

les donations sont moins que cela. C'est parce que les créances qui naissent pendant le mariage ne peuvent pas être spécialisées par le contrat de mariage, que la loi a dû permettre à la femme de les faire spécialiser et inscrire pendant le mariage. C'est ce que fait l'article 67, sans citer l'article 64, comme le fait l'article 66. Si, comme on le prétend, l'article 67 avait le même but que l'article 66, la loi aurait répété dans l'article 67 ce qu'elle dit dans l'article 66 : « A défaut de stipulation d'hypothèque, ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat », etc. Pour mieux dire, un seul article aurait suffi pour dire que la femme peut spécialiser son hypothèque pendant le mariage, comme elle le peut par son contrat de mariage. Dans l'opinion que nous combattons, l'article 67 n'a pas de raison d'être.

Si les textes laissaient un doute, il serait levé par l'esprit de la loi. Le code civil accordait une hypothèque générale et occulte à la femme; c'était une faveur excessive. Toutefois il réglait le rang de cette hypothèque dans l'intérêt des tiers et du mari. Ainsi, pour la dot, l'hypothèque avait rang à compter du jour du mariage, en ce qui concerne les biens apportés lors du contrat; mais, quant aux sommes dotales provenant de successions échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, l'hypothèque n'avait rang qu'à partir de l'ouverture des successions ou du jour où les donations avaient eu leur effet; de même la femme n'avait d'hypothèque, pour les dettes par elle contractées avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. Dans ce système, les biens du mari restaient libres et, par conséquent, il conservait quelque crédit, quant aux droits qui prenaient naissance pendant le mariage, jusqu'à ce que ces droits fussent nés. Le législateur belge a soumis l'hypothèque légale de la femme mariée à la loi commune de la spécialité et de la publicité. Il l'a fait dans l'intérêt du crédit du mari et des droits des tiers; et l'on veut que la loi ait aggravé les vices du code civil en accordant à la femme une hypothèque ayant rang avant le mariage pour les droits qui ne prennent naissance que pendant le mariage, et qui

le plus souvent n'existeront point! Cela n'aurait pas de sens.

On dira que, l'hypothèque devant être spécialisée, tout dépendra des parties contractantes. Sans doute; aussi la question que nous discutons est-elle assez oiseuse, car nous doutons qu'il se soit trouvé et qu'il se trouve jamais des époux qui stipulent une hypothèque spéciale par leur contrat de mariage, pour les droits qui pourraient naître pendant le mariage. C'est un débat de théorie. Toujours est-il que la loi, telle qu'on l'interprète, serait absurde, car elle aboutirait à ceci : c'est que le législateur belge, qui voulait diminuer les inconvénients de l'hypothèque légale, les aurait aggravés en donnant à la femme une hypothèque pour des droits que, le plus souvent, la femme n'aura point. Il faut dire plus; c'est que, au point de vue pratique, l'application de la loi serait impossible. Pour spécialiser, il faut une base : et où est la base de la spécialisation quand il s'agit de donations futures ou d'obligations futures? Si cependant les époux stipulaient une hypothèque pareille, serait-elle valable? Ce ne serait pas une hypothèque légale, ce serait une hypothèque conventionnelle; il faudrait, par conséquent, appliquer les principes que nous exposerons, au titre des *Hypothèques conventionnelles*, sur l'hypothèque des dettes futures.

379. Dans notre opinion, la loi belge reproduit le système du code civil sur le rang de l'hypothèque, en distinguant les droits qui naissent lors du mariage de ceux qui prennent naissance pendant le mariage. Mais notre loi améliore le code Napoléon en ordonnant la spécialité et la publicité de l'hypothèque légale. Si la femme prend soin de faire spécialiser son hypothèque et de l'inscrire, avant le mariage, pour sa dot, ses conventions matrimoniales et ses reprises, et, pendant le mariage, aussitôt qu'elle acquiert une créance contre son mari, le système de la nouvelle loi sera identique avec celui de la loi ancienne, sauf cette seule différence que l'hypothèque pour raison des droits qui naissent pendant le mariage n'aura rang que postérieurement à l'acquisition de ces droits; tandis que, sous l'empire du code civil, l'hypothèque existait à l'instant

même où le droit était acquis. La loi hypothécaire maintient donc le principe du code civil quant au rang de l'hypothèque légale; elle le modifie seulement en un point, c'est que, pour avoir ce rang, la femme doit spécialiser son hypothèque et l'inscrire. C'est une grande amélioration, au point de vue des intérêts du mari et des tiers. Régulièrement l'hypothèque ne sera pas spécialisée ni inscrite, parce que la garantie sera inutile; et, dans ce cas, le mari jouira de tout le crédit que lui assure sa fortune. S'il devient nécessaire de prendre inscription sur ses biens, les intérêts de la femme seront aussi sauvegardés, puisque, d'un instant à l'autre, elle peut faire spécialiser et inscrire son hypothèque avec l'autorisation du président.

380. L'hypothèque légale de la femme étant soumise à la publicité, il en résulte que tous ses effets dépendent de l'inscription. Il faut donc appliquer à l'hypothèque de la femme le principe établi par l'article 81 (code civil, article 2134) en ces termes : « Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. » Cela est sans difficulté pour les droits qui sont spécialisés pendant le mariage; la femme ne peut requérir inscription qu'à partir du moment où elle a acquis un droit contre son mari et après que le président aura spécialisé l'hypothèque. Quant aux droits antérieurs au mariage, l'article 64 porte que la spécialisation se fera par le contrat de mariage et que l'hypothèque sera inscrite par le mari avant la célébration du mariage; la loi ajoute que l'hypothèque aura son effet à dater de l'inscription. C'est l'application des principes généraux; d'une part, l'hypothèque a rang dès qu'elle est inscrite (art. 81; code civil, art. 2134); et, d'autre part, les conventions matrimoniales sont consenties sous la condition que le mariage sera célébré, et la condition accomplie a un effet rétroactif (art. 1179); d'où la conséquence que les conventions matrimoniales produisent leur effet à partir du jour où le contrat a été passé devant notaire. Cela est très-juridique, mais le résultat n'en est pas moins étrange : c'est que l'hypothèque aura rang à un moment où il n'y a encore ni

mariage, ni femme mariée, ni droits contre le mari. Le code civil évitait cette anomalie, en disposant que l'hypothèque pour dot et conventions matrimoniales aurait rang à partir du mariage célébré devant l'officier de l'état civil, et non à partir du contrat reçu par notaire (art. 2135).

381. Dans notre opinion, l'hypothèque dont parle l'article 64 est légale. On interprète d'ordinaire la loi en ce sens que l'hypothèque de la femme pour les droits qui naissent lors du mariage est conventionnelle plutôt que légale. M. d'Anethan le dit en toutes lettres, dans son rapport au sénat : « L'hypothèque que la femme peut *acquérir* en vertu de l'article 64 est une *véritable hypothèque conventionnelle*; elle sera *stipulée* dans le contrat de mariage; elle sera donc *donnée* du *consentement* du mari (1). » La plupart des auteurs reproduisent cette explication. Martou dit que l'hypothèque de la femme, établi en principe par la volonté du législateur, n'existe en fait que par la volonté des parties. A ce point de vue, l'hypothèque de la femme reproduit les caractères de l'hypothèque conventionnelle, bien plus qu'elle ne rappelle l'ancienne hypothèque légale, qui s'exerçait sur tous les immeubles du mari, présents et futurs, par le seul effet de la loi. Plus loin, Martou répète les paroles du rapporteur de la commission du sénat : « L'hypothèque légale qui fait l'objet de l'article 64 est devenue une *véritable hypothèque conventionnelle* (2). »

Dans cette opinion, l'hypothèque de la femme n'est légale que lorsqu'elle est inscrite pendant le mariage. « Les articles 66 et 67, dit M. d'Anethan, permettent à la femme de requérir une inscription hypothécaire, après la célébration du mariage, pour toutes causes légitimes de recours quelconques. Cette faculté constitue véritablement le droit d'hypothèque légale, puisque le consentement du propriétaire de l'immeuble n'est pas exigé pour la constituer (3). » M. Arntz a systématisé cette interprétation en disant que

(1) D'Anethan, Rapport de la commission (Parent, p. 417). Le ministre de la justice a dit, dans la séance du 5 février 1851, que l'hypothèque, d'après le projet, était à la fois légale et conventionnelle (Parent, p. 294).

(2) Martou, t. III, p. 18, nos 894 et 895.

(3) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 418).

l'hypothèque de la femme est conventionnelle ou légale : elle est conventionnelle dans le cas prévu par l'article 64, elle est légale dans les cas prévus par les articles 66 et 67 (1).

M. Delebecque est le seul interprète qui rejette cette distinction (2); nous croyons, comme lui, que l'hypothèque de la femme est toujours légale, seulement la spécialisation en est conventionnelle quand elle se fait avant le mariage; tandis que, pendant le mariage, elle se fait sans concours de consentement. Les textes et les principes ne laissent aucun doute sur ce point. C'est l'article 45 qui définit les diverses espèces d'hypothèques; il distingue l'hypothèque légale de l'hypothèque conventionnelle : la première résulte de la loi, la seconde dépend des conventions. C'est dire que l'hypothèque légale existe, indépendamment de toute convention, par la seule force de la loi. Puis vient une section intitulée : *Des hypothèques légales*. L'article 47 les énumère, et en première ligne, il place l'hypothèque de la femme. « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari. » L'hypothèque de la femme est donc légale; par cela seul elle ne saurait être conventionnelle. car ce qui caractérise l'hypothèque légale, c'est que la loi seule la crée, et elle la crée parce que les incapables auxquels elle l'accorde ne peuvent pas, à raison de leur incapacité, veiller eux-mêmes à leurs intérêts. Il est donc contradictoire de parler d'une hypothèque *conventionnelle* quand il est question des incapables; si leur hypothèque était conventionnelle, il eût été inutile que le législateur intervint, comme le dit l'article 47, pour attacher cette garantie à leurs droits et créances; il pouvait s'en rapporter aux libres stipulations des parties intéressées.

382. Reste à savoir si les articles 64, 66 et 67 justifient la distinction que font les interprètes entre l'hypothèque conventionnelle de la femme et son hypothèque légale. Nous disons que cela est impossible; car le législateur,

(1) Arntz, *Cours de droit français*, t. II, p. 718 et 719.
 (2) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 256, n° 344.

après avoir dit, dans l'article 47, que l'hypothèque de la femme est légale, ne peut pas dire, dans l'article 64, qu'elle est conventionnelle en règle générale, et légale par exception, dans les cas où les parties ne l'auraient pas spécialisée par contrat de mariage. En réalité, la loi ne dit pas cela. Quel est l'objet des articles 64, 66 et 67? Est-ce de définir la nature de l'hypothèque dont la femme jouit? Non, les articles 45 et 47 avaient décidé que la femme a une hypothèque légale pour ses droits et créances. Mais comme cette hypothèque est soumise aux principes de spécialité et de publicité, il fallait régler le mode de la spécialiser et déterminer par qui elle serait inscrite. Il ne s'agit donc, dans les articles 64, 66 et 67, que de la spécialisation de l'hypothèque de la femme. Avant le mariage, elle se fait par convention, partant, elle est conventionnelle; pendant le mariage, elle se fait sans concours de consentement. Est-ce à dire que l'hypothèque devient conventionnelle lorsqu'elle est spécialisée par contrat de mariage? L'hypothèque conventionnelle est celle qui n'existe que par le concours de volontés des parties intéressées; et, une fois qu'elle est consentie, les parties ne peuvent demander ni la réduction, ni l'extension de l'inscription. Or, l'hypothèque de la femme existe, en vertu de la loi (art. 47), avant d'être spécialisée; et, alors même qu'elle est spécialisée par contrat de mariage, la femme peut encore, pendant le mariage, requérir de nouvelles inscriptions en vertu de l'article 66. La femme créancière n'est donc pas liée par la spécialisation conventionnelle; ce qui est très-logique, comme nous le dirons plus loin. Il y a plus; le plus souvent il n'y a pas de spécialisation conventionnelle, parce qu'il n'y a pas de contrat de mariage : c'est la communauté légale qui est le régime de droit commun, et c'est aussi le régime ordinaire. Quoiqu'il n'y ait pas de contrat de mariage, la femme a une hypothèque, et cette hypothèque est nécessairement légale. Alors même que les époux font un contrat devant notaire, il arrivera le plus souvent que l'hypothèque n'y sera pas spécialisée; cela n'empêche pas la femme d'avoir une hypothèque légale, qu'elle pourra faire spécialiser pendant le mariage : voilà encore un cas dans lequel l'hypothèque de