

« pensation , puisqu'elle peut opérer la diminution
 « et même la perte totale de l'immeuble jusqu'à con-
 « currence de la créance hypothéquée ; qu'en outre ,
 « la femme , séduite par l'espérance de l'extinction
 « prochaine de la dette à laquelle elle s'obligeait , sera
 « toujours plus facilement entraînée à consentir à une
 « hypothèque qu'à une vente ; qu'il résulte de ce qui
 « précède , qu'on ne peut faire résulter de l'art. 1557
 « sans éteindre les effets légaux de sa disposition et
 « méconnaître son esprit , que l'autorisation d'hypo-
 « théquer le bien dotal , soit comprise implicitement
 « dans celle d'aliéner , lorsque , surtout , le législateur
 « a distingué ces deux facultés dans l'art. 1554. »

« Attendu que la loi directe sur une matière , étant
 « la véritable règle de cette matière , on ne peut tirer
 « aucune induction applicable à l'espèce de l'art. 2124
 « du Code civil , ni de l'art. 7 du Code de commerce ,
 « qui est , au surplus , sans application à la femme ,
 « qui n'est pas marchande publique. »

Au milieu des développements donnés à cette argu-
 mentation , on démêle sans peine le pivot sur lequel
 elle repose , et les moyens secondaires ne sont employés
 que pour le consolider. Cette base est prise dans la com-
 binaison des art. 1554 et 1557 ; le premier défend aux
 époux l'aliénation et l'hypothèque du fonds dotal , le
 second permet l'aliénation quand le pouvoir en a été
 réservé par le contrat du mariage : ce dernier article
 est celui qui contient la dérogation à la règle générale ,
 il parle uniquement de l'aliénation , et garde le silence
 sur l'hypothèque , donc elle demeure interdite , donc
 elle ne résulte pas de la faculté d'aliéner.

Si ce raisonnement est réellement doué de la force

qu'on lui prête , il faut se préparer à en subir toutes
 les conséquences et dire que vainement les époux au-
 raient stipulé , dans leur contrat de mariage , la faculté
 d'hypothéquer l'immeuble dotal , cette clause serait ré-
 putée non écrite ; car si la défense une fois prononcée
 il n'y a d'exception possible que celle qui concerne l'a-
 liénation par la voie de la vente , c'est en vain que les
 époux seraient convenus de celle relative à l'hypothè-
 que , elle demeurerait sans force et sans résultat ; or , il
 n'est aujourd'hui personne qui pût se résoudre à pro-
 clamer cette conséquence. La Cour de cassation avait ,
 il est vrai , été entraînée par l'irrésistible induction du
 principe qu'elle avait posé , et dans un arrêt en date du
 25 janvier 1830 (Sirey 50-1-68) , elle avait eu le cou-
 rage de refuser efficacité à la réserve de l'hypothèque ;
 mais M. le procureur-général Dupin , qui cependant
 a professé hautement son adhésion au rigorisme de l'i-
 naliénabilité , et a puissamment contribué à son triom-
 phe , n'a pas cru devoir pousser la sévérité jusques-là.
 Il suppose dans l'un de ses réquisitoires que la réserve
 de l'hypothèque serait valable. Voici en quels termes
 il s'exprime après avoir parlé de l'abrogation du sénatus-
 consulte Velleien. « On pourrait dire , toujours dans
 « le même sens , mais avec plus de raison , que les
 « époux , d'après l'art. 1587 du Code , peuvent faire
 « quant aux biens , telles conventions qu'ils jugent à
 « propos , qu'il n'y a aucune restriction à cette liberté ,
 « si ce n'est pour les conventions qui seraient con-
 « traire aux lois et aux bonnes mœurs , que la faculté
 « d'hypothéquer l'immeuble dotal n'est pas dans ce cas ,
 « et que rien par conséquent n'empêche les époux de
 « la stipuler. » Rien de plus positif , les partisans les

plus ardents d'une dotalité sévère, confessent qu'il est permis aux époux de se réserver le droit d'hypothéquer; il eût été difficile de le décider autrement, lorsqu'on se rappelait les paroles de M. Berlier, présentant au corps législatif le titre du contrat de mariage : « Que
« la plus grande liberté, disait cet orateur, préside
« donc aux conventions matrimoniales, et qu'elle
« n'ait d'autres limites que celles que lui assignent
« l'ordre public et les bonnes mœurs. » Voilà donc la Cour de cassation désavouée, du moins quant à l'arrêt du 25 janvier 1850, par le chef de son parquet, et déjà voilà une vérité reconnue. L'exception introduite par l'art. 1557 ne s'applique pas seulement à l'aliénation, mais encore à l'hypothèque, quand les parties l'ont stipulé. Cependant pour que le raisonnement de la Cour suprême fût exact, on était contraint de dire que la permission ne s'étendait qu'à l'une des branches de la prohibition; qu'en autorisant seulement la réserve d'aliéner, on avait, par-là même, laissé subsister l'interdiction de l'hypothèque, et qu'il n'était plus au pouvoir des contractants de la faire disparaître.

Déjà, comme on le voit, la théorie que nous combattons est gravement compromise, puisqu'elle oblige ses défenseurs à se placer sur un terrain, où, évidemment, ils ne peuvent se maintenir. Leur système enfante nécessairement la prohibition de la clause qui autorise la faculté d'hypothéquer le fonds dotal; car, dire que le principe de la prohibition est général, et n'admettre d'exception que pour la vente, c'est laisser sous le coup de cette prohibition, dont il n'est plus libre aux parties de s'affranchir, le droit d'hypothéquer; mais il faut se livrer à une nouvelle étude de l'objection pour mieux en apprécier le mérite.

L'art. 1554 prononce, il est vrai, la défense d'aliéner et d'hypothéquer l'immeuble constitué en dot, mais il ajoute ces expressions remarquables, *sauf les exceptions qui suivent*, c'est proclamer, suivant nous, énergiquement que les exceptions qu'il a créées s'étendent tout aussi bien à l'une qu'à l'autre de ces facultés; elles ont été placées sur la même ligne et réunies dans un seul membre de phrase, dès-lors l'indication des exceptions qu'elles admettent se réfère également à toutes deux. Grammaticalement parlant, on ne saurait contester que la dernière partie de l'article 1554 ne comprenne aussi bien l'aliénation que l'hypothèque, de telle sorte, que jusques-là on ne saurait contester que l'exception, si elle existe, ne doive être appliquée. Maintenant il est vrai que l'art. 1557 ne statue directement que pour le cas de l'aliénation permise par le contrat de mariage, il est également vrai que les art. 1555, 1556 et 1558, ne parlent que de la vente ou de la donation de l'immeuble dotal; mais aussi l'on ne rencontre aucune disposition concernant le droit d'hypothéquer. La Cour de cassation s'empare de cette omission pour en conclure que l'exception ne s'étend point à cette hypothèse, nous nous en prévalons aussi, mais pour en tirer une conséquence diamétralement contraire. En effet, l'art. 1554 avait annoncé des exceptions à la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer, il faut donc que ces exceptions se retrouvent, elles ont été annoncées par le législateur, et il ne peut manquer à sa promesse, si donc elles ne sont pas littéralement écrites dans un texte précis, c'est qu'elles sont contenues dans un autre, c'est que, pour éviter la fastidieuse redondance du droit d'aliéner et

du droit d'hypothéquer, dans tous les articles qui suivent l'art. 1554, le mot *aliéner* a repris sa signification générique, et comprend tout à la fois la vente et l'hypothèque. L'expression qu'on pouvait considérer comme superflue a été supprimée, et l'on a conservé celle qui, seule, était suffisante. Pour imprimer à ce moyen la puissance décisive qu'il porte avec lui, on peut le réduire à une forme syllogistique, en employant la tournure suivante : l'art. 1554 suppose que les exceptions créées à la faculté d'aliéner et d'hypothéquer, sont communes à ces deux facultés, puisqu'il place la défense et la permission dans le même ordre. Or, il introduit plus tard une exception à la faculté d'aliéner, lorsque les parties ont cru devoir s'en réserver le droit, donc cette exception comprend également la faculté d'hypothéquer. Autrement, en effet, sous peine de mentir à l'art. 1554 et de rétracter la promesse qu'il contenait, il y avait obligation de faire connaître le sort des exceptions relatives à la faculté d'hypothéquer.

Qu'importe, maintenant, qu'il existe une différence entre l'hypothèque et la vente, nul ne songe à la contester; la même dissemblance se retrouve entre l'aliénation de la pleine propriété et la concession d'un usufruit ou d'une servitude, entre une transmission pure et simple, et une transmission conditionnelle, mais ces nuances particulières, qui tiennent à l'exercice du droit, n'empêchent pas qu'une fois les époux affranchis du joug de l'inaliénabilité, ne puissent user de la faculté qui leur appartient, et sous toutes les formes qui peuvent la reproduire. L'hypothèque, dans la réalité, et à raison de l'importance de cette

observation, on demande qu'il soit permis de la reproduire, l'hypothèque, pour ceux qui, sans s'arrêter aux surfaces, scrutent le fond des choses, n'est qu'une promesse de vente subordonnée à une condition. Celui qui la souscrit consent à l'aliénation future de son immeuble et transmet ses droits sur le prix, s'il ne paye pas les sommes qui lui ont été prêtées. Ainsi, l'aliénation et l'hypothèque sont absolument le même acte, avec cette seule et unique différence que dans l'aliénation proprement dite, c'est-à-dire dans la vente, le transfert est actuel et immédiat, tandis que dans l'hypothèque, il est prochain et soumis à un futur contingent. Pourquoi donc les principes qui s'appliquent au premier cas seraient-ils étrangers au second?

Mais, dit-on, la femme aura plus de facilité à consentir une hypothèque dont le dénoûment est éloigné, sur laquelle son mari la rassure, qu'à se défaire de son héritage qui la dépouille d'une propriété à laquelle elle peut attacher un grand prix. Une semblable raison n'est qu'ingénieuse, elle manque entièrement de justesse. Si l'on admet que pour décider la femme à la souscription d'une hypothèque, le mari fait usage de l'ascendant qu'il a sur son esprit, cet ascendant doit être le même alors qu'il s'agira d'une vente, car il est impossible de graduer d'une manière raisonnable le crédit que l'affection et la déférence peuvent donner. Le cœur humain n'admet pas la distinction que l'on suppose; il repousse un fractionnement en opposition avec l'expérience. Si l'union règne dans l'intérieur du ménage, alors que le mari réclame de l'affection d'une femme la vente ou l'hypothèque du fonds dotal, il ne rencontrera pas plus d'obstacle pour l'un de ces actes

que pour un autre. Si la femme, au contraire, croit devoir répondre à sa demande par un refus, la résistance ne variera pas suivant le caractère du service qu'il sera question d'accorder. Ce ne sont donc pas des aperçus de ce genre qui sauraient empêcher les véritables théories de prévaloir.

Enfin la Cour de cassation, pour dernière raison, donne le motif que voici : « Attendu que la distinction « entre l'aliénation et l'hypothèque est conforme au « droit romain d'où notre régime dotal tire son ori- « gine, puisque les dispositions de ce droit interdi- « saient l'hypothèque du bien dotal à l'époque même « où il en autorisait l'aliénation; qu'en admettant « même que les parties puissent convenir dans le « contrat de mariage, par dérogation aux principes « du régime dotal et par application de l'art. 1587 du « Code civil, que la femme se réserve la faculté d'hy- « pothéquer ses biens dotaux, il serait indispensable « que la stipulation fût expresse et positive, ce qui n'est « pas dans l'espèce, etc., etc. »

Ici la Cour de cassation suppose que dans le droit romain et dans la législation antérieure à celle qui nous régit, la vente du fonds dotal pouvait être permise alors que l'hypothèque était défendue; mais ce point de départ est loin d'être exact.

A la vérité la loi *Julia*, promulguée sous Auguste, loi dont le texte original est perdu, mais qui se retrouve dans plusieurs autres par suite de citations, permettait au mari de vendre l'immeuble situé en Italie avec le consentement de sa femme, et prohibait l'hypothèque même dans le cas où cette dernière aurait fourni son adhésion. Mais il faut se rendre compte des motifs spé-

ciaux de cette décision. La loi avait dû le prononcer ainsi par une conséquence des principes en vigueur à Rome, qui interdisaient à la femme le pouvoir de donner un cautionnement valable; or, toutes les fois qu'elle s'obligeait avec son mari, on devait naturellement penser qu'elle le faisait dans l'intérêt de ce dernier et pour donner aux tiers les sûretés convenables. Ce principe subsiste encore aujourd'hui, et forme la disposition de l'article 1451. La femme qui s'oblige avec le mari n'est réputée à l'égard de celui-ci s'être obligée que comme caution. Maintenant personne n'ignore qu'un sénatus-consulte célèbre, le sénatus-consulte Velleien, avait frappé de nullité le cautionnement souscrit par une femme mariée; dès-lors il y a lieu de supposer que, par suite des motifs qui précèdent, la prohibition de ce sénatus-consulte s'était reproduite dans la loi.

Il faut, en second lieu, ne pas perdre de vue que la loi *Julia* fut formellement abrogée par Justinien dans la *L. 5, Codic. de rei uxoriae actione*. L'hypothèque et la vente considérées sous le même aspect furent conjointement interdites, et la distinction n'a jamais été rétablie. Ainsi, lors de la révision de la législation, on comprit l'inanité de la distinction que précédemment on avait établie. Il en fut fait complète justice, et cependant c'est encore à l'aide de cette distinction que l'on voudrait faire revivre après la suppression légale dont elle avait été l'objet, que l'on prétend aujourd'hui fausser l'application de l'art. 1554.

Dans les diverses provinces de France où le régime dotal avait résisté à l'envahissement des coutumes, la prohibition portait également sur la vente et sur l'hypothèque, sauf dans les pays du Lyonnais, Forez, et

Beaujolais, où, par suite de l'édit de 1664, l'inaliénabilité avait été supprimée. L'argument de la Cour de cassation repose donc sur une allusion à un état de choses qui n'a subsisté que momentanément, sur la législation romaine primitive avant qu'elle eût été réformée et pour ainsi dire remaniée par les savants jurisconsultes qui fleurirent sous les empereurs. Il n'est donc pas permis de supposer que les rédacteurs du Code aient été guidés par une réminiscence qui ne se rattachait ni au droit français ni au droit romain, mais à d'anciennes subtilités créées à une époque où la science était peu avancée, et qui n'avaient pas survécu à ces temps d'ignorance.

Il est donc vrai de dire que la raison par laquelle la Cour de cassation termine son arrêt, n'a pas plus de force que celles qui l'avaient précédée. Aucune ne peut résister à l'épreuve d'un examen approfondi; tandis que le bon sens et l'équité exigent impérieusement que là où, par une locution générale, la femme s'est réservée la faculté d'aliéner sans s'interdire aucune des voies par lesquelles il lui sera loisible de la réaliser, elle puisse le faire au moyen du mode qu'elle voudra choisir.

Aussi les mêmes règles porteraient à penser qu'il en devrait être autrement si la clause du contrat de mariage, au lieu de présenter une latitude indéfinie, renfermait une restriction résultant de ses termes. Supposons, par exemple, que la femme eût borné la réserve stipulée en sa faveur à la faculté de *vendre* l'immeuble dotal; comme les expressions des parties doivent toujours être entendues conformément à l'usage, et que, dans le langage habituel, le mot de *vendre* a une signi-

fication qui ne permet pas de le confondre avec celui d'*hypothéquer*, on objecterait avec quelque fondement que la femme, en pareil cas, placée par sa soumission au régime dotal sous l'interdiction de l'article 1554, et ne s'y étant soustraite que pour un seul acte, elle y demeure assujétie pour tous les autres. En dernière analyse, tous ces divers raisonnements peuvent se réduire à un seul principe. L'intention des parties gouverne la matière; or, quand elles ont entendu maintenir entre leurs mains la faculté d'aliéner, c'est là un droit générique qu'elles ont voulu conserver. Il doit donc subsister dans toute son étendue. Quand, au contraire, elles ont limité cette faculté en n'adoptant qu'un seul mode d'aliénation parmi tous les autres, c'est dans ces bornes que le contrat doit être restreint. L'exception découle donc des principes qui ont été établis; loin de les affaiblir, elle vient leur imprimer une nouvelle confirmation.

Nous devons cependant, tout en persistant dans une doctrine que nous croyons parfaitement saine, rappeler que la Cour de cassation a confirmé par de nombreux arrêts l'opinion qu'elle avait émise dans l'arrêt que nous avons précédemment analysé. Loin de se départir de la rigueur extrême qu'elle a déployée, la jurisprudence tendrait plutôt à l'accroître. Il faut donc, en l'état, se tenir en garde des difficultés de ce genre, et attendre du bénéfice du temps le retour aux vrais principes.

141. Déjà l'on a cru devoir professer l'opinion que la dot mobilière n'était point inaliénable; c'est, comme on l'a dit, une doctrine opposée à celle de la Cour suprême, qui, sur ce point, a été plus loin encore. Elle

a décidé le 2 janvier 1857 (Sirey, 57-1-97), que lorsque la femme, dans son contrat de mariage, s'était réservé la faculté d'aliéner ses immeubles, la dot mobilière n'était pas comprise dans cette réserve et qu'elle demeurait frappée d'inaliénabilité; d'où il suit que les engagements souscrits par la femme ne pouvaient la frapper. C'est une jurisprudence à laquelle il est impossible de souscrire en se plaçant même sur le terrain de la Cour de cassation, et en considérant la dot mobilière comme atteinte par l'article 1554. L'on ne se prévaudra que d'un seul argument, mais il paraît péremptoire. L'article précité ne prononce la prohibition d'aliéner que relativement aux immeubles. *Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage.* Cependant on prétend que cette disposition s'applique également aux meubles. Admettons-le pour un moment; mais alors, quand la stipulation de l'affranchissement est conçue dans les mêmes termes, il est impossible qu'elle n'ait pas la même portée. L'on ne saurait avoir deux poids et deux mesures. La locution qui permet doit être aussi puissante que la locution qui défend, alors que toutes deux sont conçues dans les mêmes termes et portent sur le même objet.

142. Il reste maintenant à examiner si les actes d'aliénation consentis par la femme soumise au régime dotal pur, peuvent être poursuivis après le mariage sur les biens qu'elle s'est constitués en dot; en d'autres termes, si l'obstacle dérivant de la dotalité est temporaire, subsistant seulement *constante matrimonio*, ou s'il se reproduit toujours avec la même force et la même énergie. Suivant M. Toullier, t. 14, n. 546, la dotalité s'efface

et disparaît avec le mariage auquel elle ne doit point survivre. A compter du moment où la femme recouvre sa liberté, les choses reprennent leur cours normal, et l'on peut sans obstacle poursuivre par voie d'exécution, à raison des dettes qu'elle a contractées, les immeubles constitués en dot.

L'opinion du professeur de Rennes n'est pas destinée à prévaloir. Il est très vrai que les obligations de la femme souscrites postérieurement au mariage, peuvent utilement grever les biens dépendant de sa constitution dotal. Au moment où elles sont intervenues, l'emprise de la dotalité s'était anéantie. On ne peut donc trouver nulle part les éléments d'un obstacle à leur exécution. Mais quand l'engagement a été contracté pendant le cours du mariage, il s'est trouvé dès le premier instant soumis à l'inaliénabilité; son existence a été subordonnée à la condition qu'il n'entamerait en aucune manière les biens qui en étaient grevés. L'avenir ne peut donc l'y soustraire, et c'est ici le cas de l'application de la règle catonienne : *quod ab initio nullum est tractu temporis convalescere nequit*. En second lieu, l'inaliénabilité des immeubles dotaux aurait été introduite sans but et sans utilité, si les dettes contractées par la femme pendant le cours de son union pouvaient ensuite les atteindre. Le germe de l'aliénation aurait été créé pendant le cours du régime dotal. Ce germe, il est vrai, n'aurait porté ses fruits que plus tard; mais il n'aurait pas moins pris naissance à une époque où la femme était frappée d'impuissance relativement à une partie de sa fortune. Or, comme on le sait, le terme retarde seulement les effets d'une convention, mais il ne l'empêche point de subsister et

d'être valable. Lors donc que cette convention ne peut régulièrement avoir lieu, le temps qui s'écoule ne la valide point, et l'on ne saurait plus tard lui attribuer un mérite dont elle était d'abord dépourvue. Enfin l'on peut ajouter que le régime dotal a été créé comme une mesure protectrice dans l'intérêt de la femme ; que dès-lors son effet doit survivre à la dissolution du mariage en ce qui concerne la dette antérieure, et qu'alors seulement les fruits en sont recueillis.

Il faut donc reconnaître que les effets de l'inaliénabilité subsistent après la dissolution du mariage, et s'appliquent à tous les actes qui ont été souscrits pendant sa durée. Par voie de conséquence, on doit admettre aussi que les héritiers de la femme pourraient en exciper, leurs droits étant identiquement les mêmes que ceux de leur auteur.

ART. 1555.

La femme peut, avec l'autorisation de son mari ou sur son refus avec permission de la justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais si elle n'est autorisée que par la justice, elle doit réserver la jouissance à son mari.

ART. 1556.

Elle peut aussi, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs.

SOMMAIRE.

- 145. La première exception à la règle de l'inaliénabilité a été consacrée en faveur de la famille.
- 144. La permission de justice que la femme doit obtenir pour donner l'immeuble dotal est différente d'une autorisation proprement dite.
- 145. Cette permission pourrait être refusée par le tribunal. Dissidence avec M. Toullier.
- 146. L'établissement dont parle l'art. 1555 n'est pas seulement un établissement par mariage.
- 147. Il comprendrait les sommes payées pour le remplacement du service militaire.
- 148. La femme peut en plusieurs fois disposer de ses biens dotaux pour l'établissement de son enfant.
- 149. Effets de l'autorisation donnée par le mari.
- 150. Si la jouissance est réservée au mari, il en est de même de l'administration.
- 151. Si le don fait pour l'établissement de l'enfant est révoqué ou devient caduc, le mari reprend tous ses droits.
- 152. Dans les art. 1555 et 1556 le mot *donner* doit être considéré comme équivalant à celui de *disposer*. Incertitude de la jurisprudence sur ce point.
- 153. Lorsque la femme a usé de l'exception introduite par l'art. 1555, le mari n'est pas admis à se prévaloir de l'art. 1575.
- 154. Dans le cas de l'art. 1556, le défaut d'autorisation du mari ne peut être remplacé par l'autorisation de la justice.
- 155. Les frais d'éducation ne sont pas des frais d'établissement.
- 156. Exception à cette règle.