

à l'égard de tout tiers, à l'exception du créancier au profit duquel elle a renoncé à son inscription. S'il y a des créanciers inscrits avant celui-ci et après la femme, la femme les primera : rien n'est changé à leurs rangs respectifs, puisque la femme n'a pas renoncé à son inscription à leur égard. De leur côté, les créanciers inscrits antérieurement à celui à qui la femme a cédé son rang d'antériorité le primeront : rien n'est changé dans le rang des créanciers, tel que les inscriptions le déterminent, sauf que la femme ne peut opposer son inscription au créancier qui a stipulé la cession d'antériorité (1).

332. La femme peut aussi renoncer à son inscription au profit de l'acquéreur de l'immeuble qui en est grevé. Quel sera l'effet de cette renonciation? Pour le déterminer, il faut voir quel est l'objet que les parties ont eu en vue. Pourquoi le tiers acquéreur fait-il intervenir la femme dans le contrat par lequel le mari lui vend un propre ou un conquis? C'est pour se mettre à l'abri du droit de suite, c'est-à-dire pour empêcher la femme de l'exproprier et de l'évincer. Donc le seul effet de la renonciation de la femme est qu'elle ne peut exercer son droit de suite contre cet acquéreur.

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens. Dans une première espèce, on prétendait que la femme qui avait renoncé à son hypothèque légale au profit d'un second acquéreur y avait renoncé implicitement au profit d'un premier acquéreur. La décision qui l'avait jugé ainsi a été cassée, la renonciation ne pouvant avoir d'effet qu'au profit de celui dans l'intérêt duquel elle est faite (2). A plus forte raison faut-il admettre ce principe quand la femme renonce simplement à son inscription au profit d'un acquéreur; elle conserve, dans ce cas, son hypothèque et son inscription, elle peut faire valoir ses droits contre tous, à l'exception de l'acquéreur qui a stipulé la renonciation de la femme; elle ne peut pas le poursuivre hypothécairement. Tel est l'unique objet et l'unique effet de la renonciation.

(1) Martou, t. II, p. 47, n° 935.

(2) Cassation, 20 août 1816 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1002).

Dans une autre espèce, les créanciers hypothécaires du mari voulaient se prévaloir de la renonciation de la femme à son hypothèque légale. La cour d'Amiens avait admis ces prétentions; l'arrêt a été cassé pour violation de l'article 1165. Les tiers créanciers hypothécaires ne pouvaient se prévaloir d'une renonciation qui n'avait pas été faite en leur faveur, donc la femme conservait tous ses droits à leur égard; elle les primait, par conséquent, sur le prix dont l'acquéreur était encore débiteur. Sur ce point, la cour d'appel s'était trompée : la femme, disait-elle, n'ayant plus de droit de suite sur l'immeuble, ne pouvait avoir de droit de préférence sur le prix (1). C'est mal raisonner. Le droit de suite s'exerce contre le tiers détenteur, et la femme y avait renoncé; tandis que le droit de préférence s'exerce contre les créanciers hypothécaires, et la femme n'y avait pas renoncé. Dans le conflit qui s'élevait entre la femme et les créanciers inscrits, le tiers acquéreur était tout à fait désintéressé; il voulait se mettre à l'abri d'une poursuite hypothécaire, et ce but était atteint; quant à son prix, peu lui importait entre les mains de qui il devait le payer. A plus forte raison faut-il le décider ainsi dans le cas où la femme a seulement renoncé à l'inscription de son hypothèque, comme le suppose l'article 71 de notre loi hypothécaire. Cette renonciation laisse subsister l'hypothèque avec tous ses effets, sauf que la femme perd le droit de suite qui y est attaché à l'égard de l'acquéreur au profit duquel elle y a renoncé.

Dans un arrêt plus récent, la cour de cassation a formulé le principe en ce sens que la portée et l'étendue de la renonciation de la femme devaient être interprétées d'après les circonstances de la cause (2). Rien de plus juste que cette décision, que l'on a eu tort de critiquer. Toute renonciation se fonde sur l'intention de celui qui abdique un droit, et l'intention est toujours une question de fait. Il en

(1) Cassation, 14 janvier 1817 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1003). Rejet, 29 février 1849 (Dalloz, 1849, I, 157). Comparez les arrêts des cours d'appel cités par Pont, t. I, p. 515, note 2.

(2) Rejet, chambre civile, 6 novembre 1855 (Dalloz, 1855, I, 449) Pont, t. I, p. 514, n° 485.

doit être ainsi surtout de la femme qui renonce à une garantie que la loi lui donne; elle peut avoir la volonté de renoncer à son hypothèque, à son droit de suite, à son droit de préférence; cette renonciation peut être absolue ou relative au point de vue de la jurisprudence française; il faut donc nécessairement apprécier l'intention que la femme a en renonçant soit à son hypothèque, soit à son inscription. Dans cette appréciation, le juge ne perdra pas de vue que toute renonciation doit être interprétée restrictivement. Ce principe doit surtout recevoir son application quand il s'agit d'une renonciation à un droit qui est d'ordre public.

333. La femme peut-elle renoncer au bénéfice de son inscription sous tous les régimes? Il n'y a aucun doute pour ce qui concerne le régime de communauté et le régime d'exclusion de communauté. Sous ces régimes, la femme peut disposer de ses droits avec autorisation du mari, et la loi lui permet de disposer du rang que lui donne son inscription. Il n'en est pas de même sous le régime dotal. L'inaliénabilité de la dot doit avoir pour conséquence que la femme ne peut l'aliéner ni directement ni indirectement. Il suit de là qu'elle ne peut pas renoncer à l'inscription qui donne l'efficacité à son hypothèque, puisque renoncer à l'inscription, c'est compromettre la créance dotale. Sur ce point, il n'y a aucun doute. Il n'en est pas de même de la question de savoir si ce principe reçoit son application à la dot mobilière. Si l'on admet, avec la jurisprudence, que la dot mobilière est inaliénable, il faut admettre aussi que la femme ne peut renoncer à l'inscription qu'elle a prise pour la garantie de sa dot. Dans notre opinion, la dot mobilière est aliénable. On soutient néanmoins que la femme dotale ne peut jamais renoncer à son inscription. Cela serait très-vrai si, comme on l'enseigne, la renonciation à l'inscription impliquait la renonciation à l'hypothèque (1); en effet, l'hypothèque est un droit immobilier, et, sous le régime dotal, les droits immobiliers de la femme ne peuvent

(1) C'est l'opinion de Martou, t. III, p. 40, n° 931, et de Pont, t. I, p. 479, n° 451.

pas être aliénés. Mais la renonciation à l'inscription n'emporte pas abandon de l'hypothèque (n° 331): la femme conserve son hypothèque, elle cède seulement son rang d'antériorité, ou elle abdique le droit de suite. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'inaliénabilité. La femme compromet, à la vérité, les droits pour la garantie desquels elle a pris inscription, mais la loi l'y autorise en lui permettant de renoncer à son inscription (1).

Les époux, tout en adoptant le régime de communauté, peuvent stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux. Il va sans dire que, dans ce cas, la femme ne peut renoncer à l'inscription prise pour la conservation de sa dot immobilière. Dans notre opinion, les clauses de dotalité n'empêcheraient pas la femme de renoncer à son inscription, s'il s'agissait d'apports mobiliers. La cour de cassation, conséquente à sa doctrine, a jugé que la femme ne pouvait pas subroger les créanciers de son mari à son hypothèque, alors même que le contrat de mariage ne faisait qu'emprunter au régime dotal une garantie pour la restitution de ses apports, quels qu'ils fussent (2).

334. Comment doit se faire la renonciation à l'inscription? Toute renonciation peut être expresse ou tacite; la renonciation est tacite quand la femme a posé un fait d'où l'on doit nécessairement conclure qu'elle ne veut pas se prévaloir de son hypothèque, soit à l'égard d'un créancier, soit à l'égard d'un acquéreur; les faits d'où l'on induit cette intention ne doivent laisser aucun doute sur la volonté de la femme.

Il y a renonciation tacite quand la femme concourt à l'acte par lequel le mari vend un immeuble grevé d'inscription. Pour que ce concours implique renonciation, il faut que la femme figure comme partie dans le contrat. Régulièrement ce fait ne s'explique qu'en admettant que la femme renonce à son inscription, car son concours n'est pas nécessaire pour la vente de l'immeuble qui appartient

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privileges*, n° 954.

(2) Rejet, chambre civile, 7 février 1855 (Dalloz, 1855, I, 114). Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 576, note 65.

au mari, quand même il s'agirait d'un conquêt, car le mari peut vendre les biens de la communauté sans le concours de la femme (art. 1421). La femme n'est donc intéressée à la vente que parce qu'elle a une hypothèque inscrite sur l'immeuble. En vendant avec son mari, elle doit avoir la volonté ou de renoncer à son hypothèque, ou de renoncer à son inscription; les renonciations étant de stricte interprétation, il faut admettre que la femme renonce seulement à son inscription et qu'elle conserve son hypothèque. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux, puisque nous n'admettons pas que la femme puisse renoncer à son hypothèque légale (1).

Nous disons que régulièrement le concours de la femme à l'acte de vente implique sa renonciation tacite à l'inscription. Ce n'est pas une décision en droit, c'est une décision en fait; elle est fondée sur l'intention de la femme. Mais la femme peut ne pas avoir l'intention de renoncer; si cela résulte des circonstances de la cause, si l'on peut expliquer son concours d'une autre manière, sans lui supposer la volonté de renoncer, dans ce cas, il n'y aura aucune renonciation, ni à l'inscription, ni, à plus forte raison, à l'hypothèque (2).

335. Les créanciers qui stipulent une hypothèque sur un immeuble du mari, propre ou conquêt, grevé d'une inscription au profit de la femme, font également intervenir la femme dans le contrat? Dans quel but et quel sera l'effet de ce concours? Nous répondons, comme nous venons de le faire (n° 334), que régulièrement ce concours emporte une renonciation de la femme, et que cette renonciation a pour objet de garantir le créancier hypothécaire contre le danger dont le menace l'hypothèque légale. A quoi la femme renonce-t-elle? On lit dans un arrêt de la cour de cassation que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari envers un tiers, et qui consent à hypothéquer à la sûreté de cette obligation des immeubles du mari affectés à son hypothèque légale, transporte virtuellement à ce créancier

(1) Martou, t. III, p. 42, n° 932. Pont, t. I, p. 491, n° 465. Aubry et Rau, t. III, p. 463, note 7, § 288 bis.

(2) Rejet, 30 juin 1856 (Daloz, 1857, 1, 93). Comparez Rejet, 9 février 1859 (Daloz, 1859, 1, 460).

ses droits sur lesdits immeubles et, par conséquent, son hypothèque légale (1). » Cela est trop absolu. Tout ce que l'on peut induire du concours de la femme à un acte auquel elle ne doit pas concourir, c'est qu'elle doit avoir l'intention de faire une renonciation quelconque au profit du créancier; encore faut-il y ajouter la restriction qu'il ne résulte pas des circonstances de la cause que la femme n'entend faire aucune renonciation. La portée de la renonciation est une question de fait, aussi bien que la renonciation elle-même. On ne peut pas dire *a priori* que la femme renonce à son hypothèque, ou qu'elle la cède au créancier, car cette cession ou cette renonciation absolue est inutile au créancier; tout ce qu'il est intéressé à obtenir de la femme, c'est qu'elle ne lui oppose pas son inscription. Dans le doute, c'est à cela que doit être limitée la renonciation, car les renonciations sont toujours d'interprétation étroite. Il y a une jurisprudence assez nombreuse sur ces questions (2), et les décisions paraissent parfois contradictoires; il est inutile de discuter les arrêts, puisqu'ils décident en fait et non en droit. Quand ils décident en droit et en termes absolus, il faut se garder d'y voir une autorité ou un préjugé, ce sont toujours des décisions motivées sur les faits de la cause; ce qui explique les apparentes contradictions, les circonstances variant nécessairement d'une espèce à l'autre.

336. Les tribunaux admettent facilement les renonciations de la femme, sans doute parce qu'elles favorisent le crédit du mari, peut-être aussi parce que les garanties que le code civil accorde à la femme sont excessives et compromettent l'intérêt des tiers. Mais les vices de la loi ne donnent pas au juge le droit de l'interpréter contre la femme; c'est violer la loi que de l'étendre ou de la restreindre selon que la cause paraît favorable ou non. Il a été jugé par la cour de cassation que la femme qui s'oblige solidairement avec son mari, sans que le créancier stipule une hypothèque, subroge ce créancier à son hypothèque

(1) Rejet, 8 août 1854 (Daloz, 1855, 1, 337).

(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. I, p. 490, n° 464.

légale ; ce qui veut dire que la femme cède ses droits hypothécaires. La cour est revenue sur cette jurisprudence qui était évidemment erronée. Comment la femme renoncerait-elle à son hypothèque par un contrat où elle ne contracte qu'une obligation personnelle, sans qu'il soit question de ses droits hypothécaires ? S'obliger personnellement n'est pas un fait d'où l'on puisse induire que la femme renonce à son hypothèque. Il est inutile d'insister, puisque tout le monde est d'accord (1).

337. Il reste une difficulté qui n'en est pas une quand on reste attaché au texte de notre loi. On demande si la renonciation à l'inscription de la femme doit être rendue publique. D'après l'article 5 de la loi belge, la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire, de même que la subrogation à un droit semblable doivent être rendues publiques par la voie de l'inscription. La question est de savoir si la renonciation à l'inscription rentre dans ce texte. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'effet de la renonciation à l'inscription, il n'y a aucun doute ; cette renonciation n'emporte ni cession de l'hypothèque, ni subrogation à l'hypothèque (n° 331) ; donc l'article 5 n'est pas applicable. Sans doute le créancier ou le tiers acquéreur dans l'intérêt desquels la femme a renoncé à son inscription seraient intéressés à ce que la renonciation fût publique, afin que les tiers avec lesquels ils traitent en eussent connaissance ; leur créance aura d'autant plus de valeur et le propriétaire vendra plus facilement l'immeuble. Mais il ne suffit pas qu'il y ait un intérêt à la publicité de la renonciation pour que celle-ci doive être rendue publique, il faut que la loi la prescrive. En cette matière, le silence de la loi est décisif. Si l'on consulte les motifs de la loi, on arrive à la même conclusion. Pourquoi la cession d'une créance hypothécaire doit-elle être rendue publique ? Parce qu'elle emporte la transmission d'un droit réel immobilier que les tiers ont intérêt à connaître. Or, la simple cession de priorité n'emporte aucune aliénation, c'est un créancier

(1) Voyez les autorités dans Pont. t. I, p. 489, n° 463 et les notes, et dans Aubry et Rau, t. III, p. 464, notes 10 et 11, § 288 bis.

qui prend le rang de la femme ; et qu'importe aux tiers par qui ils sont primés, que ce soit par le créancier ou que ce soit par la femme ? Quant à l'acquéreur qui a stipulé la renonciation, le seul intérêt qu'il ait à la publicité, c'est que son crédit est augmenté quand il possède un immeuble affranchi de l'inscription. A la rigueur, il peut faire connaître à ceux avec lesquels il traite la convention par laquelle la femme a renoncé à son inscription ; cela suffit pour sauvegarder tous ses intérêts. On objecte que cette interprétation de l'article 5 est judaïque. Elle le serait si l'on entendait par la renonciation à l'inscription une abdication de l'hypothèque (1). Dans notre opinion, la femme ne peut pas céder son hypothèque ; nous reviendrons sur ce point. Au contraire, dans l'opinion qui assimile la renonciation à l'inscription à la cession de l'hypothèque, et qui permet à la femme de céder son hypothèque, l'article 5 est applicable, comme nous le dirons plus loin (2).

§ III. *La femme peut-elle céder son hypothèque ou y subroger ou y renoncer ?*

338. La loi belge ne prévoit pas ces questions. Dans le silence de la loi, on doit appliquer les principes généraux de droit. Pour déterminer quelles sont les conventions que la femme peut faire relativement à son hypothèque légale, il faut avant tout voir quel est le caractère de cette hypothèque. Nous avons répondu ailleurs à la question. L'hypothèque des femmes mariées est de même nature que celle des mineurs et interdits ; c'est une sûreté que la loi accorde aux incapables sans qu'ils aient besoin de la stipuler ; le législateur la stipule pour eux à raison de leur incapacité. Or, toutes les lois qui règlent la capacité sont d'ordre public, parce que la capacité ou l'incapacité des personnes tiennent à leur état, et l'état des hommes est essentiellement d'ordre public. De là suit que les particuliers ne peuvent pas déroger aux lois qui établissent une hypothèque

(1) Martou, t. I, p. 191, n° 175

(2) Sur la législation française, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 456, et note 3, § 288.