

De même si le mariage était dissous avant le Code Napoléon par la mort de la femme, ses représentants n'ont pu se prévaloir de l'art. 2135 (1).

On a demandé si l'art. 2135 profitait à la femme séparée de biens avant le Code Napoléon. La cour d'Aix a décidé la négative, par arrêt du 1^{er} février 1811 (2), par le motif que, s'agissant d'une femme régie par les lois du pays de droit écrit, l'autorité maritale ne l'atteignait pas, à raison de sa séparation.

Cette décision est insoutenable.

L'art. 2135, combiné avec l'art. 2121, prouve qu'il suffit qu'une femme soit *mariée*, bien que séparée de biens et *même de corps*, pour jouir de la dispense d'inscription.

De plus, si, avant le Code Napoléon, la femme était, en pays de droit écrit, affranchie de la puissance maritale pour ses paraphernaux, elle s'y est trouvée soumise, *malgré sa séparation*, par les art. 217 et 1449 de ce Code (3). L'obliger à prendre inscription d'après ces dispositions, c'était se mettre en contradiction avec les motifs de la loi que la cour d'Aix invoquait elle-même lorsqu'elle disait : « Considérant que l'art. 2135 ne peut » s'appliquer qu'aux femmes en puissance de mari, » puisque, d'après les motifs de l'orateur du gouvernement, les femmes sont *dans l'impuissance d'agir*, et » qu'on ne doit pas les punir quand il n'y a pas faute de » leur part. »

Or, c'est précisément d'une femme en puissance de

30 juin 1838 (Sirey, 32, 2, 622, et 39, 2, 106). — Sic MM. Grenier, t. 1, n° 238; Tessier, t. 2, n° 138, lettre B; Duranton, t. 19, n° 293.

(1) Cass., 7 août 1813 (*loc. cit.*); Grenoble, 28 janvier 1818 (Dalloz, Hyp., p. 127); arrêt de Bastia du 3 avril 1837 (Dalloz, 37, 2, 109).

(2) Dalloz, Hyp., p. 126, note.

(3) C'est là un point certain.

mari que la cour d'Aix avait à s'occuper. Elle devait donc arriver à un résultat tout opposé à celui auquel aboutit son arrêt.

ARTICLE 2136.

Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps.

SOMMAIRE.

632. Obligation des maris de faire inscrire l'hypothèque légale qui grève leurs biens. *Idem* quant aux tuteurs.
 632 bis. Peine de stellionat contre eux. Dans quel cas.
 633. 1^o Du cas d'hypothèque conventionnelle accordée par le tuteur et le mari.
 633 bis. 2^o Du cas d'hypothèques légales ou judiciaires, et de privilège. Grande erreur de notre article.

COMMENTAIRE.

632. Comme je l'ai dit plus haut, l'hypothèque légale

des femmes et des mineurs n'est pas absolument dispensée d'inscription (1); ce n'est que dans l'intérêt des femmes et des mineurs que cette dispense d'inscription a été introduite; en sorte que le défaut d'inscription ne peut jamais leur être opposé, que lorsqu'ils ont été mis en demeure de s'inscrire par les formalités nécessaires à la purgation des hypothèques légales.

Mais, avant ce temps, la loi a voulu que les maris et tuteurs fissent connaître, par la voie de l'inscription, les hypothèques légales qui grèvent leurs biens. Elle exige qu'ils requièrent ces inscriptions sans *aucun délai* (2).

632 bis. Si les tuteurs et maris ont omis de prendre ces inscriptions, et qu'ils consentent ensuite des hypothèques sur leurs biens, sans déclarer *expressément* les hypothèques légales dont ils sont grevés, ils sont réputés stellionataires.

Mais ceci demande quelques explications.

633. 1° En ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, notre article ne présente aucun embarras. Son texte est clair. Le mari et le tuteur qui accordent hypothèque sur leurs biens, sans déclarer *expressément* la charge dont ils sont grevés au profit des femmes ou des mineurs, encourent la peine du stellionat.

Mais remarquez que cette déclaration expresse n'est nécessaire qu'autant que l'hypothèque de la femme ou du mineur n'a pas été rendue publique par l'inscription (3).

Maintenant deux questions sont à examiner :

Le mari échappe-t-il à la peine du stellionat s'il a été de bonne foi? On sent qu'en cela il faut peser les circonstances.

Par exemple : Si le mari déclarait que le bien qu'il hypothèque *est exempt de dettes et d'hypothèque*, il pour-

(1) N° 571.

(2) Mais aux frais de qui sont les inscriptions? Voyez *infra*, t. 3, n° 730 bis.

(3) *Junge*. Mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 69.

rait rarement exciper de sa bonne foi. Car comment un mari ignorerait-il quel l'hypothèque de sa femme pèse sur ses immeubles (1)?

Toutefois, si le mari faisait une pareille déclaration parce qu'il aurait juste sujet de croire que l'hypothèque de sa femme aurait été détachée de l'immeuble en question, par suite d'une réduction, quoique plus tard cette réduction eût été déclarée nulle, il y aurait bonne foi; et dans un cas pareil, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y aurait pas stellionat (2).

Concluons donc que tout dépend des circonstances, et que s'il y a *bonne foi* de la part du mari, qui croyait l'immeuble libre, notre article sera inapplicable. Mais encore une fois, cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Seconde question : La déclaration *expresse* du mari ou du tuteur exigée par notre article, pourrait-elle être suppléée par les circonstances?

Par exemple, pourra-t-on se prévaloir de ce que le mari ou le tuteur ont déclaré leur qualité, ou de ce que celui avec qui ils ont contracté savait qu'il y avait hypothèque préexistante de la femme ou du mineur sur l'immeuble qui a fait l'objet de la convention?

M. Persil, et après lui M. Dalloz, ne veulent admettre

(1) Arrêt portant cassation, du 29 novembre 1826. Dall., 27, 1, 60.

(2) Arrêt du 21 février 1827. Dalloz, 27, 1, 144.

D'après cela la cour de Paris n'aurait-elle pas été trop loin en disant, dans un arrêt du 27 novembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 80; Sirey, 36, 2, 164), que, dans le cas prévu par notre article, l'exception de bonne foi n'est jamais admissible? Je fais remarquer cependant que je n'entends pas critiquer, par cette observation, le dispositif de l'arrêt de cette cour, car les arrêtistes ont omis d'en faire connaître l'espèce, et il serait possible qu'au fond la cour eût traité le mari avec la sévérité qu'il méritait; mais les motifs sur lesquels cette décision s'appuie me paraissent avoir une portée qui dépasse le but. V. aussi Bordeaux, 15 mars 1833 (Sirey, 33, 2, 364). Douai, 20 mars 1851 (Sirey, 53, 2, 270).

aucun équipollent, et c'est ce qu'a jugé la cour de Limoges, par arrêt du 18 avril 1828, dans une espèce où le mari avait pris cette qualité de mari dans l'acte contenant constitution de l'hypothèque, et où le créancier savait si bien que son débiteur était marié, qu'il avait assisté comme témoin à son contrat de mariage (1). Une décision semblable est émanée de la cour de Poitiers, à la date du 29 décembre 1830 (2).

Ces solutions, quoique rigoureuses, sont conformes au texte de notre article, qui a voulu s'armer de sévérité contre les maris ou les tuteurs qui n'ont pas pris d'inscription pour leurs épouses ou leurs pupilles, et qui ne suppléent pas à ce défaut d'inscription par des déclarations *expresses* : de même que l'inscription ne peut être remplacée par des équipollents dans le cas où elle est requise, de même, ici, les déclarations qui en tiennent lieu au regard des tiers doivent être *formelles*, et ne peuvent être remplacées par des inductions (3).

633 bis. 2° Je viens de parler des hypothèques résultant de la convention.

Voyons ce qui est relatif aux hypothèques légales et judiciaires, et aux privilèges qui sont établis sur les biens des maris ou des tuteurs.

C'est ici qu'on aperçoit avec évidence les défauts de rédaction de notre article. En effet, le mari ou le tuteur ont-ils omis de faire à un créancier ayant un *priviège* la déclaration *expresse* que leurs biens sont grevés d'hypothèques légales? Mais où est le dommage? Le privilège prime l'hypothèque.

Le mari et le tuteur ont-ils omis de faire cette même

(1) Dalloz, 29, 2, 93.

(2) Dalloz, 31, 2, 54.

(3) Il a été jugé néanmoins qu'il n'y a pas stellionat si le créancier a réellement connaissance de l'hypothèque légale non déclarée, et si de plus, l'hypothèque conventionnelle a été constituée de la manière et dans les termes exigés par lui. Cass., 26 juin 1844 (Sirey, 45, 1, 77).

déclaration lorsqu'ils sont, par exemple, investis, de la part du gouvernement, d'une gestion de deniers entraînant hypothèque légale? — Mais cette hypothèque légale a lieu sans conventions. Dans quel lieu, dans quel moment, dans quelle forme feront-ils leur déclaration? La loi n'en dit pas un mot.

Ce que je viens de dire de l'hypothèque légale s'applique au cas d'hypothèque judiciaire (1).

De tout ceci il faut conclure que notre article ne trouve son application que dans le cas d'hypothèque conventionnelle (2); qu'aucune obligation n'est imposée aux maris et tuteurs dans le cas d'hypothèques légales et dans le cas de privilèges (3).

Enfin, que veut dire le législateur quand il parle de *consentir un privilège*? Est-ce qu'on consent un privilège? N'est-ce pas la loi qui le donne?

ARTICLE 2137.

Les subrogés tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

SOMMAIRE.

633 ter. La responsabilité du subrogé tuteur est encourue à l'égard des tiers.

(1) Tarrille, Inscript., p. 208, col. 2, Dalloz, Hyp., p. 223.

(2) Voyez l'art. 2194.

(3) Mais l'art. 2136 n'est-il applicable qu'au cas de constitution d'hypothèque? Peut-on l'étendre au cas de vente de la chose? V. mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 71.

COMMENTAIRE.

633 *ter*. Envers qui le subrogé tuteur sera-t-il passible de dommages et intérêts? Ce n'est pas certainement envers le mineur, qui ne souffre jamais du défaut d'inscription; c'est donc envers les tiers que l'absence d'inscription aurait pu induire en erreur (1).

ARTICLE 2138.

A défaut par les maris, tuteurs et subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles seront requises par le procureur impérial près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens.

ARTICLE 2139.

Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être requises par la femme ou par les mineurs.

(1) Du reste, la responsabilité créée par cet article contre le subrogé tuteur ne s'étend pas au cas de non inscription de l'hypothèque légale appartenant au mineur, du chef de sa mère, sur les biens de son père tuteur. Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289).

SOMMAIRE.

634. Appel fait à tous ceux qui s'intéressent à la femme.

COMMENTAIRE.

634. On voit, par les trois articles précédents, l'importance que la loi attache à l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. C'est en faisant un appel à tous ceux qui peuvent prendre intérêt à leurs droits, qu'elle croit assurer la publicité de l'hypothèque légale des femmes. Mais tous ces moyens sont inefficaces; il n'est pas un procureur impérial qui songe à l'exécution de l'art. 2138 (1); les parents et les amis (2) ne sont pas plus diligents; et les femmes et les mineurs, qui n'ont presque aucun intérêt à ce que leurs droits d'hypothèque soient inscrits, ne justifient que trop bien le principe qui les considère comme incapables d'agir.

ARTICLE 2140.

Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour

(1) V. *infra*, n° 644, les dangers de cette incurie.

(2) Du reste, l'art. 2139, par sa contexture, indique qu'en parlant des amis, il fait appel à ceux du mineur; et il a été décidé que les amis de la femme n'ont pas le droit, comme ceux du mineur, de requérir inscription en son nom sur les biens du mari pour la conservation de son hypothèque légale. Caen, 8 mai 1839 (Sirey, 39, 2, 529).