

**320.** L'hypothèque légale peut-elle être remplacée par d'autres garanties? On est étonné de voir poser la question et plus étonné encore de la voir résoudre affirmativement. Dans l'espèce, il s'agissait de la tutelle d'un interdit. Le tuteur avait fait emploi d'une grande partie de la fortune de l'interdit en achats d'immeubles et de rentes sur l'Etat. Quant à l'excédant des revenus, dit le tribunal, il est suffisamment protégé par la position sociale du tuteur, étranger aux opérations commerciales, par les mesures d'emploi et de remise d'états annuels prescrites au tuteur, jointes à l'offre subsidiaire de celui-ci de consigner des créances ou valeurs de Bourse à concurrence de 2,000 francs pour garantie de sa gestion. Le tribunal accepta cette offre, et décida que, dans l'espèce, une inscription hypothécaire serait une mesure vexatoire. Comment les juges motivent-ils cette étrange décision? L'inscription hypothécaire forme le principe, mais le tribunal est appréciateur des circonstances particulières qui peuvent motiver la dispense de l'hypothèque légale (1). Il y a ici une confusion d'idées. La faculté de dispenser suppose que le mineur n'a pas besoin d'une garantie; or, dans l'espèce, le tribunal prescrivait des garanties, il les jugeait donc nécessaires; reste à savoir s'il lui appartenait de se contenter d'autres garanties que celles que la loi accorde aux mineurs et interdits. Poser la question, c'est la résoudre. L'hypothèque légale est essentiellement d'ordre public, puisqu'elle est établie pour garantir les intérêts des incapables (nos 187 et 243). Or, c'est au législateur seul à établir les garanties qu'il juge nécessaires aux personnes qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Le texte même de la loi hypothécaire le prouve. Quand le tuteur n'a pas d'immeubles, ou n'a que des immeubles insuffisants, il ne peut y avoir d'hypothèque légale, ou il n'y a qu'une hypothèque insuffisante: la loi s'en est-elle rapportée, dans ce cas, aux tribunaux pour déterminer les sûretés que le tuteur aura à fournir? Non, le législateur les a lui-même

(1) Jugement du tribunal de Namur, du 5 juillet 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 49).

organisées. Le système de la loi est donc celui-ci. Y a-t-il lieu de prendre une inscription sur les biens du tuteur, le conseil de famille doit le faire; il ne peut accepter aucune autre garantie. L'inscription hypothécaire est-elle inutile, il n'y a pas lieu d'exiger d'autres sûretés. Est-elle insuffisante, la loi ordonne ce qu'il y a à faire.

§ IV. *De l'état des tutelles et de la surveillance de l'autorité judiciaire.*

NO I. DE L'ÉTAT DES TUTELLES.

**321.** L'article 63 fait intervenir l'autorité judiciaire pour assurer l'exécution des mesures qu'elle prescrit pour la spécialisation de l'inscription de l'hypothèque du mineur. C'est une disposition de la plus haute importance. On ne peut pas compter sur les conseils de famille; l'indifférence des parents égale leur ignorance. En leur imposant des devoirs multipliés en matière de tutelle, le législateur, de son côté, contracte l'obligation de veiller à ce que les hommes soient instruits de leurs devoirs et que leurs sentiments moraux soient développés en même temps que leur intelligence. Pourquoi faut-il ajouter que nos législateurs ont complètement négligé les soins de l'instruction et de l'éducation nationales? En Belgique, ils les ont abandonnées à l'Eglise, c'est-à-dire à un clergé intéressé à maintenir l'ignorance, fondement de sa domination; et quant à l'éducation, ces singuliers maîtres n'ont d'autre souci que de faire des hommes les aveugles instruments de leur puissance. Après cela, on a bonne grâce de faire appel à la conscience et au dévouement des familles! C'est parce que les consciences ne sont pas éclairées que les conseils de famille sacrifient si facilement les intérêts des incapables à des considérations personnelles. On doit tenir compte de ce fait. Les auteurs de la loi hypothécaire ont donc bien fait de soumettre les conseils de famille et même les juges de paix au contrôle de l'autorité judiciaire. C'est le seul moyen de donner aux mineurs des garanties sérieuses.

**322.** « Il sera tenu au greffe de chaque justice de paix

sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton » (art. 63). La loi déclare le greffier responsable : envers qui ? Ce ne peut être qu'envers le mineur. Si les greffiers négligent de remplir le devoir que la loi leur impose, la surveillance et l'action de l'autorité judiciaire ne pourront s'exercer utilement au profit des mineurs ; ceux-ci, par suite, ne jouiront pas des garanties hypothécaires que la loi a voulu leur assurer. De là une action en responsabilité. La loi ne déclare pas le juge de paix responsable ; toutefois, en cas de négligence, c'est le magistrat qui est le vrai coupable, car il doit connaître les lois, et on lui a appris à les respecter, tandis que les greffiers, trop souvent, les ignorent. Si les juges de paix n'encourent pas une responsabilité civile, ils sont moralement responsables ; il faut que les tribunaux les rappellent à leur devoir s'ils le négligent : Nous reviendrons sur ce point, un des plus délicats dans l'application de la loi.

**323.** « Cet état contiendra la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures des mineurs et interdits, tuteurs et subrogés tuteurs. » La loi ne parle pas des aliénés colloqués dans un hospice ou une maison de santé ; comme l'administrateur qui leur est nommé tient lieu de tuteur, ils sont compris dans toutes les dispositions de la loi qui concernent les mineurs et interdits. Il eût été bon de le dire. Le gouvernement peut combler la lacune, puisqu'il a le droit de prendre des arrêtés pour l'exécution de la loi.

L'état des tutelles doit indiquer « la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, la date des inscriptions qui auront été prises, ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis. » Lors de la discussion de la loi, on observa que les greffiers ne pouvaient pas savoir s'il avait été pris des inscriptions, à moins de se transporter au bureau de conservation des hypothèques ; ce qui aurait compliqué l'exécution de la loi. Une circulaire du 11 mars 1852 a fait droit à cette objection, en ordonnant aux greffiers de communiquer dans le

courant du dernier mois de chaque trimestre, leur état des tutelles aux conservateurs des hypothèques dans l'arrondissement desquels sont situés les immeubles affectés à la garantie des mineurs ; les conservateurs y indiqueront les dates des inscriptions prises.

Il manque un détail, que l'on peut facilement obtenir par la communication de l'état des tutelles aux greffiers des tribunaux de première instance, c'est la mention des oppositions faites contre les décisions des conseils de famille et les décisions rendues par les tribunaux. Comme on reconnaît aux juges de paix le droit de former opposition, il est bon de constater, s'ils en font usage, les causes de leur opposition et la décision qu'elle aura reçue. Ce sera le contrôle de l'action des juges de paix ; et, nous le répétons, c'est sur les tribunaux seuls qu'il faut compter.

**324.** « Chaque année, dans le courant de décembre, le greffier adressera, sous sa responsabilité, au procureur du roi de son arrondissement copie entière de cet état pour les tutelles ouvertes dans l'année, et, pour les autres, la simple indication des changements survenus dans l'année courante relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que le défaut ou l'insuffisance des immeubles auront nécessités. »

Il nous semble que mieux vaudrait envoyer ces renseignements au mois de janvier, pour toute l'année écoulée ; d'après la loi, il se pourrait que des tutelles s'ouvrirent après l'expédition de l'état ; de sorte qu'il n'en serait fait nulle mention, ni dans l'état de l'année, ni dans celui de l'année suivante.

**325.** « Les greffiers des justices de paix qui contreviendront au présent article seront, indépendamment des peines disciplinaires, punis d'une amende qui n'excédera pas cent francs. Elle pourra être portée au double en cas de récidive. Ces peines seront appliquées par les tribunaux civils. »

**326.** C'est le procureur du roi qui requiert l'application des peines. Mais si lui-même néglige de constater la contravention et d'exiger l'état des tutelles ? Et si le procureur général néglige de lui rappeler son devoir ? Ces supposi-

tions sont permises, puisque nous apprenons par la brochure d'un jeune magistrat que, dans le ressort de tel tribunal, il n'y a pour ainsi dire pas d'inscriptions hypothécaires au profit des mineurs (1). Par une circulaire du 30 décembre 1856, le ministre de la justice a demandé qu'on lui envoyât un tableau renfermant des renseignements sur l'application des articles 49 et suivants de la loi hypothécaire. Ces tableaux ont-ils été envoyés? Pourquoi n'a-t-on pas publié l'enquête? Exige-t-on l'envoi annuel de ces renseignements? L'enquête devrait être régulière et permanente, et pour qu'elle soit efficace, elle doit être rendue publique, sans ménagement aucun; on ne doit pas en avoir pour ceux qui négligent leurs devoirs, et il s'agit de devoirs qui intéressent la société, puisque le but de l'article 63 est de donner une garantie sérieuse à des incapables.

NO 2. DU CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE.

**327.** L'article 63, après avoir dit que les greffiers doivent envoyer une copie de l'état des tutelles au procureur du roi dans le courant de décembre, ajoute : « Dans le mois de janvier suivant, le procureur du roi soumettra cet état au tribunal, qui, sur le rapport d'un de ses membres, en chambre du conseil, statuera ce que de droit, tant d'office que sur les réquisitions du ministère public. » Cette disposition soulève bien des difficultés. Il y a d'abord une question préliminaire : est-ce tout le tribunal, ou n'est-ce que la chambre civile qui est appelée à examiner les états de tutelle et à statuer? La loi est interprétée en sens divers par les divers tribunaux. Il eût été à désirer que le tribunal statuât chambres réunies; le contrôle aurait eu une autorité d'autant plus grande. Mais la loi ne l'exige point; dès lors il faut prendre le mot *tribunal* dans son sens habituel, c'est-à-dire comme synonyme de chambre civile (2).

**328.** Il y a une difficulté plus grave; l'article 63 porte

(1) Timmermans, p. 18, note 30. Cloes et Bonjean, *Jurisprudence des tribunaux*, t. XXV, p. 910.

(2) Timmermans, p. 89, n° 151.

que le tribunal *statuera ce que de droit*. Quel est le sens de cette disposition? Quel pouvoir donne-t-elle au tribunal? Le tribunal statue-t-il par voie de disposition générale et réglementaire applicable à toutes les justices de paix, et obligatoire même pour l'avenir? Sur ce premier point, il n'y a guère de doute. L'article 5 du code Napoléon défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises; c'est une défense qui est d'ordre public, parce qu'elle tient à la division des pouvoirs; le législateur seul, et le roi, dans la limite de ses attributions, peuvent faire des lois et des règlements; il est de l'essence du pouvoir judiciaire de disposer par voie de décision individuelle et particulière. Peut-on admettre que l'article 63 déroge à une règle aussi fondamentale? Le texte ne donne certes pas ce pouvoir aux tribunaux; il dit que les juges statueront ce que de droit, c'est-à-dire conformément à la loi qui régit l'hypothèque légale des mineurs; ils appliquent la loi, ils ne la font point. Y a-t-il une mesure générale à prendre, le tribunal peut en signaler la nécessité et appeler l'attention du gouvernement sur ce qu'il serait utile de faire, mais il ne peut pas lui-même porter des règlements. L'article 63 veut qu'une expédition de la *décision* soit transmise aux juges de paix qu'elle concerne; cela implique qu'il s'agit d'une décision spéciale concernant l'état des tutelles de tel canton; si le tribunal procédait par voie de disposition générale, il devrait communiquer les mesures réglementaires qu'il prendrait à tous les juges de paix de l'arrondissement; ce ne serait plus une *décision*, ce serait un règlement; or, la loi lui donne seulement le pouvoir de rendre des *décisions*. C'est en ce sens que la loi est interprétée par les tribunaux (1).

**329.** Les tribunaux ne doivent donc prendre que des décisions particulières et individuelles. Ont-ils, dans ces limites, un pouvoir discrétionnaire? Cela est douteux. La loi dit qu'ils statueront ce que de *droit*; mais qu'est-ce qui

(1) Timmermans, p. 91, nos 152, 153. Il y a un réquisitoire en sens contraire de M. Schuermans (Timmermans, n° 154).

est de *droit*? Il est très-difficile de le préciser. On lit dans le rapport de M. Lelièvre : « Le tribunal de première instance sera appelé à exercer une *surveillance* salubre sur les *actes* des justices de paix et à *s'assurer* de l'exécution scrupuleuse de la loi. » Cela est encore très-vague. Quand le tribunal se sera assuré que la loi n'a pas été exécutée, quelle décision prendra-t-il? M. Lelièvre a répondu, dans le cours de la discussion : « L'article 63 imposant une surveillance au juge de paix, des *injonctions* pourront, au besoin, lui être faites s'il ne remplissait pas d'une manière convenable les obligations que la loi lui impose, s'il avait apporté de la négligence à surveiller les actes de son greffier (1). » Ces *injonctions* sont-elles un blâme? Ce serait l'exercice du pouvoir disciplinaire, et les tribunaux n'ont pas, en principe, ce pouvoir sur les juges de paix. Et si la loi avait voulu le leur donner dans notre matière, n'aurait-elle pas dû le dire d'une manière formelle? Elle soumet les greffiers à une amende et à l'action disciplinaire, et elle ne parle pas de l'action disciplinaire ni de peine en ce qui concerne les juges de paix. N'en faut-il pas conclure que le législateur s'en est rapporté au droit commun?

**330.** Le tribunal doit donc se borner à prendre des décisions dans l'intérêt des mineurs dont les droits n'ont pas été suffisamment sauvegardés. Ainsi l'état des tutelles lui apprend que les conseils de famille n'ont pas délibéré sur la spécialisation de l'hypothèque légale; il ordonnera au juge de paix de convoquer les conseils et de veiller à ce que la loi soit exécutée. L'état mentionne des dispenses d'inscription qui ne sont pas suffisamment justifiées; le tribunal ordonnera encore au juge de paix de provoquer une nouvelle délibération (2). Faut-il aller plus loin et permettre au tribunal de décider lui-même? Cette opinion a été soutenue devant la cour de cassation par l'avocat général, M. Mesdach (3). En principe, on peut l'admettre; car, en disant que le tribunal *statuera ce que de droit*, la

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 132). Discours dans la séance du 7 février 1851 (Parent, p. 329). Timmermans, p. 95. Beckers, p. 112, n° 98.  
 (2) Cloes, t. II, p. 241, nos 1308-1310. Timmermans, p. 98, nos 157 et 158.  
 (3) *Pasicrisie*, 1874, 1, 95 et suiv.

loi lui donne le pouvoir de prendre des décisions dans l'intérêt du mineur. Mais, en fait, le tribunal sera le plus souvent dans l'impossibilité de décider directement, parce qu'il ne possède pas les éléments légaux sur lesquels sa décision doit s'appuyer. Il en sera ainsi dans tous les cas où il n'y a pas eu de délibération; le tribunal décidera-t-il qu'une inscription sera prise? Il ne sait pas s'il y a lieu de prendre une inscription, ni si le tuteur a des biens, ni sur quels biens il convient de requérir l'inscription. Il en est de même si le conseil de famille a décidé qu'il n'y avait pas lieu de spécialiser l'hypothèque; le tribunal peut déclarer qu'une inscription doit être prise: mais pour quelle somme et sur quels biens? Le tribunal, n'ayant pas les renseignements nécessaires, sera forcé de s'en rapporter au conseil de famille et au juge de paix, sauf à exiger que celui-ci lui rende compte de la délibération du conseil.

**331.** L'article 63 suppose que le tribunal exerce son contrôle lors de l'examen qu'il fait, chaque année, de l'état des tutelles. Est-ce là une condition de l'exercice du pouvoir dont la loi investit les tribunaux? Non, certes; la condition n'aurait point de raison d'être. Si, à l'occasion d'une homologation qui lui est demandée, le tribunal s'aperçoit que la loi n'a pas été exécutée, il peut et il doit statuer immédiatement; car, quand il s'agit d'une garantie hypothécaire, l'efficacité dépend de la date de l'inscription; il importe donc de faire spécialiser et inscrire l'hypothèque le plus tôt possible. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Gand (1).

**332.** L'article 63 contient encore une disposition concernant l'exécution des décisions prises par le tribunal. Expédition en sera transmise, *s'il y a lieu*, aux juges de paix qu'elles concernent; la loi ajoute que l'expédition peut comprendre toute la décision ou une partie. Pourquoi la loi dit-elle *s'il y a lieu*? Si l'état des tutelles est exactement tenu et que la loi ait été exécutée, comme elle doit l'être, dans l'intérêt des mineurs, le tribunal se bornera à approuver ce qui a été fait, et, par suite, il n'y a aucune com-

(1) Gand, 14 mars 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 219).

munication à adresser au juge de paix ; le tribunal n'a pas mission de distribuer des éloges, pas plus qu'il n'a mission d'infliger des peines disciplinaires. On a demandé en quel sens il faut entendre ces mots de l'article 63 : *en tout ou en partie*. Si le tribunal prend une seule décision concernant tous les états de tutelle qui lui ont été transmis, dans ce cas, il est inutile de communiquer la décision tout entière à chacun des juges de paix de l'arrondissement ; on adressera à chacun d'eux la partie de la décision qui le concerne. Si le tribunal statue par une décision particulière sur chaque état, il enverra expédition de toute la décision à chaque juge de paix, à moins qu'il ne s'y trouve des considérations générales destinées à être communiquées au ministre de la justice (1).

ARTICLE 3. De l'hypothèque légale de la femme mariée.

§ 1<sup>er</sup>. Des droits garantis par l'hypothèque légale.

**333.** L'article 47 porte que les femmes mariées ont une hypothèque légale sur les biens de leur mari pour leurs *droits et créances*. C'est un principe commun à toutes les hypothèques légales ; mais les droits et créances varient naturellement d'après les diverses hypothèques. Le principe est identique en ce qui concerne les femmes et les mineurs ; c'est-à-dire que tout droit que la femme mariée a, comme telle, contre son mari est garanti par une hypothèque légale ; de même que tout droit que le mineur a, comme tel, contre son tuteur est garanti par l'hypothèque que la loi lui accorde. Les articles 64 et 67 énumèrent les droits les plus usuels que la femme a contre son mari. Cette énumération n'est pas limitative, ce n'est pas même une énumération ; la loi a pour but, non de déterminer les cas dans lesquels la femme a une hypothèque légale, mais la manière dont cette hypothèque doit être spécialisée. Quant aux créances garanties par l'hypothèque légale, c'est l'article 47 qui établit le principe. La règle étant que toute

(1) Cloes, t. II, p. 244, n° 1311. Timmermans, p. 106, n° 166.

action de la femme contre son mari est munie d'une hypothèque, il était inutile d'énumérer ces droits. L'énumération est une question d'interprétation, elle n'est pas du domaine du législateur : c'est à la doctrine qu'il appartient d'interpréter la loi.

Il résulte de là que toute hypothèque de la femme mariée est légale. Les auteurs distinguent néanmoins une hypothèque conventionnelle et une hypothèque légale proprement dite. A notre avis, cette distinction n'est pas exacte ; nous y reviendrons. Pour le moment, il s'agit de déterminer les cas dans lesquels la femme a un recours contre son mari ; c'est ce recours que la loi a voulu assurer par une garantie hypothécaire. De là l'hypothèque légale.

N° 1. DE LA DOT.

**334.** La première créance dont il est parlé dans le § 2, intitulé des *Sûretés des femmes mariées*, c'est la dot. Est-ce à dire que la femme ait une hypothèque légale dans tous les cas où il y a dot ? Il y a dot sous tous les régimes. En effet, le code, d'après la classification légale, n'admet que deux régimes : la communauté légale ou conventionnelle et le régime dotal ; et le premier article du chapitre III, consacré au régime dotal, porte : « La dot, sous ce régime, comme sous celui du chapitre II, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Or, la femme apporte toujours une dot quelconque, ne fût-ce que son travail personnel. Mais il faut se garder d'en conclure que la femme a toujours une hypothèque légale pour sûreté de sa dot. Toute hypothèque est une garantie accessoire d'une obligation principale ; pour que la femme ait une hypothèque du chef de sa dot, il faut qu'elle ait une action, à raison de sa dot, contre le mari ; or, il se peut, comme nous allons le dire, que la femme n'ait pas d'action contre son mari pour sa dot ; dans ces cas, il ne saurait être question d'une hypothèque, ni légale, ni conventionnelle.

**335.** Sous le régime de la communauté légale, tous les biens de la femme sont dotaux, dans le sens de la défini-