

de la communauté. Elles n'ont d'hypothèque que du jour de l'obligation (1).

L'hypothèque pour indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari n'avait pas lieu originairement en France. Elle fut introduite par l'usage, sur ce qu'on présumait que la femme n'était pas absolument libre, et qu'elle ne contractait que pour prévenir des dissensions inévitables, en cas de refus de sa part (2).

Ceux qui avaient introduit cet usage avaient fait remonter l'hypothèque de la femme au jour du contrat de mariage (3).

Mais cette pratique était odieuse. Il était contraire aux bonnes règles qu'une femme eût une hypothèque antérieure aux obligations contractées par son mari envers elle. Mais il était surtout intolérable que les créanciers, qui depuis le mariage avaient contracté avec le mari, fussent primés par la femme pour des droits nés postérieurement. Les sages observations du Tribunal,

(1) Plusieurs arrêts avaient décidé qu'à l'encontre des tiers, la femme (ou ses créanciers) peut exercer son hypothèque légale, bien que l'obligation par elle contractée avec son mari ne résulte que d'actes sous seing privé n'ayant pas acquis de date certaine, l'art. 1528 du Code Napoléon étant inapplicable en ce cas. Orléans, 24 mai 1848 (Sirey, 50, 2, 145); Paris, 31 juillet 1847 (Sirey, 47, 2, 485). Mais sur le pourvoi dirigé contre ce dernier arrêt, la Cour de cassation a jugé, au contraire, que l'art. 1528 reçoit application dans ce cas, et par suite que l'hypothèque ne prend rang que du jour où les actes ont acquis date certaine, conformément à cet article. Cassation, 5 février 1851 (Sirey, 51, 1, 192), et c'est aussi ce qui, sur le renvoi prononcé par cet arrêt, a été jugé à la cour de Rouen, le 24 mars 1852 (Sirey, 53, 2, 555). V. encore Agen, 21 mars 1851, et Rennes, 21 août 1851 (J. P. 52, 2, 465 et 678). — Du reste voyez, sur un point analogue, *infra*, n° 593. — Mais la femme peut-elle obtenir collocation sur le prix en distribution des biens de son mari pour indemnité des dettes qu'elle a contractées avec lui avant d'avoir payé ces dettes? Voir *infra*, n° 610.

(2) Lamoignon, t. 2, p. 153.

(3) *Idem*, p. 152. M. Grenier, t. 1, p. 479.

rapportées ci-dessus (1), ont tari cette source d'abus et de fraudes.

J'aime à pouvoir les corroborer de l'opinion de M. de Lamoignon : « Les hypothèques données aux femmes » du jour du contrat de mariage, ou de la bénédiction nuptiale, pour l'indemnité des dettes, ne sont pas régulières; car l'hypothèque, n'étant qu'accessoire de l'obligation personnelle, ne peut, selon les principes de droit, exister en un temps auquel l'obligation personnelle n'était pas encore conçue (2). »

Et plus loin : « Dans le fond, l'hypothèque donnée aux femmes du jour du contrat de mariage, ou du jour de la bénédiction nuptiale, est fort incommode au mari; car elle soumet l'état, la condition et la fortune du mari au caprice et à la fantaisie de la femme. Si elle refuse de s'obliger avec son mari, un homme riche d'un million demeure sans crédit, à cause que les premières obligations du mari, auxquelles la femme n'a point parlé, peuvent, si elle change d'avis, être anéanties par des obligations postérieures du mari et de la femme, auxquels on donne, du chef de la femme, une hypothèque du jour du contrat de mariage. Et, supposé qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la

(1) Je cite ici, comme ayant statué dans l'esprit de ces observations, un arrêt duquel il résulte que l'hypothèque de la femme prenant naissance à l'époque où la dette est contractée, ne peut être réputée indivisible lorsque de fait il y a plusieurs dettes souscrites par elle à différentes époques; et qu'ainsi, le tiers qui a pris hypothèque sur les biens du mari, à une époque postérieure à une première dette de la femme, mais antérieure à une deuxième dette, doit être primé par l'hypothèque légale de la femme résultant de la première dette, mais doit primer l'hypothèque légale née de la deuxième dette. Cass., 16 novembre 1829 (Sirey, 30, 1, 306); et un autre arrêt qui décide que l'hypothèque ne prenant naissance qu'au jour de l'engagement, ne peut être exercée sur un immeuble vendu par le mari antérieurement à l'obligation. Riom, 6 décembre 1848 (Sirey, 49, 2, 147).

(2) T. 2, p. 154.

» part de la femme, si elle est mineure et incapable de
 » s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance d'em-
 » prunter dix écus, à cause des obligations que la femme,
 » parvenue en majorité, pourra faire avec son mari, au
 » préjudice et à la ruine des créanciers particuliers de
 » son mari, quoique antérieurs en hypothèque (1). »

588 bis. On a agité une question intéressante et qui consiste à savoir si la femme peut, par son contrat de mariage, déroger à la disposition du Code qui veut que l'hypothèque pour indemnité de dettes prenne date des engagements, et si elle a pu convenir en se mariant que cette indemnité aurait hypothèque à compter du mariage. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par arrêt de rejet du 26 février 1829 (2); à la vérité, dans l'espèce jugée par cet arrêt, il y avait cette circonstance particulière que le contrat de mariage avait dérogé à la coutume de Bretagne, conforme en cette partie au Code Napoléon, et que l'on pouvait avoir plus d'indulgence pour une stipulation qui rentrait dans le droit commun de l'ancienne France (3). Quoi qu'il en soit, MM. Delvincourt et Dalloz se prononcent pour la validité d'une pareille convention, par la raison que les tiers peuvent toujours consulter le contrat de mariage (4).

Je ne saurais partager cette opinion. Le Code Napoléon a été dirigé par des motifs d'ordre public. C'est, comme dit le Tribunal, pour faire disparaître une source de fraudes (5) et pour remédier à un usage odieux. Or, les tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui favorisent les fraudes, et qui, par conséquent, sont contraires aux bonnes mœurs.

(1) V. aussi Mornac, sur la loi 9, Dig. *Qui potior*.

(2) Dall., 29, 1, 161.

(3) Le droit commun était en effet pour la rétroactivité de l'hypothèque, comme je l'ai dit au numéro précédent. Voyez aussi un arrêt de Dijon du 22 août 1825. Dalloz, 27, 1, 113.

(4) Delv., t. 3, n° 7, p. 165. Dall., Hyp., p. 123, note.

(5) *Suprà*, n° 577.

Le motif donné par MM. Delvincourt et Dalloz, que les tiers peuvent consulter le contrat de mariage, et ne pas contracter s'ils y trouvent des conditions onéreuses, serait tout au plus admissible pour les hypothèques conventionnelles; et encore resterait toujours la raison tirée de la violation de lois d'ordre public. Mais ce même motif est sans force pour ceux qui font valoir des hypothèques légales ou des hypothèques judiciaires. Le mineur a-t-il consulté le contrat de mariage de son tuteur pour savoir quel sera le rang de son hypothèque (1)?

589. A l'égard de l'hypothèque de la femme pour emploi de ses propres aliénés (ce qui est encore une créance appartenant au régime de la communauté), cette hypothèque n'est pas d'une origine fort ancienne; M. de Lamoignon dit que l'usage qui l'introduisit s'établit tacitement depuis les Etats de 1614.

Elle paraît juste; car, quoique la femme consente à l'aliénation de son propre, néanmoins il est à craindre que cette adhésion ne soit l'effet des sollicitations du mari; d'ailleurs, c'est le mari qui reçoit le prix de la vente, et qui dispose des deniers à sa volonté et sans le consentement de sa femme (2).

Cette hypothèque avait date du jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale, et c'est encore ce que blâme M. de Lamoignon, parce que le mari n'est obligé à indemniser sa femme de la vente de ses propres, qu'autant que la vente a eu lieu, et qu'il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Cette jurisprudence avait encore un autre inconvénient, c'est qu'elle précipitait les femmes vers leur ruine, en ce qu'elle les rendait faciles à vendre leurs propres dans l'espérance d'entrer les premières en ordre,

(1) Mon opinion paraît être aussi celle de M. Grenier, t. 1, p. 518, n° 242, *in fine*.

(2) Ferrières, Paris, art. 237, n° 13.

sur les biens de leur mari, pour leur remboursement.

Mais cette espérance était souvent trompée.

Les affaires du mari se dérangent, et l'hypothèque qui leur était accordée, loin de servir à elles-mêmes, ne profitait qu'aux créanciers envers lesquels elles s'étaient obligées, et qui venaient en sous-ordre exercer leurs droits (1).

Aujourd'hui l'hypothèque de la femme pour le emploi de ses propres aliénés n'a de rang que du jour de la vente faite par son mari.

M. de Lamoignon pense (2) que, si la vente s'effectuait en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui aurait permis au mari l'aliénation *des propres* de la femme pour les affaires dudit mari, alors on serait fondé à prétendre l'hypothèque du jour du contrat.

Mais j'estime que, dans les principes du Code Napoléon, cette décision ne doit pas être suivie (3).

La condition d'aliéner, qui est ici la condition de l'hypothèque légale, est potestative de la part du mari, débiteur de cette hypothèque. Elle ne peut rétroagir au préjudice des tiers (4). L'hypothèque ne peut donc avoir de date que du jour de l'événement de la vente.

589 *bis*. Doit-on appliquer à l'aliénation du fonds dotal, faite par le mari, la même décision que pour les propres de la femme aliénés ?

Je ne le crois pas. Le mari qui a vendu le bien propre de la femme n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relative à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien, qu'il s'oblige à l'en indemniser; l'aliénation en-

(1) Lamoignon, t. 2, p. 155.

(2) C'était une ancienne jurisprudence attestée par Brodeau, sur Louet, l. R, n° 50, et par Ferrières, Paris, art. 257, n° 7.

(3) D'après Ferrières, elle était contraire à la loi 11, Dig., *Qui potior*.

(4) *Suprà*, n° 474.

gendre seule l'obligation, et l'obligation donne naissance à l'hypothèque.

Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage, qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise, dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque: elle n'est que l'événement qui force la femme à en user.

Si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage qui autorisait la vente du fonds dotal, la solution doit être la même. La dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage. La sûreté des sommes qui la remplacent doit donc remonter à cette époque. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1826 (1).

(1) Dal., 26, 1, 432. *Junge* arrêt de Grenoble du 6 janvier 1831 (Dal., 32, 2, 99). Il est si vrai que la disposition de l'art. 2135, dont je m'occupe en ce moment, ne s'applique pas à la femme mariée sous le régime dotal, que dans la discussion récente du projet de réforme hypothécaire, M. Rouher avait proposé d'ajouter à cette disposition, qui était dans le projet ce qu'elle est dans le Code, que la femme n'aurait hypothèque « pour le prix de ses » immeubles *dotaux* aliénés que du jour de l'aliénation. » L'article 2135 ne s'applique donc pas à ce cas, puisque l'on voulait faire de ce cas précisément l'objet d'une disposition additionnelle. A la vérité, l'addition proposée par M. Rouher, d'abord soutenue et admise, avait été écartée plus tard. Mais ce n'est pas parce qu'on pensa que le cas était réglé par le texte primitif qui était celui de la loi actuelle, c'est uniquement parce que la question ne parut pas susceptible de recevoir de la loi une solution absolue. Voici ce que M. de Vatimesnil disait à cet égard, au nom de la Commission: « Nous ne pouvons pas embrasser tous les cas... là où il » y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de » la créance. Mais quand la créance existera-t-elle et prendra-t-elle » naissance? Tout cela dépendra du contrat: ce sont des questions » d'application du contrat, plutôt que des questions de droit... » Nous vous proposons en conséquence de rejeter l'amendement » de M. Rouher... » Je ne sais pas s'il était complètement exact

Au surplus, j'ai dit ci-dessus (1) que, par emploi de *propres*, notre article entend parler aussi des paraphernaux aliénés.

Quant à la question de savoir si la femme peut stipuler par son contrat de mariage que l'hypothèque pour emploi de ses propres aliénés remonte au mariage, appliquez ce que j'ai dit *suprà*, n° 588 *bis* (2).

590. Les créances paraphernales de la femme ayant, comme il a été dit, une hypothèque légale dispensée d'inscription sur les biens du mari, il convient d'examiner quelle est la date de cette hypothèque.

En thèse générale, c'est la femme qui a la jouissance et l'administration de ses paraphernaux.

de dire que la proposition de M. Rouher soulevait une question d'appréciation plutôt qu'une question de droit; mais enfin, je m'empare de ceci comme d'une interprétation, et je vois, tant dans la proposition de M. Rouher que dans les observations à la suite desquelles cette proposition avait été rejetée, une raison de plus de me confirmer dans mon sentiment, à savoir qu'on ne doit pas appliquer à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari une règle que le n° 2 du § 3 de l'art. 2135 n'a établie que relativement à la femme commune en biens pour le emploi de ses propres aliénés. C'est aussi l'avis de MM. Pont, *Revue critique*, t. 2, p. 586 et suiv.; Rodière, *Contr. de mariage*, t. 2, n° 677; Tessier, t. 2, n° 154; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 111. J'ai dû revenir sur ce point et y insister, parce que, dans une occasion récente, la cour de Caen s'est prononcée en sens contraire de l'opinion qui jusque-là avait été admise unanimement en doctrine et en jurisprudence. V. son arrêt en date du 7 juillet 1851 (Sirey, 52, 2, 92). Quelque soigneusement que cette décision soit motivée, je persiste à penser que la doctrine qu'elle consacre n'est pas la meilleure. Je sais bien qu'elle a été vainement déférée à la censure de la Cour de cassation et que le pourvoi dont elle a été l'objet a été rejeté le 21 décembre 1853 (V. Sirey, 54, 1, 11; Dalloz, 54, 1, 5). Mais je dois dire aussi que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question: elle a rejeté le pourvoi par des motifs qui se rattachent à un autre point de droit et qui laissent la question entière, au moins devant la Cour suprême.

(1) N° 574.

(2) Sur plusieurs questions relatives aux droits de la femme au cas d'aliénation du fonds dotal. Voir *infra*, n° 612 et suivants.

Mais il est possible que, par suite de différentes combinaisons, le mari soit détenteur des sommes extradotales. Par exemple :

La femme peut stipuler, par son contrat de mariage, que son mari restera dépositaire de ses sommes paraphernales. Justinien donne un exemple de cette convention dans la loi 11, C. *De pact. convent. super dot.*, etc.

Pendant le mariage, elle peut lui donner le mandat de les colloquer avantagement, et de les administrer.

Le mari peut s'en emparer despotiquement.

Dans tous ces différents cas, la loi a donné une hypothèque à la femme pour la reprise de ses paraphernaux; mais elle ne précise pas l'époque où il faut fixer la naissance de cette hypothèque.

Cette question ne présente en droit que peu de difficultés.

L'hypothèque, étant l'accessoire de l'obligation personnelle, commence lorsque l'obligation personnelle est formée.

Or, il est évident qu'il n'y a d'obligation personnelle pour le mari que du moment qu'il a reçu les sommes paraphernales: c'est donc dès l'instant de la réception que date l'hypothèque. La loi 11, au C., tout à l'heure citée, en porte une décision formelle (1).

591. Par quels moyens la femme peut-elle prouver la réception des sommes extradotales par son mari?

Il est souvent fort difficile que la femme se procure un titre: elle est sous l'influence et sous l'autorité de son mari. Celui-ci peut lui refuser une reconnaissance, et il

(1) M. Grenier, t. 1, p. 497. Quelques arrêts font remonter l'hypothèque au jour de l'aliénation. V. Toulouse, 7 avril 1829 (Sirey, 50, 2, 51). Lyon, 21 août 1832 (Sirey, 53, 2, 118); Montpellier, 13 décembre 1853 (Sirey, 54, 2, 559); Cassation, 27 avril 1852 (Sirey, 52, 1, 401); Paris, 7 mai 1853 (Sirey, 55, 2, 351).

est certain qu'il la lui refusera toujours, lorsqu'il se sera emparé malgré elle de ses paraphernaux.

Je crois que la preuve testimoniale doit être admise sans difficulté, sans quoi une femme serait le plus souvent exposée à la perte de ses paraphernaux.

592. D'après la jurisprudence qui a précédé le Code Napoléon, la dot pouvait être augmentée pendant le mariage (1), et l'augment de dot s'identifiait avec la dot principale et jouissait des mêmes privilèges qu'elle.

Néanmoins, l'augment de dot n'avait pas tous les avantages de la dot, en ce qui concerne le privilège de l'hypothèque.

L'empereur Justin voulut que l'augment de dot n'eût d'hypothèque que du jour de l'augmentation et non point du jour du mariage (2).

Mais Justinien, par sa Nouvelle 97, chap. 2, dérogea à cette loi. Il fit une distinction entre l'augment fait en immeubles et l'augment fait en meubles. Dans le premier cas, il voulut que la femme eût une hypothèque privilégiée tant pour la dot que pour l'augment.

Dans le second, c'est-à-dire si l'augment est fait en meubles, Justinien sous-distingue si le mari a des créanciers dans le temps de l'augmentation de la dot, ou s'il n'en a pas. S'il en a, il ne veut pas que la femme ait privilège sur les créanciers antérieurs. Son hypothèque ne doit compter que du jour de l'augmentation. S'il n'en a pas, l'augment a une hypothèque privilégiée, comme dans le cas d'augment fait en immeubles (3).

On sait que, d'après le Code Napoléon, la dot ne peut plus être augmentée pendant le mariage. Ainsi, tout ce qui échoit à la femme de plus que ce qui est constitué

(1) L. 19, C. *De donat. ante.*

(2) L. 19, C. *Idem.*

(3) Cujas, sur la Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 15. Despeisses, t. 1, p. 458, n° 57. Voët, lib. 20, t. 4, n° 21. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, p. 54.

par le contrat de mariage, est paraphernal. Il est donc évident que l'hypothèque ne peut être prétendue que du jour de la réception par le mari.

Par exemple, une femme se constitue en dot une somme de 50,000 fr. qui lui appartient en vertu d'un partage qu'elle a fait avec son frère. Par suite d'une action en rescision contre ce partage pour cause de lésion, elle force son frère à lui payer une autre somme de 50,000 fr., qui complète la totalité de sa part afférente, et que son mari touche en vertu de sa procuration. Il est certain que cette somme n'est pas dotale, et qu'elle ne peut même le devenir par aucune convention intervenue entre le mari et la femme, postérieure au contrat de mariage. Cette somme étant paraphernale, l'hypothèque n'aura de rang que du jour de la réception (1).

593. Comme dans beaucoup de cas énumérés ci-dessus, c'est du jour de la réception des sommes dotales que date l'hypothèque de la femme, il faut voir ici dans quelle forme doivent être les quittances de dot pour pouvoir être opposées aux tiers.

Ce point a longtemps partagé les esprits. On n'était pas d'accord sur la question de savoir si les tiers pouvaient critiquer les quittances de dot non authentiques.

Les uns, se fondant sur l'art. 180 de l'ordonnance de 1629, portant « toute quittance de dot sera passée devant » notaires, à peine de nullité pour le regard des tiers, » et sur la disposition d'une déclaration du 6 mars 1696, qui exigeait que les quittances de dot fussent passées devant notaires, voulaient qu'on ne pût opposer aux tiers créanciers des quittances sous seing privé.

Les autres soutenaient que l'ordonnance de 1629 n'avait jamais eu force de loi dans la plupart des parlements du royaume; que la déclaration de 1696 n'était qu'une loi bursale; qu'il ne fallait pas les suivre, parce

(1) Henrys, liv. 4, ch. 5, p. 34. V. Nîmes, 9 mars 1831 (Sirey, 31, 2, 157).

qu'il pouvait en résulter un grand préjudice pour les femmes.

La jurisprudence était fort incertaine, comme on peut le voir dans Denizart, *verbo* Dot, n° 57, et dans le Répertoire de Jurisprudence, *verbo* Dot, § 3.

Mais enfin elle fut fixée par un arrêt du parlement de Paris du 3 septembre 1781. Il fut décidé que rien n'obligeait la femme à présenter aux créanciers des quittances authentiques.

En effet, le seul point à examiner est de savoir si la quittance est sincère, ou bien si elle est entachée de fraude. Il peut même arriver souvent que le mari, *tantumquam potentior*, ne veuille pas donner quittance à sa femme, et alors ce serait exposer les droits de la femme que de ne pas lui permettre la preuve testimoniale. Ce point a été ainsi jugé par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 1^{er} février 1816, l'autre du 16 juillet 1817, approuvés par M. Merlin (1) et par M. Grenier (2).

Je m'y rallie aussi, soit qu'il y ait eu contrat de mariage, soit qu'il n'y en ait pas eu.

Quand il y a eu un contrat de mariage qui spécifie les apports matrimoniaux de la femme, ou même un contrat par lequel une femme se constitue tous ses biens présents et à venir, il existe un fait d'où découle la présomption que des paiements ont dû être opérés par suite du contrat. Seulement, pour élargir toute idée d'avantages entre époux, la femme doit prouver d'où proviennent les deniers dont il n'est point parlé dans le contrat de mariage, *undè habuit* (3).

(1) Q. de Droit, v° Hyp.

(2) Hyp., t. 1, p. 505. Dalloz, Hyp., p. 128.

(3) Favre, C. *De dote cautâ non numeratâ*, lib. 5, tit. 10, déf. 1. Despeisses, t. 1, p. 291, n° 85. Coquille, q. 120. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, q. 54. V. aussi Toulouse, 23 décembre 1818 (Sirey, 19, 1, 201).

S'il n'y a pas de contrat, la femme doit également prouver *undè habuit*. Mais, cela fait, s'il n'y a pas d'indices de fraude, les quittances données par le mari doivent faire foi, en quelque forme qu'elles soient (1); si même il n'y en a pas, on peut constater par témoins le fait et la date des paiements.

Je crois devoir citer sur cette question l'opinion toujours si prépondérante du président Favre (2): « Et si » *verum est mariti confessionem de dote receptâ constante matrimonio factam, si neque numeratio inter- » venerit, neque dotis constitutio præcesserit, suspectis- » simam esse, nec creditoribus etiam posterioribus » nocere, non tamen est id perpetuum; nam si confessio » probabilem causam habeat, asserente marito redactam » pecuniam ex venditione rei ad uxorem pertinentis, remque » ipsam et venditionis diem, adeoque notarii qui instru- » mentum conscripserit personam designante, vix ulla » fraudis suspicio subesse potest. »*

594. Les droits des femmes des commerçants faillis sont modifiés par d'importantes dispositions du Code de commerce. On peut consulter les art. 557 (anc. 544) et suiv. de ce Code.

595. Occupons-nous des cessions que peut faire la femme de son hypothèque légale (3).

(1) Angers, 23 juillet 1850. Dal., 51, 2, 94.

(2) *Loc. cit.*

(3) J'ai examiné, dans mon Commentaire de la Vente (t. 2, n° 906 et 950), plusieurs questions intéressantes qui touchent aux cessions d'hypothèques en général, et particulièrement aux cessions par effets négociables. J'ajoute ici que les idées que j'ai émises, *loc. cit.*, particulièrement sur la question de savoir si l'hypothèque peut être transmise par voie d'endossement, avaient fini par prévaloir dans les discussions récentes sur la réforme du régime hypothécaire. Je dois convenir qu'elles n'eurent pas le dessus dans l'examen de la question qui fut fait par les Cours et les Facultés lorsqu'elles furent consultées, en 1841, sur les réformes qu'il convenait d'introduire dans le texte du Code sur les hypothèques; car tandis que, d'une part, neuf Cours et trois Facultés

La femme peut renoncer à son hypothèque légale soit en faveur de son mari, soit en faveur des tiers.

Je parlerai, sous l'art. 2140 et suivants, de la renonciation que peut faire la femme en faveur de son mari. Je n'envisage ici que ses renonciations en faveur des tiers (1).

étaient d'avis que l'endossement des titres hypothécaires devait être permis par la loi, d'une autre part, la Cour de cassation, quinze Cours et trois Facultés exprimaient que la loi ne devait pas l'autoriser. On peut voir l'analyse des observations et les observations elles-mêmes qui furent faites à cette occasion par les Cours et par les Facultés, dans les documents publiés en 1844 par les soins de M. le garde des sceaux (v. t. 1, *Introd.* p. xci à cviii, et t. 1, p. 500 à 605). Mais lorsque la réforme hypothécaire fut mise à l'ordre du jour, en 1849, la solution fut toute différente. Seul, le conseil d'État avait repoussé ce système de transmission pour l'hypothèque, et tout en reconnaissant que la proposition n'était pas, comme je l'ai établi dans mon *Commentaire sur la Vente*, la reproduction de la loi de messidor an iii, tout en déclarant qu'il ne cédait pas à des préventions exagérées, il exprimait l'idée que le Code Napoléon repoussait ces nouveautés, et que la propriété immobilière se refusait à l'application qu'on voulait lui faire des principes propres à la législation commerciale (V. le rapport, p. 52 à 60). Toutefois, cette opinion, que je crois avoir réfutée (V. *loc. cit.*), n'avait pas été partagée par la Commission que le décret du 15 juin 1849 avait instituée; elle ne le fut pas non plus par la Commission de l'Assemblée. M. Persil, rapporteur de la Commission instituée le 15 juin 1849, s'en explique très-nettement dans son rapport, p. 159 à 146, et le projet qui sortit de cette Commission organise, dans les art. 2131 et 2140, l'endossement des titres hypothécaires en vue de donner toute garantie au débiteur et de protéger les intérêts de la propriété. Et la Commission de l'Assemblée législative mit dans un jour si éclatant les avantages résultant du contrat transmissible par voie d'endossement (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 31-34) que l'Assemblée n'hésita pas à admettre la mesure, tant dans la première que dans la seconde délibération. Il y eut seulement, dans l'organisation, quelques modifications de détail dont on peut suivre la trace en comparant l'art. 2126, présenté lors de la seconde délibération, avec les art. 2122 et suiv., tels qu'ils avaient été préparés pour la troisième lecture.

(1) Et ces renonciations en faveur des tiers n'ont pas besoin,

Pour traiter cette matière avec ordre, je m'occuperai de la femme mariée sous le régime dotal, ensuite de la femme mariée sous le régime de la communauté.

596. La loi *Jubemus 21*, au C. *ad S. C. Vellejan.*, permettait aux femmes de renoncer à leur hypothèque légale en faveur d'un tiers. Voici comment la glose d'Accurse explique cette loi :

« Certum est quod mulier habet omnia bona mariti »
 » tacite hypothecata *prodote sua*; pone ergo quod aliquis »
 » vult contrahere cum marito alicujus mulieris, sed du- »
 » bitat contrahere, quia sunt omnia bona sua obligata »
 » mulieri; an ipsa possit renuntiare juri hypothecæ vel »
 » pignori quæritur? Respondeo quod sic. Sed tamen si »
 » renuntiavit in uno contractu vel duobus, etiam verbis »
 » generalibus, non debet hæc renuntiatio trahi ad alias »
 » personas nec ad alias res, vel alios contractus nisi de »
 » quibus actum est (1). »

Ceci ne contrarierait pas le principe que, par le S. C. Velleien, une femme ne pouvait se rendre caution pour un tiers. Car la renonciation à l'hypothèque n'était pas un cautionnement.

« Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen »
 » Julianus, lib. 12 Dig., scribit *redemptionem pignoris*, si »
 » creditrix mulier rem quam pignori acceperat debitori »
 » liberaverit, non esse intercessionem (2). »

On considèrerait, en outre, que si la loi avait cru nécessaire de donner à la femme une hypothèque légale pour la sûreté de sa dot, la prévision de l'homme pouvait faire

pour être valables, d'être accompagnées des formalités prescrites par les articles 2144 et 2145 du Code Napoléon; c'est ce qui est établi par une jurisprudence constante. V. *infra*, n° 602 et n° 645 bis.

(1) C'est sur ce principe, que la renonciation ne profite qu'à ceux en faveur de qui elle est faite, qu'a été rendu l'arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1816. Dal., Hyp., p. 149.

(2) L. 8, D., *ad S. C. Vellej.* Pothier, Pand., t. 1, p. 441, n° 19. Perezus, lib. 4, t. 29, n° 9.