

prétation. Les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales; or, les lois qui concernent les droits du fisc sont essentiellement spéciales, elles n'ont rien de commun avec la législation générale du code civil et de la loi hypothécaire qui remplace le titre des *Hypothèques*. Le rapport de la commission est dans le même sens (1).

ARTICLE 2. De l'hypothèque légale des mineurs, interdits et aliénés (2).

260. Le § 1^{er} de la section I est intitulé comme suit : « Des *garanties* à fournir par les tuteurs dans l'intérêt des *mineurs* et des *interdits*. » Pourquoi la loi parle-t-elle des *garanties*, au lieu de mentionner l'*hypothèque légale*? C'est qu'elle contient des dispositions destinées à garantir les intérêts des incapables dans le cas où le tuteur n'aurait pas d'immeubles et dans le cas où les immeubles du tuteur seraient insuffisants (art. 55-57). La loi comble une lacune que présentait le code civil. Quand le tuteur n'avait pas d'immeubles, la garantie réelle du mineur était nulle; elle était insuffisante quand la fortune immobilière du tuteur n'était pas en rapport avec les droits éventuels du mineur; et le code ne lui en donnait pas d'autre. Nous avons dit, en traitant de la tutelle, quelles sont les dispositions nouvelles que la loi belge a portées en faveur des mineurs. La loi donne encore une garantie aux mineurs en ce qui concerne le remboursement des capitaux non exigibles, ou de créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille (art. 61); nous avons fait connaître cette innovation au titre de la *Tutelle* (t. V, nos 53, 59 et 61).

L'article 62 de la loi hypothécaire dispose que l'article 55 ne porte aucune atteinte aux droits que les articles 384-387 et 453 assurent aux père et mère. Il s'agit de l'usufruit légal. Les père et mère ayant la jouissance des biens appartenant à leurs enfants, le conseil de famille ne peut pas entraver cette jouissance, en ordonnant au père

(1) Bruxelles, 21 juin 1877 (*Belgique judiciaire*, 1877, p. 1073).

(2) Timmermans, *De la tenue des tutelles et du droit de contrôle des tribunaux* (Bruxelles, 1874).

ou à la mère tuteurs de verser l'excédant des revenus sur les dépenses dans la caisse des dépôts et consignations. Pourra-t-il ordonner le dépôt des capitaux? Cela nous paraît douteux, car ce serait réduire le père ou la mère aux intérêts minimes que paye la caisse des dépôts et consignations (1).

261. Le § 1^{er} ne parle pas des aliénés non interdits qui sont placés dans un hospice ou dans une maison de santé. Comme l'administrateur qui est nommé pour gérer leurs biens exerce les fonctions du tuteur, on doit appliquer, par analogie, à l'hypothèque légale des aliénés ce que la loi dit de l'hypothèque légale des interdits et des mineurs.

§ 1^{er}. Des personnes soumises à l'hypothèque légale.

262. Les mineurs et interdits ont une hypothèque sur les biens de leur *tuteur*. Tout tuteur est donc soumis à l'hypothèque; mais tout administrateur ne l'est pas, quand même l'administration intéresserait des mineurs ou des interdits : il faut que l'administration soit une tutelle pour qu'il y ait lieu à l'hypothèque légale. Tel est le principe; il sert à décider les difficultés assez nombreuses qui se sont élevées sur le point de savoir quelles sont les personnes soumises à l'hypothèque des mineurs. L'hypothèque légale étant de stricte interprétation, la solution est très-simple : il ne peut pas y avoir d'hypothèque légale sans tutelle, et dans toute tutelle il y a une hypothèque légale. Si les interprètes s'en étaient tenus au texte et au principe qui en découle, il n'y aurait jamais eu de controverse en cette matière.

263. Quand y a-t-il tutelle? Le titre de la *Minorité* répond à la question. Il y a une tutelle du survivant des père et mère, une tutelle déferée par le père ou la mère, une tutelle des ascendants et une tutelle déferée par le conseil de famille. La tutelle de l'interdit est, en général, dative, et l'administration des biens des aliénés l'est toujours. Dans

(1) Comparez Martou, *Commentaire*, t. II, p. 429, n° 878.

BIBLIOTHÈQUE ALFONSO DE SARRIEN
UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
U. A. N. 21

tous ces cas, il y a lieu à l'hypothèque légale. Il se peut que le tuteur soit lui-même mineur (art. 442, 1^o); cela n'empêche pas qu'il soit soumis à l'hypothèque légale. Cette hypothèque existe sans consentement; on ne peut donc pas dire de l'hypothèque légale ce que l'article 73 (code civil, art. 2124) dit de l'hypothèque conventionnelle: le tuteur ne doit pas avoir la capacité d'aliéner, parce que ce n'est pas lui qui consent l'hypothèque; elle existe en vertu de la loi seule (1).

264. Quand la mère survivante se remarie, et que le conseil de famille lui conserve la tutelle, il lui donne nécessairement pour *cotuteur* le second mari (art. 396). Le *cotuteur* est un tuteur, c'est lui qui, de fait et de droit, gère la tutelle, il est solidairement responsable de la gestion; donc il est frappé de l'hypothèque légale (2).

La mère tutrice qui veut se remarier doit convoquer le conseil de famille, qui décide si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit (art. 395). Si elle continue à la gérer de fait, restera-t-elle soumise à l'hypothèque légale? L'affirmative est généralement admise, sauf le dissentiment de Duranton (3). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la tutelle de fait (t. IV, n^o 390), il ne peut être question d'une hypothèque légale sur les biens d'un tuteur de fait, puisqu'il n'y a pas de tutelle dans le sens légal du mot; et il n'y a pas de texte qui l'établisse sur les biens d'une personne qui gère illégalement la tutelle. Or, dans l'espèce, il n'y a plus, légalement parlant, de tuteur: la mère tutrice cesse de l'être, car elle perd de plein droit la tutelle; donc la tutelle est vacante, et il devrait être procédé à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille. La mère usurpe une gestion qui ne lui appartient pas. Y a-t-il un texte qui grève d'une hypothèque les biens de celui qui exerce illégalement la tutelle? Non. Cela est décisif, car sans loi il ne saurait y avoir d'hypothèque légale. On objecte que l'article 395 qua-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 362, n^o 769.

(2) Pont, t. I, p. 533, n^o 449.

(3) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 209, note 13, § 264 bis. Il faut ajouter Bruxelles, 3 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 32).

liffe de tutelle l'administration que la mère continue; l'objection n'est pas sérieuse; il est impossible que la loi considère la mère comme tutrice, alors qu'elle vient de dire qu'elle est déchu de la tutelle; c'est donc une tutelle illégale qu'elle gère, et la loi n'établit d'hypothèque que dans la tutelle légale. Il y a une lacune dans la loi, cela est certain; si le mineur a une garantie contre le tuteur légal, à plus forte raison devrait-il en avoir quand le tuteur gère illégalement la tutelle. La doctrine et la jurisprudence ont comblé la lacune sans droit, car il n'appartient qu'au législateur d'établir une hypothèque légale. Ce qui prouve qu'il y a lacune, c'est qu'il serait impossible, légalement parlant, de prendre une inscription nouvelle sur les biens de la mère, dans le cas où cette inscription deviendrait nécessaire par suite d'un accroissement de fortune advenu au mineur; le conseil de famille ne pourrait pas prendre de délibération, parce que légalement il n'y a plus de tutelle.

Nous devons ajouter que la commission de la chambre des représentants a résolu la question en sens contraire. On lit dans le rapport de M. Lelièvre: « La mère tutrice qui convoque à de secondes noces perd la qualité de tutrice, mais il est bien entendu que les effets de l'inscription prise à sa charge dès l'ouverture de la tutelle continuent de subsister. » *Il est bien entendu* (1)! En théorie, oui; au point de vue des textes, non. La commission aurait bien fait, dans ce cas, comme dans beaucoup d'autres, de formuler son avis en article de loi, car l'avis des commissions n'a aucune force légale.

On demande si le nouveau mari sera soumis à l'hypothèque légale quand la mère est déchu de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. La question est controversée (2). A notre avis, il n'y a ni tutelle ni hypothèque. Le texte de la loi le dit; d'après l'article 596, c'est le conseil de famille qui *donne* le second mari pour *cotuteur* à la mère conservée dans la tutelle. Pour qu'il y ait *cotutelle*, il faut donc que le conseil de famille conserve la

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 375).

(2) Voyez, en sens divers, Pont, t. I, p. 536, n^o 500, et les autorités qu'il cite.

tutelle à la mère et lui *donne* ensuite le nouveau mari pour cotuteur; sans l'intervention du conseil de famille, il n'y a pas de cotuteur, partant pas d'hypothèque. Il est inutile d'insister, parce que, dans le système de la loi belge, l'hypothèque, quand même on l'admettrait, serait purement nominale. En effet, elle doit être spécialisée par le conseil de famille, qui donne le second mari pour cotuteur à la mère; or, il n'y a pas de conseil de famille et pas de nomination d'un cotuteur. La prétendue hypothèque n'étant pas spécialisée, ne peut être inscrite; et sans inscription, l'hypothèque ne produit aucun effet (1). C'est une nouvelle lacune. L'article 395 déclare le nouveau mari solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère a indûment conservée: là où il y a responsabilité pour une gestion tutélaire, quoique illégale, il devrait aussi y avoir une garantie hypothécaire pour le mineur.

265. L'absence donne-t-elle ouverture à la tutelle et, par suite, à l'hypothèque légale? Quand il y a tutelle, il y a hypothèque légale; tandis que l'administration qui n'est pas une tutelle n'est point soumise à l'hypothèque légale. La question se réduit donc à savoir dans quels cas il y a tutelle en cas d'absence. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siège de la matière (t. II, nos 145, 148, 149, 219-221).

266. Le tuteur officieux est-il soumis à l'hypothèque légale? Nous avons examiné la question au titre de l'*Adoption* (t. IV, n° 240). La doctrine s'est prononcée pour l'affirmative, sauf le dissentiment de Pont (2). Il va sans dire que si le tuteur officieux n'a pas l'administration des biens, ou si le mineur n'a pas de biens, le conseil de famille décidera qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription sur les biens du tuteur.

267. En matière de substitution fidéicommissaire, il y a un tuteur qui n'a rien de commun avec la tutelle proprement dite, sauf le nom. Il ne peut donc pas être question d'une hypothèque légale sur les biens du tuteur à la substi-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 361, n° 768.

(2) Pont, t. I, p. 529, n° 495, combattu par Aubry et Rau, t. III, p. 209, note 12, § 264 bis.

tution. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations* (t. XIV, n° 538).

268. Il y a des cas dans lesquels on nomme un tuteur pour représenter le mineur dans une affaire spéciale: on appelle ces représentants tuteurs *ad hoc* (art. 318, 838). Il va de soi qu'ils ne sont pas soumis à l'hypothèque légale, car ils n'ont pas d'administration.

269. Le subrogé tuteur porte aussi le nom de *tuteur*, et comme il est responsable, on pourrait croire qu'il est soumis à l'hypothèque légale. Telle avait été, en effet, la décision du conseil d'Etat, mais la disposition qu'il avait adoptée fut retranchée, sur la proposition du Tribunal. On lit dans les observations de la section de législation: « Il est de l'intérêt de la société de dégager, autant que possible, les immeubles des hypothèques. Or, il n'y a pas de nécessité d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens du subrogé tuteur; pour la sûreté de sa responsabilité, il est raisonnable de se contenter de l'action que le mineur peut exercer contre lui lorsqu'il y a lieu de réclamer cette responsabilité. On devrait craindre d'ailleurs que les citoyens ne fissent tous leurs efforts pour éloigner d'eux les fonctions de subrogé tuteur, s'ils devaient être grevés d'une hypothèque aussi générale (1). » C'est l'opinion de tous les auteurs.

270. Il y a des personnes qui doivent être assistées, pour certains actes, d'un curateur ou d'un conseil, ce sont les mineurs émancipés, les prodigues et les faibles d'esprit: ont-ils une hypothèque légale sur les biens de ceux qui les assistent? La négative est si évidente, qu'on ne devrait pas même poser la question: il n'y a pas de tutelle, donc il ne peut y avoir d'hypothèque légale. Il en est de même de l'administration provisoire que la loi organise dans la procédure en interdiction (art. 497). L'administrateur provisoire étant chargé d'une gestion, à raison de l'incapacité de la personne dont l'interdiction est poursuivie, la loi aurait pu le soumettre à l'hypothèque légale; mais elle ne l'a pas fait, sans doute par les raisons qui ont en-

(1) Observations du Tribunal, n° 12 (Loché, t. VIII, p. 230).

gagé le législateur à ne pas étendre cette garantie au subrogé tuteur : on ne doit pas multiplier inutilement les inscriptions hypothécaires (1). Il en est de même de ceux qui gèrent provisoirement la tutelle en vertu de l'obligation que la loi leur impose (art. 394, 419 et 440) : une gestion de si peu de durée n'exigeait pas une garantie qui, de sa nature, est permanente; la nécessité d'inscrire l'hypothèque et de radier ensuite l'inscription aurait occasionné des frais frustratoires que la loi a sagement évités en se contentant de l'action personnelle contre les administrateurs.

271. Il y a une administration aussi longue et aussi importante que la tutelle, c'est celle du père pendant la durée du mariage. Est-il soumis à l'hypothèque légale? La question est controversée (2); elle n'aurait jamais dû paraître douteuse. Il suffit, pour la décider négativement, que le père administrateur ne soit pas tuteur; et peut-il y avoir une hypothèque légale du chef de tutelle, alors qu'il n'y a point de tutelle? Vainement dit-on qu'il y a même raison de décider, puisque l'administration légale est identique avec la gestion tutélaire. Il y aurait analogie, que l'on ne pourrait en tenir aucun compte, car l'analogie ne suffit point pour étendre une hypothèque légale. Les travaux préparatoires de notre loi hypothécaire fournissent un nouvel argument à l'appui de cette opinion. On avait proposé de soumettre le père administrateur à l'hypothèque légale. Le rapport de la commission du sénat discute la question sous toutes ses faces, et il conclut au rejet de la proposition, par le motif que l'hypothèque que l'on donnerait à un enfant contre son père porterait atteinte à l'autorité, ou du moins à la considération du père; que l'intervention des parents appelés à spécialiser l'hypothèque, à la faire inscrire, pourrait susciter des divisions dans la famille, et qu'enfin l'expérience ne réclamait pas ce changement (3). Ce dernier motif nous paraît déterminant.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 207, note 7. § 264 bis.

(2) Voyez les citations dans Pont, t. I, p. 527 et les notes. Il faut ajouter, dans le sens de la négative. Bruxelles, 22 mai 1819; Liège, 3 mars 1821 et 28 mars 1822 (*Pasicrisie*, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, p. 97).

(3) D'Anethan, 2^e Rapport (Parent, p. 480 et suiv.).

Il se peut néanmoins que le mineur ait une hypothèque sur les biens de son père administrateur. Le testateur fait un legs en faveur d'un enfant mineur ayant encore ses père et mère; il ajoute comme condition que le père n'aura l'administration qu'à charge de fournir hypothèque pour la garantie de sa gestion. On peut contester la validité de la condition, puisque l'administration légale et l'hypothèque légale sont d'ordre public. En supposant que la condition soit valable, le père devra constituer une hypothèque sur ses biens; mais cette hypothèque n'est pas légale, elle est conventionnelle (1).

Il s'est présenté un cas dans lequel l'enfant avait une hypothèque légale sur les biens de son père, non de son chef, mais comme héritier d'un autre enfant du même père, qui, né d'une autre mère, s'était trouvé, au prédécès de celle-ci, sous la tutelle légale de son père. Celui-ci ayant une hypothèque légale pour les droits qu'il avait contre son père tuteur, il transmet ces droits, avec l'hypothèque qui y était attachée, à l'enfant placé sous l'administration légale du père commun (2).

§ II. Des créances garanties par l'hypothèque.

272. L'article 47, qui énumère les hypothèques légales, porte que les *droits et créances* auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont *ceux* des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur. Il suit de là que tous les *droits et créances* qu'un *mineur* peut avoir contre son *tuteur* sont garantis par l'hypothèque légale; la nature des créances est déterminée et limitée par les mots *mineur* et *tuteur*; il faut que le mineur soit créancier à titre de pupille et que le tuteur soit débiteur à raison de la tutelle qu'il a gérée. Quels sont les droits qu'un mineur peut avoir contre son tuteur? La loi hypothécaire veut que les créances du mineur soient spécialisées; comme base de cette spécialisa-

(1) Rejet, 30 avril 1833 (Sirey, 1833, I, 466). Aubry et Rau, t. III, p. 206, § 264 bis, note 4.

(2) Bordeaux, 19 mars 1875 (Dalloz 1877, 2, 25)