

§ II. *Des biens grevés de l'hypothèque légale.*

**364.** Les femmes mariées ont, de même que les mineurs et interdits, une hypothèque qui est tout ensemble générale et spéciale. Elle est générale, car, aux termes de l'article 47, elle porte sur *les biens* du mari, sans aucune restriction, donc sur les biens présents et à venir. Elle est spéciale, car la loi veut qu'elle soit spécialisée, soit par le contrat de mariage, soit, pendant le mariage, par ordonnance du président. La spécialisation a pour but de limiter l'inscription aux immeubles nécessaires pour donner à la femme une garantie complète. Quand elle se fait par contrat de mariage, le mari peut lui-même sauvegarder ses intérêts, puisqu'il est partie au contrat. Lorsque c'est le président qui spécialise l'hypothèque, le mari ne concourt point à la spécialisation, mais si l'inscription requise par la femme est excessive, il en peut demander la réduction. Par contre, la femme peut, pendant le mariage, requérir une inscription supplémentaire, ou même une première inscription sur les biens que le mari acquiert après la célébration du mariage; en ce sens, les biens futurs du mari sont soumis à l'hypothèque de la femme. Mais il ne peut y avoir d'inscription sur ces biens qu'après que le mari en a fait l'acquisition; ainsi le mari ne pourrait pas, lors du contrat de mariage, demander que l'inscription soit faite sur des biens à venir. On avait proposé de lui donner ce droit : c'était revenir au système du code civil que le législateur belge a voulu modifier. Pour que l'hypothèque légale de la femme soit publique, il faut que l'inscription apprenne aux tiers quels sont les biens du mari qui en sont grevés et quels biens sont libres; par suite, l'hypothèque doit être spécialisée quant aux biens, et elle ne peut l'être que si elle est établie sur les biens qui appartiennent au mari lors de l'acte qui la spécialise (1).

**365.** La loi dit que la femme a hypothèque sur les biens du mari. Il suit de là que si le mari est associé et que la

(1) Séance du 7 février 1851 (Parent, p. 331 et 332).

société possède des immeubles, ces biens ne sont pas frappés de l'hypothèque de la femme, ou en sont grevés, selon que la société forme une personne civile ou non. Nous renvoyons, quant au principe, au titre de la *Société*; l'application ne souffre aucune difficulté. La loi déclare que les sociétés de commerce sont des personnes civiles; c'est donc la société comme corps moral qui est propriétaire des immeubles qu'elle possède; partant, la femme n'a point d'hypothèque sur ces immeubles, car le mari, associé, n'y a aucun droit, pas même un droit de copropriété (1). Il en est autrement des sociétés civiles; dans l'opinion que nous avons enseignée, ces sociétés ne forment point des personnes civiles; par suite, les biens appartiennent aux associés; ils sont, par conséquent, frappés de l'hypothèque légale au profit de la femme, comme tous les biens indivis dont le mari est propriétaire.

**366.** Le mari peut aliéner et hypothéquer la propriété qu'il a dans une hérédité, ou toute autre masse indivise; par suite, cette propriété est aussi frappée de l'hypothèque légale au profit de la femme, sauf l'application du principe de l'article 883. Si, lors du partage, l'immeuble ne tombe pas au lot de son mari, l'hypothèque s'évanouit, puisque l'immeuble sera censé n'avoir jamais été la propriété du mari. Par contre, si l'immeuble est mis au lot du mari, celui-ci sera censé en avoir toujours eu la propriété exclusive; partant, la femme aura une hypothèque sur tout l'immeuble. Reste à savoir quels sont les actes que la loi considère comme un partage; nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre des *Successions* (2).

**367.** D'après l'article 2125 (loi hyp., art. 74), « ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Ce prin-

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privi-lèges*, nos 774 et 935. Il faut ajouter Rejet, 29 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).

(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privi-lèges*, nos 938-940. Il faut ajouter Angers, 27 mai 1864 (Dalloz, 1864, 2, 152).

cipe s'applique aussi à l'hypothèque légale. Si le mari est propriétaire sous condition suspensive, la femme peut prendre inscription, mais son droit sera suspendu par la même condition; et si la condition est résolutoire, son droit s'évanouira si la condition vient à se réaliser. Il y a deux cas dans lesquels le code civil déroge à ce principe. Le droit de retour stipulé par le donateur est une condition résolutoire; néanmoins quand la condition s'accomplit, l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales subsiste, dans le cas où la donation a été faite par le même contrat de mariage duquel résulte l'hypothèque; mais l'hypothèque ne peut être exercée contre le donateur, que si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas pour garantir les droits de la femme (art. 952). Il y a une seconde exception en matière de substitution: quand la substitution s'ouvre en faveur des appelés, les droits consentis par le grevé sont résolus; toutefois la femme du grevé conserve une hypothèque subsidiaire sur les biens à rendre, en cas d'insuffisance des biens libres, pour le capital des deniers dotaux, si le testateur l'a ainsi ordonné (art. 1054). Ces dispositions anormales donnent lieu à bien des difficultés; nous les avons examinées, au titre des *Donations et Testaments* (1).

**368.** La femme commune en biens peut-elle prendre inscription sur les conquêts? Cette question est très-controversée. Au premier abord, elle étonne. L'article 47 (code civil, art. 2121) dit que la femme a une hypothèque légale sur les *biens du mari*; or, quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la loi distingue les propres du mari, qui sont ses biens, et les biens de la communauté qui portent le nom de conquêts ou d'acquêts et dont la femme est copropriétaire: la femme peut-elle avoir une hypothèque sur des biens dont elle a la copropriété? Cependant l'affirmative prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence, et en principe elle ne nous paraît pas douteuse. On lit dans un arrêt de la cour de Liège: « Le mari, suivant l'expression des anciennes coutumes,

(1) Comparez Valette, p. 248 et suiv.

est maître et seigneur des biens de la communauté; c'est donc à juste titre que la doctrine et la jurisprudence appliquent l'hypothèque légale de la femme aux acquêts aussi bien qu'aux propres du mari (1). » On objecte, car tout est controversé dans ces débats, que le code civil ne dit point que le mari est seigneur et maître de la communauté (2). Cela est vrai, mais s'il ne reproduit pas la formule, il reproduit la chose; en effet, aux termes de l'article 1421, le mari peut vendre les biens de la communauté, il peut les hypothéquer sans le concours de la femme. Voilà bien la maîtrise que nos coutumes reconnaissent au mari, chef de la communauté. S'il peut aliéner et hypothéquer, il est propriétaire, les biens sont dans son domaine, donc ce sont, à la lettre, les biens du mari, et, comme tels, ils doivent être frappés de l'hypothèque légale. On ne peut le contester sans aboutir à une étrange anomalie: les biens qui peuvent être hypothéqués par convention peuvent aussi être hypothéqués par la loi; par quelle singulière exception le mari aurait-il le droit d'hypothéquer les conquêts, sans que la loi eût le droit de les frapper d'hypothèque?

**369.** Mais si le principe est incontestable, l'application du principe n'est point sans difficulté. Il faut d'abord distinguer si les conquêts sur lesquels la femme a pris inscription ont été ou non aliénés ou hypothéqués. Nous supposons d'abord que les biens sont libres et se trouvent encore dans la masse commune, à la dissolution de la communauté. La femme peut accepter ou renoncer. Si elle accepte, les immeubles sont compris dans le partage. Sont-ils mis dans son lot, l'hypothèque tombe, la femme ne pouvant avoir d'hypothèque sur sa propre chose; d'ailleurs, par l'effet du partage (art. 883), le mari est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens mis au lot de la femme, ces biens n'ont jamais été les siens, donc ils n'ont pu être frappés de l'hypothèque légale de la femme. Si, au contraire, les biens tombent au lot du mari, il en a toujours été propriétaire; les biens sur lesquels la femme a pris inscription sont les biens du mari, en vertu d'un texte formel, l'arti-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 225, note 29, § 264 *ter*.

(2) Voyez, en ce sens, Valette, p. 251 et suiv.

de 883, donc ils restent frappés de l'hypothèque de la femme. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute sérieux. La femme peut aussi renoncer; ici le doute commence. Quel est l'effet de la renonciation? C'est que la femme renonçante cesse d'être femme commune, et, en réalité, elle ne l'a jamais été. Si le principe est vrai, il décide la question. Le mari a toujours été propriétaire des biens de la communauté, ces biens ont toujours été les siens; la conséquence est évidente; il n'y a plus de différence entre les propres et les conquêts; ils se confondent dans un seul et même patrimoine, et, par conséquent, les conquêts comme les propres ont été frappés de l'hypothèque légale de la femme. On fait des objections que nous allons rencontrer, dans l'hypothèse où la femme est en concours avec un tiers acquéreur ou avec un créancier hypothécaire. Dans l'hypothèse que nous examinons pour le moment, la femme n'est en conflit qu'avec les créanciers chirographaires du mari; or, la femme peut leur opposer son hypothèque légale, comme les créanciers hypothécaires du mari peuvent leur opposer leur hypothèque conventionnelle. Sur ce point on est à peu près d'accord (1).

**370.** La question que nous discutons ne devient douteuse que lorsque le mari a aliéné ou hypothéqué les biens sur lesquels la femme a pris inscription. Il faut de nouveau distinguer si la femme accepte ou si elle renonce. On admet assez généralement que si la femme accepte, l'hypothèque tombe, tandis qu'elle subsiste si la femme renonce. La solution dépend du point de savoir quel est l'effet de l'acceptation et de la renonciation; les principes mêmes sont controversés.

Quand la femme accepte, elle est définitivement associée, et elle l'a toujours été. Comme associée, elle est censée avoir concouru aux actes que le mari a faits pendant la durée de la communauté. Quel est l'effet de ce concours en ce qui concerne l'hypothèque légale? On suppose que le mari a aliéné l'immeuble sur lequel la femme a pris in-

(1) Rejet, chambre civile, 1<sup>er</sup> août 1848 (Daloz, 1848, 1, 189). Valette, p. 252, I. Pont, t. 1, p. 559, n<sup>o</sup> 521.

scription. Si réellement la femme avait concouru à la vente, comme partie au contrat, ce concours aurait eu pour effet la renonciation de la femme à son hypothèque, pour mieux dire, à son inscription hypothécaire, à l'égard de l'acquéreur; c'est l'application de l'article 71, sur lequel nous reviendrons. Ce premier point n'est pas contesté; il entraîne, à notre avis, la décision de notre question. En effet, l'acceptation de la femme équivaut à son concours; en acceptant la communauté, elle accepte tous les actes du mari comme associée, elle est donc censée avoir figuré dans tous ces actes comme partie, donc dans l'acte par lequel le mari a aliéné le conquêt sur lequel elle avait pris inscription; partant, elle ne peut pas opposer son hypothèque à l'acquéreur. Dira-t-on que cette argumentation repose sur une fiction et qu'il n'y a pas de fiction sans loi? Il est vrai qu'il n'y a point de texte qui dise que la femme acceptante est censée avoir concouru aux actes de son mari; mais il ne fallait pas de texte, car il ne s'agit pas d'une fiction, c'est, au contraire, la réalité. La femme acceptante est associée, elle l'a toujours été, et dans la société que l'on appelle communauté, la femme est représentée par son mari, disons mieux, elle est absorbée par lui; tout ce qu'il fait est censé fait par la société, qui se concentre dans le mari; il suffit donc que le mari aliène un conquêt, pour que la femme acceptante soit censée venderesse avec son mari; cela est si vrai, que la femme est garante, au moins pour moitié, d'autres disent pour le tout. Quoi qu'il en soit, nous n'invoquons pas la garantie, nous invoquons le concours de la femme à l'acte, qui ne saurait être contesté; or, dès que la femme est partie à l'acte, elle renonce tacitement à se prévaloir de son hypothèque contre le tiers acquéreur. Ce que nous disons de l'aliénation s'applique aussi à l'hypothèque; la femme qui concourt à l'acte par lequel le mari hypothèque un conquêt, renonce au bénéfice de son inscription en faveur du créancier hypothécaire; or, quand elle accepte, elle est partie à l'acte, elle y a concouru. Cela décide la question (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 226, note 31, § 264 *ter*, et, en sens divers,

**371.** Par contre, la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune en biens, elle n'a jamais été associée, on ne peut pas dire qu'elle ait concouru aux actes du mari; celui-ci a disposé des biens dont, par suite de la renonciation, il était propriétaire exclusif, comme il aurait disposé d'un propre; il n'y a plus aucune différence entre les propres et les conquêts; donc la femme conserve son hypothèque sur les conquêts comme elle la conserve sur les propres (1).

On conteste le principe; la loi ne dit pas de la femme renonçante ce qu'elle dit de l'héritier renonçant; celui-ci est censé n'avoir jamais été héritier, mais cette fiction est étrangère à la femme, elle a réellement été associée, son mari a agi comme maître et seigneur, au nom de sa femme, il l'a représentée; comme tel, il a eu le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer; la femme peut-elle, par sa renonciation, faire tomber les actes que son mari avait le droit de faire en son nom? Que devient alors le pouvoir absolu, la maîtrise que la loi accorde au mari? Peut-on dire que le mari a le droit d'aliéner et d'hypothéquer, alors que la femme, en renonçant, ferait tomber les aliénations et les hypothèques?

Il y a une réponse à ces objections et nous la croyons péremptoire. Non, la loi ne dit pas en termes formels que la femme renonçante n'a jamais été associée, mais la tradition et les principes le disent. Dumoulin, dans son langage énergique, disait que la femme, pendant la durée de son mariage, n'était pas associée, qu'il y avait seulement espérance qu'elle le deviendrait. Quand le devient-elle? Lorsqu'elle accepte. Si elle renonce, elle ne l'a jamais été. Voilà ce que dit la tradition. Est-il vrai que le code dise le contraire? On cite l'article 1492, aux termes duquel la femme qui renonce *perd* toute espèce de droit sur les biens de la communauté; dire qu'elle *perd* tout droit, c'est dire

les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Bordeaux, 28 juin 1870 (Daloz, 1871, 2, 99).

(1) Bruxelles, 26 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 473). Rejet, chambre civile, 4 février 1856 (Daloz, 1856, 1, 161). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 225, note 30, § 264 *ter*, et les autorités en sens divers qui y sont citées.

qu'elle a eu un droit; elle a donc été associée et elle cesse de l'être par sa renonciation. Sans doute, la femme, de fait, a été associée: est-ce à dire qu'elle ait concouru aux actes du mari lorsqu'elle renonce? Telle est la vraie et la seule difficulté: or, la loi et les principes répondent que la femme renonçante n'a pas été partie aux actes faits par le mari, car elle n'est pas tenue des obligations qui en résultent, et dire qu'elle n'est pas débitrice, c'est dire qu'elle n'a pas parlé au contrat, qu'elle n'y a pas concouru, qu'elle y est étrangère; ce qui est décisif.

Ce que l'on ajoute n'est pas sérieux. Que l'hypothèque de la femme entrave le droit de disposition du mari, qui en doute? Mais qu'est-ce que cela prouve? L'hypothèque que la femme a sur les propres du mari entrave aussi l'exercice de son droit de propriété; cela n'empêche pas le droit de la femme, et cela n'anéantit pas le droit de propriété du mari; seulement c'est un droit limité, démembré par l'hypothèque. Il en est ainsi de toute hypothèque. Le droit du mari comme seigneur et maître n'est pas plus entravé que son droit comme propriétaire de ses propres. L'objection est donc de celles qui prouvent trop et dont on dit qu'elles ne prouvent rien.

**372.** Il reste une difficulté sur laquelle il y a également controverse. Un ordre s'ouvre pendant le mariage sur un conquêt grevé d'une inscription au profit de la femme. La femme peut-elle produire et sera-t-elle colloquée? Il est impossible qu'elle soit colloquée définitivement, puisque l'existence de son hypothèque est subordonnée au parti qu'elle prendra lors de la dissolution de la communauté, et il ne peut être question d'accepter ni de renoncer tant que la communauté n'est point dissoute. Mais on admet une collocation provisoire quand le droit du créancier est éventuel: il a été jugé que la femme peut invoquer ce principe et se faire colloquer provisoirement. La décision est une conséquence logique du principe, si l'on admet l'opinion générale que nous venons d'enseigner. Si la femme a une hypothèque, en cas de renonciation, elle doit avoir le droit de la conserver en faisant des actes conservatoires. On ne peut pas lui objecter qu'elle n'a pas d'hypothèque, car pendant

la durée de la communauté, les conquêts sur lesquels elle a pris inscription sont la propriété du mari; son droit actuel de se présenter à l'ordre ne saurait donc être contesté; seulement la collocation ne peut être définitive, puisque l'hypothèque peut s'évanouir. On concilie tous les droits en la colloquant provisoirement (1).

### § III. Spécialisation de l'hypothèque de la femme.

#### N° I. OBJET ET EFFET DE LA SPÉCIALISATION.

**373.** L'hypothèque légale de la femme, de même que celle des mineurs et interdits, était dispensée de l'inscription sous l'empire du code civil, en ce sens qu'elles produisaient effet, alors même qu'elles n'avaient pas été inscrites. Elle était aussi générale. Ainsi, tous les biens du mari, présents et à venir, même ceux qu'il acquérait après la dissolution du mariage, étaient grevés d'hypothèque au profit de la femme. Les tiers qui traitaient avec le mari pouvaient savoir, à la vérité, que ses biens étaient soumis à l'hypothèque légale, puisque la loi le leur apprenait, mais il leur était impossible de connaître l'étendue de ces charges; et quand les biens étaient aliénés, il devenait très-difficile, après de nombreuses mutations, de s'assurer s'ils avaient été possédés par un homme marié, et plus difficile encore de s'informer du montant des créances garanties par cette hypothèque occulte. Une grande partie du sol était grevée de charges que les tiers ne pouvaient pas connaître; il en résultait que les transactions immobilières étaient entravées, au grand préjudice des propriétaires qui ne trouvaient pas le crédit auquel leur fortune leur donnait droit, ou ne l'obtenaient qu'à des conditions ruineuses. La clandestinité et la généralité de l'hypothèque légale de la femme étaient incompatibles avec le principe de la loi nouvelle; le législateur belge l'a soumise à la règle générale de la publicité et de la spécialité. Pour que l'hypothèque

(1) Bastia, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1868, 2, 147). En sens contraire, Metz, 31 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).

légale de la femme puisse être inscrite, elle doit être préalablement spécialisée, c'est-à-dire que le montant des créances doit être fixé et qu'un acte doit déterminer les immeubles sur lesquels inscription sera prise.

**374.** Le principe de la spécialisation est commun aux hypothèques légales de la femme et des mineurs, mais l'organisation diffère. Quand il s'agit des mineurs, la loi veut que les garanties hypothécaires leur soient assurées dès l'ouverture de la tutelle, et avant l'entrée en gestion du tuteur. De là, la nécessité de spécialiser et d'inscrire l'hypothèque à un moment où le mineur n'a pas encore de droits contre son tuteur, et où il est impossible de préciser le montant des créances qu'il pourra avoir. Cela n'est pas sans inconvénient. En principe, l'hypothèque ne peut pas exister tant qu'il n'y a point d'obligation principale, puisqu'il ne saurait y avoir de garantie accessoire tant qu'il n'y a pas de droit qui doive et puisse être garanti. De plus il y a danger que l'inscription qui sera prise avant l'entrée en gestion du tuteur ne soit ou excessive ou insuffisante; de là, la nécessité de la réduire ou de l'augmenter, ce qui nécessite de nouvelles délibérations du conseil de famille, alors qu'il est déjà si difficile d'en obtenir une seule.

La spécialisation de l'hypothèque légale de la femme se fait-elle de la même manière? En théorie, il y a une différence entre les droits de la femme et les droits des mineurs. Ceux-ci ont action contre le tuteur du chef de sa gestion; la garantie du mineur doit donc exister dès que la gestion commence. De là, la nécessité de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs avant l'entrée en fonctions du tuteur, et de donner rang à l'hypothèque avant que la créance existe. Il n'en est pas de même de la femme. Les droits que l'hypothèque légale est destinée à garantir, naissent à des époques diverses; les uns avant le mariage, et résultant des conventions matrimoniales des futurs époux; les autres pendant le cours du mariage. Quant aux droits qui naissent lors du mariage, il est facile de les spécialiser et d'inscrire l'hypothèque avant la célébration du mariage, puisque les époux qui ont des biens font régulièrement un contrat devant notaire; c'est de ce contrat que procèdent