par un simple arrêt.

Voilà où nous en sommes. Nous voilà rétrogradant jusqu'à Auguste, jusqu'à Claude, jusqu'au consul Velléius. Il y a dans ce monde d'étranges retours; il y a dans la jurisprudence de singulières réminiscences et de singulières prédilections.

3594. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence régulatrice est faite pour le moment, et il ne s'agit pas de la changer. La Cour de cassation la maintient et la maintiendra longtemps. C'est aux parties, c'est aux notaires à rédiger les contrats de mariage dans le sens de la liberté que les futurs entendent se procurer. Il sera possible, par les conventions, de corriger les vices d'une jurisprudence qui affecte de ne

pas comprendre le vrai sens des mots, et qui exige des synonymes, des redondances, des clauses surabondantes et inutiles. Je signale aux officiers ministériels l'utilité des clauses ordinairement de style, mais désormais fort importantes ; car, bien que quelques tribunaux du ressort de la Cour de Lyon, fidèles aux traditions des édits de 1604 et 1666, continuent à interpréter les contrats de mariage dans le sens vrai qu'y ont attaché les parties, il faut désespérer de voir de longtemps un retour général aux saines notions, à l'intelligence sincère des contrats de mariage.

3395. On a même été jusqu'à décider qu'une femme qui s'était réservé la faculté d'aliéner ses biens dotaux n'avait pas pu, en les vendant, déléguer le prix à un créancier hypothécaire ; que cette délégation est aussi nulle que le serait l'hypothèque elle-même, et que, si l'acheteur a payé ce créancier hypothécaire par suite des conditions de la vente, cette nullité lui est opposable aussi bien qu'au créancier lui-même (1). Que dire d'un pareil fanatisme, et par quel raisonnement pourrait-on convaincre ceux qui se fascinent l'esprit par ces exagérations ? Comme si la faculté de disposer de la chose même n'entraînait pas la faculté de disposer du prix ! comme si la femme investie du pouvoir d'aliéner cet immeuble, qui est, à proprement parler, la chose do-

(1) Cass., ch. civ., 14 février 1843 (Devill., 43, 1, 195).

tale [*qui et dotalis PROPRIÉTÉ nuncupatur*, comme dit très-bien Justinien (1)], ne pouvait pas, à plus forte raison, aliéner l'argent qui en provient et qui est bien moins protégé par les garanties de la loi.

3396. Mais que voulez-vous ? il faut de la logique en ce monde ; il faut surtout un grand respect pour la maxime : *Qui de uno dicit de altero negat*. C'est pourquoi, comme les meubles se distinguent des immeubles, si le contrat de mariage stipule le droit d'aliéner les immeubles, on décide que la femme n'a pas le droit d'aliéner ses meubles et qu'elle ne peut emprunter et subroger à son hypothèque légale (2). Si elle voulait aliéner ses meubles, elle devait le dire. Ne le disant pas, sa dot mobilière est frappée d'inaliénabilité. Il n'y a que sa dot immobilière qui soit aliénable. En sorte que ce sont ses meubles qui sont immobilisés, et ses immeubles mobilisés. On appelle cela du raisonnement !

3397. Quand la femme s'est réservé le droit d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles, il semble qu'on ne puisse plus faire de distinction. En effet, il est trop clair que le droit d'aliéner la dot mobilière résulte implicitement, mais nécessairement,

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

(2) Cass., ch. civ., 2 janvier 1837 (Devill., 37, 1, 97).

Amiens, 19 avril 1837 (Devill., 37, 2, 398).

Riom, 22 décembre 1846 (Devill., 47, 2, 195).

de ce pacte. Une hypothèque, en effet, n'est jamais que l'accessoire de l'obligation consentie pour le paiement d'une somme quelconque, obligation dont l'hypothèque constitue la garantie la plus haute. Puisque la femme s'est réservé la faculté d'hypothéquer, c'est qu'elle a prévu que, dans le mouvement des affaires conjugales, il serait utile pour elle et pour le ménage qu'elle y intervienne par ses obligations. Or, qui s'oblige oblige le sien (art. 2092 et 2093) : c'est là le droit commun, le droit naturel, le vœu de la bonne foi. La femme l'a si bien entendu ainsi, qu'elle a voulu aller au delà même de cette obligation, qu'elle a désiré pouvoir la rendre plus étroite, et donner à son créancier, outre le gage naturel et général attaché *ipso jure* à tout engagement par les art. 2092 et 2093, un gage spécial, une cause légitime de préférence (art. 2094). Il suit donc de là que la faculté d'aliéner et d'hypothéquer conduit forcément à attribuer à la femme la capacité de s'obliger pour sommes à prendre sur sa dot mobilière (1).

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 1849 (2) ne l'a pas entendu ainsi; il décide qu'en présence de pareille clause, une femme ne pouvait être poursuivie sur ses biens dotaux pour une obligation pure et simple et sans affectation hypothécaire. C'est là une grave perturbation jetée

(1) Lyon, 2 août 1845 (Devill., 46, 2, 361).

Pourvoi rejeté, req., 9 juin 1847 (Devill., 47, 1, 616).

(2) Dalloz, 49, 1, 124.

dans les idées reçues, dans les plus légitimes intérêts, dans les règles les plus constantes. Des plaintes me sont parvenues sur le trouble qui en résulte dans les intérêts privés. Mais qu'y faire? la manie de l'inaliénabilité est à l'ordre du jour; il faut que le crédit se résigne à de fatales défaites et à de cruels mécomptes.

3398. La femme qui s'est réservé le droit d'aliéner sa dot peut-elle compromettre sur ses droits avec l'autorisation de son mari?

Les opinions sont partagées.

Dans le sens de la négative, voici ce qu'on allègue : le pouvoir de transiger n'emporte pas le pouvoir de compromettre (art. 1989 du Code civil); et, cependant, il est le même que le pouvoir d'aliéner, puisque, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (article 2045 du Code civil). D'ailleurs, les causes des femmes mariées sous le régime dotal sont communicables au ministère public (art. 83 du Code de procédure civile), et l'on ne peut compromettre sur ces causes [art. 1004 du Code de procédure civile] (1).

(1) Nîmes, 26 février 1812 (Dalloz, t. 1, p. 616; Devill., 4, 2, 45).

Lyon, 20 août 1828 (Devill., 9, 2, 141).

On cite aussi Montpellier, 5 novembre 1830 (Devill., 31, 2, 318), mais la faculté d'aliéner n'avait pas été stipulée dans le contrat de mariage.

M. Duranton, t. 15, n° 481.

Mais on répond : de ce que la procuration donnée pour transiger ne renferme pas le pouvoir de compromettre, il ne s'ensuit pas que le droit d'aliéner réservé à la femme doive s'interpréter avec la même restriction. Aliéner est plus que transiger. D'ailleurs, la procuration s'interprète toujours dans un sens spécial. Je vous donne mandat pour transiger, bornez-vous à transiger ; car je ne vous ai accordé capacité pour me représenter que pour ce seul acte d'aliénation, et non pas pour un autre. Mais, quand je me suis réservé, dans mon contrat de mariage, la liberté d'aliéner, où trouvez-vous le principe et la raison de pareilles restrictions ? Aliéner, c'est vendre, c'est transiger ; c'est aussi compromettre.

Quant à l'argument tiré de la communication au ministère public, il est sans force. La communication au ministère public n'est indispensable que lorsque la dot est inaliénable ; mais, quand la dot est aliénable, « où serait le motif de surveiller en jugement ce que les époux ont toute liberté de faire » hors jugement (1) ? »

Cette dernière opinion est celle de M. Tessier (2) ; elle a été consacrée par arrêt de la Cour de Grenoble du 12 février 1846 (3).

(1) M. Boncenne, t. 2, p. 284 et 285.

*Junge* M. Pigeau, t. 1, p. 236.

(2) T. 1, note 596.

(3) Devill., 46, 2, 519.

3399. Voici une autre question :

Les époux peuvent-ils vendre à rente viagère l'immeuble stipulé aliénable ?

L'affirmative a été décidée par un jugement du tribunal de Saint-Flour du 31 mai 1844 (1). La vente à rente viagère, bien qu'assez rare, est cependant un moyen d'améliorer le sort des époux, de leur procurer plus d'aisance, de leur assurer une vieillesse tranquille. Elle rentre, par conséquent, dans les vues de leur contrat de mariage ; elle rentre dans le cercle des aliénations autorisées par le contrat de mariage.

On pourrait opposer que cette décision a été réformée, en appel, par arrêt de la Cour de Riom du 12 août 1844. Mais ce n'est pas parce que la vente à rente viagère dépasse le pouvoir des époux qui, par leur contrat de mariage, se sont réservé le droit d'aliéner ; c'est parce qu'il résultait des termes du pacte matrimonial que la vente des biens et droits dotaux n'avait été autorisée qu'à la condition que les valeurs appartenant à la femme resteraient hypothéquées sur les biens du mari, et qu'en cas de restitution de la dot, les sommes reçues seraient rendues dans les termes de leur réception. De là, la Cour de Riom concluait que les époux ne s'étaient pas réservé le droit absolu d'aliéner à fonds perdu ; que, loin de là, il avait été dans leur pensée primitive que le fonds fût conservé (2). On s'est pourvu en cassation contre

(1) Devill., 44, 2, 592.

(2) *Id.*

cet arrêt de la Cour de Riom ; mais la tentative a échoué. La Cour de cassation a considéré que, l'aliénation n'ayant été autorisée qu'à charge d'hypothèque et de restitution, il était difficile d'admettre la possibilité de la vente moyennant rente viagère. La condition imposée ici au mari, c'est de conserver le prix et de le rendre ; il ne le conserve pas par un fonds perdu (1).

3400. La faculté d'aliéner entraîne sans contestation la faculté d'échanger (2) : de toutes les aliénations l'échange est la plus favorable, la moins domageable, la moins fragile. Si l'on aperçoit quelque chose de contraire à ces vérités dans un arrêt de la Cour de Toulouse du 7 février 1832 (3), il ne faut pas trop s'y arrêter. L'échange en question était frauduleux, et la défaveur du cas particulier a entraîné quelques expressions qui dépassent un peu le but.

3401. Reste à faire une dernière observation avant de passer à un autre sujet.

Nous avons dit ci-dessus que la fille mineure peut, en se mariant sous le régime dotal, se réserver le droit de vendre son bien constitué en dot (4).

(1) Cassat., 23 juin 1846 (Deville., 46, 1, 865, 866).

(2) Cassat., 25 avril 1831 (Daloz, 32, 1, 54).

(3) Daloz, 33, 2, 56.

(4) Nos 273 et 274.

Mais comment se fera cette vente ? faudra-t-il suivre les formalités exigées pour la vente des biens des mineurs, si, lors de la vente, l'épouse est encore mineure ? Cette question a été traitée ci-dessus, et nous renvoyons à nos observations (1).

3402. Après avoir parlé de l'aliénation pure et simple stipulée par le contrat de mariage, il faut venir au cas où l'aliénation n'a été réservée qu'avec certaines conditions et modifications, et, par exemple, avec la condition de remploi.

La condition de remploi est fort usitée dans la province de Normandie. La faculté d'aliéner y avait autrefois pour corollaire l'obligation stricte d'employer d'une manière sûre et utile les deniers provenant du bien dotal aliéné (2). Par là, on avait concilié les sûretés dotales avec la liberté d'aliéner. On n'avait pas rendu la dot nécessairement inaliénable comme dans le droit romain ; mais on n'avait pas voulu que l'aliénation fût libre, à l'égard des tiers, comme dans le régime de la communauté. L'obligation de faire emploi devint une charge réelle, qui affecta la chose de manière à pouvoir rejaillir sur les tiers, si la femme ne trouvait pas ailleurs son dédommagement. Les tiers n'avaient moyen de se mettre à l'abri d'un tel recours qu'en veillant eux-mêmes à l'exécution du remploi.

(1) Nos 275, 276 et suiv.

(2) Art. 540 et 541 de la cout.