

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

doctrine, l'hypothèque n'est pas détachée de la créance de la femme, pour être incorporée comme accessoire à la créance du subrogé; dès lors il n'y a aucun motif pour appliquer l'article 5.

Martou enseigne le contraire. Dans son opinion, la femme détache l'hypothèque de sa créance pour la transporter sur le tiers qu'elle subroge à ses droits. Or, l'hypothèque est un droit réel immobilier, et d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi belge, toute transmission d'un droit réel immobilier doit être rendue publique, soit par la voie de la transcription, soit par la voie de l'inscription. L'article 5 est une application de ce principe : il y a une mutation d'une créance à laquelle est attaché un droit réel immobilier; dès lors cette mutation doit être rendue publique. Peu importe, dit-on, que la subrogation d'hypothèque ne soit pas une cession de la créance hypothécaire; car si la loi veut que cette cession soit inscrite, ce n'est pas parce qu'il y a cession de créance, c'est parce qu'il y a cession de l'hypothèque qui garantit la créance; donc dès qu'il y a cession d'hypothèque, même séparée de la créance, la cession doit être rendue publique (1). Que tel soit l'esprit de la loi belge, cela est incontestable; mais cela suffit-il pour que l'interprète puisse exiger la publicité d'une convention que la loi ignore, dont la nature est incertaine, et qui ne rentre pas dans le texte de l'article 5? Nous ne croyons pas que l'interprète puisse aller jusque-là.

**347.** A l'occasion de la cession ou subrogation d'hypothèque, nous devons dire un mot d'un mode de transmission du droit hypothécaire qui est usité en France, et qu'en Belgique on ignore. Une hypothèque est consentie par acte notarié pour sûreté d'un prêt. L'acte énonce que la créance principale est constatée par des lettres de change ou des billets à ordre, souscrits par l'emprunteur au profit du prêteur. On admet que, dans ce cas, la garantie hypothécaire se transmet, par le seul effet de l'endossement, aux porteurs de ces billets ou lettres de change. Il en est

(1) Martou, t. I, p. 192, n° 175, et t. III, p. 43, n° 933. Comparez Cloes, t. I, p. 107, n° 204. Sur la législation française, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 460, et note 14, et p. 466, et notes 17 et 18, § 288 bis.

de même du privilège du vendeur, quand l'acte de vente constate que des effets à ordre ont été créés en paiement du prix; le privilège se transmet également par voie d'endossement de ces effets. La légalité de ce mode de transmission a été consacrée par la cour de cassation, et la doctrine l'admet. Aux objections qui ont été faites contre cette pratique, la jurisprudence répond que la loi l'autorise par cela seul qu'elle ne la défend point (1).

A notre avis, cette pratique est incompatible avec l'article 5 de la loi belge. Aux termes de cette disposition, la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers que sous les conditions que la loi détermine. Il faut d'abord que la cession résulte d'actes authentiques, ce qui exclut la transmission par voie d'endossement; il faut ensuite qu'il soit fait mention du transport sur les registres du conservateur dans les formes prescrites par l'article 5; ce qui exclut également la forme commerciale de l'endos. On pourrait dire que la forme civile n'implique pas l'interdiction de la forme commerciale. La réponse à l'objection se trouve d'abord dans les termes restrictifs de l'article 5, et ensuite dans l'esprit de la loi. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit sur les dispositions préliminaires de la loi belge : l'authenticité des actes soumis à la publicité est un principe général de notre loi et une des bases de notre régime hypothécaire. La transmission des hypothèques par voie d'endossement serait une exception à cette règle : pour l'admettre, il faudrait un texte formel. Cela est décisif.

**348.** Faut-il, pour la validité de la cession ou subrogation d'hypothèque, que les cessionnaires ou les subrogés soient créanciers hypothécaires? Si l'on s'en tient au texte de notre loi, c'est-à-dire si l'on admet que la seule renonciation que la femme puisse faire est celle qui est autorisée par l'article 71, il est certain que le tiers créancier au profit duquel la femme renonce à son rang d'inscription, doit lui-même être inscrit, donc créancier hypothécaire. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 333).

(1) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 460, notes 15 et 16, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1267.

La jurisprudence française va plus loin, et elle est admise dans ses éléments essentiels par les interprètes de la loi belge. On distingue entre la cession de l'hypothèque et la renonciation de la femme à ses garanties hypothécaires. La femme peut, en conservant sa créance, céder son hypothèque seulement, ou y subroger un créancier du mari. Ce créancier peut-il être chirographaire? On admet généralement l'affirmative; toutefois il y a des dissidences, car tout, en cette matière, est controversé. Si l'on admet que la femme peut transférer son hypothèque, séparément de sa créance, on ne voit pas pourquoi elle n'aurait pas le droit de l'attacher à une créance chirographaire; le cessionnaire sera colloqué pour sa créance au rang que l'inscription de l'hypothèque légale donne à la créance de la femme (1). Nous rejetons la conséquence, parce que nous n'admettons pas le principe d'où elle découle, et nous ne l'admettons pas, parce qu'il est en opposition avec le texte de l'article 71 et avec l'esprit de la loi, comme nous l'avons dit (n° 339).

La femme peut-elle renoncer à son hypothèque en faveur d'un créancier hypothécaire? Cela aussi est controversé. La renonciation au rang que donne l'inscription à la créance de la femme implique que le créancier cessionnaire du droit de priorité a lui-même une hypothèque; mais s'il est permis à la femme de transporter sa garantie hypothécaire à un tiers créancier, il faut accepter toutes les conséquences du principe; le tiers créancier acquiert le droit d'hypothèque par l'effet du transport que la femme lui en fait; qu'importe la voie par laquelle ce transport s'opère? que ce soit par voie de renonciation, ou de cession, ou de subrogation (2)? Si nous n'admettons pas la conséquence, c'est parce que nous rejetons le principe.

#### § V. *Effet de la subrogation d'hypothèque.*

**349.** Il est aussi difficile de déterminer les effets de la subrogation d'hypothèque que de préciser la nature de la

(1) Pont, t. I, p. 486, n° 459. Martou, t. III, p. 41 et suiv., n° 932.

(2) Pont, t. I, p. 487, n° 461.

convention et les conditions auxquelles elle est soumise. Nous avons dit qu'il n'y a pas deux auteurs qui s'accordent sur le point essentiel : qu'est-ce que la subrogation d'hypothèque? On ne le sait (n°s 342 et 343). Le dissentiment est capital, et tant que l'on ne s'entend pas sur la nature de la convention, il est impossible d'en déterminer les effets. Dans notre opinion, la convention même est extralégale; c'est une invention des praticiens que notre législation ignore. La loi belge ne reconnaît que la renonciation à l'inscription; les effets de cette renonciation sont très-simples, nous les avons expliqués (n°s 328-334). Quant aux effets de ce que la pratique appelle *subrogation d'hypothèque*, ils doivent différer d'après les diverses conventions que l'on comprend sous cette expression générale; il est vrai que la pratique les confond, mais la doctrine ne peut accepter cette confusion comme un principe; il faut nécessairement distinguer; et même en distinguant, on n'arrive à aucun résultat certain, ce qui est inévitable, le point de départ étant extralégal.

**350.** La femme peut céder sa créance, elle peut y subroger un tiers qui la paye. C'est la cession ou la subrogation que le code civil définit. La cession est une vente qui comprend les accessoires de la créance : la subrogation accompagne le paiement. Ces conventions sont régies par le droit commun. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante. Une femme est colloquée dans une instance d'ordre; elle reçoit son paiement d'un autre créancier qu'elle subroge à ses droits. Quel sera l'effet de cette subrogation? Le subrogé prend la place du subrogeant, c'est-à-dire qu'il exerce tous les droits qui lui appartiennent. Il a été décidé, en conséquence, que le créancier subrogé à la femme pouvait exercer ses droits non-seulement sur le prix en distribution, mais aussi les droits de la femme sur les autres biens du mari, même ceux qu'il aurait vendus avant la poursuite hypothécaire (1). Cela n'est pas douteux; seulement, d'après notre loi, il faut ajouter une restriction, c'est que la femme doit prendre inscription; elle n'a donc

(1) Rejet, 13 décembre 1854 (Daloz, 1855, 1, 34).