

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.

643. Quand le mariage est dissous, la femme recouvre sa liberté de renoncer, soit absolument, soit limitativement, à son hypothèque légale. Danger de pareilles renonciations.

643 bis. Règles pour distinguer si la renonciation de la femme est en faveur d'un tiers ou en faveur de son mari. La renonciation en faveur d'un tiers *transporte* l'hypothèque. Celle au profit du mari l'*éteint*. Réfutation de deux arrêts de la Cour de cassation, dont l'un confirme un arrêt de la cour de Dijon.

COMMENTAIRE.

639. S'il est défendu à la femme de renoncer *absolument* à son hypothèque légale par le contrat de mariage, combien, à plus forte raison, cette prohibition doit-elle s'étendre au cas où c'est pendant le mariage que le mari veut l'obtenir. Alors la femme est tout entière sous l'autorité et l'influence du mari, et si l'on interroge la loi, on voit à chaque pas qu'elle s'est montrée fort défiante sur les contrats passés par la femme au profit de son mari, *manente matrimonio*.

C'est ainsi, par exemple, que l'art. 1096 défend aux époux les donations irrévocables; c'est ainsi que l'article 1595 ne leur permet de se vendre l'un à l'autre que dans certain cas. C'est ainsi encore que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement pendant le mariage (1595). D'ailleurs, c'est un principe certain que la condition de la dot ne peut être empirée par des stipulations entre mari et femme, à quelque époque que ce soit.

Disons donc que pendant le mariage la femme ne peut renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale en faveur de son mari.

Mais elle peut la limiter et la convertir en hypothèque spéciale.

Cependant la loi, qui craint l'empire du mari et ses *caresses trompeuses*, comme dit le président Favre, exige

qu'outre le consentement de la femme, et l'avis d'un conseil de famille composé de quatre des plus proches parents, le mari se fasse autoriser par le tribunal, dont le jugement ne peut être rendu qu'après avoir entendu le procureur impérial (Voyez l'article qui suit) (1).

640. On a demandé si notre article est applicable à la femme mariée sous le régime dotal. Mais les doutes à cet égard n'ont pu venir que de personnes qui n'ont pas fait assez d'attention aux lois romaines et à la jurisprudence des pays régis par le droit écrit.

J'ai retracé plus haut (2) le véritable état des choses. On peut y recourir.

Au surplus, il est bien entendu que la limitation de l'hypothèque légale de la dot ne peut avoir lieu qu'autant qu'il reste au mari des immeubles suffisants, et qu'il n'y a pas de danger pour la femme (3).

641. Examinons maintenant une difficulté assez grave.

Le mari qui offre des garanties suffisantes peut-il pendant le mariage *contraindre sa femme*, qui *refuse*, à consentir à une réduction de son hypothèque légale?

M. Tarrible et M. Grenier, sans examiner précisément la question en thèse, supposent que le consentement de la femme est indispensable.

(1) Sur la différence qui existe entre l'art. 2144 et l'art. 2161, V. *infra*, n° 747.

(2) N° 635 et suiv.

(3) V. Cassation, 20 avril 1826 (Sirey, 26, 1, 459). Et il a été décidé, par application du principe que la restriction de l'hypothèque opérée régulièrement est définitive et inattaquable par la femme dotale, en ce sens que si la garantie de sa dot devient insuffisante par suite d'un événement ultérieur (spécialement l'éviction de l'un des immeubles auxquels l'hypothèque a été restreinte), elle n'a aucun recours contre les tiers détenteurs des immeubles affranchis, même contre ceux qui auraient acquis antérieurement à la restriction de l'hypothèque légale. Montpellier, 17 décembre 1851 (Sirey, 52, 2, 664).

Le premier veut que la femme soit majeure pour donner son avis. Il exige de plus qu'il y ait de sa part assentiment donné d'avance, et un avis favorable de quatre parents. Sans cela, dit-il, la demande ne peut être écoutée (1).

Le second dit (2) que la réduction ne peut s'opérer que du consentement de la femme.

Au contraire, la cour de Paris, par arrêt du 16 juillet 1813 (3), et la cour de Nancy, par arrêt du 25 août 1825 (4), ont décidé que le mari peut obtenir en justice la réduction de l'hypothèque légale de sa femme, encore bien que celle-ci y refuse son assentiment.

Ce dernier arrêt, beaucoup mieux motivé que celui de la cour de Paris, qui ne fait que trancher la question par la question, est fondé sur ce qu'il n'a pu être dans l'intention de la loi de paralyser inutilement les droits du débiteur; que l'art. 2161 du Code Napoléon admet sans aucune distinction ni limitation l'action en réduction des hypothèques générales; que cette action n'est soumise à aucune condition, et que, par conséquent, le mari débiteur d'une hypothèque légale peut l'exercer contre sa femme; que l'art. 2144 ne dit pas que le mari est déchu de son action en réduction si la femme refuse son adhésion; que l'action en réduction dirigée par le tuteur contre le subrogé tuteur récalcitrant, devrait avoir un succès infaillible si le tribunal la trouvait fondée. Qu'il faut donc dire la même chose lorsque la demande est

(1) Répert., Inscript., p. 211, col. 2.

(2) T. 1, p. 600. *Junge* MM. Persil, art. 2144; Zachariæ, t. 2, p. 281, note 16; Cubain, *Dr. des femmes*, n° 554.

(3) Sirey, 14, 2, 233, et Dalloz, Hyp., p. 439, n° 3. Ce dernier auteur a présenté une critique fort juste de cet arrêt, p. 436, n° 20.

(4) Sirey, 26, 2, 149. Dalloz, 2, 120. *Junge* MM. Duranton, t. 20, n° 208; Parmentier, *Rev. étrangère*, 3^e série, t. 2, p. 44; d'Hautville, *Rev. du rég. hyp.*, p. 281; Devilleneuve, *Collect. nouv.*, t. 7, part. 2, p. 201.

dirigée par le mari contre sa femme; car son opposition ne peut avoir plus de force que celle du subrogé tuteur. Son caprice ne doit pas enchaîner les droits du mari.

Quoique cet arrêt contienne une doctrine fort bien déduite, il m'est cependant impossible d'en adopter les principes. J'y vois une violation formelle de l'art. 2144 du Code Napoléon et une fausse interprétation de l'article 2161.

La femme a une hypothèque légale sur tous les biens de son mari pour sa dot et ses conventions matrimoniales. Voilà son droit tel que la loi le lui a assuré par le contrat de mariage. Nul ne peut être forcé de renoncer à ses droits, à moins de circonstances positivement déterminées par la loi. Or, la loi n'a rien dit qui puisse forcer la femme à abandonner partiellement son hypothèque légale lorsqu'elle n'y consent pas; au contraire, lorsque le premier consul proposa le système qui fut depuis admis par le Code Napoléon, savoir l'hypothèque générale de droit au profit de la femme, sauf la possibilité de réduction en cas d'opportunité, il s'exprima de la manière suivante: « Il me semble qu'on parviendrait à » tout concilier, si on décidait que les hypothèques lé- » gales frapperont de plein droit les immeubles du mari » ou du tuteur; que cependant il est permis au mari de » les restreindre à une portion suffisante de ses biens si LA » FEMME Y CONSENT (1). »

L'art. 2161 dit, à la vérité, que dans le cas d'une hypothèque générale, lorsque les inscriptions portent sur plus de domaines différents qu'il n'est nécessaire à la sûreté de la créance, l'action en réduction est ouverte au débiteur. Et il faut avouer que cet article concerne l'hypothèque légale des femmes, comme toutes les autres hypothèques générales, en ce sens qu'il donne au mari l'action en réduction.

(1) Conf., t. 7, p. 117.

Mais dire que cette action en réduction n'est soumise à aucune condition, c'est méconnaître la disposition expresse de l'art. 2144, qui veut que le mari soit muni du *consentement de sa femme*, et d'un avis de quatre parents.

Oui, sans doute, le mari a une action en réduction d'après l'art. 2161, de même que tous les débiteurs d'hypothèque légale. Mais cette action n'est pas recevable tant que, d'après l'art. 2144, le mari n'arrive pas avec un acte d'adhésion de sa femme et un avis de parents. Voilà comme l'art. 2161 du Code Napoléon se concilie avec l'art. 2144.

Les droits des femmes ont toujours été en France l'objet de faveurs et de privilèges de la part des législateurs. On a toujours mieux aimé étendre leurs prérogatives que les laisser dans la limite du droit commun. Qu'on ne s'étonne donc pas si la loi a voulu nécessairement le consentement de la femme pour limiter son droit hypothécaire sur la totalité de la fortune immobilière de son mari. Elle eût craint de tomber dans l'injustice, en permettant qu'on disposât des droits de la femme malgré elle; car la femme est dans un état de dépendance pendant le mariage. C'est bien le moins qu'elle conserve sa liberté lorsqu'il s'agit de délibérer sur le sacrifice de ses droits.

On objecte que lorsque le mari est plus que solvable, son épouse est sans intérêt à refuser la limitation d'hypothèque qu'il réclame, afin de pouvoir contracter avec les tiers d'une manière avantageuse. Mais si quelquefois la femme est sans intérêt actuel pour refuser son adhésion, elle peut avoir un intérêt éventuel. Son mari peut par la suite aliéner ses propres, et lui faire contracter des dettes. On sait qu'elle doit avoir hypothèque pour le emploi et l'indemnité, droits qui ne sont encore pour elle qu'éventuels. De plus, connaissant les plus secrètes pensées de son mari, elle a pu pénétrer dans les replis de son cœur, y découvrir de funestes penchants, souvent

ignorés des autres, et dont l'explosion n'a été contenue peut-être que par ses conseils et son ascendant. Elle doit dès lors craindre pour l'avenir, et peut-être ceux qui l'accusent de caprice devraient rendre hommage à sa prudence et à sa sagesse.

Quel spectacle ensuite que celui d'un mari qui actionne sa femme devant les tribunaux pour la forcer à renoncer à ses droits! Si la loi eût voulu favoriser ces débats entre mari et femme, croit-on qu'elle se fût montrée bien morale? N'est-il pas à supposer au contraire qu'elle a voulu les éviter en exigeant avant tout la représentation du consentement de l'épouse?

On compare la femme au subrogé tuteur, et on croit triompher en disant: « La résistance du subrogé tuteur » ne peut paralyser l'action en réduction du tuteur, si » elle est bien fondée; donc, par identité, le refus de la » femme ne doit pas faire obstacle au succès du mari. »

Mais je ne crois pas qu'il y ait parité.

Le subrogé tuteur est le mandataire du mineur. Il représente un individu privilégié qui ne doit jamais perdre. Le législateur a supposé dès lors que le subrogé tuteur ne voudrait pas facilement engager sa responsabilité, qu'il s'en remettrait le plus souvent aux tribunaux, et que même il pourrait arriver que, pour la forme, il refuserait son adhésion par excès de précaution. C'est donc sagement que l'art. 2143 a ordonné que le subrogé tuteur serait actionné, et qu'au juge seul appartiendrait de statuer sur le débat, sans s'informer de l'opinion du subrogé tuteur, duquel on n'exige ni acquiescement ni résistance.

Mais la femme est dans une tout autre position; elle ne représente qu'elle-même; c'est de ses droits qu'il s'agit de disposer. Comment donc sa situation ressemblerait-elle à celle du subrogé tuteur?

Aussi la loi, qui dans l'art. 2143 a gardé le silence sur l'opinion du subrogé tuteur, s'empresse de dire, dans l'art. 2144, en parlant de la femme: « Pourra pareille-

ment le mari, *du consentement de sa femme.* » Le veto de la femme est donc un obstacle infranchissable.

Au surplus, puisqu'on argumente par voie de comparaison, qu'on parcourt les formalités nécessaires pour la réduction des diverses espèces d'hypothèques légales, on verra que la loi ne s'est astreinte à aucun système uniforme.

S'agit-il de limiter l'hypothèque légale d'un comptable? c'est le trésor lui-même, c'est-à-dire la partie intéressée, qui en décide.

S'agit-il de spécialiser l'hypothèque d'un établissement de charité? c'est le conseil de préfecture qui en décide, c'est-à-dire l'autorité, qui remplit, pour ces sortes d'établissements, les fonctions dont est investi le conseil de famille pour les intérêts du mineur (1).

Ici un mode est tracé pour la limitation de l'hypothèque du mineur.

Là il s'en présente un autre pour la restriction de l'hypothèque de la femme.

Ainsi, il est périlleux de décider en cette matière par analogie.

On dit qu'il est de principe général, écrit dans l'article 2161, que le débiteur peut obtenir la restriction de l'hypothèque générale malgré le créancier.

Je réponds que ce principe n'est lui-même qu'une dérogation à cet autre principe bien plus général, que nul ne peut être contraint de renoncer malgré lui à ses droits; que les exceptions doivent être limitées dans les cas prévus, et que le législateur a manifesté la volonté de ne pas soumettre la femme à cette exception, et de la laisser dans le droit commun, en faisant du consentement de la femme une condition de la demande en réduction formée par le mari.

Ainsi les tribunaux peuvent bien refuser à un mari muni de l'autorisation de sa femme la réduction d'hypo-

(1) Décret du 11 thermidor an XII (30 juillet 1804).

thèque qu'il sollicite, parce qu'il peut arriver que le consentement de la femme ait été arraché par des caresses maritales, *maritalibus delinimentis.*

Mais je crois qu'ils ne peuvent la forcer à donner un consentement qu'elle refuse, et former, malgré elle, une convention nouvelle, qui dérogerait aux droits à elle assurés par son contrat de mariage.

On insiste en disant que, dans certaines circonstances, cet état de choses peut avoir quelques inconvénients; par exemple, si la femme est en état de démence, et par conséquent dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

Mais je réponds que les dispositions générales de la loi, en matière d'interdiction, pourvoient suffisamment à cette difficulté.

Le mari peut provoquer l'interdiction de sa femme, lui faire nommer un tuteur *ad hoc*, et faire solliciter par ce dernier l'autorisation du conseil de famille, conformément à l'art. 464 du Code Napoléon. Au moyen de ces formalités protectrices, on suppléera au défaut de la volonté de la femme.

Voilà des raisons qui me paraissent de nature à faire rejeter le sentiment des cours de Paris et de Nancy (1). On peut, du reste, consulter un arrêt de la Cour de cassation du 9 décembre 1824, qui semble justifier mon opinion par la manière dont il est motivé (2).

642. Il est un autre point jugé par ce même arrêt de la cour de Nancy, qui me paraît encore moins satisfaisant pour les jurisconsultes.

La dame Soriot, que son mari voulait forcer à réduire son hypothèque légale, avait été mariée sous l'empire de

(1) C'est ce qu'a fait la cour de Rouen par arrêts des 3 février 1834 (Sirey, 34, 2, 584); 27 avril 1844 (Sirey, 44, 2, 315); 11 mars 1846 (Sirey, 46, 2, 503). Et la cour de Paris elle-même n'a pas persisté dans sa jurisprudence. V. ses arrêts des 1^{er} avril 1848 (Sirey, 48, 2, 224); et 31 mai 1851 (Sirey, 51, 2, 357).

(2) Dalloz, 25, 1, 14.