

son père ; ils ont su qu'il ne s'agissait pas là d'un véritable établissement (1).

3360. Il en serait autrement si le contrat de mariage portait tous les caractères extérieurs d'une donation dotale sérieusement faite pour l'établissement d'un enfant, et si la fraude faite à l'inaliénabilité de la dot ne résultait que de contre-lettres secrètes et étrangères aux tiers.

En ce cas, les tiers qui, sur le vu du contrat de mariage, auraient ajouté une foi sincère à la constitution de dot et qui auraient acheté des biens déclarés aliénables par le pacte matrimonial, ne sauraient être victimes de leur confiance ; c'est ce que nous avons vu ci-dessus (2) avec de suffisants détails. Et, en effet, le contrat de mariage est la seule loi qu'ils aient pu connaître : les clauses secrètes, convenues entre les parties pour rendre la dotation purement apparente et fictive, ne leur sont pas opposables, d'après l'art. 1397 du Code civil. Les actes passés par eux de bonne foi, en conformité du contrat de mariage, tiennent donc à leur égard ; l'inaliénabilité de la dot cède ici à l'autorité du contrat de mariage.

(1) *Suprà*, n° 261.

(2) *Suprà*, n° 250, arrêt de Clinchamps du 15 février 1847, portant cassation.

## ARTICLE 1557.

L'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage.

## SOMMAIRE:

3361. Du droit d'aliéner la dot réservé par le contrat de mariage. L'art. 1557 a un but libéral dont la pratique s'est trop souvent écartée.
3362. La faculté d'aliéner peut être pure et simple ; elle peut être accompagnée de l'obligation de faire emploi.
3363. De la faculté d'aliéner pure et simple. Comprend-elle la faculté d'hypothéquer le fonds dotal ? Jurisprudence de la Cour de cassation qui ne veut pas que la faculté d'aliéner entraîne la faculté d'hypothéquer.
3364. Et, d'abord, la femme peut-elle se réserver la faculté d'hypothéquer ses biens dotaux ? la jurisprudence décide l'affirmative ; mais elle veut que cette faculté soit réservée spécialement ; elle décide que la réserve d'aliéner ne comprend pas, en soi, la faculté d'hypothéquer. Discussion sur ce dernier point.
3365. Sens du mot *aliéner*. Naturellement, il embrasse l'hypothèque.
3366. Texte de Justinien et autres autorités.
3367. Ce n'est pas seulement dans les matières prohibitives que le mot *aliéner* embrasse l'hypothèque.
3368. Il faut convenir pourtant que le mot *aliéner* se prend quelquefois dans un sens restrictif,
3369. Mais ce n'est jamais sans une raison spéciale.

3370. Ici, il n'y a pas de motif pour que le sens restreint l'emporte sur le sens large.
3371. Première preuve tirée de l'art. 1557 lui-même et établissant que le mot *aliéner*, dans le langage légal de la présente matière, embrasse l'hypothèque.
3372. Autre argument tiré de l'art. 1554, où le mot *hypothéquer* est indifférent et pourrait être retranché sans changer le sens.
3373. Jamais le législateur n'a songé à donner, ici, au mot *aliéner* un sens exclusif de l'hypothèque.
3374. Autre preuve tirée des art. 1555 et 1558.
3375. Suite.
3376. Suite.
3377. Objection tirée de la loi *Julia*. Réponse.
3378. Origine de la loi *Julia*. Il y avait, à Rome, un grand abus de cautionnements arrachés ou surpris à la faiblesse des femmes.
3379. Auguste commença par défendre aux femmes de cautionner leurs maris. De là la loi *Julia*.
3380. Caractère et esprit de cette loi.
3381. Le sénatus-consulte Velléien vint plus tard la compléter.
3382. Refonte du régime dotal par Justinien. Il ne défend pas seulement l'hypothèque de la dot, il en défend l'aliénation. Il n'admet pas la distinction de la législation d'Auguste entre l'aliénation et l'hypothèque.
3383. Suite.
3384. Suite. Dans tous les cas où, d'après la législation de Justinien, la dot devient aliénable, elle peut être hypothéquée, à moins que le Velléien n'y fasse obstacle.
3385. Exemple qui prouve cette proposition.
3386. Autre exemple emprunté au droit canon et au droit italien.
3387. Autre exemple emprunté à la coutume de Normandie.

3388. Toutes les fois que la permission d'aliéner n'entraîne pas la faculté d'hypothéquer, c'est parce que le sénatus-consulte Velléien y met obstacle.
3389. Mais, quand il n'y a pas le Velléien, la femme qui peut aliéner peut hypothéquer.
3390. Donc, ressusciter la loi *Julia*, ce serait introduire le sénatus-consulte Velléien dans le Code civil.
3391. Réponse à l'argument tiré de ce que, dans le doute, il faut se prononcer pour la conservation de la dot. Explication de la maxime : *In dubio pro dote respondendum est*.
3392. Au surplus, la distinction entre l'aliénation et l'hypothèque ne se soutient pas aux yeux de la raison.
3393. Autres considérations.
3394. Conclusion. Les notaires doivent parer, dans la rédaction des contrats de mariage, aux inconvénients énormes de la jurisprudence qui vient d'être critiquée.
3395. L'excès ne s'arrête pas là. On va jusqu'à décider que la femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner la chose ne peut pas disposer du prix.
3396. On décide aussi que la femme qui s'est réservé la faculté d'aliéner ses immeubles ne peut pas aliéner ses meubles, si elle ne l'a dit expressément dans son contrat de mariage.
3397. Quand la femme s'est réservé la faculté d'aliéner et d'hypothéquer sa dot, résulte-t-il implicitement, mais nécessairement, qu'elle peut aliéner sa dot mobilière ?
3398. La femme qui s'est réservé le droit d'aliéner peut-elle compromettre ?
3399. Les époux peuvent-ils vendre à rente viagère l'immeuble stipulé aliénable ?
3400. De l'échange.
3401. Quand une mineure s'est réservé le droit d'aliéner, comment se fait l'aliénation ?

3402. De l'aliénation avec condition de remploi.  
 3403. Suite. Utilité et inconvénients de cette clause.  
 3404. Différence entre le remploi dotal et le remploi de communauté.  
 3405. Combinaison de la coutume de Normandie.  
 3406. Les tiers acquéreurs du bien dotal doivent veiller au remploi.  
 3407. Exceptions.  
     Premier cas : aliénation pour cause d'utilité publique.  
 3408. Suite.  
 3409. Suite.  
 3410. Second cas.  
 3411. Résumé sur ces deux cas.  
 3412. La condition de remploi ne s'admet pas légèrement.  
 3413. Exemple.  
 3414. Suite. Autre exemple.  
 3415. Autre exemple.  
 3416. Autre exemple.  
 3417. Le remploi doit s'exécuter dans la forme prescrite par le contrat de mariage.  
 3418. Du délai du remploi.  
 3419. Suite.  
 3420. Quand l'immeuble est stipulé aliénable sauf remploi, l'aliénation n'a pas besoin des formalités de l'article 1558.  
 3421. Le remplacement se fait en immeubles,  
 3422. Ou en immeubles fictifs,  
 3423. Mais non pas en meubles.  
 3424. Il faut que les immeubles soient solides et à l'abri de l'éviction.  
 3425. Quand l'argent provenant de la vente est employé à payer des dettes antérieures au mariage, à tirer le mari de prison, etc., peut-on dire que c'est là le remploi exigé par le contrat de mariage, et la vente peut-elle se passer des formalités de l'art. 1558 ?

3426. Le remploi doit être total.  
 3427. Suite.  
 3428. Des frais et loyaux coûts du remploi.  
 3429. De l'acceptation du remploi par la femme.  
 3430. L'immeuble acheté en remploi devient dotal.  
 3431. De l'utilité et de la garantie du remploi. Renvoi.  
 3432. L'acquéreur des meubles dotaux n'a pas le droit d'exiger un remploi, quand cette condition n'a pas été imposée par le contrat de mariage, comme condition de l'aliénation du bien dotal.

## COMMENTAIRE.

3361. Cet article, qui paraît un des plus clairs du titre de la *Dot*, est un de ceux qui ont donné lieu à plus de difficultés, de procès et de surprises à la bonne foi. Il ne faut rien moins que les subtilités et les âpretés du régime dotal pour que la lumière soit ainsi couverte de ténèbres, et que l'esprit large, libéral et tolérant de la loi dégénère en un redoublement de prohibitions.

Dans les principes du droit romain, tel que Justinien nous l'a légué, la dot est inaliénable, et l'on n'y connaît pas la réserve de la faculté d'aliéner. C'est avec cette rigueur inflexible que le régime dotal était pratiqué dans plusieurs pays de droit écrit.

Nous avons vu cependant qu'en Normandie, la dot pouvait être aliénée moyennant remplacement. On se rappelle aussi que dans le Lyonnais, le Beaujolais, le Forez, le Mâconnais, le bien dotal était devenu aliénable sans condition.

Dans quelques parlements de droit écrit, on admit,

comme en Normandie, que le fonds dotal pourrait être aliéné, lorsque le mari en aurait reçu le pouvoir par le contrat de mariage (1).

Quand les rédacteurs du Code civil eurent été entraînés à placer le régime dotal romain à côté du régime de la communauté (2), ils sentirent cependant la nécessité de concilier l'inaliénabilité de la dot avec l'intérêt du commerce (3). L'inaliénabilité, adoptée comme conséquence inflexible du système dotal, eût singulièrement blessé les habitudes normandes et les besoins des pays où le commerce s'était affranchi de l'inaliénabilité dotale. En conséquence, sur la proposition de M. Berlier, on consentit à permettre de déroger au principe d'inaliénabilité de la dot par une stipulation (4). Ainsi donc, si la loi pose en règle générale que l'inaliénabilité est de la nature de la dot, elle autorise en même temps la volonté privée à rentrer dans le droit commun, dans la liberté des choses et du droit de propriété. C'est là une disposition très-sage et qui fait honneur à l'esprit de conciliation du Conseil d'Etat; bien qu'on eût certaine-

(1) Serres, *Instit.*, 190.

Catelan, 4, 45.

M. Benech, *du Remploi*, p. 171.

(2) Discussion au Conseil d'Etat (Fenet, t. 14, p. 573 et 574).

(3) M. Treilhard (Fenet, p. 575).

(4) Fenet, p. 575.

ment mieux fait, si on eût renversé la thèse, et déclaré la dot aliénable de droit, sauf à la rendre inaliénable par une clause du contrat de mariage.

3362. Il arrive très-fréquemment que les futurs profitent de la faculté concédée par notre article. Tantôt la réserve d'aliéner est pure et simple, tantôt elle est limitée par l'obligation de faire emploi.

Examinons successivement ces deux points, et d'abord parlons de la faculté d'aliéner stipulée sans restriction ni réserve.

3363. Dès l'abord, nous sommes arrêté par une question devenue célèbre :

La réserve d'aliéner stipulée dans le contrat de mariage, sans autre explication, comprend-elle la faculté d'hypothéquer le fonds dotal? à mon sens, j'oserais le dire, poser cette question, c'est la résoudre (1). Il s'est cependant trouvé de bons esprits qui ont aperçu je ne sais combien d'arguments pour démontrer que le droit d'aliéner n'emporte pas le droit d'hypothéquer, et la Cour de cassation a adopté, avec une persistance qui ne s'est jamais démentie, la distinction entre la faculté d'aliéner et la faculté

(1) MM. Grenier, t. 1, n° 33.

Tessier, *de la Dot*, note 597.

Odier, t. 3, n° 1268.

d'hypothéquer (1). Cette opiniâtreté est sans doute inspirée par le plus louable motif; mais elle a été funeste à Lyon, dans le Forez, le Beaujolais, le Mâconnais, où la dot était depuis longtemps aliénable de plein droit, où on la considérait comme susceptible d'engagements hypothécaires, où l'on n'avait jamais mis en doute le sens large du mot *aliéner*, employé dans les contrats de mariage passés sous le Code civil, pour rester dans le régime de liberté chéri de ces provinces.

Je crois avoir de bonnes raisons pour démontrer les vices de cette jurisprudence de la Cour de cassation (2). Je sais que, pour le moment, je n'ai aucun succès à espérer de la discussion qu'on va lire. La

(1) 25 janvier 1830, req. (Daloz, 30, 1, 92).

Autre, portant cassation, du 22 juin 1836 (Deville., 36, 1, 434). M. Dupin, procureur-général, était venu conclure à la cassation.

Autre, 31 janvier 1837 (Deville., 37, 1, 190), portant cassation d'un arrêt de Rouen. La Cour de Caen, vidant le renvoi, a adopté le système de l'arrêt de la Cour de cassation, 21 décembre 1837 (Deville., 38, 2, 174).

Autre, chambr. réun. de la Cour de cassation, 29 mai 1839 (Deville., 39, 1, 450).

Autre, 14 février 1843 (Deville., 43, 1, 195).

Contrà, Lyon, 17 juillet 1834 (Deville., 35, 2, 124).

Limoges, 6 décembre 1844 (Deville., 45, 2, 260).

(2) V. mon comm. du *Cautionnement*, n° 187; mon comm. de l'*Antichrèse*, n° 523.

jurisprudence est faite; elle est persistante, tenace, et d'autant plus récalcitrante qu'elle se sait plus antipathique aux vrais amis de la liberté. Mais enfin les hommes passent; les idées changent; les arrêts se modifient avec le temps, les mœurs, les circonstances. On ne risque rien de confier à la science ses doutes, ou, pour mieux dire, ses convictions (1).

3364. Mais, avant tout, disons un mot d'une autre question, préjudicielle en quelque sorte, qui est sortie de cette grave discussion: elle consiste à savoir si la femme, en se mariant sous le régime dotal, peut se réserver la faculté d'hypothéquer aussi bien que la faculté d'aliéner. Le doute est venu de ce que l'art. 1557 ne parle pas de l'hypothèque; partant de là, on a poussé la frénésie de la conservation de la dot jusqu'à soutenir sérieusement que le Code civil s'y oppose (2). Quant à moi, je n'ai pas le courage de réfuter de tels écarts de raison. Prouver que le soleil est un foyer de lumière me semble une tâche que je ne me crois pas obligé d'entreprendre.

(1) J'ajoute ceci: c'est qu'un magistrat des provinces dont je parle m'a assuré qu'à Montbrison et dans quelques autres tribunaux de première instance on ne tient aucun compte de la jurisprudence de la Cour de cassation, et qu'on maintient journellement les hypothèques stipulées en vertu du droit d'aliéner.

(2) V. contre cette opinion les observations justes de M. Devilleneuve, 36, 1, 433.

La Cour de cassation accorde donc que, bien que la dot soit en elle-même inaliénable, on peut, par le contrat de mariage, la rendre susceptible d'aliénation et d'hypothèque. Mais elle maintient que, quand les parties n'ont mentionné dans le contrat de mariage que la faculté d'aliéner, il n'en résulte pas, pour les époux, le droit d'hypothéquer le bien dotal.

Lorsque la question se présenta aux chambres réunies à la fin de mai 1839, je fis de sérieux efforts pour m'opposer en chambre du conseil à la doctrine qui a prévalu dans l'arrêt du 29 mai. Mais une écrasante majorité se prononça contre moi. Nous fûmes réduits à six dans les rangs des dissidents. On va voir cependant si mes motifs étaient sans puissance. J'ai conservé mes notes sur cette affaire : peut-être le lecteur ne sera-t-il pas fâché de connaître dans ses détails le côté de la discussion qui a succombé, alors surtout qu'on se plaît à mettre en relief le parti vainqueur, à le représenter comme le seul acceptable, à lui donner tous les honneurs de la vérité la mieux démontrée.

3565. Le mot *aliéner* a un sens large et un sens restreint. C'est là la condition d'une foule de mots dans la langue du droit.

Dans le sens large, qui est presque toujours aussi le sens naturel, le mot *aliéner* comprend toute espèce de démembrement de la propriété. Dans le sens restreint, le mot *aliéner* ne signifie que la translation du domaine en propriété.

En thèse ordinaire, et quand il n'y a rien pour le restreindre, le mot *aliéner*, se prenant dans son sens large, embrasse tous les démembrements de la propriété, et particulièrement l'hypothèque, qui démembre le droit de propriété, qui lui enlève une de ses parties.

Et ce n'est pas seulement parce que *le plus* comprend *le moins* que l'aliénation s'entend de l'hypothèque, c'est aussi par cette raison, donnée par Caius et répétée par Justinien, à savoir, que l'hypothèque peut aboutir et aboutit très-souvent à l'aliénation (1):

« Voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, »  
 » qui, olim, pactus est, ut liceret creditori pignus »  
 » vendere, si pecunia non solvatur (2). »

3566. Nous disons que c'est dans le sens large que le mot *aliéner* se prend naturellement quand il n'est pas restreint par quelque raison particulière. Pour le prouver, écoutons Justinien :

« Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive »  
 » testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc »  
 » admiserit, non solum dominii alienationem esse »  
 » prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, »  
 » vel hypothecam, vel pignoris nexum, penitus pro-

(1) V. *suprà*, n° 3274, ce que dit Brodeau à cet égard.

(2) Caius, 2, comm. 64.

Justinien, *Quibus alienare non licet*, § 1.

» *hiberi; similique modo et servitutis minimè im-*  
» *poni* (1). »

Telle est la règle générale. Voilà le sens du mot parfaitement fixé. Partant de là, il est évident que l'art. 1554 du Code civil, en défendant l'aliénation du fonds dotal, aurait pu se dispenser de défendre expressément d'hypothéquer ce même fonds. En prohibant l'aliénation, il prohibait par cela même l'hypothèque (2).

Au surplus, le langage scientifique et le langage vulgaire, le langage de la loi et le langage des juriconsultes, sont d'accord pour comprendre, de droit, l'hypothèque dans l'aliénation. On nous permettra quelques citations.

Brisson n'hésite pas à dire dans son excellent ouvrage, *De verborum significatione* (3) : « *Alienatione prohibita, pleniùs testantis voluntatem legis que mentem interpretamur; ut non tantùm venditiones, sed pignationes, servitutumque cessiones prohibita intelligantur; ut in lege Juliâ, De fundo dotali, et tit. De rebus eorum, D., et De prædiis minorum, C., plenissimè explicatur.* »

Voici maintenant Rebuffe (4) : « *In summâ, id omne alienationem vocamus, quidquid ex unius*

(1) L. 7, C., *De rebus alien. non alien.*

(2) *Suprà*, n° 5274.

(3) V° *Alienare*.

(4) *In Compend. alienat. rei ecclesiast.*

» *patrimonio, ità in alterius transfertur, ut illud mi-*  
» *nuatur, hoc augeatur, sive res sit, sive possessio, sive*  
» *jus.* Propriè tamen alienatio est cùm transfertur  
» *dominium, seu directum, seu utile; impropriè,*  
» *cùm non dominium transfertur, sed aliquandò res,*  
» *vel possessio sola.* »

Godefroy dit aussi (1) : « *Hypothecæ constitutio alienationis appellatione continetur. Facit quod jus in re alterius constituatur.* »

Même langage dans Bartole (2) : « *Alienatione prohibita, videtur omnis actus per quem fit translatio domini directi, titulus, vel alicujus juris in re.* »

Je m'arrête ici afin de ne pas tomber dans l'abus : je pourrais citer et Fusarius, qui invoque le témoignage de vingt-huit auteurs et déclare que telle est l'opinion commune (3), et Doneau, dont j'ai rappelé les paroles ailleurs (4), et Bruneman (5), et Menochius, ce savant investigateur des présomptions du droit (6); comme aussi, parmi les auteurs

(1) Sur la loi 7, C., *De reb. alienis*.

(2) Sur la même loi.

(3) *De substitutionibus*, p. 1040, n° 2.

(4) *Suprà*, n° 5274.

(5) Sur la loi 1, C., *De fundo dotali*.

(6) *Præsumpt.*, lib. 2, præf. 97, n° 32 : « *Alienationis nomine continetur omnis actus et contractus quo ipsius rei dominium transfertur, sicuti venditio, pignus et hypotheca.* »

français, Ricard (1), Brillou (2), Legrand (3), Brodeau (4), d'Argentré (5).

Si ensuite on consulte les coutumes anciennes, on trouvera partout la même pensée : on peut voir les coutumes de Bretagne (6), de Troyes (7), de Nivernais (8).

C'est, du reste, ce qui résulte aussi des articles suivants du Code civil : 484, 1428, 1449, 1535, 1538 et 1575. L'art. 6 du Code de commerce est même fort remarquable, car il montre que l'hypothèque est moins que l'aliénation, et que l'aliénation des biens des mineurs commerçants est environnée de plus de difficultés et d'entraves que l'hypothèque de ces mêmes biens.

3367. Qu'on ne dise pas que c'est seulement dans les matières prohibitives que le mot *aliéner* emporte avec lui l'idée d'hypothèque comme conséquence naturelle. Les textes permissifs n'ont pas moins de portée : je cite sur-le-champ l'art. 1535 du Code civil, qui est topique. L'art. 6 du Code de

(1) *Donat.*, part. 1, chap. 3, s. 3.

(2) V° *Aliéner*.

(3) Sur Troyes, t. 2, art. 21, p. 90, n° 1.

(4) Sur Louet, lettre D, somm. 12.

*Suprà*, n° 3274.

(5) Sur Bretagne, art. 481, p. 1849, n° 10.

(6) Art. 481.

(7) T. 2, art. 20.

(8) Chap. 23, art. 26.

commerce, d'après lequel nous disions que l'hypothèque est dans ses rapports avec l'aliénation comme le moins dans le plus, cet art. 6 appartient à un statut permissif. Écoutons d'ailleurs Deluca :

« *Facultas alienandi suffragatur pro hypothecá, seu aliá subjugatione quæ est quid minis* (1). »

3368. Maintenant il est vrai aussi que le mot *aliéner* se prend quelquefois dans un sens restreint. Par exemple, l'emphytéote peut hypothéquer, il ne peut pas vendre ; ce qui fait dire à Cujas : *Alienare sumitur strictè* (2).

Je rappelle aussi les art. 692 du Code de procédure civile (3), 443 et 444 de l'ancien Code de commerce.

3369. Mais, pour que le mot *aliéner* soit restreint à ce sens étroit, il faut une raison plausible puisée soit dans la force des choses, soit dans le texte.

L'art. 692 du Code de procédure civile s'explique par cette puissante raison que nous exigeons. Il contient une restriction à une liberté de droit commun. Or, sa prohibition n'ayant aucune raison de s'étendre à l'hypothèque, l'hypothèque reste dans le droit commun.

Quant aux art. 443 et 444 de l'ancien Code de commerce, outre qu'ils ont une suffisante explica-

(1) *De feudis*, disc. 89, n° 15.

(2) Sur la loi 3, C., *De jure emphyt.*

(3) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 2, n° 415 bis.