

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 notablement 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.

La demande, à cet effet, doit être dirigée contre le subrogé tuteur, qui est chargé de représenter le mineur et de défendre ses intérêts lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur. Comme le mineur n'est pas capable de donner un consentement, il faut que celui qui veille pour lui soit appelé pour contredire à la prétention du tuteur, afin que celui-ci ne reste pas maître d'enlever au pupille ses plus précieuses garanties. On voit du reste de combien de précautions la loi a environné le mineur, afin que les artifices du tuteur ne le dépouillent pas de son hypothèque. D'abord le conseil de famille, composé suivant les règles ordinaires, doit se réunir et donner son avis sur l'opportunité de la demande formée par le tuteur. Suivant M. Tarrible, cet avis doit être favorable (1). Je ne crois pas cependant que cette condition puisse être exigée d'une manière absolue (2). Notre article ne l'exige pas, et il serait imprudent de se montrer plus sévère que le législateur. Le conseil peut être animé par la passion ; il peut avoir un système d'hostilité contre le tuteur. Il ne faut pas que de petites jalousies de famille paralysent le crédit du tuteur qui offre des garanties réelles de bonne gestion et de solvabilité.

Lorsque cet avis est donné, le tuteur doit diriger sa demande contre le subrogé tuteur. C'est une véritable demande en justice que la loi exige, demande contentieuse qui s'introduit par assignation et non par simple requête, et sur laquelle il est du devoir du subrogé tuteur de s'expliquer avec franchise et sans ménagement (3).

La cause étant ainsi mise en état, le tribunal prononce après avoir entendu le ministère public, nouveau con-

(1) Répert., Inscr., p. 211, col. 2.

(2) Voyez *infra*, n° 642 bis.

(3) Arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 1854 (Dalloz, 54, 1, 205). Paris, 11 juin 1854 (Sirey, 54, 2, 586). V. *infra*, n° 644.

tradicteur que la loi donne au tuteur. Nous verrons d'une manière plus particulière sous l'art. 2145 quels sont les devoirs du procureur impérial, et quel est le caractère du jugement rendu par le tribunal (1).

#### ARTICLE 2144.

Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme, et après avoir pris l'avis des quatre plus proches parents d'icelle, réunis en assemblée de famille, demander que l'hypothèque générale sur tous les immeubles, pour raison de la dot, des reprises et conventions matrimoniales, soit restreinte aux immeubles suffisants pour la conservation entière des droits de la femme.

#### SOMMAIRE.

639. La renonciation absolue à l'hypothèque légale, *constante matrimonio*, est défendue à la femme ; mais la femme peut la limiter. Il faut pour cela un avis des quatre parents. De plus un jugement.
640. La faculté de limiter son hypothèque légale appartient à la femme mariée *sous le régime dotal*.
641. Si la femme peut être contrainte à renoncer malgré elle à une portion de son hypothèque légale ? Arrêt de la cour de Nancy pour l'affirmative. Mais la négative est préférable.
642. Autre décision de la cour de Nancy contenue dans le même arrêt sur une question transitoire. Objection contre cette solution.
- 642 bis. Il n'est pas nécessaire que l'avis des quatre parents soit favorable. Renvoi pour les règles relatives à la composition du conseil de famille.

(1) *Infra*, n° 644.