

nouveau code civil. Martou avoue encore qu'il y avait quelque contradiction dans un état de choses où l'on voyait les femmes mariées *défaire presque toujours l'œuvre du législateur* (1). Pour le coup, l'aveu témoigne contre la doctrine qui a essayé de légitimer une pratique illégale, car c'est bien une illégalité que de *défaire l'œuvre de la loi*.

327. Quand la loi est mauvaise, les interprètes ne doivent pas s'ingénier à la tourner et à l'é luder ; qu'ils signalent les défauts de la loi et qu'ils en demandent la révision ! C'est ce qui a été fait en Belgique. La loi hypothécaire a aboli les hypothèques générales, elle a soumis l'hypothèque de la femme à la spécialité et à la publicité. Dès lors les praticiens doivent être satisfaits, et il n'y a plus de raison pour éluder la loi en annulant l'hypothèque de la femme dans l'intérêt du mari. Sans doute l'hypothèque de la femme diminuera toujours le crédit du mari : c'est l'effet de toute hypothèque. Il n'y avait qu'un moyen de laisser au mari tout le crédit que peut lui assurer sa fortune immobilière, c'était d'abolir l'hypothèque légale de la femme ; le législateur a cru devoir la lui conserver, il faut respecter sa volonté. La spécialité et la publicité donnent aux tiers toutes les garanties qu'ils peuvent désirer ; ils ne traiteront plus avec la crainte d'une éviction qui les menace, ou d'une préférence dont ils ne peuvent déterminer l'étendue, l'inscription leur fera connaître le montant des charges qui grèvent les biens du mari, comme elle leur fait connaître la situation hypothécaire de tout propriétaire (2). S'il y a des droits éventuels, les tiers n'en éprouvent aucun préjudice, le montant de ces droits peut être moindre que celui que l'inscription a fixé ; dans ce cas, les tiers en profiteront ; s'il est plus élevé, les tiers n'en souffriront pas, puisqu'on ne peut leur opposer que les droits conservés par l'inscription. Faut-il maintenir, dans ce nouvel ordre de choses, la subrogation à l'hypothèque de la femme, telle que la jurisprudence française l'a consacrée ? A notre avis, la négative est certaine. Il n'y a même plus de prétexte

(1) Martou, t. III, p. 37, n° 930.

(2) Martou, t. III, p. 39, n° 930.

pour éluder la loi : elle a été faite contre les femmes mariées, dans l'intérêt du crédit des maris, et dans l'intérêt des tiers ; aller plus loin, c'est défaire la loi nouvelle. Cependant les interprètes, dominés par la tradition, ont reproduit les principes de la jurisprudence française. C'est une erreur ; car c'est corriger la loi, alors que le législateur a décidé dans quelles limites il convenait de sacrifier l'intérêt des femmes à l'intérêt général ; il n'appartient pas à l'interprète de dépasser ces limites.

Le législateur belge a fait plus. Il a autorisé la femme à renoncer aux inscriptions prises en sa faveur dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari (art. 71) ; il a par cela même rejeté tout ce que la jurisprudence française avait toléré, en permettant à la femme de céder son hypothèque, d'y subroger ou d'y renoncer. Nous commencerons par déterminer l'étendue et les effets de la disposition nouvelle, puis nous examinerons si l'on peut aller au delà. En Belgique, les conventions, si usitées en France, sont à peine connues ; la pratique les ignorait sous l'empire du code Napoléon. D'après notre loi nouvelle, elles deviennent à peu près inutiles ; de là la rareté des décisions judiciaires sur une matière qui, en France, a suscité tant de controverses. C'est une raison de plus pour nous en tenir au simple exposé des principes.

§ II. Principe établi par la loi belge.

328. L'article 71 porte : « La femme ne pourra renoncer, directement au profit de son mari, aux inscriptions prises en vertu des dispositions précédentes. » Ces dispositions concernent les personnes qui ont le droit ou le devoir de prendre des inscriptions au nom de la femme. L'article 71 est donc applicable dans tous les cas où l'hypothèque de la femme est inscrite, peu importe par qui l'inscription a été requise. Cela est d'évidence. L'inscription conserve l'hypothèque de la femme, en ce sens qu'elle lui assure les droits attachés à l'hypothèque, c'est-à-dire les droits de préférence et de suite. Peut-elle renoncer à

ces droits au profit de son mari? La loi répond qu'elle ne le peut pas directement; elle le peut donc indirectement. On pourrait objecter que c'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit pas, en argumentant de son silence; mauvaise argumentation qui risque d'attribuer au législateur une intention qu'il n'a pas eue. Nous répondons que, dans l'espèce, les auteurs de la loi ont fait connaître leur intention; ce qui décide la question. La commission spéciale explique d'abord pourquoi la loi défend à la femme de renoncer directement, en faveur du mari, au bénéfice de son inscription. « Le législateur, dit-elle, aurait peu fait en décrétant les dispositions projetées (l'hypothèque légale), s'il était permis à la femme de renoncer directement aux inscriptions destinées à garantir ses droits. De pareilles renonciations s'obtiennent trop facilement entre époux, et il est indispensable de prémunir la femme contre les écarts d'une condescendance aveugle. » M. Lelièvre ajoute dans son rapport : « L'hypothèque serait illusoire si le mari, qui exerce une autorité imposante sur sa femme, pouvait espérer d'obtenir l'abdication d'un droit toujours onéreux pour lui. » De ce que la femme ne peut pas renoncer au profit du mari, il ne faut pas induire qu'il lui est aussi défendu de renoncer au profit d'un tiers. « La commission spéciale, dit le rapport, a pensé qu'il ne fallait pas interdire à la femme la faculté de s'obliger conjointement avec son mari ou d'intervenir dans les obligations de ce dernier pour *renoncer à ses hypothèques*, ni celle d'aliéner ses propres, parce que souvent ce sont là des actes que commande l'intérêt bien entendu de la famille. L'honneur du mari, son avenir et celui des enfants peuvent dépendre d'un sacrifice fait à propos par la femme (1). »

La commission reconnaît donc que la femme peut *renoncer à l'inscription* prise en son nom dans les conventions qui interviennent entre le mari et des tiers; à s'en tenir au texte du rapport, la femme pourrait même renoncer à son *hypothèque*. Nous faisons nos réserves contre cette expression, qui n'est point celle de la loi, et qui, à notre avis,

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 25). Lelièvre, Rapport, p. 157.

fait dire à la loi plus que ce qu'elle dit; plus loin nous verrons qu'il y a une différence considérable entre la renonciation à l'hypothèque et la renonciation à l'inscription hypothécaire. Pour le moment, nous expliquons ce que la femme peut faire d'après le texte de la loi. Il résulte de l'explication donnée par la commission spéciale que la femme peut renoncer à l'inscription de son hypothèque au profit des tiers qui traitent avec le mari, ce qui se fait indirectement au profit du mari lui-même. Tel serait le cas où le mari veut faire un emprunt hypothéqué sur ses biens; ces biens sont grevés d'une inscription prise au nom de la femme; le tiers refuse de prêter ses capitaux sur une garantie qui est inefficace; il demande que la femme renonce à son inscription, ce qui revient à céder au tiers le rang de priorité que son inscription lui donne. La renonciation directe se fait au profit du prêteur, mais indirectement la renonciation se fait dans l'intérêt du mari, pour lui donner le crédit dont il a besoin. Pourquoi la loi permet-elle à la femme de faire indirectement ce qu'elle lui interdit de faire directement? La commission spéciale répond que la renonciation consentie pour procurer au mari un crédit qu'il n'obtiendrait pas si la femme conservait le rang que son inscription lui assure, n'est pas faite dans l'intérêt exclusif du mari, que la prospérité de la famille y est intéressée. La renonciation se fait donc dans l'intérêt de la femme et des enfants et, en définitive, de la famille; or, l'intérêt de la famille domine tout; ce n'est pas pour l'avantage particulier de la femme que la loi lui accorde une hypothèque; en sauvegardant ses droits, elle garantit en même temps les droits des enfants. Il est donc très-naturel que la femme vienne en aide au mari en renonçant à l'inscription, comme elle vient à son aide en aliénant ses propres.

329. A quoi la femme peut-elle renoncer? L'article 71 répond : aux inscriptions prises en vertu de la loi pour la conservation de son hypothèque légale. Quel est le but et quel est l'effet de ces inscriptions? L'hypothèque légale de la femme est soumise au principe de la publicité; l'efficacité de son hypothèque dépend donc de l'inscription qui en assure les effets, c'est-à-dire la préférence à l'égard des

créanciers chirographaires, le rang à l'égard des créanciers hypothécaires inscrits après elle et le droit de suite. Renoncer à l'inscription, c'est renoncer à l'un ou à l'autre de ces effets. Il faut ajouter que cette renonciation ne peut pas se faire en termes généraux; une renonciation que la femme ferait en faveur de tout tiers serait nulle, puisque ce serait, en réalité, une renonciation en faveur du mari; ce que la loi prohibe. La loi ne dit même pas, mais sa rédaction le suppose et les travaux préparatoires le confirment, que la femme peut renoncer à son inscription au profit des tiers qui traitent avec le mari. Ces renonciations sont particulières et individuelles de leur essence. De là suit que la renonciation à l'inscription, dans le cas de l'article 71, n'est pas une mainlevée de l'inscription, mainlevée suivie de radiation, c'est une renonciation partielle qui n'a qu'un seul effet, c'est d'empêcher la femme de faire valoir son inscription au préjudice du tiers dans l'intérêt duquel elle a renoncé. L'effet de la renonciation dépend de la convention qui intervient entre le tiers et le mari et de la volonté de la femme qui y intervient pour renoncer à son inscription, dans l'intérêt de ce tiers. Il faut distinguer, pour déterminer l'effet de la renonciation, entre le cas où le mari consent une hypothèque au profit d'un tiers sur l'immeuble grevé d'inscription au profit de la femme, et le cas où le mari vend l'immeuble sur lequel la femme a pris inscription.

330. La femme renonce à son inscription au profit d'un créancier hypothécaire qui traite avec le mari postérieurement à l'inscription prise au nom de la femme. Quel est le but de cette renonciation? C'est d'empêcher que le nouveau créancier ne soit primé par la femme; donc celle-ci lui cède le rang qu'elle avait en vertu de son inscription; si un ordre s'ouvre, elle ne sera colloquée qu'après le nouveau créancier, bien que de fait elle ait été inscrite avant lui. C'est ce qu'on appelle la cession d'antériorité. Elle suppose que le nouveau créancier stipule une hypothèque: s'il n'est pas créancier hypothécaire, on ne conçoit pas que la femme lui cède son rang, car le créancier chirographaire n'a pas de rang, et la femme ne peut pas lui en donner, puisqu'il

n'y a pas de rang sans hypothèque. Or, la femme ne cède pas son hypothèque, elle ne cède que son antériorité d'inscription. Cette cession ne peut donc pas être faite en faveur d'un créancier chirographaire. La cour de Liège a appliqué ce principe dans une espèce où la renonciation était faite au profit d'un créancier hypothécaire dont l'hypothèque se trouvait frappée de nullité comme ayant été consentie sur des biens saisis; le créancier était, en réalité, chirographaire, et, par suite, la cession de rang ne pouvait avoir d'effet (1).

331. Quel est l'effet de la cession d'antériorité? L'effet résulte du but que les parties ont eu en vue; le tiers qui traite avec le mari a exigé que la femme renoncât à se prévaloir de son inscription contre lui; il doit donc être colloqué comme si l'inscription de la femme n'existait point, c'est-à-dire qu'il primera la femme. C'est ce que la cour de cassation de France a décidé. « La convention par laquelle un créancier cède son rang hypothécaire à un autre créancier hypothécaire qui lui est postérieur ne peut avoir d'autre résultat que de substituer le cessionnaire aux lieux et places qu'aurait occupés dans l'ordre la créance du cédant (2). »

Martou donne un effet plus considérable à la convention par laquelle la femme cède son rang de priorité: il la confond avec la cession de l'hypothèque séparée de la créance. Nous dirons plus loin quel effet la jurisprudence française attribue à la cession de l'hypothèque; à notre avis, l'article 71 interdit implicitement cette cession. Et quand même on l'admettrait, toujours est-il qu'il y a une différence essentielle entre la convention par laquelle la femme cède son hypothèque légale et la convention par laquelle elle renonce à son inscription. Dans ce dernier cas, la femme conserve son hypothèque, tandis que dans le premier elle la transmet au cessionnaire (3). La femme, conservant son hypothèque, conserve aussi le bénéfice de son inscription

(1) Liège, 13 août 1860 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 178, Pont, I, p. 485, n° 458).

(2) Rejet, 25 janvier 1853 (*Dalloz*, 1853, 1, 12).

(3) Rejet, 30 juillet 1845 (*Dalloz*, 1845, 1, 332).