

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 acquerrait 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

les droits que la femme a contre son mari ; il était naturel de spécialiser la garantie hypothécaire par le même acte qui donne naissance aux droits qu'elle a pour objet d'assurer. Mais il est impossible de spécialiser, avant le mariage, les droits qui naissent pendant le cours de l'union conjugale ; ce sont ou des espérances, telles que les successions et les donations que la femme recueillera, mais des espérances ne sont pas des droits ; ou ce sont des obligations que la femme contracte avec son mari, et comment prévoir, avant le mariage, les nécessités qui engageront la femme à s'obliger ? Il en est de même des récompenses dues à la femme en cas d'aliénation de ses propres, elles dépendent d'éventualités qu'il est impossible de prévoir. Il fallait donc organiser, pour les droits de la femme qui prennent naissance pendant le mariage, un mode de spécialisation différent de celui que l'on suit pour spécialiser l'hypothèque de la femme au moment où sont dressées les conventions matrimoniales. Dans le dernier cas, la spécialisation se fait lorsque les droits naissent, quoiqu'ils ne deviennent certains que par la célébration du mariage. Dans le premier cas, la spécialisation ne peut se faire qu'au fur et à mesure que les créances de la femme prennent naissance : quand une succession lui échoit, quand elle contracte une obligation dans l'intérêt de son mari, ou quand la communauté tire un profit des propres de la femme.

375. Cette théorie est-elle celle de la loi hypothécaire ? C'était celle du code civil (art. 2135). Quant au mineur, le code ne faisait aucune distinction ; il lui donnait une hypothèque, du jour de l'acceptation de la tutelle, pour tous les droits qu'il avait contre le tuteur du chef de la gestion de celui-ci. Mais, quant à la femme, l'article 2135 distinguait : pour les dot et conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les droits qui naissent lors du mariage, la femme avait hypothèque à compter du jour où le mariage était célébré. Toutefois, en ce qui concerne la dot, la femme n'avait hypothèque pour les sommes dotales provenant de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou

du jour que les donations avaient eu leur effet. Donc le rang de l'hypothèque légale dépendait de la date à laquelle la créance dotale prenait naissance. Il en était de même de l'hypothèque pour l'indemnité des dettes que la femme contractait avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés : elle avait rang à partir du jour de l'obligation ou de la vente.

La loi belge a-t-elle dérogé au code Napoléon ? Elle y a dérogé en un point très-important, c'est que l'hypothèque de la femme n'existe plus de plein droit ; elle doit être spécialisée et inscrite, et son rang dépend de la date de l'inscription. Voilà pourquoi la loi belge ne s'occupe plus du rang de l'hypothèque légale ; celle-ci est soumise au droit commun, elle n'a rang qu'à partir de son inscription. Reste à savoir quand elle peut être inscrite. La loi contient, à cet égard, trois dispositions. D'abord l'article 64, qui permet à la femme de spécialiser son hypothèque pour sa dot et ses conventions matrimoniales, par le contrat de mariage ; l'hypothèque spécialisée doit être immédiatement inscrite avant la célébration du mariage, et elle a effet à partir de son inscription. C'est le système du code civil, sauf que l'hypothèque de la femme avait rang sans inscription à partir du jour du mariage (art. 2135, 2°).

L'article 64 ajoute, § 2, que la femme peut également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même *conditionnelles* ou *éventuelles*, qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. Cette disposition donne lieu à une première difficulté : l'hypothèque pour reprises doit-elle être *stipulée*, c'est-à-dire est-elle *conventionnelle* ou est-elle *légale*, et la spécialisation seulement se fait-elle par convention ? Cette dernière opinion est la nôtre ; nous y reviendrons. Il y a une autre difficulté. Qu'est-ce que la loi entend par *reprises de toute nature, conditionnelles* ou *éventuelles* ? A notre avis, ce sont les reprises stipulées par contrat de mariage, donc des droits contractuels ; peu importe qu'ils soient *conditionnels* ou *éventuels*, car un droit conditionnel ou éventuel peut être garanti par une hypothèque. Si les reprises sont des droits contractuels, elles se confondent

avec les conventions matrimoniales mentionnées dans le § 1^{er}. Pourquoi la loi, après avoir parlé des conventions matrimoniales en général, parle-t-elle des *reprises* qui, dans notre opinion, résultent aussi des conventions matrimoniales? Les travaux préparatoires ne nous apprennent rien sur l'objet du § 2 de l'article 64; il faut donc recourir à la tradition. Or, sous l'empire du code civil, la question de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour les reprises conditionnelles et éventuelles stipulées par le contrat de mariage, était controversée; les auteurs de la loi nouvelle ont tranché cette controverse, comme ils le font régulièrement pour les difficultés qui s'étaient présentées dans l'application du code Napoléon (n^{os} 351-355).

376. Les articles 66 et 67 confirment notre interprétation. L'article 66 prévoit le cas où l'hypothèque n'a pas été stipulée, c'est-à-dire spécialisée par le *contrat*, et le cas où les garanties déterminées par le *contrat* sont insuffisantes. Cette disposition se rapporte à l'article 64, comme le dit formellement la fin de l'article 66. On suppose d'abord que le contrat de mariage garde le silence sur l'hypothèque légale de la femme; cela n'empêche pas cette hypothèque d'exister, puisqu'elle existe en vertu de la loi; la loi devait donc donner à la femme un moyen de la rendre efficace en la spécialisant et en l'inscrivant pendant le mariage; ce qui se fait, comme nous le dirons plus loin, avec l'autorisation du président du tribunal.

L'hypothèque stipulée par le contrat peut aussi être insuffisante. Dans ce cas, la loi permet à la femme, toujours autorisée par le président, de prendre une inscription supplémentaire.

Enfin, il peut ne pas y avoir de contrat de mariage devant notaire : les conventions matrimoniales des époux sont réglées, dans ce cas, par la loi. Il est impossible, dans cette hypothèse, de spécialiser l'hypothèque de la femme avant le mariage, puisque la spécialisation ne peut se faire que par contrat notarié. Elle se fera pendant le mariage avec autorisation du président. L'article 66, à la fin, dit que, dans tous ces cas, la femme pourra requérir une inscription *pour sûreté des droits énumérés au § 1^{er} de*

l'article 64. Cela veut-il dire que la femme ne peut pas prendre inscription, pendant le mariage, pour sûreté des reprises dont il est parlé dans le § 2 de l'article 64? La loi ainsi interprétée n'aurait pas de sens. En effet, les *reprises* du § 2 sont des droits de même nature que les *conventions matrimoniales* du § 1^{er}; elles sont comprises parmi les *droits et créances* pour sûreté desquelles l'article 47 accorde une hypothèque à la femme; cette hypothèque est donc légale, comme nous le dirons plus loin, et non conventionnelle. Donc si l'hypothèque légale pour reprises n'est pas spécialisée par le contrat, la femme doit avoir le droit de la faire spécialiser et inscrire pendant le mariage. Il y a non-seulement identité de motif, il y a un argument *a fortiori*. Quand les droits de la femme sont certains, il n'y a aucune raison pour ne pas spécialiser l'hypothèque par l'acte même qui y donne naissance; tandis que, les droits conditionnels ou éventuels pouvant ne pas se réaliser, l'intérêt de la femme est moindre, il peut devenir plus probable pendant le mariage; la loi serait donc souverainement illogique et incompréhensible si elle refusait à la femme le droit de prendre inscription, pendant le mariage, pour les reprises conditionnelles ou éventuelles, alors qu'elle lui permet de prendre inscription pour des droits certains résultant des conventions matrimoniales, dans les cas où, pour une cause quelconque, la femme n'a pas fait spécialiser son hypothèque par son contrat de mariage.

On demandera pourquoi la loi, au lieu de dire : pour sûreté des droits énumérés en l'article 64, ce qui aurait compris formellement les *reprises*, a dit : pour sûreté des droits énumérés au § 1^{er} de l'article 64; ce qui semble exclure les reprises conditionnelles ou éventuelles. Cette apparente restriction ne se trouvait pas dans le projet; elle fait partie des amendements que le ministre de la justice a proposés, il n'en a pas développé les motifs; et la commission de la chambre, en les adoptant, a déclaré que c'étaient de simples changements de rédaction (1); donc des chan-

(1) Parent, p. 172 et 194.

gements qui ne touchent pas au fond. C'est tout ce que les travaux préparatoires nous apprennent. En définitive, nous ne savons pas pourquoi le projet a été modifié; toujours est-il qu'il ne l'a pas été au fond. Donc la question doit être décidée d'après les principes et d'après l'esprit de la loi.

377. Reste l'article 67, qui parle de *toutes causes de recours* que la femme peut avoir contre le mari. Ces termes sont trop généraux, car ils comprennent même les droits nés lors du mariage, puisqu'ils donnent aussi lieu à un recours contre le mari; or, ces droits sont sauvegardés par l'article 66; donc l'article 67 ne peut pas prévoir ces mêmes causes de recours. L'expression *toutes causes de recours* doit donc être limitée; les exemples que la loi donne prouvent qu'il s'agit de droits naissant pendant le mariage: «... telles que, dit l'article 67, les causes de recours qui résultent d'obligations souscrites par la femme, d'aliénation de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle aurait été appelée.» Toutes ces créances prennent naissance pendant le mariage; donc les causes de recours dont parle l'article 67 sont celles qui existent entre époux; elles n'ont pas pu être spécialisées par le contrat de mariage, parce que la spécialisation en est impossible à cette époque; partant, le législateur a dû permettre à la femme de les faire spécialiser et inscrire au fur et à mesure qu'elles naissent, si, bien entendu, elle y trouve un intérêt. Dire que l'hypothèque peut être spécialisée pendant le mariage, ce n'est pas dire que la femme prendra toujours inscription; il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque est une garantie en cas d'insolvabilité du mari; c'est donc seulement quand il y a crainte d'insolvabilité que la femme fera spécialiser et inscrire son hypothèque, ce qui sera toujours une rare exception.

Ainsi interprété, le système de la loi belge est irréprochable. Elle ne grève pas les biens du mari inutilement, en vue d'une insolvabilité qui d'ordinaire ne se présentera pas: c'était le vice du code civil. Tous les biens du mari, présents et futurs, étaient chargés de plein droit d'hypothèques pour la garantie des droits de la femme, droits qui le plus souvent n'avaient rien à risquer, puisque régulière-

ment le mari est solvable: la faillite et la déconfiture sont toujours des exceptions. D'après la loi belge, l'hypothèque légale doit être spécialisée et inscrite; elle le sera bien rarement par le contrat de mariage, car, à ce moment, les futurs époux ou leurs familles ne peuvent certes pas prévoir l'insolvabilité du mari. La spécialisation sera encore rare pendant le mariage: pourquoi la femme réaliserait-elle sa garantie hypothécaire tant que ses droits ne courent aucun risque? Et c'est certainement là le cas général. C'est seulement quand les affaires du mari se dérangeront et que les droits de la femme seront menacés, que la femme et sa famille songeront à assurer ses droits par une inscription hypothécaire. Et si l'inscription est prise avant que l'insolvabilité du mari soit consommée, les droits de la femme seront garantis. La loi belge lui procure donc une sûreté suffisante, sans grever inutilement tout le patrimoine immobilier du mari.

378. Il y a une autre interprétation des articles 64, 66 et 67 qui est généralement admise. On enseigne que la femme peut, en vertu de l'article 64, prendre inscription, avant le mariage, pour tous les droits actuels et futurs qu'elle a ou pourra avoir contre son mari, soit par son contrat de mariage, soit pendant le mariage, en faisant spécialiser l'hypothèque conformément audit article. De sorte que la femme pourrait faire spécialiser, dans son contrat de mariage, les causes de recours prévues par l'article 67, aussi bien que les droits énumérés par l'article 64; non-seulement l'hypothèque pour sûreté de sa dot, de ses conventions matrimoniales et de ses reprises, mais encore l'hypothèque pour sûreté de toutes espèces de recours naissant pendant le mariage, telles que celles qui résulteront d'obligations par elle souscrites, d'aliénation de ses propres, de donations qu'elle recevrait ou de successions auxquelles elle pourrait être appelée. Voici quel serait, dans ce système, le rapport entre l'article 64 et les articles 66 et 67. Par son contrat de mariage, la femme peut faire spécialiser toutes les créances qu'elle a ou pourra avoir contre son mari. Si elle ne l'a pas fait, elle peut encore requérir inscription, pendant le mariage, pour ses dot et conventions

matrimoniales, en vertu de l'article 66, et pour toutes les autres causes de recours en vertu de l'article 67 (1).

Nous croyons que cette interprétation est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi, et elle n'a aucun appui ni dans la tradition, ni dans les travaux préparatoires. L'article 47 accorde à la femme une hypothèque légale pour ses *droits et créances*. Cette hypothèque doit être spécialisée; les articles 64, 66 et 67 règlent la spécialisation. Le premier élément de la spécialisation consiste à déterminer le montant de la créance. La loi fait, à cet égard, une distinction très-naturelle, empruntée au code civil. Il y a des droits qui naissent lors du mariage, ils résultent des conventions matrimoniales; le contrat qui les stipule spécialise en même temps l'hypothèque que la femme a pour la sûreté de ces droits; c'est l'objet de l'article 64, qui concerne la dot et les conventions matrimoniales, ainsi que les *reprises*. Qu'entend-on par *reprises*? Le mot suppose que la femme *reprend*, en tout ou en partie, les biens qu'elle a apportés au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage. Si elle les reprend, c'est en vertu d'une convention matrimoniale; donc les reprises mentionnées au § 2 rentrent dans les conventions matrimoniales dont parle le § 1^{er}; si la loi a ajouté une disposition particulière sur les reprises, c'est que, sous l'empire du code, la question de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour ses reprises conditionnelles et éventuelles était controversée. L'article 64 tranche la controverse en faveur de la femme (n° 375).

Dans l'opinion contraire, on comprend sous le mot *reprises* toutes les causes de recours dont parle l'article 67, c'est-à-dire les droits qui naissent pendant le mariage. Nous remarquerons d'abord que l'article 67 ne parle pas de *reprises*; il dit que la femme peut prendre inscription pour *toutes causes de recours*, et les exemples qu'il donne prouvent qu'il s'agit de recours qui naissent pendant le mariage. Quand la femme souscrit une obligation en faveur de son mari, elle a un *recours* contre lui, elle n'a pas une *reprise*;

(1) Martou. t. III, p. 80, n° 919; Beckers, p. 130, nos 105 107).

quand ses propres sont aliénés, elle ne peut pas les *reprendre*, elle a une récompense qu'elle exerce par voie de prélèvement ou d'action contre son mari; c'est cette action qui est garantie par une hypothèque. Toutefois l'article 1470 donne le nom de *reprise* à l'exercice des droits de la femme sur les biens du mari; on pourrait donc dire que l'article 64 permet de spécialiser l'hypothèque que la femme a, de ce chef, sur les biens du mari. Il en est de même des successions et donations que la femme recueille pendant le mariage; il y a lieu à recours, de ce chef, quand ce sont des sommes dotales, dont la femme a la *reprise* en vertu des conventions matrimoniales. La question est de savoir si les *recours* ou *reprises* prévus par l'article 67 rentrent dans l'expression générale de *reprises éventuelles* dont se sert l'article 64.

A notre avis, l'article 67 n'a aucun rapport avec l'article 64. L'article 64 suppose que la femme a droit à des reprises en vertu du contrat de mariage, reprises dont le montant est déterminé, quoique le droit puisse être conditionnel ou éventuel; par exemple, le droit de reprendre, en cas de renonciation, le mobilier qu'elle apporte en mariage: on sait quel est le montant de la reprise, mais le droit de la femme est conditionnel et éventuel, puisqu'il dépend de sa survie et de sa renonciation. Rien n'empêche donc la femme de spécialiser l'hypothèque par son contrat de mariage. Le cas prévu par l'article 67 est tout différent: il s'agit d'un droit né pendant le mariage et que le contrat de mariage n'a pas pu spécialiser: telles sont les sommes dotales que la femme recueille à titre de donation ou de succession. Le contrat de mariage peut bien dire que la femme reprendra le mobilier dotal qui lui écherra pendant le mariage, mais il ne peut pas déterminer, même approximativement, le montant de ces sommes. Il y a plus: la loi n'accorde pas d'hypothèque, de ce chef, lors du mariage; donc il ne peut pas s'agir de la spécialiser. En effet, la loi accorde une hypothèque à la femme pour ses *droits et créances*; or, les donations et successions que la femme pourra recueillir et, par suite, reprendre ne sont ni un *droit* ni une *créance*; les successions ne sont qu'une espérance, et