

## 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, 329).

l'inscription resteront libres et affranchis de l'hypothèque pour la dot de la femme, et pour ses reprises et conventions matrimoniales. Il ne pourra être convenu qu'il ne sera pris aucune inscription.

## SOMMAIRE.

635. But de notre article en permettant de ramener l'hypothèque générale de la femme à une hypothèque spéciale.  
 635 bis. La femme peut-elle, par contrat de mariage, renoncer d'une manière absolue, en faveur de son mari, à son hypothèque légale? Droit romain. Ancienne jurisprudence.  
 636. *Quid* par le Code Napoléon?  
 637. Pourquoi elle peut renoncer *partiellement*, en faveur de son mari, à son hypothèque légale.  
 637 bis. Il faut nécessairement que la femme qui convertit son hypothèque générale en hypothèque spéciale, soit majeure.  
 638. Il ne faut pas présumer facilement une renonciation partielle.

## COMMENTAIRE.

635. Notre article a pour but de ramener l'hypothèque des femmes à la spécialité, toutes les fois que leurs intérêts n'y sont pas opposés. L'une des principales bases de notre système hypothécaire est la spécialité. Ce n'est que par de grands motifs de faveur que la loi s'en est écartée à l'égard des femmes mariées et des mineurs; ici, elle cherche à s'en rapprocher; elle fait un appel à la spécialité lorsque le mari présente à sa femme des garanties suffisantes.

J'examinerai ici :

- 1° Si la femme peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari;  
 2° Comment il est dans les principes du droit qu'elle

puisse, par contrat de mariage, limiter son hypothèque légale, et la réduire à une hypothèque spéciale;

3° Si la femme doit être nécessairement majeure pour consentir à cette limitation.

635 bis. La femme peut-elle renoncer, en faveur de son mari, à son hypothèque légale?

Je dis en faveur de son mari, parce que j'ai traité ci-dessus (1) la question de savoir si elle peut renoncer à son hypothèque légale en faveur d'un tiers créancier, et l'on a vu par mes distinctions, qu'en ce qui concerne un tiers, la femme peut renoncer à son hypothèque pour le tout, lorsqu'elle est mariée sous le régime de la communauté, et en tant qu'il n'en résulte pas de préjudice pour sa dot, lorsqu'elle est mariée sous le régime dotal.

Voyons maintenant ce qui doit avoir lieu lorsque la renonciation se fait en faveur du mari. On sent qu'ici de nouvelles considérations se présentent, et que la loi a dû se tenir en garde contre l'influence du mari sur l'esprit de sa femme.

Je remonte aux lois romaines.

La loi 18 au D. *Quæ in fraud. creditor. facta sunt* semble permettre à la femme de faire remise au mari du gage qu'il lui a donné pour sûreté d'une créance, et Cujas, dans son Commentaire sur cette loi, l'étend même au cas où ce gage aurait été donné pour sûreté de la dot. « *Idque ex eo apparet quod remissio pignoris consistit inter virum et uxorem; ut putà, si viro uxor remittat pignus dotis aut crediti causâ constitutum, remissio valet: donatio non valeret* (2). »

La loi 11 C. *Ad. S. C. Vellejan.*, porte également : « *Etiam constante matrimonio, jus hypothecarum seu pignorum marito remitti posse explorati juris est* (3). »

(1) N° 596.

(2) *Quæst. Papini.*, lib. 26, sur la loi 18 précitée.

(3) *Pand. de Pothier*, t. 1, p. 441, n° 19.

En interprétant cette loi, la glose en fait l'application à l'hypothèque légale dont je m'occupe. De plus, Cujas dit : (1) « Excluduntur etiam à tacitâ hypothecâ mulieres » quæ marito remiserunt hypothecam..... igitur remissioni pignoris nihil est impedimento factæ à muliere. » Même langage dans la bouche de Zæzius (2) et de Perezus (3).

Mais que conclura-t-on de là? que la femme pouvait, d'une manière absolue, renoncer à son hypothèque légale en faveur de son mari?

Ce serait une erreur! les lois et les autorités que je viens de citer posent ce principe : *C'est qu'il n'est pas défendu à une femme de renoncer à son hypothèque en faveur de son mari.* Maintenant voici dans quelles limites.

La femme ne peut renoncer à son hypothèque en faveur de son mari, qu'autant qu'il reste à ce dernier assez de biens pour répondre de la dot et des conventions matrimoniales. Sans cela, la loi *Etiam* eût été en contradiction avec d'autres lois (4), qui défendaient qu'une femme pût empirer sa condition et devenir *indotata* ou *minus dotata* (5). Je citerai le passage suivant, extrait du Code du président Fabre (6).

Dans le cas dont parle ce jurisconsulte, une femme s'était présentée devant le sénat de Chambéry avec son mari Titius surchargé de dettes, et avait demandé qu'il lui fût permis de renoncer à son hypothèque légale, afin que Titius pût trouver plus facilement des acquéreurs de ses

(1) Récit. solenn. sur la loi unic. C. *De rei uxor act.*, § *Ut plenius.*

(2) *Ad. S. C. Vellej.*, n° 13.

(3) Même titre, n° 9.

(4) L. 17, Dig. *De pact. dotal.* Pothier, t. 2, Pand., p. 30, note.

(5) Bartole, sur la loi 11 *Jubemus ad S. C. Vellej.* Fontanella, *De pactis dotalibus*, claus. 4, glose 9, part. 5, n° 186. Trentacinquius, *variar. resolut.*, vol. 1, lib. 3, *De jure dot.*, res. 5.

(6) *Ad. S. C. Vellej.*, lib. 4, déf. 2.

biens. Il était constant que cette proposition eût mis la dot en danger si on l'eût adoptée. « Non putavit senatus » id mulieri concedendum, quæ *maritalibus delinimentis* » aut minis coacta, non satis sibi caverat, sed ex juris ratione omnia æstimanda, quæ non aliter renuntiationes » ejusmodi ratas habet, quàm si alia supersint bona marito, ex quibus uxori quancumque dotem repetenti » satisfieri possit. »

On voit que ces doctrines décident la question, tant relativement à la renonciation par contrat de mariage qu'à la renonciation faite *constante matrimonio*. Je n'ai pas voulu diviser les autorités, quoique je n'aie à m'occuper maintenant que de la renonciation faite par contrat de mariage; mais les principes que j'ai posés nous seront d'une grande utilité quand je commenterai l'article 2144.

Dans l'ancien droit français, il était non moins constant que la femme, même commune en biens, ne pouvait, par contrat de mariage ni autrement, renoncer d'une manière illimitée à son hypothèque légale (1).

636. C'est de ces idées qu'est parti notre article pour prohiber toute convention par laquelle il ne serait pris aucune inscription.

Du reste, ce ne fut pas sans effort qu'on obtint au conseil d'Etat l'adoption du principe, que la femme ne peut renoncer à son hypothèque, d'une manière absolue, par son contrat de mariage. Un parti considérable, dont M. Treilhard était le chef, voulait que les immeubles du mari pussent être affranchis en totalité; mais cette opinion échoua devant les raisons données par le premier consul, par Cambacérés, par Tronchet (2); le premier consul observait avec raison que les renonciations

(1) C'est ce que disait M. Tronchet au conseil d'État. Conf., t. 7, p. 195, et Fenet, t. 15, p. 367 et suiv.

(2) Conf., t. 7, sur l'art. 2140.

deviendraient de style, et que les femmes seraient privées de leurs garanties.

Ainsi, par contrat de mariage, une femme ne peut, en aucune manière, renoncer *pour le tout* à son hypothèque légale (1).

637. Mais elle peut consentir à ce que son hypothèque générale soit convertie en une hypothèque spéciale, et la restreindre aux immeubles nécessaires pour garantir sa dot, sans empêcher son mari de faire, avec des tiers que l'hypothèque légale épouvanterait, des traités avantageux.

La limitation de l'hypothèque légale est bien loin d'avoir les mêmes inconvénients qu'une renonciation absolue. Celle-ci met la dot en danger, celle-là ne lui fait perdre aucun de ses droits; elle a de plus l'avantage de ne point gêner le mari dans ses facultés.

Aussi tous les auteurs qui ont écrit d'après le droit romain se sont-ils accordés à dire que la femme pouvait, par son contrat de mariage, renoncer à l'hypothèque légale et générale, pour prendre une hypothèque spéciale. « *Ubi conventionalis est hypotheca, supervacua est legitima*, » dit Cujas sur la loi *C. De rei. uxor. act.* (2).

Mais cela avait-il lieu dans l'ancienne jurisprudence française, où tous les contrats authentiques portaient de plein droit hypothèque générale et tacite?

On ne voit pas beaucoup d'exemples de conventions par lesquelles des femmes auraient renoncé à leur hypothèque générale pour en prendre de spéciales. Mais on arrivait au même résultat en stipulant dans les contrats de mariage que le mari pourrait aliéner librement une partie de ses immeubles (3).

(1) Répert., Inscrit., p. 210, et Transcript., p. 118. *Junge* mon Commentaire sur le Contrat de mariage, t. 1, n° 272.

(2) *Junge* Favre, C. lib. 5, t. 8, déf. 3 et 23. M. Treilhard, Discours, conf., t. 7, p. 76, 77.

(3) V. cependant M. Chabot, *Quest. trans.*, Hyp., § 1.

Notre article, comme on le voit, autorise expressément cette limitation de l'hypothèque générale de la femme (1).

C'est là une disposition utile, et dont il serait à désirer que les futurs fissent plus souvent usage, quand la fortune du mari est assez considérable (2).

(1) *Suprà*, n° 635.

(2) L'utilité de cette disposition devrait même conduire à laisser quelque latitude dans l'application. Ainsi, je comprendrais que des futurs époux, en restreignant dans leur contrat de mariage l'hypothèque légale de la future épouse à certains des immeubles du mari spécialement désignés, fussent autorisés à stipuler que cette hypothèque pourrait être transportée, avec le consentement de la femme, sur d'autres immeubles du mari, moyennant quoi, les immeubles primitivement affectés à l'hypothèque légale en demeureraient affranchis. Et c'est en ce sens que s'était prononcée la cour de Grenoble par arrêt du 12 mars 1849 (Sirey, 1849, 2, 385). Mais cet arrêt ayant été déferé à la censure de la Cour de cassation, cette cour en a prononcé la cassation en jugeant, au contraire, que le droit concédé aux époux par l'art. 2140 du Code Napoléon de restreindre, par leur contrat de mariage, l'hypothèque légale de la femme à certains immeubles, est exclusif du droit de stipuler que l'hypothèque légale, ainsi restreinte, pourra, pendant le mariage, être transportée, d'un commun accord entre les époux, des immeubles sur lesquels elle a été assignée sur d'autres immeubles; et en conséquence que nonobstant le transport fait en vertu de cette stipulation, l'hypothèque légale ne peut être opposée aux créanciers inscrits sur les immeubles sur lesquels cette hypothèque a été transportée. Arrêt du 5 mai 1852 (Sirey, 52, 1, 289). Je trouve, pour ma part, quelque rigueur dans cette interprétation de la loi, et je ne m'étonne pas que l'arrêt n'ait été rendu qu'après un assez long délibéré. Je ne suis pas touché, d'ailleurs, de cette considération mise en avant par l'arrêt que « les termes de l'art. 2140 » défendent virtuellement aux époux de stipuler, même par leur » contrat de mariage, que les immeubles affranchis par ce contrat » de l'hypothèque légale de la femme pourront être replacés sous » cette hypothèque, par l'effet d'une convention intervenue ultérieurement entre les époux, et qui substituerait, pour l'exercice de cette hypothèque, aux immeubles désignés dans le contrat, quelques-uns des immeubles d'abord affranchis et non désignés dans ledit contrat; que les dispositions de l'art. 2140

637 bis. Mais pour que les parties puissent, par contrat de mariage, convertir l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, il faut qu'elles soient *majeures*; c'est une condition requise par notre article (1).

Convenons cependant qu'on ne comprend pas facilement les motifs qui ont pu porter le législateur à l'exiger. Pourquoi en effet n'appliquerait-on pas à la femme mineure, qui en se mariant veut spécialiser son hypothèque, les dispositions des art. 1039 et 1398 du Code Napoléon? Qu'y a-t-il dans cette clause du plus exorbitant que dans tant d'autres que des mineurs insèrent

» sont prohibitives de telles conventions par l'effet desquelles la  
 » femme, pendant le mariage, alors qu'elle est sous la puis-  
 » sance de son mari, pourrait, hors de la surveillance de sa fa-  
 » mille et de la justice, compromettre sa dot et ses droits les  
 » plus importants et les plus précieux.... » Il me semble qu'en  
 faisant appel au concours de la justice et de la famille, la Cour  
 a confondu deux situations fort distinctes, celle que prévoit l'ar-  
 ticle 2144, auquel je vais bientôt arriver, et celle qui est régie par  
 l'art. 2140, dont je m'occupe en ce moment. Que dans le premier  
 cas, le concours de la famille et celui de la justice aient paru né-  
 cessaires au législateur, je le comprends, puisqu'il s'agit alors de  
 restreindre, au cours du mariage, une hypothèque à laquelle le  
 silence du contrat avait laissé son caractère de généralité. Mais  
 lorsque la restriction est opérée par le contrat lui-même, comme  
 dans le cas dont il s'agit ici, les mêmes précautions ne me pa-  
 raissent plus nécessaires dès qu'il ne s'agit que de substituer, en  
 vertu des stipulations du contrat de mariage, aux immeubles pri-  
 mitivement désignés, d'autres immeubles qui primitivement se  
 trouvaient virtuellement affranchis. Toute la question est de sa-  
 voir si les époux ont pu se réserver, par leur contrat de mariage,  
 la faculté de faire une telle substitution. Or, j'avoue que je ne  
 vois rien de prohibitif, à cet égard, dans l'art. 2140, et dès que les  
 époux peuvent, d'après cet article, stipuler la réduction purement  
 et simplement, je ne vois pas pourquoi ils ne pourraient pas la  
 stipuler d'une manière conditionnelle, c'est-à-dire avec la faculté  
 de reporter l'hypothèque sur d'autres immeubles que ceux pri-  
 mitivement désignés.

(1) Arrêt de la Cour de cass. du 19 juillet 1820. Dal., Hyp., p. 437. Grenier, t. 1, p. 396. Tarrible, Répert., v° Inscrip.

dans leurs contrats de mariage, lorsqu'ils sont assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage? Aussi la cour de Paris a-t-elle jugé, par arrêt du 10 août 1815 (1), que notre article s'applique aux parties *mineures* comme aux parties *majeures*. Mais c'était corriger la loi au lieu de l'exécuter (2). Dans la première rédaction de l'art. 2140, on permettait aux *mineurs* comme aux *majeurs* de réduire l'hypothèque légale, ou même d'en affranchir tout à fait les immeubles du mari. La pluralité des membres du conseil se souleva contre cette dernière idée, et la trouva aussi pernicieuse pour la femme majeure que pour la femme mineure (3). Le consul Cambacérès proposa alors d'autoriser seulement la conversion de l'hypothèque générale en hypothèque spéciale, et dans sa rédaction il introduisit le mot *majeures* qui ne se trouvait pas dans la rédaction primitive, évidemment dans le but de limiter aux seules parties *majeures* la faculté de réduire l'hypothèque générale. C'est ce qui fut adopté. Il faut donc s'en tenir à la loi, parce qu'elle est formelle. Mais il n'en est pas moins vrai qu'il y a un vice dans cette sévérité à l'égard des mineurs. Observons néanmoins qu'on peut en partie y remédier par l'art. 2144.

638. La stipulation d'affranchissement partiel doit être formelle; car nul n'est censé renoncer à ses droits. Il ne faudrait pas présumer facilement que la femme eût voulu se dépouiller d'une partie importante de ses droits (4).

(1) Dalloz, Hyp., p. 438.

(2) Aussi la jurisprudence s'est-elle prononcée dans un sens opposé à celui de l'arrêt de Paris. Cassat., 19 juillet 1820 (Sirey, 20, 1, 356). Caen, 15 juillet 1836 (Sirey, 37, 2, 229). Lyon, 30 mai 1844 (Sirey, 44, 2, 449). Grenoble, 25 août 1847 (Sirey 48, 2, 301).

(3) Malleville, Cambacérès (Conf., t. 7, p. 186 et suiv.).

(4) Favre, C. loc. cit. Déf. 2 et 23. Paris, 29 mai 1819. Dalloz, Hyp., p. 440, n° 4.

Ainsi, par cela seul qu'une femme aurait stipulé une hypothèque spéciale sur un immeuble, il ne faudrait pas inférer de là qu'elle a voulu renoncer à son hypothèque générale; car l'hypothèque spéciale n'est pas censée déroger à l'hypothèque générale (1).

Je parlerai sous l'art. 2144 de la limitation apportée à la femme dans ses droits hypothécaires pendant le mariage.

## ART. 2141.

Il en sera de même pour les immeubles du tuteur, lorsque les parents, en conseil de famille, auront été d'avis qu'il ne soit pris d'inscription que sur certains immeubles.

V. le commentaire sur l'article ci-dessus.

## ART. 2142.

Dans le cas des deux articles précédents, le mari, le tuteur et le subrogé tuteur ne seront tenus de requérir inscription que sur les immeubles indiqués.

V. les dispositions des art. 2136 et 2137, d'où découle l'obligation imposée au mari, au tuteur et au subrogé tuteur de prendre inscription. Leur responsabilité est la même dans le cas où l'hypothèque a été spécialisée.

Nous venons de parler de la réduction de l'hypothèque générale opérée soit par l'acte de nomination du tuteur, soit par le contrat de mariage. Les dispositions qui vont suivre nous montreront ce qui concerne la restriction des hypothèques des mineurs et des femmes pendant la tutelle et pendant le mariage.

(1) Favre, *loc. cit.*, et surtout déf. 23.

## ART. 2143.

Lorsque l'hypothèque légale n'aura pas été restreinte par l'acte de nomination du tuteur, celui-ci pourra, dans le cas où l'hypothèque générale sur ses immeubles excéderait notoirement les sûretés suffisantes pour sa gestion, demander que cette hypothèque soit restreinte aux immeubles suffisants pour opérer une pleine garantie en faveur du mineur.

La demande sera formée contre le subrogé tuteur, et elle devra être précédée d'un avis de famille.

## SOMMAIRE.

638 *bis*. De la restriction de l'hypothèque générale sur les biens du tuteur. De l'action du tuteur pour obtenir cet affranchissement partiel.

## COMMENTAIRE.

638 *bis*. Cet article porte une exception remarquable au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Quoique l'hypothèque du mineur frappe sur tous les biens du tuteur, cependant celui-ci peut, lorsqu'il y a surabondance de garantie pour le mineur, demander en justice que l'hypothèque générale soit restreinte (1).

(1) V. mon Comment. de l'Échange, n° 22, où j'invoque la restriction de l'hypothèque autorisée par cet article et le suivant, à l'appui de l'opinion que l'existence d'une hypothèque sur l'immeuble reçu par le copermutant n'est pas en elle-même une cause de résolution.