

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-

ticle 69 renvoie? Comme la loi suppose qu'il y a des règles auxquelles les parents doivent se conformer, il ne peut s'agir que des articles 66 et 67, c'est-à-dire que les parents et alliés ne peuvent requérir l'inscription qu'en vertu de l'autorisation du président; ce qui implique que l'hypothèque est spécialisée pendant le mariage. Le texte ne prévoit donc pas le cas où l'hypothèque aurait été spécialisée par le contrat de mariage : les parents pourront-ils requérir l'inscription, en vertu du contrat, sans que la loi leur en donne le droit? A la rigueur, il faudrait répondre négativement, puisque les parents sont sans qualité légale (1). Mais n'est-ce pas pousser la rigueur trop loin? Quand l'hypothèque a été spécialisée par contrat de mariage, il y a une convention qui impose au mari l'obligation d'inscrire et qui en donne le droit à la femme; il ne s'agit donc que d'exécuter ce que la loi veut et ce que les époux veulent. Si les parents ont qualité pour faire spécialiser l'hypothèque pendant le mariage, alors que la femme reste dans l'inaction, ainsi que le mari, à plus forte raison doit-on leur reconnaître le droit de requérir une inscription en vertu de la convention des époux, si ceux-ci négligent de le faire.

La loi donne un droit aux parents et alliés, elle ne leur impose aucune obligation. C'est à eux de voir s'il convient d'user de la faculté de requérir inscription. Il y a des intérêts moraux qui dominent les intérêts pécuniaires. Si la paix de la famille doit être troublée par l'intervention des parents, ils feront bien de s'abstenir. Toutefois cette crainte ne doit pas toujours retenir les parents. La femme relâche le lien du mariage en demandant la séparation de biens; ce qui n'empêche pas que ce soit un droit et un devoir pour elle de la demander quand il s'agit de sauver ses enfants de la misère. Il en sera de même des parents chargés de veiller aux intérêts de la femme, en ce qui concerne l'hypothèque légale.

403. La loi a dû prévoir que les parents et alliés ne prendraient pas inscription, soit par indifférence, soit par

(1) Beckers, p. 176, n° 144. En sens contraire, Martou, t. III, p. 22, n° 903, et Cloes, t. II, p. 249, n° 1320.

crainte. Elle donne encore le droit de requérir l'inscription au juge de paix du canton du domicile marital et au procureur du roi près le tribunal de première instance; ces magistrats peuvent d'office requérir les inscriptions au nom de la femme. D'office, dit l'article 70; cela veut dire non-seulement qu'ils n'en doivent pas être requis, mais encore qu'ils peuvent agir sans avoir besoin de l'autorisation du président; d'ailleurs la loi ne dit pas de ces magistrats ce qu'elle dit des parents et alliés, qu'ils doivent se conformer aux règles prescrites par les articles 66 et 67. La raison de cette différence est sensible. Les magistrats auxquels la loi confère le droit d'agir au nom de la femme sont chargés, par la nature de leurs fonctions, de veiller aux intérêts des incapables; il est donc naturel qu'ils aient l'initiative de leur intervention. Mais s'ils sont dispensés de s'adresser au président du tribunal, ils doivent encore mettre plus de circonspection à agir que les parents et alliés; un zèle inconsidéré pourrait faire plus de mal que de bien. La loi, du reste, ne leur fait pas un devoir de requérir l'inscription, elle leur donne une faculté dont ils useront s'ils le jugent nécessaire (1).

Ce que nous avons dit des parents (n° 402) s'applique aussi aux magistrats : ils peuvent prendre inscription en vertu du contrat de mariage, si le mari, la femme et la famille restent dans l'inaction. C'est cette inscription qui présente le moins d'inconvénients, puisque les époux étaient d'accord pour la prendre.

N° 4. DE LA RÉDUCTION DE L'INSCRIPTION.

404. L'article 72 prévoit le cas où les inscriptions seraient excessives, et il donne, en conséquence, au mari le droit d'en demander la réduction. Mais la loi précise les hypothèses dans lesquelles le mari a ce droit, ce sont les cas des articles 66, 67, 69 et 70, c'est-à-dire les cas où l'inscription a été prise, pendant le mariage, par la femme,

(1) Delebecque, p. 265, n° 362. Martou, t. III, p. 23, n° 904. Cloes, t. II, p. 263, n° 1346.

par les parents ou alliés, ou par le juge de paix ou le procureur du roi. La loi ne cite pas l'article 64; si le mari ou la femme prennent inscription en vertu de la spécialisation faite par le contrat de mariage, il n'y a pas lieu à réduction. Quelle en est la raison? Le projet de la commission spéciale donnait au mari le droit de demander la réduction dans tous les cas où l'inscription devenait excessive (1); or, elle peut le devenir très-souvent dans le système de la loi. telle qu'elle est généralement interprétée. On admet que la femme peut, en vertu du contrat de mariage, prendre inscription pour les sommes dotales qui lui écherront pendant le mariage; en tout cas, elle a une hypothèque pour la dot qu'elle apporte en mariage. Si l'emploi en immeubles est fait des deniers dotaux, ou si les successions que la femme attendait sont mauvaises, l'inscription sera évidemment excessive. Dès lors le mari devrait avoir le droit d'en demander la réduction. Vainement lui oppose-t-on son consentement, il peut répondre qu'il a consenti en vue d'éventualités qui ne se sont pas réalisées. Voilà une nouvelle anomalie qui résulte de l'opinion généralement suivie. Si l'on admet l'interprétation que nous avons proposée, l'anomalie disparaît, car l'inscription ne peut être prise que pour des droits qui naissent lors du mariage et qui sont certains quant à leur montant; il n'y a donc pas lieu de demander la réduction.

405. La loi dit que le mari peut demander la réduction de l'hypothèque inscrite pour raison des *reprises* de la femme. En faut-il conclure qu'il ne pourrait pas demander la réduction des inscriptions prises pour sûreté des *conventions matrimoniales*? La loi ainsi entendue n'aurait pas de sens, et elle serait en contradiction avec elle-même. Par cela seul qu'une inscription prise pendant le mariage est excessive, le mari a le droit de réduction, parce que l'inscription a été requise sans son consentement et sans qu'il ait été entendu. Tel est le système de la loi; le droit à la réduction existe donc sans qu'il y ait à distinguer entre les diverses causes pour lesquelles l'inscription a été prise;

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 26). Comparez Martou, t. III, p. 49, nos 936-939.

qu'importe que ce soit pour des reprises proprement dites ou pour d'autres droits? Il faut donc dire que le mot *reprises* est inexact, et qu'il est employé comme synonyme de droits et créances de la femme. Le texte même de l'article 72 prouve que c'est en ce sens que la loi doit être interprétée. En effet, il renvoie à l'article 66; or, cette disposition prévoit le cas de dot et de conventions matrimoniales, ce qui comprend les reprises stipulées par le contrat de mariage; et l'article 67, auquel il est renvoyé, prévoit tous les droits qui naissent pendant le mariage; donc toutes les créances de la femme, quelles qu'elles soient, garanties par l'hypothèque légale sont comprises dans l'article 72, et, partant, l'inscription qui en est prise pendant le mariage peut être réduite.

406. Le mari peut demander que les créances, telles qu'elles ont été spécialisées, soient réduites aux sommes que la femme peut avoir à réclamer, et la réduction de la somme aura pour conséquence de restreindre l'inscription aux immeubles suffisants pour la garantie de la femme. Si l'inscription est seulement excessive en ce qui concerne les immeubles, il va de soi que la réduction se bornera aux biens. Cela peut arriver facilement, puisque l'inscription est requise par des personnes qui ne connaissent pas la valeur des immeubles; et le président, quand il est appelé à intervenir, doit s'en rapporter aux renseignements que lui donnent la femme ou les parents (1).

Le mari pourrait-il aussi demander que les inscriptions soient rayées, si elles étaient inutiles? Par exemple, elles ont été prises pour des sommes dotales du chef d'une succession échue à la femme pendant le mariage, et la succession, au lieu d'être avantageuse, est grevée de dettes, de sorte que la femme y a renoncé. Dans ce cas, l'inscription a été réellement prise sans cause, et, par suite, elle doit être radiée; c'est le droit commun, comme nous l'avons dit, dans un cas analogue, pour l'hypothèque légale du mineur (n° 317).

407. La réduction doit être demandée en justice; nous

(1) Martou, t. III, p. 50, n° 987.

dirons plus loin (art. 94) devant quel tribunal l'action doit être portée. Faut-il que la femme soit mise en cause? Il est certain qu'elle ne doit pas consentir à la réduction, la loi ne l'exige pas, comme le faisait le code civil (art. 2144). La réduction est un droit pour le mari, le refus de la femme ne peut pas l'en priver. Il est même douteux que la femme doive être mise en cause; l'article 72 ne l'exige pas, il semble plutôt supposer que la femme n'est pas partie au procès, puisqu'il veut que le tribunal prenne l'avis des trois plus proches parents de la femme. Il est vrai que la femme est intéressée dans le débat, mais le législateur aura considéré qu'elle n'est point libre, et il a pourvu à ses intérêts par l'avis de la famille et en donnant comme contradicteur au mari le procureur du roi. C'est aussi en ce sens que s'est prononcé le premier rapport de la commission du sénat (1). Et tel est aussi l'esprit de la loi. Lors de la spécialisation par le président, elle cherche à éviter un conflit entre les époux (n° 396); il y a même raison de laisser la femme hors de cause dans l'instance en réduction: le réquisitoire du ministère public et l'avis des parents garantissent suffisamment ses intérêts.

408. L'article 72 porte que le tribunal statuera comme en matière sommaire. C'est la règle que le code suit, en cas d'opposition contre la délibération du conseil de famille relative à la spécialisation de l'hypothèque du mineur (n° 295); les longues procédures sont inutiles dans une matière où tout dépend des renseignements de fait que l'avis des parents fournira au tribunal.

On demande comment cet avis sera donné? Le code civil (art. 2144) voulait que les quatre plus proches parents fussent réunis en conseil de famille. Comme l'article 72 ne reproduit pas cette formalité, on ne peut pas l'exiger; le tribunal peut se borner à interroger les parents, ou décider qu'ils donneront leur avis par écrit; cela simplifie la procédure et diminue les frais (2).

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 418). Comparez Delebecque, p. 269, n° 369; Beckers, p. 186, n° 161. En sens contraire, Martou, t. 111, p. 51, n° 943; Cloes, t. 11, p. 284, n° 1388.

(2) Martou, t. 111, p. 54, n° 945. En sens contraire, Beckers, p. 203, n° 166.

L'article 72 ajoute que s'il n'y a pas de parents dans la distance de deux myriamètres, le tribunal prendra l'avis de trois personnes connues pour avoir avec la femme ou sa famille des relations d'amitié. Cette disposition est empruntée à l'article 409 du code Napoléon. Elle implique que les parents doivent se présenter en personne à l'audience. Il nous semble que c'est une difficulté de fait dont la solution doit être abandonnée au tribunal. S'il veut se contenter d'un avis par écrit, et s'il trouve cet avis suffisant, pourquoi l'obligerait-on à consulter des amis qui peuvent ignorer les intérêts de la femme?

Il va sans dire que l'avis des parents ne lie pas le tribunal; sans cela il serait inutile d'entendre le ministère public. C'est d'ailleurs le droit commun; les avis, les expertises et les enquêtes ont pour objet d'éclairer les juges, qui décident ensuite dans la plénitude de leur liberté.

409. L'article 72 dispose que le tribunal statuera après avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. C'est dire que le ministère public est partie en cause: il représente la femme, dans notre opinion, puisque la loi n'exige point qu'elle soit mise en cause. Il en est de même quand le tribunal statue sur l'hypothèque du mineur. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 51 (n° 296).

410. La loi ne parle pas de l'appel; on reste donc sous l'empire du droit commun. Comme le ministère public est partie en cause, il pourra se pourvoir en appel et en cassation; le tout comme en matière de tutelle (n° 296).

411. Quel est l'effet de la réduction? Il faut appliquer à l'hypothèque de la femme ce que nous avons dit de l'hypothèque du mineur. Ce n'est pas l'hypothèque qui est réduite ou qui est effacée, c'est l'inscription; il en résulte que l'hypothèque cesse d'être efficace, mais elle subsiste, puisqu'elle est établie par la loi. Par conséquent, la femme pourrait requérir de nouvelles inscriptions, s'il y a lieu, avec l'autorisation du président du tribunal, bien entendu en vertu de nouvelles causes.

412. Il ne faut pas confondre l'action en réduction dont nous venons de parler avec l'action intentée par le mari après l'aliénation d'un immeuble grevé de l'hypothèque

légale, à l'effet de faire fixer le chiffre des reprises de la femme et de la faire colloquer pour le montant de ses reprises. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de réduire l'hypothèque de la femme, il s'agit de déterminer le montant des droits que le a à exercer contre le mari. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour d'Orléans. Le mari vend un domaine pour 200,000 francs; l'acte est transcrit et l'acquéreur remplit les formalités prescrites pour la purge. La femme du vendeur prend inscription pour une somme de 150,000 francs, faisant partie de la dot apportée lors du contrat de mariage, et d'une somme de 75,000 francs qu'elle avait recueillie, pendant le mariage, par succession ou donation. Action du mari tendante à ce que la femme justifie de ses droits; le mari prétendait que ces droits ne s'élevaient qu'à 125,000 francs, et que l'inscription de la femme devait être radiée pour tout ce qui excédait cette somme. La femme opposa une fin de non-recevoir à la demande, le mari ayant négligé de remplir les formalités prescrites par l'article 2144 (loi hyp., art. 72) pour la réduction de l'hypothèque légale. Cette exception a été rejetée. La demande, dit la cour, n'avait d'autre but que de mettre la femme en demeure de justifier du chiffre de ses reprises ou de le faire fixer par justice, et la faire colloquer ensuite sur le prix de l'immeuble vendu. Autre est la demande en réduction qui a pour objet de limiter l'inscription aux garanties qui sont nécessaires à la conservation des droits de la femme (1).

§ IV. *De la preuve des droits garantis par l'hypothèque.*

413. La loi donne à la femme une hypothèque pour la garantie de ses droits et créances. Cette hypothèque doit être spécialisée et inscrite. Nous supposons que ces formalités ont été remplies. En résultera-t-il que la femme a une action hypothécaire jusqu'à concurrence des sommes pour lesquelles elle aura pris inscription? Non, certes. Il n'y a d'hypothèque que lorsqu'il existe une obligation prin-

(1) Orléans, 29 mars 1862 (Daloz, 1862, 2, 99).

cipale; si l'existence de cette obligation est contestée, la femme doit la prouver, puisqu'elle est demanderesse; or, la spécialisation et l'inscription ne sont pas une preuve suffisante. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, la femme prétendait exercer son hypothèque pour des sommes dotales de 225,000 francs, tandis que le mari soutenait que ses reprises ne s'élevaient qu'à 125,000 francs. La femme invoquait son contrat de mariage; mais il arrive tous les jours que la dot constituée n'est pas payée, ou qu'elle ne l'est pas intégralement; or, la spécialisation de l'hypothèque, quoique le mari y concoure, ne prouve pas le paiement de la dot; en effet, l'hypothèque doit être spécialisée avant le mariage pour la dot de la femme, alors que le paiement ne se fera que pendant le mariage. A plus forte raison en est-il ainsi quand il s'agit de droits éventuels, tels que des sommes dotales qui échoient à la femme pendant le mariage. Si inscription a été prise de ce chef, il faut que la femme prouve de plus quel est le montant des successions et donations qu'elle a recueillies, et elle doit encore prouver que le mari a touché les deniers dotaux. Ce n'est pas seulement le mari qui a intérêt et droit à contester les demandes de la femme, ce sont aussi et surtout les tiers créanciers. Le mari peut être et est souvent d'accord avec la femme pour avantager celle-ci aux dépens des créanciers; ceux-ci seront admis à prouver que la constitution de dot est simulée et que la quittance délivrée par le mari est fictive (1).

414. La seule difficulté, en cette matière, est de savoir comment se fera la preuve. Comme la loi hypothécaire n'en parle pas, elle s'en rapporte par cela même au droit commun, tel que nous l'avons exposé au titre des *Obligations*. Rien n'est plus difficile que la théorie des preuves, et l'application soulève tous les jours de nouveaux doutes. A entendre certains auteurs on croirait qu'il n'y a point de principes certains en ce qui concerne la preuve qui incombe à la femme. Ainsi Grenier dit « que ces sortes d'affaires dépendent beaucoup des circonstances et n'ont guère de

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 219, et note 16, et les autorités qu'ils citent.