

ne peut jamais renoncer à un droit qui est d'ordre public (1). Autre est la question de savoir si la femme peut renoncer au bénéfice de son inscription dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le mari, comme acquéreurs ou créanciers hypothécaires. L'article 71 le lui permet implicitement. Nous y reviendrons en traitant de la cession de l'hypothèque.

N° 2. COMMENT SE FAIT LA SPÉCIALISATION.

**387.** Il faut distinguer la spécialisation qui se fait par contrat de mariage et la spécialisation qui se fait pendant le mariage. La différence ne concerne pas seulement les personnes qui interviennent dans l'acte; elle concerne aussi les conditions et les effets.

I. De la spécialisation qui se fait par contrat de mariage.

**388.** La spécialité est, en principe, la même dans toute hypothèque, légale ou conventionnelle. Quand c'est une convention qui crée l'hypothèque, l'acte qui l'établit la spécialise en déterminant la somme pour laquelle elle est consentie et les immeubles qui en sont grevés (art. 80 et 78). Pour l'hypothèque légale, il n'y a point d'acte qui établisse l'hypothèque, puisqu'elle résulte de la loi. Il faut donc une spécialisation qui permette de la rendre publique en faisant connaître le montant de la créance et les immeubles qui sont affectés à son acquittement. La loi veut avant tout que la somme pour laquelle inscription sera prise soit fixée, car la détermination des immeubles dépend du montant des créances qui doivent être garanties par l'hypothèque. Nous avons dit que les difficultés sont grandes quand il s'agit de spécialiser l'hypothèque légale du mineur. Pour ce qui regarde l'hypothèque de la femme, la loi ne s'occupe pas de la spécialisation de la somme, elle se contente de dire que l'hypothèque doit être spéciale; cela est très-naturel. Ce sont les parties elles-mêmes qui spécialisent l'hypothèque par une clause de leur contrat de

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 123, n° 1110.

mariage; c'est donc à elles qu'il incombe de fixer la somme pour laquelle inscription sera prise. Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne la dot que la femme apporte en se mariant; le chiffre en est nécessairement fixé par le contrat de mariage. Mais que faut-il dire des sommes dotales qui proviendront des successions auxquelles la femme pourra être appelée, ou de donations qui lui seront faites pendant le mariage? D'après le code civil, l'hypothèque de la femme n'avait rang, de ce chef, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations avaient leur effet. Sous l'empire de la nouvelle loi, on admet que ces successions et donations sont une reprise éventuelle pour laquelle la femme, aux termes de l'article 64, peut stipuler une hypothèque. Les époux pourraient donc convenir qu'une inscription sera prise sur les biens du mari pour garantir des valeurs dotales que la femme pourra recueillir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (1). Dans notre opinion, la femme ne peut prendre inscription, du chef des successions et donations qu'elle recueille pendant le mariage, qu'en vertu de l'article 67, c'est-à-dire avec autorisation du président du tribunal (n° 378).

**389.** Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles donnent à la femme un avantage pour lequel elle a une action contre son mari, se spécialisent par leur objet même. Peu importe que l'avantage soit éventuel ou conditionnel, cela n'empêche pas que l'objet en soit déterminé, ce qui suffit pour le principe de spécialité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut des conventions matrimoniales (n°s 343, 344).

C'est encore en vertu des conventions matrimoniales que la femme a hypothèque pour les créances qu'elle aura contre le mari administrateur de ses biens. Ici la difficulté se représente, quand il s'agit de spécialiser cette créance. Nous croyons qu'il faut appliquer la distinction que nous avons faite pour la dot. S'agit-il de propres que la femme possède lors du mariage, le droit de la femme à une indemnité dépendra des éventualités de la gestion; c'est le

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 132, n° 107.

terme dont la loi se sert quand elle organise la spécialisation de l'hypothèque du mineur; il y a une base certaine, la fortune de la femme, donc la détermination d'une somme pour indemnité est possible; dès lors il faut s'en tenir au texte qui permet de prendre inscription pour des droits éventuels.

A la rigueur, on pourrait aussi déterminer une somme pour créances alimentaires, en cas de séparation de biens ou de corps. Le droit est certain et la quotité peut se déterminer d'après la condition des époux et la fortune du mari. C'est donc encore une créance éventuelle dans le sens de l'article 64, § 2.

Il est plus difficile de déterminer une somme pour dépens. Cependant comme le droit de la femme est certain, la spécialisation pourrait, au besoin, se faire. Il faut convenir que ces questions sont assez oiseuses. La femme prévoit-elle l'abus de la puissance maritale et les désordres de son futur mari? Et si elle les prévoyait, pourrait-elle d'écemment stipuler des garanties en vue de cette éventualité? et le mari s'y soumettrait-il?

**390.** Doit-on comprendre, parmi les droits éventuels pour lesquels la femme peut stipuler une hypothèque, ceux dont il est traité dans l'article 67? Dans l'opinion généralement suivie, l'article 67 est la suite et le complément de l'article 64, § 2. Si l'on admet cette interprétation, il faut dire que les époux peuvent convenir, par leur contrat de mariage, que la femme prendra inscription pour le recours qu'elle aura contre son mari du chef des obligations qu'elle souscrira en sa faveur (1). Le droit de la femme est certain si elle contracte des obligations au profit de son mari; mais pour fixer le montant du recours, il faut déterminer le montant des obligations que la femme sera dans le cas de souscrire, et ce chiffre dépend de la fortune de la femme. Ici il y a un élément qui échappe à la spécialisation. On peut bien fonder un calcul de probabilités sur les biens présents de la femme; mais il est impossible de calculer ses biens futurs, puisqu'ils dépendent de simples es-

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 132. n° 107.

perances. Il faut donc appliquer à la spécialisation de ces recours ce que nous avons dit des sommes dotales provenant de successions ou donations (n° 378).

**391.** Nous en dirons autant des recours de la femme du chef de l'aliénation de ses propres. La spécialisation est possible pour les propres que la femme possède en se mariant, elle est impossible pour les propres que la femme pourra acquérir. C'est dire que la femme ne peut pas avoir de ce chef une hypothèque antérieure au mariage.

**392.** On voit que l'on donne en vain, dans l'opinion générale, une hypothèque à la femme pour tous les droits qui naîtront pendant le mariage, avec cet effet que la spécialisation de ces droits pourrait se faire par contrat de mariage et que l'hypothèque aurait rang à partir de l'inscription prise avant la célébration de l'union conjugale. Si telle a été l'intention du législateur belge, il a voulu l'impossible, puisqu'il aurait donné une hypothèque dans des cas où il n'y a pas de droits, pas même éventuels. On est donc obligé de revenir à la distinction que fait le code civil entre les droits qui naissent lors du mariage et les droits qui prennent naissance après la célébration du mariage. Cette distinction est logique. Régulièrement l'hypothèque ne peut pas exister avant la créance qu'elle est destinée à garantir. Si la loi fait une exception à ces principes en faveur du mineur, c'est qu'il y avait nécessité de lui assurer une garantie dès l'entrée en fonctions du tuteur, parce que dès ce moment le mineur peut être lésé par la gestion tutélaire, et il était impossible de subordonner l'inscription de l'hypothèque du mineur à des faits de gestion qui peuvent se produire journellement. On peut admettre la même exception au profit de la femme; le législateur l'a fait en lui permettant de prendre inscription pour des créances éventuelles, ce qui comprend la créance de la femme à raison de la gestion de ses biens, quand il s'agit des biens actuels. Mais on ne peut pas étendre cette exception à de prétendus droits qui n'ont pas même d'existence éventuelle. Telle est l'aliénation des propres futurs dont nous venons de parler (n° 390). On admet que la femme séparée de biens et la femme dotale ont une hypo-

thèque pour la garantie du recours qu'elles ont contre le mari du chef de l'immixtion de celui-ci dans l'administration des biens, à laquelle, d'après la loi et les conventions matrimoniales, il reste complètement étranger. Comment spécialiser, par contrat de mariage, un droit subordonné à un fait illégal ou à une tolérance qui est purement facultative de la part de la femme? En se mariant sous un régime qui laisse à la femme l'administration de ses biens, les époux ne peuvent pas prévoir que la femme n'administrera point; cela implique contradiction; et un droit qui naît d'un fait purement potestatif de la femme et d'une immixtion également potestative du mari, est-il un droit? Et conçoit-on que le mari consente à grever ses biens d'une hypothèque pour le cas où il s'immiscerait sans droit dans une administration que lui-même consent à abandonner à la femme? Il y a là des contradictions juridiques et morales qui nous confirment dans notre opinion. Le législateur n'a pas pu songer à accorder à la femme un droit dont l'exercice est impossible.

**393.** Il nous reste à dire comment se fait la spécialisation quant aux biens. Sur ce point, il n'y a aucune difficulté en droit. On applique l'article 78, que nous expliquons au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*. Non pas que l'hypothèque légale de la femme soit jamais conventionnelle (nos 381 et 382), mais parce qu'il n'y a qu'un mode de spécialiser les biens, celui que la loi établit en traitant des hypothèques conventionnelles, et qui par cela même est applicable aux hypothèques légales et testamentaires; le législateur ne l'a pas dit, sans doute parce qu'il a cru que cela allait sans dire.

#### II. De la spécialisation qui se fait pendant le mariage.

**394.** La spécialisation se fait pendant le mariage dans les cas prévus par les articles 66 et 67. L'article 66 suppose que le contrat de mariage n'a pas spécialisé l'hypothèque que la loi donne à la femme pour la garantie de la dot et des conventions matrimoniales, ou que les garanties déterminées par le contrat sont insuffisantes. La femme

peut, dans ces cas, requérir une inscription première ou une inscription supplémentaire, en vertu de l'autorisation du président. On a dit, et non sans raison, lors de la discussion du projet de loi, que rarement les futurs époux feraient des conventions relatives à l'hypothèque légale, parce que, d'une part, les garanties hypothécaires sont une mesure de défiance à l'égard du mari débiteur, et que, d'autre part, elles nuisent à son crédit (1). Cela ne prouve pas que la femme ne doit pas avoir de garantie, cela prouve seulement que la loi n'a pas pu se contenter des stipulations qui se feraient par contrat de mariage. Il peut ne pas y en avoir, et régulièrement il n'y en a pas, sous le régime de la communauté légale, où les garanties peuvent être ou devenir insuffisantes. Dans toutes ces hypothèses, la loi a dû établir un système de spécialisation qui permet à la femme de s'assurer une hypothèque pendant le mariage, et elle a dû organiser la spécialisation de manière que l'exécution de la loi fût facile. C'est dans ce but que la loi confie la spécialisation au président, sur la demande de la femme. Quant aux droits qui naissent pendant le mariage, la spécialisation par le contrat de mariage est impossible. Dans notre opinion, l'hypothèque pour sûreté de ces droits ne peut être spécialisée que lorsque les droits prennent naissance, donc pendant le mariage. La spécialisation se fait par le président du tribunal, comme toute spécialisation postérieure à la célébration du mariage.

On suit le même mode de spécialisation quand il s'agit de droits éventuels, dans le sens de l'article 64, § 2. Le contrat de mariage peut spécialiser l'hypothèque que la femme a pour sûreté de ces créances. Mais il arrivera rarement que le contrat donne à la femme des garanties pour ses reprises. Ce sont d'ordinaire des droits de survie, donc des avantages que le mari fait à sa femme : celle-ci, qui est gratifiée, ira-t-elle stipuler des garanties contre celui à qui elle doit ce bienfait? Mais pendant le mariage, le désordre des affaires du mari peut rendre nécessaire une

(1) Séance de la chambre des représentants, du 4 février 1851 (Parent, p. 287, 292, 298, 299).

garantie en faveur de la femme et de ses enfants. La femme sera plus disposée pendant le mariage qu'avant à faire spécialiser son hypothèque, parce qu'elle en sentira la nécessité; elle le fera dans l'intérêt de ses enfants, comme elle demande la séparation de biens dans leur intérêt.

**395.** Quand la femme peut-elle faire spécialiser son hypothèque pendant le mariage? Les interprètes répondent qu'elle ne le peut que lorsque la créance est née: ainsi lorsque la succession est échue, le propre aliéné, l'obligation contractée (1). Ils se fondent sur le texte de l'article 67, comparé avec l'article 64; dans le premier article, la loi dit que la femme peut, avec l'autorisation du président, requérir inscription pour les causes de recours qu'elle *peut* avoir contre son mari, telles que celles qui résultent d'obligations par elle souscrites, ce qui suppose que la cause qui lui donne un recours existe; tandis que l'article 64 dit que la femme peut stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour les reprises qu'elle *pourra* avoir à exercer contre son mari; il est, du reste, d'évidence que des inscriptions prises avant le mariage précèdent nécessairement la naissance du droit garanti par l'hypothèque. Il résulte de cette interprétation une singulière anomalie, c'est que, pour la garantie d'un seul et même droit, la femme peut tantôt prendre inscription avant que le droit existe et même avant le mariage, et tantôt elle doit attendre que la créance soit née. C'est une nouvelle contradiction et une nouvelle objection contre l'opinion généralement suivie. Dans l'interprétation que nous avons proposée, on évite cette anomalie et on reste sous l'empire du principe général que l'hypothèque ne peut précéder la créance. Si, comme on l'enseigne, la loi permettait à la femme de spécialiser, par contrat de mariage, son hypothèque pour les causes de recours de l'article 67, elle aurait dû, pour être conséquente, permettre aussi de l'inscrire pendant le mariage, avant que la créance soit née. L'autorisation du président aurait remplacé la garantie qu'offre le concours du mari dans l'acte.

(1) Martou, t. III, p. 30, n° 921. Beckers, p. 155, n° 124.

Quand il s'agit de la dot apportée par la femme et des conventions matrimoniales, cette difficulté ne se présente point. Le droit est né en vertu du contrat de mariage, et, par suite, la femme peut faire spécialiser son hypothèque par le président, après le mariage, à tel moment qu'elle voudra.

**396.** Les articles 66 et 67 disent que la femme peut *requérir* des inscriptions en vertu de l'*autorisation* du président; la loi ne prescrit aucune forme pour demander l'autorisation. Il faut en conclure que la femme peut s'adresser directement au président sans le concours d'un avoué. On objecte que, d'après la loi du 27 ventôse an VIII (art. 94), les avoués ont le droit exclusif de postuler et de conclure (1). Mais s'agit-il, dans l'espèce, de *postuler* et de *conclure*? Ces mots impliquent une affaire contentieuse, et la spécialisation n'a rien de contentieux; c'est un acte de juridiction volontaire, comme la délibération du conseil de famille. L'esprit de la loi nous paraît décisif; le législateur veut protéger la femme en lui permettant de prendre une inscription sans mettre le mari en cause, sans lui demander une autorisation; si elle était obligée de s'adresser à un avoué, elle reculerait peut-être devant un acte qui aurait l'air d'un procès (2).

Nous disons que la femme ne doit pas mettre le mari en cause; la loi ne l'exige point. On avait songé à imiter les formes judiciaires, en prescrivant l'intervention du tribunal et la mise en cause du mari; mais la commission du sénat, qui avait fait cette proposition, la retira (3). C'eût été manquer le but de la loi: la femme se serait décidée difficilement à demander une spécialisation qui aurait eu un si grand éclat. Rien n'empêche, du reste, le président, comme le dit le rapporteur de la commission, d'entendre le mari officieusement; mais cela même a déjà un inconvénient, c'est de constater et d'envenimer le conflit d'intérêts qui existe entre le mari et la femme; mieux vaut, nous semble-t-il, que tout se passe entre la femme et le président. Le prési-

(1) Martou, t. III, p. 28, n° 915. Cloes, t. II, p. 257, n° 1332.

(2) Delebecque, *Commentaire*, p. 263, n° 359.

(3) D'Anethan. 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> rapport (Parent, p. 418, 484 et 485).

dent aura soin de ne pas exagérer les garanties, puisqu'il sait qu'en cas d'excès le mari peut demander la réduction de l'inscription (art. 72).

**397.** Le président peut refuser l'autorisation que la femme lui demande, ou il peut restreindre l'inscription que la femme veut prendre, soit quant à la somme, soit quant aux biens. On demande si la femme a un recours contre la décision du président. La loi ne parle pas d'un recours, et l'on dit qu'il est de principe que l'ordonnance du président est souveraine en matière de juridiction gracieuse (1). Nous ne connaissons pas de loi qui établisse ce principe; il y a, au contraire, dans la loi hypothécaire, une disposition qui permet l'appel lorsque le président exerce la juridiction volontaire, c'est quand il constate qu'un acte authentique passé à l'étranger a été reçu conformément aux lois du pays (art. 77). La spécialisation est un acte plus important; on doit donc permettre, par analogie, d'interjeter appel contre la décision qui refuserait l'autorisation, ou qui la restreindrait. Il peut y avoir une difficulté de droit, comme celle que nous venons d'examiner (n° 396); dès lors il doit y avoir un recours. On peut encore invoquer ce qui se fait en matière de tutelle; il y a lieu à opposition, donc à un recours, contre la délibération du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque du mineur (art. 51); or, l'ordonnance du président remplace l'intervention du conseil de famille : pourquoi serait-elle souveraine et à l'abri de tout recours quand elle peut compromettre les droits de la femme?

**398.** Nous disons que le président spécialise l'hypothèque de la femme; la loi ne s'exprime pas ainsi, elle dit que l'inscription se fait en vertu de l'autorisation du président du tribunal du domicile de la femme. Est-ce une simple autorisation, comme celle que donne le tribunal sur le refus du mari d'autoriser sa femme à faire un acte juridique? Non, car l'article 66 porte que le président fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme est autorisée à requérir inscription; et la détermination de la somme

(1) Martou, t. III, p. 29, n° 918. Comparez Arntz, t. II, p. 720, n° 1769.

est un élément essentiel de la spécialisation. Il est vrai que, par oubli sans doute, l'article 67 ne dit pas que le président fixe la somme pour les causes de recours qui peuvent survenir pendant le mariage, et l'article 68 se borne à dire que les inscriptions doivent indiquer les sommes pour lesquelles elles sont prises, ce qui est le droit commun (article 83, 4°). On a dit que le silence de la loi s'explique par cette considération que la nature même de ces causes de recours en fait connaître le montant pécuniaire (1); cela est vrai de l'aliénation des propres et des obligations souscrites par la femme; mais cela n'est pas exact pour les successions, puisque l'on admet que la femme peut prendre inscription dès que la succession est ouverte (2). D'ailleurs la dot est aussi déterminée, ainsi que les droits résultant des conventions matrimoniales; néanmoins l'article 66 veut que le président fixe la somme pour laquelle inscription sera prise; cela prouve que son ordonnance est un acte de spécialisation. Faut-il induire du silence de l'article 67 que, dans les cas prévus par cette disposition, le président ne doit pas spécialiser l'hypothèque? Ce serait une anomalie inexplicable. Toujours est-il que le conservateur des hypothèques ne pourrait pas refuser l'inscription requise par la femme en vertu d'une ordonnance qui n'indiquerait pas la somme, parce que la loi n'exige pas formellement cette indication.

**399.** La loi ne parle pas des immeubles sur lesquels inscription doit être prise; les articles 66 et 67 disent seulement que la femme pourra, en vertu de l'autorisation du président, requérir inscription sur les immeubles du mari; et l'article 68 se borne à dire que les inscriptions prises en vertu des articles 66 et 67 désigneront spécialement chaque immeuble. Faut-il conclure de là que la femme peut prendre inscription sur tous les immeubles du mari? Cela n'est guère admissible, puisque l'hypothèque de la femme est soumise au principe de la spécialité. Lorsque l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage, la loi

(1) Cloes, t. II, p. 258, n° 1334. Comparez Martou, t. III, p. 32, n° 923.

(2) Martou, t. III, p. 31, n° 922.

veut que le contrat désigne les immeubles sur lesquels inscription sera prise (art. 65); et, dans l'opinion générale, on admet que le contrat peut spécialiser l'hypothèque pour les causes prévues par l'article 67. Par quelle étrange anomalie l'hypothèque devrait-elle être spécialisée quant aux biens lorsque la spécialisation se fait par contrat de mariage, tandis que le président, qui spécialise la somme, ne devrait pas spécialiser les biens? Par voie d'analogie de ce qui se fait pour l'hypothèque légale du mineur et pour l'hypothèque conventionnelle, il faut décider que l'hypothèque légale de la femme doit être spécialisée, et quant à la somme et quant aux biens, avant que l'inscription puisse être prise. Et qui doit déterminer les immeubles sur lesquels inscription sera prise? Naturellement le président, qui fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme peut requérir inscription. Il n'y a pas d'autre acte qui précède l'inscription que l'ordonnance du président, donc cette ordonnance doit contenir la spécialisation; elle tient lieu de l'acte notarié qui spécialise l'hypothèque conventionnelle, et de la délibération du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque légale du mineur (1). Toutefois il faut faire pour les biens la réserve que nous avons faite pour la somme (n° 398): le conservateur devrait inscrire l'hypothèque de la femme sur une simple autorisation du président, sans aucune détermination des biens, car la loi, bien que par oubli, n'exige pas cette spécialisation: la femme la fera, dans ce cas, dans les bordereaux qu'elle doit présenter au conservateur, en requérant inscription.

## N° 3. DE L'INSCRIPTION.

**400.** C'est l'inscription qui assure les effets de l'hypothèque; il ne suffit point que l'hypothèque de la femme soit spécialisée: elle doit de plus être inscrite, sinon elle reste inefficace. Régulièrement c'est le créancier qui prend inscription. La loi dit que l'inscription pourra être requise

(1) Voyez, en sens divers, Delebecque, p. 263, n° 359; Cloes, t. II, p. 259, n° 1335; Martou, t. III, p. 33, n° 925; Beckers, p. 165, n° 135; Arntz, p. 720, n° 1771.

par la femme quand il s'agit de l'hypothèque spécialisée par contrat de mariage (art. 64); et quand l'hypothèque est spécialisée par le président, la loi suppose que c'est la femme qui requiert l'inscription en vertu de l'ordonnance de ce magistrat (art. 66 et 67). Mais la loi, accordant à la femme une hypothèque à raison de son incapacité, ne pouvait pas s'en rapporter à l'incapable du soin de la rendre publique et efficace.

**401.** Elle charge d'abord le futur mari de faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage: il doit requérir l'inscription avant la célébration de l'union conjugale (art. 64), afin que la femme ait une garantie au moment même où ses intérêts seront compromis; la loi met, sous ce rapport, la femme sur la même ligne que le mineur, dont l'hypothèque doit aussi être inscrite avant l'entrée en gestion du tuteur.

Quant aux inscriptions à requérir pendant la durée du mariage, l'article 70 porte que le mari peut toujours les prendre de son chef. Il n'est soumis à aucune formalité. Il ne doit pas faire spécialiser l'hypothèque, ni quant à la somme ni quant aux biens: c'est lui seul qui fera la spécialisation dans les bordereaux qu'il remet au conservateur; il ne devra justifier que de sa qualité de mari, qui lui impose l'obligation de veiller aux intérêts de sa femme. L'intervention du président était inutile, puisqu'il n'y a pas à craindre que le mari prenne une inscription excessive; et si elle est insuffisante, la femme peut toujours requérir une inscription supplémentaire, en se faisant autoriser par le président du tribunal.

**402.** On ne peut guère compter sur le mari, puisque l'inscription diminue son crédit, et l'obligation que la loi lui impose est sans sanction. La loi a donc dû charger d'autres personnes du soin d'inscrire l'hypothèque de la femme. Elle s'adresse d'abord à la famille; l'article 69 porte: « Dans les cas prévus par les articles précédents, et en se conformant aux règles qui y sont prescrites, les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement pourront requérir les inscriptions au nom de la femme. » Quels sont les *articles précédents* auxquels l'ar-