

dont il détermine les effets au titre des *Obligations*. Eh bien, la pratique s'est emparée du mot *subrogation* pour lui faire dire tout le contraire de ce que le code entend par ce mot. Dans le langage et dans la théorie du code Napoléon, la *subrogation* accompagne toujours le *payement* : qui dit *subrogation*, dit *payement fait avec subrogation*. Est-ce que dans la *subrogation d'hypothèque* il est question de *payement*? Loin de là, la femme subroge un tiers à l'hypothèque qui garantit le *payement* de ses créances, sans avoir rien reçu ; de sorte que cette subrogation d'un nouveau genre compromet le *payement* de la créance. La femme reste créancière, tandis que le subrogeant cesse d'être créancier ; mais si la femme reste créancière, sa créance n'est plus garantie par l'hypothèque qui en assurait le *payement* : d'hypothécaire qu'elle était, elle devient chirographaire. Ce que les praticiens appellent *subrogation d'hypothèque* signifie donc tout autre chose qu'une subrogation ; on dirait que les praticiens ont voulu tromper la justice en donnant à leur invention un nom légal qui couvre l'illégalité de la convention par laquelle la femme abdique sa garantie hypothécaire, qu'elle n'a pas le droit d'abdiquer.

Que sera-ce si l'on examine les diverses clauses que la pratique confond, comme signifiant une seule et même chose, alors qu'il s'agit de faits juridiques essentiellement différents? La *renonciation à la priorité de l'hypothèque* est la seule que notre loi connaisse ; le terme est clair et il exprime une idée claire ; la femme renonce à se prévaloir du rang que lui donne son inscription pour favoriser les conventions qu'un tiers fait avec son mari. Entend-elle *céder son hypothèque*? Non, certes ; il n'est pas question d'hypothèque dans la convention que la femme consent. On dit cependant que la *cession de priorité* est identique avec la *cession et le transport de tous les droits d'hypothèque de la femme*. Que les praticiens l'entendent ainsi, nous voulons bien le croire ; mais autre est la question de savoir si ce qu'ils disent est en harmonie avec les principes ; or, il est certain qu'il y a une différence radicale entre le fait de renoncer à l'inscription, ou au rang qu'elle donne,

et le fait de renoncer à l'hypothèque. Nous l'avons dit en citant, à l'appui de notre avis, un arrêt de la cour de cassation : la femme qui renonce à son rang de priorité conserve son hypothèque, elle reste créancière hypothécaire ; tandis que la femme qui renonce à son hypothèque, qui la cède et la transporte à un tiers, détache l'hypothèque de son droit et devient simple créancier chirographaire. Voilà des faits juridiques que les praticiens confondent ; la confusion ne saurait aller plus loin : le mot *subrogation*, dans la convention de *subrogation d'hypothèque*, et le mot *cession*, dans la convention de *cession d'antériorité* ou de *rang*, expriment des idées différentes, et les conventions, si l'on s'en tient aux principes, produisent des effets différents.

On identifie encore les expressions et, partant, les conventions de *cession d'hypothèque* et celles de *subrogation*, de *renonciation* soit à l'hypothèque, soit au rang de priorité. En droit, cependant, ces expressions et ces conventions ont une signification tout à fait différente. *Céder* veut dire *aliéner, vendre* ; donc quand la femme *cède son hypothèque* à un créancier du mari, on pourrait croire que la femme fait un transport de propriété. Il n'en est rien, car la femme qui cède ne vend pas ; il n'y a pas de vente sans prix, et la femme ne reçoit pas de prix. Elle n'entend pas non plus céder à titre gratuit en faisant une libéralité. Ainsi la femme vend sans vendre ; elle fait un transport en paroles, et, en réalité, elle n'en fait point. Que fait-elle donc ? Le mot *cession* dont elle se sert marque un fait légal, la vente ; la femme, pour mieux dire, les praticiens s'en servent pour donner une couleur légale à une convention illégale, car elle a pour objet et pour résultat de dépouiller la femme d'une garantie que la loi lui a donnée à raison de son incapacité.

Même équivoque ou confusion quand les parties se servent du mot *renonciation*. Qu'est-ce que ce mot signifie et que lui fait-on dire ? Le but que les parties ont en vue n'est guère douteux ; le tiers qui traite avec le mari veut se mettre à l'abri du danger dont le menace l'hypothèque légale de la femme. Sous l'empire du code civil, ce danger

était grand à raison de la généralité et de la clandestinité de l'hypothèque légale. D'après notre loi hypothécaire, les tiers savent tout ce qu'ils sont intéressés à savoir; ils connaissent l'étendue de la créance et l'immeuble qui est affecté à sa garantie; si l'inscription de la femme absorbe la valeur de l'immeuble qui doit servir de garantie aux tiers, ils ne peuvent pas traiter avec le mari, puisque leur sûreté serait illusoire; pour qu'ils puissent traiter, il faut que la femme renonce à se prévaloir de son inscription contre eux. Voilà le but essentiel de la renonciation que la femme consent en intervenant dans les conventions que son mari fait avec des tiers. Ces renonciations contiennent-elles un transport, une aliénation? En droit, non; en fait, oui, si on les assimile à une cession. Le langage est encore une fois fait pour tromper; le terme est légal et la convention qu'il exprime est illégale, car elle aboutit à dépouiller la femme d'une garantie qu'elle ne peut pas abdiquer.

343. La même confusion règne dans la doctrine. Qu'est-ce que la *subrogation d'hypothèque*? On ne le sait; ce qui est très-naturel, puisque le code civil ignore le mot et la chose. Notre loi hypothécaire ne connaît que la renonciation à l'inscription, c'est-à-dire la cession de la priorité, ou du rang que l'inscription donne à la femme. Si l'on veut donner le nom de *subrogation* à cette convention, il est très-facile de la définir : la femme renonce à se prévaloir de son inscription contre le tiers qui traite avec son mari comme prêteur ou comme acquéreur; du reste, elle n'aliène et n'abdique pas sa garantie hypothécaire, elle met seulement le tiers dans son rang. En ce sens, on peut dire, en se servant du langage de la pratique, qu'elle le subroge à son droit de priorité. Mais la pratique ne s'est pas contentée de cette subrogation partielle, elle a voulu transporter au subrogé tous les droits hypothécaires de la femme. Comment atteindre ce but sans qu'il y ait une subrogation proprement dite? A notre avis, la chose est impossible, et la question est contradictoire dans les termes; en effet, c'est demander si un tiers peut être subrogé aux droits du créancier sans qu'il y ait subrogation. La pratique l'a fait en

donnant le nom de *subrogation* à des conventions qui n'ont rien de commun avec la subrogation du code civil. Grand a été l'embarras de la doctrine quand elle a essayé de donner une couleur légale et une justification juridique aux inventions de la pratique.

Quelle est la nature de la *subrogation d'hypothèque*, c'est-à-dire son caractère juridique? Il y a, sur ce point, à peu près autant d'avis que d'auteurs. Gautier a écrit un traité des subrogations où il examine aussi la subrogation consentie par la femme à son hypothèque légale; d'après lui, la subrogation est la renonciation de la femme à son droit d'hypothèque en faveur du subrogé; ce qui implique que le subrogé est lui-même créancier hypothécaire et que le seul but de la convention est de lui donner le rang de l'hypothèque légale de la femme; pour cela, il suffit d'une cession de priorité (1). Ainsi entendue, l'interprétation de Gautier s'identifie avec la disposition de notre loi hypothécaire, qui permet à la femme de renoncer à son rang au profit d'un tiers créancier du mari. Mais cette première définition est loin de satisfaire aux exigences de la pratique.

Bertauld a examiné les difficultés de cette matière dans une monographie sur la *subrogation à l'hypothèque des femmes mariées*. Il donne pleine satisfaction à la pratique; pour transporter au subrogé tous les droits de la femme, il suppose que la subrogation implique virtuellement la cession éventuelle de la créance de la femme (2). Ainsi considérée, la subrogation d'hypothèque serait une convention légitime, puisqu'elle ne ferait qu'appliquer le droit commun, et elle donnerait en même temps au subrogé toutes les garanties qu'il peut désirer, puisqu'il prendrait en tout la place de la femme. Mais il est facile de se convaincre que cette prétendue cession de créance n'est qu'une fiction. D'abord la femme ne dit pas qu'elle vend sa créance, elle subroge seulement à son hypothèque : et peut-il y avoir vente sans volonté de vendre? Puis la cession de la créance

(1) Gautier, *Traité des subrogations*, n° 577, et Dissertation, dans Sirey, 1855, 1, 193.

(2) Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque des femmes mariées*, n° 11 et 51.

étant une vente, exige un prix ; ce prix doit être certain et déterminé et consister en argent. Or, dans la subrogation d'hypothèque, il n'y a point de prix : le seul avantage indirect que la femme en retire, c'est que le crédit du mari est fortifié et étendu ; ce n'est certes pas là un prix. Voici donc à quoi aboutit la doctrine de Berthauld : elle prête la main à la pratique pour dépouiller la femme non-seulement de son hypothèque, mais encore de sa créance ; celle-ci aliène ses droits sans en retirer un prix. C'est une nouvelle fiction et une violation de la loi, puisqu'on permet à la femme, sous le nom légal de *cession*, un acte qui n'est pas une cession, et qui dépouille la femme de ses droits sous le prétexte de cession, sans lui donner le prix de ce qu'elle aliène.

Il y a une autre monographie sur notre matière, celle de Benech, intitulée : *Du nantissement appliqué aux droits et reprises de la femme*. Le titre seul indique que l'auteur ne voit qu'un nantissement dans la subrogation d'hypothèque. On a répondu, et la réponse nous paraît péremptoire, que le nantissement suppose la tradition, ou la remise au créancier des objets mobiliers ou des titres de créance que le débiteur donne en gage. C'est une condition essentielle sans laquelle il n'y a pas de nantissement, et cette condition fait défaut dans le prétendu nantissement que la femme consent en subrogeant un tiers dans son hypothèque (1).

Pont, qui critique avec raison les systèmes que nous venons de résumer, avoue que la nature de la subrogation est peu définie ; comme il faut cependant définir la convention pour en déterminer la nature et les effets, il estime qu'il faut y voir une *délégation* faite éventuellement par la femme et résultant de la promesse par laquelle elle *s'oblige conditionnellement*, en ce sens qu'elle s'engage à payer, ou au moins à abandonner à titre de paiement les droits qu'elle peut avoir contre son mari, pour que le créancier auquel elle fait l'abandon exerce ces droits à sa place, si, à l'échéance, le mari ne paye pas lui-même la dette qu'il a

(1) Benech, *Du nantissement*, p. 13. Comparez Pont, t. I, p. 501, n° 471.

souscrite (1). Cette explication repose également sur une fiction ; seulement au lieu d'un transport fictif, il y a une délégation fictive. D'abord on feint que la femme prend sur elle l'obligation de son mari ; or, la convention, en ce qui concerne la femme, a pour objet unique l'hypothèque légale, à laquelle elle renonce d'une manière ou de l'autre, en faveur d'un tiers qui traite avec son mari, afin de favoriser ces transactions. De quel droit fait-on dire à la femme ce qu'elle ne dit pas ? Elle abandonne une garantie, et on lui fait dire qu'elle abandonne sa créance ; car la délégation aboutit à la même conséquence que le transport. On suppose ensuite que la femme est débitrice ; elle peut s'obliger, il est vrai, envers le tiers créancier, par le même contrat dans lequel elle fait l'abandon plus ou moins complet de ses garanties hypothécaires ; mais cela n'est qu'accidentel, et ce n'est pas un fait accidentel qui peut caractériser une convention par laquelle la femme n'entend pas s'obliger. Qu'est-ce qui empêche la femme de renoncer à son inscription et, dans l'opinion générale, à son hypothèque, ou d'y subroger le créancier du mari, sans s'obliger envers lui ? La femme n'est pas débitrice dans ce cas, donc il ne peut pas être question d'une *délégation*. Et alors même que la femme s'oblige, c'est uniquement pour venir en aide au mari ; la loi le lui permet, mais elle ne lui permet pas de renoncer de plus à toutes ses garanties. Ainsi la *délégation* de même que les autres explications inventées pour justifier une pratique extralégale aboutissent à dépouiller entièrement la femme de ses sûretés hypothécaires. C'est là dépasser non-seulement le code civil qui est muet, c'est aussi dépasser notre loi hypothécaire qui n'autorise que la renonciation à l'inscription.

Il y a encore le système de MM. Aubry et Rau. Ils rejettent toutes les explications que nous venons de mentionner, en se rapprochant toutefois de la théorie du nantissement de Benech, qui est aussi celle de Moulon (2). La subrogation d'hypothèque, disent les savants interprètes

(1) Pont, t. I, p. 501 et suiv., n° 472. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 459, note 11, § 288.

(2) Moulon *Des subrogations*, p. 593 et suiv.

de Zachariæ, constitue une sorte de *cautionnement réel* ou de *nantissement sui generis* qui n'investit le subrogé ni de la créance du subrogeant, ni de l'hypothèque qui la garantit; le subrogé est seulement autorisé à exercer, dans la mesure de sa propre créance, les droits hypothécaires que le subrogeant pourrait lui-même faire valoir. La pratique est extralégale, et la justification que l'on en donne est également en dehors de la loi. Les termes mêmes que les auteurs emploient pour exprimer leur pensée marquent que la subrogation, telle qu'ils l'expliquent, n'est pas consacrée par le code. C'est une *sorte de cautionnement réel*, disent-ils; il est difficile d'être plus vague. La femme intervient en faveur de son mari, mais toute intervention n'est pas un cautionnement; le mot *réel* prouve, au contraire, que la femme n'est pas caution, que ses biens seuls répondent. En réalité, la femme n'engage pas plus ses biens que sa personne; elle cède, abandonne, en un certain sens, son hypothèque légale; donc ce qu'on appelle subrogation d'hypothèque est essentiellement une *renonciation*, ce n'est pas un *engagement*. Dire que c'est un nantissement *sui generis*, c'est avouer que c'est un *nantissement*, ou, si l'on veut, un contrat que la loi ne connaît pas. Aubry et Rau l'avouent (1). Le nantissement légal n'existe que sous les conditions et les formalités déterminées par la loi; ces conditions et ces formes ne sont pas observées, donc il n'y a pas de nantissement. Il y a une convention que les praticiens ont imaginée, non pour combler une lacune, ce que les parties contractantes peuvent toujours faire, mais en étendant une loi d'ordre public, ce qui leur est interdit.

344. En France, la législation a confirmé implicitement la doctrine admise par la jurisprudence (2), sans cependant définir ce qu'il faut entendre par subrogation d'hypothèque, de sorte que l'incertitude subsiste. En Belgique, les conventions ayant pour objet de subroger un tiers créancier à l'hypothèque de la femme sont à peu près

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 458 et suiv., et note 11, et p. 456, note 4, § 288.

(2) Décret du 28 février 1852 (art. 8 et 20) portant organisation des sociétés de crédit foncier. Loi du 23 mars 1855 sur la transcription (art. 9).

inconnues, notre loi hypothécaire ne les mentionne pas; elle se borne à permettre à la femme de renoncer, au profit d'un tiers, aux inscriptions prises dans son intérêt; ce qui implique que les cessions d'hypothèque, ou subrogations à l'hypothèque, ou renonciations à l'hypothèque sont interdites, comme contraires à une loi d'ordre public. Depuis la publication de la loi nouvelle, il n'a été rendu, à notre connaissance, qu'un seul arrêt où il soit question de renonciation et de subrogation à l'hypothèque légale. La cour de Liège suppose que ces conventions sont valables; la validité n'en ayant pas été contestée, elle n'avait pas à s'expliquer sur ce point; elle n'avait pas non plus à décider quelle est la nature de la subrogation d'hypothèque (1). La rareté de la jurisprudence prouve que la pratique française n'est pas entrée dans nos mœurs, et l'article 71 de notre loi permettrait difficilement de l'introduire. Ce qui prouve que cette pratique est incompatible avec la rigueur des principes, c'est qu'en 1841, quand, en France, les cours d'appel et les facultés de droit furent consultées sur les réformes qu'il convenait d'introduire dans le régime hypothécaire, plusieurs proposèrent d'assujettir les stipulations relatives à l'abandon de l'hypothèque légale à des conditions, dans le but de les restreindre. C'est ce qu'a fait le législateur belge. Il n'avait pas à se préoccuper des abus de la pratique, ils n'existent pas chez nous; mais ayant soumis l'hypothèque de la femme aux conditions rigoureuses de spécialité et de publicité, il devait veiller à ce que la garantie hypothécaire qu'il maintenait ne devint pas illusoire, par les renonciations que la femme y ferait. Renonciations, cessions, subrogations sont des conventions qui tendent toutes au même but, l'abandon plus ou moins étendu des garanties hypothécaires de la femme. Le législateur belge n'a permis que la renonciation aux inscriptions; c'est interdire implicitement les conventions par lesquelles la femme se dépouillerait de son hypothèque. Nous ajouterons que la loi hypothécaire, telle que nous l'avons interprétée, en ce qui concerne l'hypothèque légale

(1) Liège, 27 décembre 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 122).

de la femme, rendra tout à fait inutiles les subrogations si usuelles en France. L'hypothèque légale ne produit plus ses effets de plein droit, comme sous l'empire du code civil; elle doit être spécialisée, soit par contrat de mariage, soit, pendant le mariage, par le président du tribunal, et elle doit être rendue publique. Il arrivera très-rarement que la spécialisation se fasse avant le mariage, et elle ne se fera pendant le mariage, pour les droits déjà nés, que si l'état des affaires du mari rend cette garantie nécessaire. Or, si la garantie hypothécaire est devenue une nécessité, et si, par suite, inscription est prise sur les biens du mari, il ne se trouvera guère une femme disposée à y renoncer. Si, en France, ces renonciations sont si fréquentes, c'est que l'hypothèque légale grève tous les biens du mari, alors même que cette garantie n'est pas actuellement nécessaire à la femme. Mais si l'on admettait, comme on l'enseigne généralement, que la femme peut faire spécialiser et inscrire son hypothèque, avant le mariage, pour sûreté des droits qui pourront lui échoir pendant le mariage, et si cette pratique devenait usuelle, alors le crédit du mari serait régulièrement compromis par l'hypothèque légale de la femme, et, par suite, l'usage s'introduirait de faire renoncer la femme à une garantie inutile ou du moins exagérée. Dans notre interprétation, tous les intérêts sont sauvegardés. Régulièrement l'hypothèque de la femme ne sera pas spécialisée ni inscrite, partant le crédit du mari restera entier, et les tiers ne courent aucun danger. C'est seulement quand les affaires du mari se dérangent que des inscriptions seront prises par la femme ou en son nom. Dans ce cas, la femme renoncera difficilement à une garantie qui assure ses droits et ceux de ses enfants. Et si cela arrivait, la renonciation à son rang de priorité suffirait pour consolider le crédit du mari. Toute autre convention, de cession, de subrogation ou de renonciation, serait nulle, à notre avis. Toutefois il faut nous y arrêter, puisque la doctrine en admet la validité, et que la jurisprudence l'a toujours consacrée.

§ IV. *Des conditions requises pour la validité de la subrogation d'hypothèque.*

345. Quand on veut rester sur le terrain strictement légal, notre question n'a point de sens. Le code civil et la loi belge ne connaissent point la subrogation d'hypothèque; quant aux lois nouvelles portées en France, elles nous sont étrangères. Peut-il s'agir de déterminer des conditions pour la validité d'une convention que la loi ignore? Voilà une de ces impossibilités juridiques comme on en rencontre tant en cette matière. Nous devons supposer d'abord, avec l'opinion générale, que les conventions qui ont pour objet l'abdication de l'hypothèque légale sont valables. En se plaçant sur ce terrain, on peut demander quelles sont les conditions requises pour leur validité. Il ne peut s'agir que de conditions qui découlent du droit commun; car il n'appartient pas à l'interprète de créer des conditions et, partant, des nullités.

346. La subrogation d'hypothèque est-elle soumise à la condition de publicité prescrite par notre nouvelle loi hypothécaire pour les cessions de créances privilégiées ou hypothécaires? Dans notre opinion, la négative est certaine. La subrogation d'hypothèque n'est pas la cession de la créance hypothécaire; elle porte uniquement sur l'inscription et le rang qui y est attaché; la femme reste créancière; il ne s'opère donc pas de transport de sa créance. Cela est décisif. L'article 5 suppose que le créancier hypothécaire cède sa créance; et c'est pour que le cessionnaire puisse opposer cette cession aux tiers, que la loi exige qu'elle soit rendue publique. Or, la subrogation d'hypothèque n'entraîne pas la cession de la créance de la femme; dans l'opinion commune, la femme reste créancière, seulement sa créance hypothécaire devient une créance chirographaire; donc on est en dehors du texte de l'article 5. Si l'on admet l'explication que MM. Aubry et Rau donnent de la subrogation d'hypothèque, notre conclusion est encore plus évidente; il en résulte, en effet, que la femme est seulement tenue en vertu d'un cautionnement réel. Dans cette