

mer, parce que cette matière tient au Code de commerce, sur le domaine duquel je ne veux pas anticiper dans ce Commentaire.

Je me borne à dire que, d'après l'ancienne législation comme d'après la nouvelle, les navires et autres bâtiments de mer sont meubles (1).

J'ajoute que la saisie de bâtiments de mer est soumise à des formalités particulières, tracées par les art. 197 et suiv. du Code de commerce, et que d'après un avis du conseil d'État du 17 mai 1809, la procédure, la vente et la distribution doivent se faire devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce. En effet, les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. D'ailleurs le ministère des avoués y est interdit, et cependant la saisie d'un navire ne peut s'opérer sans un avoué (art. 204 du Code de commerce).

#### SECTION I<sup>o</sup>.

##### DES HYPOTHÈQUES LÉGALES (2).

#### ARTICLE 2121.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont,

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari;

(1) Brodeau, Paris, art. 140. Ferrières, idem, n<sup>o</sup> 14. Valin, t. 1, p. 601. Art. 190 du Code de commerce.

(2) L'hypothèque légale, après avoir été l'objet de très-vives attaques, soit dans son caractère d'hypothèque occulte, soit même dans son principe, avait fini par triompher de toutes ces attaques, et avait été maintenue définitivement telle qu'elle est établie par le Code Napoléon, dans tous les projets de réforme qui ont été préparés ou discutés en France, depuis l'année 1841. V. ce que je dis, à cet égard, à la préface, p. xvii, à la note.

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur;

Ceux de l'État, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

#### SOMMAIRE.

416. Définition de l'hypothèque légale. Son caractère. Fiction qu'elle contient.
417. Hypothèque légale *des dots*. Son origine dans le droit romain. Son étendue.
418. La femme a hypothèque légale pour ses *paraphernaux*. Erreur de M. Planel et de quelques arrêts. Autre erreur de M. Grenier.
- 418 bis. Les aliments dus à la femme n'ont pas d'hypothèque.
- 418 ter. Les intérêts et fruits de la dot, ainsi que les dépens pour séparation, sont protégés par l'hypothèque légale.
419. Renvoi pour autres points qui se rattachent à l'hypothèque légale des femmes.
420. Hypothèque légale des mineurs et interdits. Son origine.
421. Le mineur a aussi hypothèque légale sur celui qui gère *pro tutore*. Erreur de M. Grenier.
- 421 bis. Espèce décidée par la Cour de cassation pour un père qui avait administré les biens de son fils *émancipé*.  
*Quid du père tuteur?*
422. Il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens des subrogés tuteurs.
423. Ni sur ceux des curateurs.
424. Le père qui administre *durant le mariage* les biens de son fils mineur, n'est pas tuteur, et n'est pas soumis à l'hypothèque légale. Dissentiment avec un arrêt de Toulouse.
425. Le tuteur officieux est assimilé au tuteur.
426. De la mère qui se remarie sans avoir pourvu à la nomination d'un nouveau tuteur, et de son second époux. Étendue de leur responsabilité. Application de la maxime : *Qui épouse la veuve, épouse la tutelle*.
427. Objets pour lesquels le mineur a hypothèque sur les biens du tuteur.
428. De quel jour date l'hypothèque légale des mineurs?
429. Des tutelles déferées en pays étrangers. Avis opposés de M. de Lamoignon et de M. Grenier. Résolution qu'il y a hypothèque légale. De plus, l'étranger dont la tutelle a



- été réglée en pays étranger a hypothèque sur les biens de son tuteur sis en France. Opinions contraires. Analogies.
430. Hypothèque légale des établissements publics, des communes et de l'État. Qu'entend-on par comptables?
- 430 bis. Les percepteurs ne sont pas comptables.
431. Les hypothèques légales sur les comptables doivent être inscrites, mais pas celles sur les tuteurs et les maris.
432. Quant aux restrictions dont ces hypothèques légales sont susceptibles. Renvoi.
- 432 bis. L'addition d'hérédité ne produit pas d'hypothèque légale.
- 432 ter. Hypothèque légale du légataire. Son utilité.
433. Hypothèque de la masse sur les biens du failli. Les absents n'ont pas d'hypothèque légale.

## COMMENTAIRE.

416. L'hypothèque légale, dit l'art. 2117 du Code Napoléon, est celle qui résulte de la loi. Elle n'a pas besoin de convention pour être établie.

On peut voir sous le titre du Digeste, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite constituitur*, les causes assez nombreuses pour lesquelles les lois romaines donnaient une hypothèque tacite. Neguzantius en a compté jusqu'à vingt-six (1). Dans notre législation, plusieurs de ces causes sont classées parmi les privilèges.

Lorsque la loi donne une hypothèque légale, elle feint qu'il y a eu paction et convention de la part des parties contractantes. Elle veut que l'hypothèque existe de même que si elle eût été stipulée; et même, comme la cause qui détermine la loi à sous-entendre cette hypothèque est très-favorable, elle lui donne plus d'étendue et plus de privilège qu'aux hypothèques conventionnelles. « Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium (2). »

(1) Part. 2, memb. 4.

(2) Neguz., 1, memb. 4, n° 11. Application de ceci. *Infrà*, n° 580.

417. La première cause pour laquelle la loi donne hypothèque légale est celle des dots, conventions et apports matrimoniaux des femmes mariées sous le régime dotal, ou sous le régime de la communauté.

D'après l'ancien droit romain (*antiquas leges*), les femmes n'avaient qu'un privilège personnel pour être préférées, pour leur dot, aux créanciers antérieurs de leur mari. C'est Justinien qui nous l'apprend dans la fameuse loi *Assiduis*, C. *Qui potior*.

Si elles désiraient une hypothèque, elles étaient obligées de la stipuler.

Justinien voulut suppléer à cette insuffisance des anciennes lois par la loi 1<sup>re</sup> au Code, *De rei uxoria actione*. Il donna à la femme une hypothèque tacite sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot. Il alla plus loin; il voulut que cette hypothèque fût tellement privilégiée, qu'elle assurât préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés. C'est ce que portent et la loi *Assiduis* et la Nouvelle 97, C. 2 (1).

Doneau (2), et Vinnius, son abrégiateur (3), blâment avec raison Justinien d'avoir donné préférence à la femme sur des créanciers antérieurs à elle en hypothèque. C'est, en effet, une grande injustice de priver un créancier vigilant d'un droit qu'il a eu le soin de se conserver. L'art. 1572 du Code Napoléon a dérogé à la loi *Assiduis*. Il dit que la femme n'a pas de privilège sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. En cela, il n'a fait que céder à l'improbation qui s'élevait de toutes parts contre la loi romaine, et qui l'avait fait rejeter presque généralement en France. Car je crois

(1) Pand. de Pothier, t. 2, p. 72, n° 79, et t. 1, p. 573, n° 29. Cujas, *De jure dotium*, au Code, et loi uniq. C. *De rei uxoria act.*, § *Et ut plenius*. Perez, sur ces titres, Voët, lib. 20, t. 2, n° 20. Fachin, *Controv.*, lib. 3, c. 49. *Infrà*, n° 613 et 615.

(2) Sur la loi dernière, C. *Qui potior*.

(3) *Partit. juris.*, lib. 2, c. 25.





qu'elle n'était guère suivie qu'au parlement de Toulouse, et encore, avec des modifications rapportées par Serres (1).

On voit même, par la lecture des commentateurs du droit romain, que plusieurs d'entre eux, révoltés de l'injustice de cette loi, avaient cherché, par des subtilités et des limitations contraires à son texte, à la restreindre, contre la volonté précise de Justinien (2).

Mais, s'il était juste de repousser l'exagération dans laquelle Justinien s'était laissé entraîner, il n'était pas moins nécessaire d'adopter la disposition pleine de sagesse qui conférait aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs époux pour la sûreté de leurs apports matrimoniaux. Aussi la loi unique *C. De rei uxor. act.* fut-elle adoptée sans exception en France par la législation qui précéda le Code Napoléon. L'article 2121 l'a sanctionnée (3).

Il s'applique autant aux femmes mariées sous le régime de la communauté qu'aux femmes mariées sous le régime dotal.

418. Je vais expliquer maintenant quels sont les droits de la femme qui jouissent de l'hypothèque légale.

Par le droit romain, qui ne connaissait que le régime dotal, la femme avait hypothèque tacite non-seulement pour sa dot, mais encore pour son augment de dot, pour sa donation *propter nuptias* (4) et ses biens paraphernaux (5).

(1) P. 559. V. D'Olive, liv. 3, ch. 25 et 26.

(2) Fachin., Controv., lib. 3, c. 49. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16.

(3) Suivant Voët, les femmes mariées n'ont pas d'hypothèque légale en Hollande (lib. 20, t. 2, n° 20). La loi du 11 brumaire an VII reconnaissait aux femmes une hypothèque légale (art. 4), mais à charge d'inscription. Voyez, au surplus, l'analyse de quelques législations étrangères dans la préface de cet ouvrage.

(4) Perez, lib. 9, t. 12, n° 20.

(5) L. *Si mulier*, dernière, *C. De pactis conventis*. Favre, C., lib. 5, t. 8, déf. 25. Voët, liv. 20, t. 2, n° 20. Cujas, Code. *De jure dotium*.

Mais elle n'avait d'hypothèque privilégiée, c'est-à-dire de préférence sur les créanciers antérieurs, que pour sa dot seulement. Elle n'en avait pas pour son augment de dot fait en meubles, pour sa donation *propter nuptias* et pour ses paraphernaux (1). On craignait les fraudes à l'égard des tiers.

Suivant le Code Napoléon, la femme commune en biens ou mariée sous le régime dotal, ou séparée, n'a pas d'hypothèque privilégiée, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure. Elle n'a qu'une simple hypothèque tacite (article 1572). Mais cette hypothèque s'étend à tous ses apports matrimoniaux, à tous ses droits et reprises, à ses gains nuptiaux (2) et à ses paraphernaux (3); et elle peut s'en prévaloir, quelle que soit la position que lui fait son contrat de mariage, fût-elle même séparée de

(1) Cujas, Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16. Bretonnier, sur Henrys, chap. 6, 9, 34. Voët, lib. 20, t. 4, n° 21. Nov. 97 et loi fin. *C. Qui potior*. Pothier, Pand., t. 1, 573, n° 29. *Infrà*, 592.

(2) Et même aux dommages intérêts résultant de ce que le mari aurait négligé de faire transcrire la donation de certains de ses biens qu'il aurait faite par son contrat de mariage à sa femme. Cass., 10 mars 1840 (Sirey, 40, 1, 217). Angers, 10 mars 1841 (Sirey, 41, 2, 187).

(3) Mais assure-t-elle pour la femme commune en biens, même sa part dans les biens de la communauté? La jurisprudence semble fixée dans le sens de la négative. Jugé que la femme n'a pas d'hypothèque légale pour sa part dans les biens de la communauté; qu'elle a seulement sur ces biens un privilège de copartageant assimilé à celui accordé au cohéritier sur les biens de la succession et soumis pour sa conservation aux mêmes règles, Paris, 3 décembre 1836 (Sirey, 37, 2, 273). Cass., 15 juin 1842 (Sirey, 42, 1, 631), et qu'il en est de même à l'égard de la part de la femme dans une société d'acquêts formée entre elle et son mari. Bordeaux, 2 mars 1848 (Sirey, 48, 2, 349). Du reste, la question diffère essentiellement de celle de savoir si la femme commune peut agir hypothécairement, même sur les conquêts de communauté, pour l'exercice des droits qui lui sont assurés par une hypothèque légale. Je traite cette question *infrà*, n° 453 *ter*.



biens (1). C'est ce qui résulte des expressions générales employées par la loi.

La même étendue se trouvait dans la loi du 11 brumaire an VII, qui se servait de ces mots : « *pour raison de leurs conventions et droits matrimoniaux* (2). »

Ceci posé, on sent qu'on ne peut pas tomber dans une erreur plus grave que M. Planel, professeur de droit à Grenoble, qui a avancé, dans une dissertation (3), que, par le Code Napoléon, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour la répétition de ses biens extra-dotaux. Comment peut-on soutenir une telle opinion en présence de notre article, qui attribue l'hypothèque légale *aux droits créances* des femmes ? Est-ce que les répétitions extradotales ne constituent pas une *créance* au profit de la femme ? Et où voit-on que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu modifier en ce point l'ancienne jurisprudence, basée sur les lois romaines (4) ? Au surplus, les arrêts ne laissent plus de doute à cet égard (5), et l'on devrait s'abstenir de proposer à l'avenir une pareille difficulté.

Ainsi donc, si le mari a eu la jouissance des para-

(1) Arrêt de la cour de Colmar du 19 août 1834 (Recueil des arrêts de cette cour, 1834, p. 229). C'est à tort qu'on m'a prêté une opinion contraire dans la discussion qui a précédé cet arrêt. Tout ce que j'ai dit, dans la première édition de cet ouvrage, de l'hypothèque légale de la femme, notamment en ce qui concerne les paraphernaux, prouve bien clairement que je n'ai jamais entendu refuser à la femme séparée une garantie dont aucune loi ne lui enlève le bénéfice.

(2) Art. 21.

(3) Sirey, 19, 2, 89.

(4) Répert., sect. 2, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, t. 1, n° 232. Persil, Quest., p. 228. Dalloz, Hyp., p. 154, n° 9.

(5) Riom, 5 février, 1821. Cassat., 11 juin 1822 (Dalloz, Hyp., p. 158). 6 juin 1826 (Dalloz, 26, 1, 296). 28 juillet 1828 (Dalloz, 28, 1, 354). 5 décembre 1832 (Dalloz, 53, 1, 246). Grenoble, 30 mai 1834 (Sirey, 54, 2, 478). Bordeaux, 20 juin 1835 (Dalloz, 56, 2, 48).

Je reviens sur cette question, *infra*, n° 575.

phernaux de sa femme pendant le mariage, celle-ci aura une hypothèque générale sur les biens du premier pour leur restitution.

M. Grenier (1) veut que cette hypothèque n'ait lieu que pour les *capitiaux* et non pour les intérêts et fruits extra-dotaux. Il se fonde sur la loi *Si mulier* 2, C. *De part. convent.*, qui a étendu aux paraphernaux l'hypothèque de la dot, et qui ne parle que du sort principal et non des intérêts. M. Grenier s'appuie aussi de l'article 1577 du Code Napoléon, portant que si le mari a procuration de sa femme pour administrer, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.

Je crois que les conséquences que M. Grenier tire de ces autorités sont forcées. La loi *Si mulier* ne me paraît pas avoir un sens limitatif : si elle ne donne pas d'hypothèque pour les intérêts, si elle paraît ne couvrir de cette garantie que le principal, *pecunias sortis*, c'est parce qu'elle suppose que le mari n'en est pas débiteur, et qu'il a usé du droit de les employer pour l'utilité commune des époux : « *et usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere* (2). »

Quant à l'art. 1577 du Code Napoléon, voici ce qu'il porte : « Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. »

Quel est le but de cet article ? Est-ce de déclarer que, de même qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour le compte de sa gestion, de même il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mari pour ce qu'il doit de l'administration des paraphernaux ?

Point du tout ! Car, avec un tel raisonnement, il fau-

(1) T. 1, n° 232. M. Dalloz adopte la même opinion par d'autres motifs.

(2) Voyez l'hypothèse posée par l'art. 1578 du Code Napoléon.



drait aller jusqu'à dire que le mari n'est pas soumis à l'hypothèque légale, même pour la restitution du capital paraphernal. Il le faudrait, dis-je, parce que l'art. 1577 assimile le mari au mandataire, et qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour la restitution du sort principal. Or, cette conséquence dépasse les vues de M. Grenier; elle nous mène hors de la saine intelligence de la loi.

Qu'a donc voulu dire l'art. 1577? Il a voulu dire qu'outre la restitution du principal, le mari devrait les intérêts dans les limites de l'art. 1996 du Code Napoléon, c'est-à-dire qu'il devrait l'intérêt des sommes employées à son usage, à dater de cet emploi, et celui des sommes dont il est reliquataire, à compter de la demeure; car c'est ainsi que le mandataire est tenu. En un mot, c'est une règle pour le délai et le compte des intérêts que l'art. 1577 a voulu donner.

Mais cela fait, rien n'empêche que le mari ne reste astreint aux obligations qui pèsent sur lui en cette qualité. L'art. 1577 le soumet à l'action *mandati*; notre article le soumet à l'action *hypothécaire*. Il n'y a pas là de contradiction entre ces deux articles. Ils donnent à la femme deux moyens au lieu d'un, et, à mon avis, ils se concilient si parfaitement, que je crois avec fermeté qu'il ne faut rien restreindre du sens du mot *créances* employé par notre article (1).

418 bis. On agitait, parmi les interprètes du droit romain, la question de savoir si les aliments étaient tacitement hypothéqués, de même que la dot. Une opinion très-répandue soutenait l'affirmative, parce que, disait-on, les aliments sont les intérêts de la dot.

Mais Fachinée (2) repousse ce système « *ut somnia vigilantium.* » Aucune loi ne donne d'hypothèque à la

(1) La cour de Montpellier s'est prononcée en ce sens par arrêt du 27 avril 1846 (Sirey, 47, 2, 459). V. aussi M. Seriziat, Rég. dot., n° 553. V. cependant Aix, 19 août 1813 (Sirey, 14, 2, 259).

(2) Controv., lib. 12, c. 33.

femme pour aliments dûs par son mari. D'ailleurs il est faux de dire que les aliments soient les fruits de la dot. Les aliments sont une charge *personnelle* du mari, qui en doit à sa femme quand même il n'aurait pas reçu de dot (1).

418 ter. Quant aux intérêts ou fruits de la dot, comme ils suivent le sort principal, ils doivent avoir hypothèque légale du jour où ils ont couru. Ce point n'est pas contesté (2).

M. Grenier pense même que l'hypothèque légale de la femme a lieu pour les dépens qu'elle a faits sur sa demande en séparation, et il s'autorise d'un arrêt de la cour de Riom, qu'il préside, du 4 mars 1822 (3). La cour de Douai a rendu un arrêt conforme le 1<sup>er</sup> avril 1826 (4). Cependant il existe un arrêt rendu en sens

(1) Perezus, sur le C. *De rei uxor. act. Surdus, De alimentis*, t. 8, privilég. 49. — Je trouve cependant un arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1838 (*J. P.*, 1838, t. 2, p. 242), dans lequel il est dit que les aliments de la femme, son habitation et son deuil pendant l'année qui suit le décès de son mari, et les intérêts de la dot à partir de l'expiration de cette année, sont des conventions matrimoniales qui emportent hypothèque légale. Mais il est à remarquer que la question ne s'élevait pas seulement à l'occasion des *aliments*; elle embrassait de plus non-seulement l'habitation et le deuil, mais encore les *intérêts* de la dot qui, eux, ont hypothèque légale, comme je le dis au numéro suivant. En sorte que la Cour de cassation, qui avait à statuer à l'occasion de ces divers objets en bloc, a pu, sans y songer beaucoup, communiquer aux aliments les avantages qui appartiennent aux intérêts. La solution eût-elle été la même si les aliments eussent été spécialement et isolément en question? Je crois pouvoir en douter.

(2) Et il a été jugé que la femme doit être colloquée, pour ses intérêts, pour tous ceux qui lui sont dûs, au même rang que pour son capital, et non pas seulement pour deux années et l'année courante. Bordeaux, 10 août 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 153).

(3) T. 1, p. 495, n° 231.

(4) Sirey, 27, 2, 40. Dalloz, 27, 2, 42. Autres arrêts conformes, Paris, 28 décembre 1822 (Dalloz, Hyp., p. 165, 166). Caen, 25 novembre 1824 (Dalloz, Hyp., p. 129, note 1).



contraire, le 12 mars 1817, par la cour de Rouen (1). Je crois les premières décisions préférables (2). Si le privilège de la dot ne s'étendait pas aux frais faits pour la mettre en sûreté, les précautions prises par le législateur seraient facilement éludées.

419. Pour compléter ce qui tient à l'hypothèque légale des femmes, je renvoie à ce que je dirai ci-après : 1° pour l'inscription, sur l'art. 2135 ; 2° pour l'époque où l'hypothèque prend son existence, même article ; 3° pour les biens qu'elle frappe, sur l'art. 2122 ; 4° pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et la subrogation qu'elle pourrait consentir, sur les art. 2140 et suiv. ; 5° pour la forme et la qualité du contrat de mariage, et s'il doit être fait en France, art. 2128 et n° 429.

420. La seconde cause pour laquelle la loi donne hypothèque est celle des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur.

Cette hypothèque légale existait aussi par le droit romain à l'égard des mineurs.

« Pro officio administrationis tutoris vel curatoris, bona, si debitorum existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minimè prohibentur (3). »

C'était cependant une grande contestation entre les jurisconsultes que de savoir si cette loi, qui est de Constantin, est introductive d'un droit nouveau, ou bien si elle ne fait que confirmer un droit ancien. Je renvoie pour cette difficulté, qui tient à l'histoire du droit, à ce

(1) Sirey, 17, 2, 170.

(2) Le principe en a été étendu aux dépens auxquels le mari a été condamné sur une demande intentée par la femme à l'effet d'obtenir de la justice l'autorisation de plaider à défaut de l'autorisation maritale. Agen, 15 novembre 1847 (Sirey, 48, 2, 681). Au surplus, je reviens sur le rang des dépens en thèse générale, *infra*, n° 702 bis.

(3) L. 20, C. De adm. tutor. Pothier, Pand., t. 1, p. 565, n° 3.

qu'en ont dit Balduinus (1) et Jacques Godefroy (2). Je me contente de dire que Voët pense que par le droit des Pandectes, les pupilles n'avaient sur les biens de leurs tuteurs qu'un privilège *inter personales* (3).

A l'égard des interdits pour cause de fureur, de démence, etc., on voit bien qu'ils avaient un privilège *in personalibus actionibus*, ainsi que cela résulte des lois 29, § 1, 20, 21, 22, D. De reb. auct. jud. possid. (4).

Mais il n'est pas aussi clair qu'ils eussent une hypothèque légale. Car aucun texte n'en fait mention.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française, assimilant les uns avec les autres les mineurs et les interdits, leur a toujours accordé l'hypothèque légale sans distinction, telle qu'elle est aujourd'hui constituée (5).

421. Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait communément que le mineur avait hypothèque légale, non-seulement sur les biens de celui qui était réellement tuteur, mais encore de celui qui, sans être tuteur, en faisait les fonctions, soit qu'il s'en chargeât volontairement, soit que, par erreur, il crût être tuteur. C'est ce qu'on appelait *protuteur* suivant la définition de la loi 1, § 1, D. De eo qui pro tutore, portant : « Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingit tamen esse. »

La glose sur la loi 20, C. De adm. tutor. avait été la première à proposer l'opinion que l'hypothèque légale du mineur devait avoir lieu sur les biens du *protuteur*.

(1) Comm. 2, De legib. Const.

(2) Sur la loi 1, C. Theod. de adm. tutor.

(3) Ad Pandect., lib. 20, t. 2, n° 19.

(4) Poth., Pand., t. 3, p. 185, n° 30.

(5) Basnage, Hyp., ch. 6. Et l'hypothèque de l'interdit s'applique non-seulement au cas d'interdiction pour cause de démence, mais encore au cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation à certaines peines afflictives et infamantes, aux termes de l'art. 29 C. pén. Pau, 19 août 1850 (J. P., 1852, t. 2, p. 467).



Quoique les lois qu'elle alléguait ne parlèrent nullement de cette extension, et ne se rapportassent qu'à l'action personnelle privilégiée (1), néanmoins, on se rangea généralement à cette opinion, par la raison que celui qui a pris faussement le titre et les fonctions de tuteur ne doit pas être de meilleure condition que celui qui a réellement cette qualité (2).

Cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code Napoléon.

Je dois faire remarquer que le Code, qui se sert (3) du terme *protuteur*, l'emploie dans un sens tout à fait différent de celui que lui donne la loi romaine. Le protuteur, dont parle l'art. 417, remplit un véritable office public que la loi lui délègue. Il est tuteur dans toute l'étendue du terme pour les biens situés aux colonies. Il est donc certain que ce protuteur est soumis à l'hypothèque légale.

Mais le protuteur dont s'occupent les lois romaines (4) n'est pas tuteur de droit; il gère à la vérité, mais il lui manque la qualité et le pouvoir déferé par l'autorité publique. C'est une personne privée qui s'ingère dans une administration qui ne le concerne pas.

M. Grenier pense (5) que l'on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale, et l'on peut dire en faveur de son opinion que le Code, ne faisant mention que du tuteur, entend parler de celui qui a été investi d'un titre légal, et exclut par conséquent le protuteur, c'est-à-dire celui qui n'en a que la couleur.

Je pense néanmoins que le protuteur doit être frappé, comme le tuteur, de l'hypothèque légale. Quoiqu'il n'ait

(1) L. 1 et 23, D. *De reb. auct. jud.*

(2) Favre, Code, lib. 8, t. 7, déf. 2. Basnage, Hyp., ch. 6. Brodeau sur Louet, Hyp., som. 23. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 1, art. 3. Despeisses, t. 16, sect. 7, n° 12. Voët, liv. 20, t. 2, n° 23.

(3) Art. 417.

(4) *De eo qui pro tutore.*

(5) T. 1, n° 273.

pas la qualité de tuteur, néanmoins il en fait les fonctions, il en exerce la surveillance, il en accepte la responsabilité, et se soumet à toutes ses obligations. Le mineur ne doit pas être responsable de ce que le titre en vertu duquel il administre est nul, ou vicieux, ou imaginaire. Il ne voit et ne doit voir en lui que son tuteur, et ses garanties ne peuvent être diminuées de ce que le fait est contraire au droit.

Mais il faut remarquer que cette décision ne peut et ne doit avoir lieu que contre la personne qui croit ou veut gérer *pro tutore*, et qu'elle ne s'applique en aucune manière à l'individu qui s'empare des biens du mineur dans un tout autre but que celui de les administrer dans l'intérêt de ce mineur. C'est ce que Fabre fait remarquer avec sa sagacité ordinaire (1), et ce à quoi M. Grenier n'a pas fait assez attention. Car dans la discussion à laquelle il se livre, on voit qu'il confond l'un et l'autre cas.

Ainsi, si un cohéritier s'empare indûment d'une succession appartenant pour partie à ses cohéritiers mineurs, il sera improposable de réclamer contre lui une hypothèque légale, sous prétexte qu'il a fait les fonctions de tuteur. Il est clair que, loin de vouloir exercer les fonctions de la tutelle, il a cherché à frustrer au contraire ses cohéritiers, et à usurper sur eux ce qui leur appartenait. Assurément ce n'est pas là ce qu'on appelle *pro tutore gerere* (2).

Mais si un individu, sans avoir le titre légal de tuteur, l'usurpe cependant, ou bien prend soin de la personne des pupilles, administre leurs biens, recueille pour eux les successions qui leur adviennent, emploie leurs revenus à leur profit, nul doute qu'alors il ne soit leur *tuteur de fait* et qu'on ne puisse exercer contre lui l'action hypothécaire pour la reddition de ses comptes (3).

(1) Code, liv. 8, t. 7, définition 2.

(2) Répert., Hyp., p. 842.

(3) On verra, n° 426, la confirmation de ceci.