

l'édit de 1771, c'est-à-dire sous une législation qui empêchait que le créancier ne fût contraint, dans quelque cas que ce soit, à spécialiser et limiter son hypothèque générale. C'était donc un droit acquis à la femme Soriot par la loi du mariage, et elle ne pouvait en être privée par le Code Napoléon, en supposant que la législation permette de forcer la femme à réduire son hypothèque générale.

Cependant la cour de Nancy a pensé le contraire.

« Considérant, dit-elle, qu'il est indifférent que l'acte  
 » en vertu duquel existe le droit d'hypothèque générale,  
 » soit antérieur à la promulgation du nouveau régime  
 » hypothécaire; que ce n'est pas donner à la loi un effet  
 » rétroactif que d'en faire l'application à un droit qui a  
 » pris naissance antérieurement, parce qu'il s'agit seule-  
 » ment de régler, pour l'avenir, les moyens d'après les-  
 » quels le droit pourra être maintenu ou exercé; que la  
 » dame Soriot ne peut donc, sous le prétexte de son con-  
 » trat de mariage, invoquer soit une fin de non-recevoir,  
 » soit un moyen du fond contre la demande du sieur  
 » Soriot. »

J'ose croire que ce considérant porte avec lui une empreinte manifeste d'erreur. Pour le prouver, je renvoie à ce qu'ont dit, à cet égard, MM. Chabot (1) et Grenier (2), et à ce que je dirai moi-même (3) en m'expliquant sur l'art. 2161.

642 bis. Nous avons montré que le consentement de la femme est indispensable.

Faut-il aussi que le conseil, composé de quatre parents, donne un avis favorable, pour que le tribunal puisse y avoir égard? Je ne le crois pas.

La loi n'exige pas que l'avis soit favorable. C'est au tribunal qu'il appartient de vider le partage qui pourrait exister entre la femme qui consent, et les quatre parents

(1) Quest. transit., Hyp., § 1.

(2) Hyp., t. 1, n<sup>os</sup> 189, 233, 270.

(3) N<sup>o</sup> 768.

qui désapprouvent (1). Cependant M. Tarrible a émis une opinion contraire (2); mais il me semble que c'est ajouter à la loi.

Quant à ce qui concerne la composition de ce conseil de famille, nous nous en occuperons plus particulièrement au n<sup>o</sup> 644.

643. Lorsque le mariage est dissous, la femme peut, à sa volonté, renoncer à son hypothèque légale, soit d'une manière absolue, soit limitativement.

Le cas suivant s'est présenté devant la cour d'Agen. Il prouvera que les femmes qui renoncent à leurs hypothèques légales après le mariage, doivent bien prendre garde de se préjudicier, parce que la loi cesse de les protéger d'une main aussi favorable que pendant le mariage.

Après le décès du sieur Lubespère, les biens composant sa succession furent échangés par ses fils. La veuve Lubespère renonça à son hypothèque légale sur ses biens avec clause expresse que cette même hypothèque affecterait ceux reçus en contre-échange.

Plus tard, les biens de Lubespère fils furent vendus. Sa mère demanda à être colloquée sur le prix pour le montant de sa dot et à la date de son contrat de mariage.

On lui objecta que ces biens, reçus en contre-échange, n'avaient pu être frappés que d'une hypothèque conventionnelle soumise à inscription, et qu'il était impossible de considérer cette hypothèque comme légale, puisque le mariage était dissous lorsque Lubespère fils les avait acquis.

Le tribunal de Condom repoussa cette prétention. Mais, sur l'appel, la cour d'Agen infirma la décision des premiers juges. Elle considéra en effet que les biens dont le prix était à distribuer étaient advenus au débiteur par suite d'un échange fait depuis la dissolution du mariage; que les immeubles donnés par Lubespère fils étaient

(1) Persil, art. 2144, 405. Dalloz, Hyp., p. 433 et 434.

(2) Inscript., Rép., § 3, n<sup>o</sup> 23.

soumis à l'hypothèque légale ; mais que la veuve avait consenti à les en affranchir ; que sa volonté de transférer l'hypothèque avec ses privilèges sur les immeubles reçus en contre-échange était inefficace ; qu'elle n'avait pu, après le mariage, créer une hypothèque légale sur des biens qui n'avaient jamais été grevés de l'hypothèque entre les mains de son mari ; sans quoi il faudrait dire que l'on peut par convention faire des hypothèques légales au préjudice des créanciers, et leur donner effet sur des biens n'ayant jamais appartenu au mari (1).

Cet arrêt est dans les vrais principes (2).

643 bis. Nous avons vu ce qui concerne la réduction des hypothèques légales des femmes dans l'intérêt de leurs maris.

Comme les formalités que la loi exige pour cette sorte de réduction sont beaucoup plus sévères que lorsqu'il s'agit de renoncer à une hypothèque dans l'intérêt d'un tiers, il importe de bien se fixer sur les principes qui peuvent faire discerner si la renonciation a lieu dans l'intérêt du mari ou dans l'intérêt des tiers (3).

Lorsque la femme renonce à son hypothèque légale dans l'intérêt d'un tiers, elle traite directement avec lui ; le plus souvent elle se dépouille pour l'investir, elle lui cède son rang de préférence, soit pour le déterminer à acheter, soit pour le déterminer à prêter son argent.

Il n'en est pas de même quand la femme renonce à son hypothèque dans l'intérêt de son mari ; sa renoncia-

(1) 15 janvier 1825 (Sirey, 26, 2, 130).

(2) *Suprà*, n° 348. — Mais il faut conférer ce que je dis ici avec le n° 434 bis, où je parle du cas tout à fait différent d'un échange fait au cours du mariage, cas dans lequel la généralité de l'hypothèque légale doit faire décider que l'hypothèque s'étend aux deux immeubles échangés.

(3) Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, sous les n° 595 et 602, les formalités des art. 2144 et 2145 ne sont pas nécessaires pour les cessions ou renonciations *en faveur des tiers*. Voir les arrêts que j'ai indiqués, *loc. cit.*

tion est toujours pure et simple : elle n'a rien de translatif (1). Elle éteint l'hypothèque et ne la transporte pas. La preuve en est que l'art. 2145 veut que, quand il y a réduction au profit du mari, les inscriptions prises sur les immeubles affranchis soient rayées.

A l'aide de ces distinctions, il ne sera pas difficile de discerner les cas.

Examinons quelques-uns de ceux qui se sont présentés (2).

Dans une espèce jugée par la cour de Dijon, une dame Deschamps, pour venir au secours de son mari, avait déclaré vouloir que les créanciers de ce dernier fussent payés avant elle sur le prix d'immeubles qu'ils avaient fait saisir. Comme cette déclaration, faite dans la forme ordinaire, n'avait pas été accompagnée des formalités voulues par les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, la cour de Dijon déclara qu'elle était inefficace ; elle se fonda sur ce que cette renonciation était dans l'intérêt unique du mari : que la femme Deschamps, séparée de biens, n'avait aucun intérêt à cette renonciation, laquelle n'était l'accessoire d'aucune obligation contractée par elle ; que c'était là un fait spontané de la femme pour être utile à son mari ; que l'on doit dire que toutes les fois qu'il apparaît, par les circonstances, que l'acte ne contient qu'une cession pure et simple d'hypothèque à un tiers vis-à-vis duquel la femme n'avait pas d'engagements préexistants, et que cet acte n'a eu lieu que pour favoriser le mari, il faut alors exiger que les formalités prescrites par les art. 2144 et 2145 soient observées.

Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par arrêt de la section des requêtes du 9 janvier 1822 (3).

(1) *Suprà*, n° 600 bis.

(2) V. *infra*, n° 738, un exemple que je crois inutile de rapporter ici. On peut consulter aussi un arrêt de la cour de Nancy du 24 janvier 1825 (Daloz, 34, 2, 187) ; et un arrêt de la cour de Lyon du 23 avril 1832 (Daloz, 33, 2, 4).

(3) Daloz, Hyp., p. 154 et 155.

Ces deux décisions me paraissent mal rendues.

Les cessions d'hypothèques au profit des tiers n'ont été assujetties par la loi à aucune formalité. Il importe peu que la femme qui renonce soit déterminée par le motif de rendre service à son mari. On conçoit même que c'est toujours par intérêt pour son mari, et pour venir à son secours, que la femme consent de pareilles renonciations ; mais les tiers n'ont pas à s'enquérir de ces motifs. Ils traitent avec une personne capable ; ils se confient au droit commun (1), et c'est tromper leur bonne foi et violer la loi de leur contrat que d'appliquer aux cessions dont ils sont porteurs des formalités que la loi n'a entendu exiger que pour le cas de main-levée d'hypothèque et de radiations d'inscriptions consenties par la femme à son mari.

De quoi s'agissait-il devant la cour de Dijon ? D'affranchir les immeubles du mari ? Point du tout. L'hypothèque légale continuait à les grever ; seulement, au lieu d'être exercée par la femme, elle était exercée par les créanciers du mari. De bonne foi, était-ce le cas d'appliquer l'art. 2144 ?

La cour de Dijon a fait un raisonnement singulier : de ce que le mari avait intérêt à cette renonciation de sa femme, elle en a conclu qu'il fallait ne tenir aucun compte de l'intérêt des tiers. Mais comment n'a-t-elle pas vu que la présence des tiers changeait la face des choses, et rendait même impossible l'application de l'art. 2144 ? Car, par cela seul qu'il y a un tiers cessionnaire des droits de la femme, il faut en conclure que ces droits continuent à grever les immeubles du mari, sauf qu'ils sont en d'autres mains.

On argumente de ce que la cession de la femme n'était la conséquence d'aucune obligation préexistante, et qu'elle n'en retirait aucun intérêt. Mais est-ce que cette

(1) Art. 217 du Code Napoléon.

circonstance doit influencer sur le droit des tiers ? La cession dont ces tiers se prévalaient avait une cause licite ; elle produisait par conséquent un lien de droit, et il fallait la respecter.

Dans une seconde espèce jugée par la section civile de la Cour de cassation (1), il s'agissait d'une femme commune, qui, sans s'obliger personnellement avec son mari à l'égard de ses créanciers, s'était bornée à renoncer à son hypothèque légale en faveur de ceux-ci. Devant la cour de Metz on avait proposé l'objection suivante : la renonciation de la femme tourne évidemment au profit du mari : sans elle il n'aurait pas trouvé le crédit dont il avait besoin : c'est un moyen indirect d'affranchir ses biens de l'hypothèque légale de sa femme.

La cour de Metz crut utile de répondre à ce sophisme en établissant que la femme *commune* était censée profiter des obligations souscrites par son mari.

Il n'était pas nécessaire de recourir à ce moyen. Il suffisait de s'emparer des dispositions des art. 2144 et 2145, et de montrer qu'elles ne concernent que le cas de *main-levée* de l'hypothèque, tandis qu'ici il s'agit de la cession de cette même hypothèque, ce qui est tout autre chose. Dans le cas de ces articles, la renonciation de la femme ne profite qu'au mari : ici elle profite non seulement au mari, mais encore à des tiers investis des droits de la femme et qui les exercent à sa place.

Le pourvoi contre l'arrêt de Metz, qui avait repoussé les art. 2144 et 2145 du Code Napoléon, fut rejeté par arrêt du 28 juillet 1823.

Dans une troisième espèce, une femme Beaudin avait consenti à restreindre son hypothèque ; un conseil de famille avait donné un avis favorable qui avait été confirmé par le tribunal. Une maison, ainsi purgée de l'hypothèque légale, fut vendue à la veuve Sappet.

(1) Arrêt du 28 juillet 1823 (Daloz, Hyp., p. 156).

La femme Beaudin prétendit plus tard que l'avis des parents était nul, que toute la procédure était irrégulière, que d'ailleurs, étant mariée sous le régime dotal, elle n'avait pu renoncer à son hypothèque, etc.

Arrêt de la cour d'Aix, qui déclare que les formalités voulues par la loi ont été observées; qu'au surplus, l'hypothèque étant radiée quand la veuve Sappet a acheté, la femme Beaudin n'est pas recevable à la faire revivre; qu'enfin la radiation a profité à la femme Beaudin, parce que le prix de la vente a servi à payer ses dettes.

Pourvoi en cassation: de tous les moyens proposés, la section des requêtes n'en a examiné qu'un seul. Elle a décidé que, la radiation ayant été faite dans l'intérêt de la femme Beaudin, l'art. 2144 n'était pas applicable (1).

A mon avis, un pareil motif ne supporte pas l'examen. En effet, il ne s'agissait pas ici d'une cession d'hypothèque faite à un tiers. La femme Sappet, acquêtesse, n'avait pas été subrogée aux droits de la femme Beaudin: elle avait trouvé l'immeuble affranchi, et si par hasard des créanciers hypothécaires jusqu'alors inconnus d'elle fussent venus l'attaquer, elle n'aurait pu se prévaloir des droits de préférence de la femme Beaudin, puisqu'elle avait reçu l'immeuble exempt de l'hypothèque de cette dernière.

Ceci posé, il est clair que la femme Beaudin avait fait une renonciation pure et simple; elle avait réduit son hypothèque; elle l'avait radiée et fait disparaître des immeubles grevés. C'était précisément le cas des art. 2144 et 2145 du Code Napoléon. Et cependant la Cour de cassation décide que l'art. 2144 n'est pas applicable!!!

Elle objecte que la radiation était dans l'intérêt de la femme; mais bien entendu aussi qu'elle était dans l'intérêt du mari, puisqu'elle rendait son immeuble libre,

(1) Arrêt du 20 avril 1826 (Daloz, 26, 1, 255).

exempt de charges et entièrement disponible, puisqu'il pouvait en toucher le prix sans être obligé de le déposer entre les mains de ses créanciers; c'est donc là un avantage direct que lui faisait sa femme. Or, l'art. 2144 ne permet pas qu'une femme puisse, pendant le mariage, faire remise d'hypothèques à son mari, sans l'avis de quatre parents, homologué par le tribunal; cet article ne distingue pas si la remise a lieu seulement dans l'intérêt du mari, ou dans l'intérêt réuni de la femme et du mari; il est général, et je ne vois pas de raison solide pour en éluder l'application.

Au surplus, je n'entends pas critiquer le résultat consacré par la cour d'Aix. Cette cour s'est décidée par un ensemble de motifs dont quelques-uns, étrangers à la difficulté que j'examine, sont décisifs. Mais il me semble que la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi, a eu le tort d'approuver précisément ce qu'il y avait de faible dans son arrêt: j'ai dû en faire la remarque: car, si on voulait prendre au pied de la lettre la décision de la Cour suprême, il s'ensuivrait qu'une femme pourrait, sous prétexte qu'elle y a intérêt, s'affranchir des gênes heureusement apportées à la restriction de son hypothèque légale pendant le mariage, donner témérairement main-levée de ses inscriptions au profit de son mari, et rendre illusoirs des précautions élevées contre la faiblesse de son sexe, et le trop grand ascendant de son époux.

#### ARTICLE 2145.

Les jugements sur les demandes des maris et des tuteurs ne seront rendus qu'après avoir entendu le procureur impérial, et contradictoirement avec lui.

Dans le cas où le tribunal prononcera la réduction de l'hypothèque à certains immeubles, les inscriptions prises sur tous les autres seront rayées.