

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.

au profit des incapables, pas plus qu'ils ne peuvent déroger aux garanties que la loi donne aux mineurs et aux femmes mariées à raison de leur incapacité. Ces dérogations sont frappées de nullité par l'article 6 du code civil. Nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit sur cette disposition.

Si le législateur avait appliqué le principe de l'article 6 dans toute sa rigueur, il aurait dû interdire à la femme la faculté de renoncer à l'inscription de son hypothèque. En effet, cette inscription a pour objet de conserver un droit qui est d'ordre public; elle est donc aussi d'ordre public. Ce qui le prouve, c'est que la loi ne s'en rapporte pas aux parties intéressées pour faire l'inscription de l'hypothèque de la femme; elle charge des magistrats de ce soin. Quand l'inscription est faite, la loi peut-elle permettre que la femme y renonce? Non, certes, car ce serait défaire ce que la loi a tant de peine à faire. Si néanmoins l'article 71 permet implicitement à la femme de renoncer à son hypothèque, c'est dans l'intérêt de la famille, qui est aussi le sien; mais cette faculté est très-restreinte: la loi ne permet pas de radier l'inscription, elle autorise seulement la femme à renoncer au bénéfice de son inscription au profit des tiers qui traitent avec le mari. Ainsi la disposition de l'article 71 est exceptionnelle, elle déroge à un principe fondamental de notre droit; c'est dire qu'elle est de la plus stricte interprétation. La femme ne peut faire aucune convention qui déroge à la garantie que la loi a voulu lui assurer, sauf la renonciation à l'inscription; partant, toute autre convention est interdite et frappée de nullité.

Cette interprétation rigoureuse de l'article 71 est aussi fondée en raison. La femme mariée est placée par la loi parmi les incapables; à ce titre, la loi intervient en sa faveur pour lui accorder des garanties qu'elle ne pourrait pas stipuler elle-même. Si elle est incapable de stipuler une hypothèque, à plus forte raison doit-elle être incapable de renoncer à l'hypothèque que la loi lui accorde. Il y aurait une contradiction inexplicable à multiplier les garanties en faveur de la femme et à lui permettre d'y renoncer avec la seule autorisation du mari, intéressé à ce que

ses biens grevés d'inscriptions en soient affranchis. Cette contradiction dans la loi n'est pas admissible.

**339.** Le principe, tel que nous le formulons, est en opposition avec la jurisprudence constante des tribunaux et avec la doctrine des auteurs. Il nous faut donc dire ce que, dans l'opinion générale, la femme peut faire, sauf à exposer nos motifs de douter. Il y a un premier point sur lequel aucun dissentiment n'est possible. Nous avons dit que les hypothèques et privilèges attachés à une créance peuvent être transmis par voie de cession ou de subrogation avec la créance dont ils forment l'accessoire; la loi le dit, et les dispositions sur la cession des créances et sur la subrogation, générales de leur nature, reçoivent leur application à la femme, comme à tout créancier. Les droits de la femme ne sont pas placés hors du commerce, sauf sous le régime dotal; or, en cédant ses droits, la femme cède nécessairement la garantie hypothécaire qui y est attachée comme accessoire. Il en est de même quand elle subroge un tiers dans ses droits; elle ne peut pas le subroger sans lui transmettre les accessoires (1). Il n'y a que le mot de *subrogation* qui prête à une équivoque. On donne le nom de *subrogation* aux conventions par lesquelles la femme cède ses droits hypothécaires, ou y renonce en faveur d'un tiers qui traite avec le mari; nous n'admettons pas ces renonciations et ces cessions (n° 338). Mais la subrogation, inventée par la pratique, n'a rien de commun que le nom avec celle de l'article 1251. Dans l'article 1251, il est question d'un *payement* fait avec subrogation; la femme qui consent à cette subrogation reçoit donc ce qui lui est dû, elle n'abdique aucun droit, elle exerce, au contraire, le droit qui lui appartient. Il en est tout autrement de ce qu'on appelle subrogation à l'hypothèque légale de la femme; en intervenant dans un contrat qu'un tiers fait avec son mari pour subroger le créancier à son hypothèque, elle cède son hypothèque, ou elle y renonce, sans toucher ce qui lui est dû; elle reste créancière, mais elle n'a plus qu'une créance chirographaire dénuée de toute

(1) Martou, t. III, p. 41. n° 932. Pont, t. I, p. 485, n° 458.

garantie. Il y a une différence radicale entre une convention par laquelle la femme réalise son droit et une convention par laquelle elle renonce aux garanties qui en assurent le paiement et transforme une créance hypothécaire en créance chirographaire. La cession que la femme fait de ses droits est un acte qui reste sous l'empire du droit commun; tandis que les renonciations que la femme fait à son hypothèque légale sont dérogoires au droit commun. Pour interdire à la femme la faculté de céder ses droits avec les garanties hypothécaires qui y sont attachées, il faudrait une disposition formelle de la loi; cette interdiction n'existe point, donc la cession est permise. Au contraire, les conventions que la pratique a inventées sous le nom de *subrogation à l'hypothèque de la femme* dépouillent la femme d'une garantie qui est d'ordre public; il faudrait une disposition formelle pour les autoriser; or, la seule disposition que la loi contienne est celle de l'article 71; donc toutes autres conventions sont interdites.

**339 bis.** La femme peut-elle céder son hypothèque séparément de la créance à laquelle elle est attachée? Dans l'opinion que nous venons d'énoncer (n° 338), la négative est certaine. L'article 71 autorise implicitement la femme à renoncer à son *inscription* au profit d'un tiers; aucune disposition de la loi ne lui permet de céder son hypothèque sans la créance; par cela même, cette cession est prohibée comme contraire à l'article 6 du code civil. Nous avons enseigné que la cession de l'hypothèque, séparée de la créance, est impossible (n°s 327 et 328). Pour l'hypothèque de la femme, il y a un motif de plus de le décider ainsi. C'est une garantie que la *loi* accorde à un incapable, une préférence fondée sur l'incapacité du créancier; c'est un vrai privilège dans le sens vulgaire du mot, donc un droit essentiellement personnel que le créancier privilégié seul peut exercer. Concevrait-on que, dans un ordre politique qui admettrait les privilèges de la noblesse, un noble transmette l'un ou l'autre de ses privilèges à un roturier? On ne conçoit pas davantage que la femme transmette une garantie que la loi ne lui accorde que parce qu'elle est une femme mariée, et incapable à ce titre. Le cessionnaire capable exer-

cera-t-il un droit qui suppose un créancier incapable? Fera-t-il valoir, pour le remboursement d'un prêt, une hypothèque que la loi attache à la dot et qui, séparée de la dot, n'a plus de raison d'être? Ici il est juridiquement impossible de séparer l'accessoire du principal, parce que l'accessoire n'est établi qu'à raison de la nature spéciale de la créance principale, pour mieux dire, à raison de la faveur particulière qui est due au créancier; et les faveurs ne se transmettent pas.

**340.** Notre opinion étant isolée, il faut entendre les partisans de l'opinion généralement suivie dans la pratique. « La femme, dit-on, peut, en conservant sa créance, céder son hypothèque seulement; c'est ce qui arrive lorsque l'hypothèque légale est détachée de la créance, qui, d'hypothécaire qu'elle était, peut être réduite aux simples effets d'une créance chirographaire, par cela seul que l'hypothèque légale va s'adjoindre à une autre créance, qui, par emprunt, cesse d'être chirographaire pour devenir hypothécaire (1). » Il suffit de cet exposé de la doctrine générale pour la condamner. La loi veut que la femme ait une garantie hypothécaire pour l'exercice de ses droits; elle la lui accorde sans stipulation aucune, et pour que cette garantie ne reste pas inefficace, faute de spécialisation et d'inscription, elle s'ingénie à organiser un système qui assure la conservation des droits de la femme. Puis quand elle a atteint son but et que l'hypothèque est inscrite, elle autoriserait la femme à abdiquer cette garantie conservée avec tant de peine; elle dirait à la femme: « Mon grand souci est que vous ayez une sûreté hypothécaire, parce que vous êtes incapable de veiller à vos intérêts, mais libre à vous de répudier l'hypothèque que je vous donne et de redevenir créancière chirographaire, quoique vous soyez toujours incapable ». C'est défaire d'une main ce que l'on a fait de l'autre. Il eût été plus simple de ne pas accorder d'hypothèque à la femme et de la laisser sous l'empire du droit commun.

D'après notre législation, il y a des motifs spéciaux pour

(1) Pont, t. I, p. 486, n° 459.

maintenir à la femme les garanties que la loi a voulu lui conserver. Le législateur a tenu compte de l'intérêt des tiers à tel point qu'il leur a presque sacrifié les intérêts de la femme. L'hypothèque légale doit être spéciale et publique : voilà les tiers avertis, ils ne risquent plus d'être trompés, la femme ne pourra faire valoir son hypothèque contre eux que si elle est spécialisée et inscrite. La loi va plus loin ; elle permet à la femme de renoncer à son inscription pour augmenter le crédit du mari. Elle tient donc compte de tous les intérêts. Faut-il aller plus loin et autoriser la femme à abdiquer sa garantie hypothécaire ? On prétend que la femme a ce droit, et on se fonde sur le vieil adage : qui peut le plus, peut le moins. La femme, dit-on, peut vendre ses biens meubles et immeubles, elle peut s'obliger solidairement avec son mari, elle peut se porter caution dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le mari ; elle peut, par tous ces actes, se dépouiller entièrement de sa fortune, à plus forte raison doit-elle avoir le droit de disposer de son hypothèque (1). Le premier consul a fait une réponse à cette objection, au conseil d'Etat, lors de la délibération sur l'hypothèque légale de la femme. On prétendait aussi que la femme devait avoir le droit illimité de renoncer à son hypothèque pour étendre le crédit du mari, et on disait que la femme, pouvant vendre tous ses biens dans l'intérêt du mari, devait aussi avoir le droit de renoncer à son hypothèque. « Sans doute, dit Napoléon, qui peut le plus, peut le moins. Mais si la règle est incontestable, c'est seulement lorsqu'il s'agit de choses de même ordre, elle ne saurait être appliquée aux choses d'un ordre différent. Ainsi point de doute que celui à qui la loi permet de donner 100,000 francs ne puisse, à plus forte raison, en donner 50,000. Mais il est difficile de concevoir comment une femme qui manifeste l'intention de retenir la propriété de ses biens, pourrait cependant, dans un excès de confiance, se dépouiller de toute sûreté et renoncer à des hypothèques que la loi lui donne sans son fait, parce que la loi a jugé qu'elles lui sont nécessaires. »

(1) Martou, t. III, p. 38, n° 930.

A l'appui de ces paroles, nous citerons un exemple emprunté à la matière des hypothèques. Le mineur émancipé peut s'obliger pour l'administration de ses biens, et, en s'obligeant, il oblige tous ses biens meubles et immeubles, qui deviennent le gage du créancier ; néanmoins la loi lui défend d'hypothéquer aucun de ses immeubles. La raison en est qu'elle ne veut pas lui faciliter les moyens de se ruiner. Il y a un motif analogue pour restreindre les droits de la femme. La loi lui permet d'aliéner ses biens avec autorisation maritale, et de fait ces aliénations se font presque toujours dans l'intérêt du mari ; mais la femme consent difficilement à vendre ses immeubles, parce qu'elle sait qu'en vendant elle se dépouille et qu'elle dépouille ses enfants ; tandis qu'elle consentirait plus facilement à renoncer à son hypothèque légale, dont elle n'aperçoit pas l'importance et qui n'en a réellement qu'à la dissolution de la communauté, quand il s'agit de liquider ses droits. Il fallait donc lui défendre de renoncer directement à ses garanties hypothécaires au profit de son mari ; c'est ce que fait l'article 71. La loi ne permet pas même à la femme de renoncer à son hypothèque dans l'intérêt des tiers, et ne pas le permettre, c'est le défendre, puisqu'il s'agit de conventions contraires à une loi d'ordre public. Le législateur cherche à concilier les droits de la femme avec l'intérêt du mari et de la famille. Il veut que la femme puisse venir au secours du mari pour étendre ou rétablir son crédit, mais il ne veut pas qu'elle le fasse en abdiquant ses garanties hypothécaires. En conséquence, la loi l'autorise à renoncer à ses inscriptions au profit des tiers qui traitent avec le mari. Cette renonciation suffit pour faciliter les conventions avec les tiers, soit emprunts, soit aliénations. La femme conservera son hypothèque, et elle peut espérer que la cession de son rang ne lui causera aucun préjudice, car si les affaires du mari prospèrent, son rang sera une garantie inutile ; et si elles ne prospèrent pas, elle conservera au moins son droit hypothécaire. Ainsi l'esprit de la loi, comme son texte, conduit à restreindre les pouvoirs de la femme dans les limites étroites que le législateur lui-même a tracées.

**341.** L'interprétation que nous donnons à l'article 71 paraît contraire à l'intention du législateur, si l'on s'en tient aux termes du rapport de la commission spéciale. Nous avons cité le passage en faisant nos réserves (n° 331) : « La commission a pensé, dit le rapport, qu'il ne fallait pas interdire à la femme la faculté d'intervenir dans les obligations pour *renoncer à ses hypothèques*, ni celle d'aliéner ses propres. » La commission permet donc à la femme de renoncer à son *hypothèque*, et elle met cette renonciation sur la même ligne que l'aliénation de ses propres ; ce qui semble donner à la femme un droit absolu de disposer de son hypothèque, comme elle a un droit absolu de disposer de ses biens, avec la seule restriction qu'elle ne peut renoncer directement au profit de son mari. Nous répondons, comme nous l'avons fait bien des fois aux arguments puisés dans les travaux préparatoires : ces travaux ne sont pas la loi, et, dans l'espèce, ils se trouvent en contradiction ouverte avec la loi. Que dit la commission ? Que la femme peut renoncer à ses *hypothèques*. Est-ce aussi là ce que dit la loi ? Non ; l'article 71 ne dit point que la femme peut renoncer à son hypothèque, elle lui défend même de renoncer aux *inscriptions* directement au profit de son mari ; d'où l'on induit qu'elle y peut renoncer au profit des tiers. Ainsi la loi dit que la femme peut renoncer à ses *inscriptions*, la commission dit qu'elle peut renoncer à ses *hypothèques*. La commission fait donc dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Est-il nécessaire d'ajouter que la loi l'emporte sur le rapport de la commission ? Le rapporteur a confondu, comme on le fait souvent dans la pratique (1), la renonciation à l'inscription avec la renonciation à l'hypothèque. Cette confusion s'explique facilement : l'inscription conserve les effets de l'hypothèque ; renoncer à l'inscription, c'est rendre l'hypothèque inefficace ; ce qui aboutit d'ordinaire au même résultat que la renonciation au droit même d'hypothèque. Toujours est-il que la différence est grande entre les deux renonciations. Il suffit

(1) Comparez Cloes, *Commentaire de la loi hypothécaire*, t. II, p. 268, n° 1354.

de rappeler ce que nous avons dit au chapitre des *Hypothèques légales* : la loi permet au conseil de famille de ne pas prendre d'inscription pour l'hypothèque légale du mineur, elle lui permet de renoncer à l'inscription qui aurait été prise, mais elle ne lui permet pas de renoncer à l'hypothèque ; une renonciation pareille serait radicalement nulle. Il en est de même de l'hypothèque légale de la femme ; la renonciation par l'incapable à une garantie que la loi lui accorde à raison de son incapacité ne se conçoit pas : c'est une hérésie juridique.

**342.** La confusion est bien plus grande encore dans le langage de la pratique française, et, comme toujours, le langage confus conduit à des idées confuses. C'est ce qui est arrivé à l'auteur d'un Répertoire destiné à constater les opinions régnantes dans la doctrine et dans la jurisprudence. En parlant de la subrogation que consent une femme mariée à son hypothèque légale, Dalloz dit : « Nous nous servons ici des mots *subrogation d'hypothèque* parce qu'ils nous paraissent l'expression propre. Cependant on trouve fréquemment dans les actes qu'une femme, en s'obligeant envers un créancier de son mari, lui *cède et transporte tous ses droits d'hypothèque*, ou qu'elle *renonce, en sa faveur, à la priorité de son hypothèque*. Ces locutions, suivant nous, doivent être considérées comme tout à fait identiques (1). » Au point de vue des praticiens qui rédigent les actes, Dalloz a raison ; ils se servent indifféremment des mots *céder, transporter, subroger*, alors même qu'il s'agit d'une véritable subrogation, ou d'une vraie cession, bien que ces deux actes juridiques diffèrent essentiellement. Que sera-ce dans une matière extralégale, dans laquelle le langage et les principes sont également incertains ? Ce n'est pas même assez dire : les mots dont se servent les praticiens expriment, dans leur intention, des idées qui sont en opposition complète avec le sens qu'ont les termes dans le langage du droit. Quand on parle de la *subrogation* qu'une femme consent à son hypothèque légale, on croirait qu'il est question de la *subrogation* que le code civil consacre et

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Privilèges*, n° 949.