

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 déféré 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. 457. Grenier, t. 1, p. 396. Tarrille, Répert., v° Inscrit.

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,

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 3 juin 1834 (Dalloz, 34, 1, 205). Paris, 11 juin 1834 (Sirey, 34, 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 (1395). 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.

Pendant 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, 439). 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, 253, 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 (50 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); 41 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.

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^{os} 189, 253, 270.

(3) N^o 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° 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° 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, 150).

(2) *Suprà*, n° 548. — 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 (Dalloz, 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 témérement main-levée de ses inscriptions au profit de son mari, et rendre illusoires 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.

SOMMAIRE.

644. Contradicteurs du tuteur et du mari. Devoirs et droits du procureur impérial. Renseignements dont le tribunal doit s'environner. Caractère du jugement qu'il rend sur la demande du tuteur ou sur la demande du mari. La femme qui a donné son consentement ne peut plus attaquer le jugement de réduction. Mais *quid* quand elle n'a pas donné son avis ?
- 644 *bis*. Effet du jugement de réduction, soit à l'égard des biens affranchis, soit à l'égard des biens maintenus sous l'hypothèque.
645. L'hypothèque disparaît de dessus l'immeuble. Conflit entre l'acquéreur qui l'achète après le jugement et le créancier qui aurait en sa faveur une cession antérieure des droits de la femme sur cet immeuble.

COMMENTAIRE.

644. La demande du tuteur a pour contradicteur le subrogé tuteur et le procureur impérial. Au contraire, la demande du mari n'a pour contradicteur que le procureur impérial, attendu que le consentement de la femme étant absolument nécessaire au mari, d'après ce qui a été dit ci-dessus, le mari et la femme ne peuvent pas se trouver en collision l'un avec l'autre.

Le procureur impérial doit s'armer de toute la rigueur de son ministère pour défendre les intérêts de la femme et du mineur, et empêcher qu'ils ne soient sacrifiés par une procédure irrégulière. On a vu des tribunaux restreindre l'hypothèque générale de l'épouse, sans qu'elle ait manifesté sa volonté, sans qu'elle ait été partie, même indirectement, dans l'instance (1); accueillir des

(1) V. l'espèce d'un arrêt de la cour de Riom du 3 mars 1830 (Dalloz, 33, 2, 41).

demandes en réduction formées par des tiers détenteurs, à l'insu du mari et de la femme qu'on tenait à l'écart, bien qu'on disposât de leurs droits, et qu'on usât, pour eux et sans eux, d'un privilège qui leur est entièrement personnel (1); réduire l'hypothèque à des biens insuffisants pour garantir les droits de la femme, et faire dégénérer en une véritable spoliation des mesures qui n'ont été sagement introduites que pour protéger le crédit particulier. Il y a aussi des tribunaux qui se sont persuadés que tout leur pouvoir se bornait à homologuer purement et simplement la décision du conseil de famille provoquée par le tuteur, et à accorder à ce dernier la restriction qu'il demandait sur simple requête et sans avoir assigné le subrogé tuteur (2). Ce sont là de graves abus que je signale à l'attention du ministère public, et que sa vigilance pourra toujours prévenir. Le procureur impérial, constitué partie adverse du tuteur, et surtout du mari, doit recueillir tous les renseignements propres à éclairer la religion du tribunal : prendre, si cela est nécessaire, l'initiative de la contradiction, requérir une expertise pour constater la valeur des biens auxquels on propose de restreindre l'hypothèque, etc. Enfin il ne doit pas hésiter à demander le rejet des demandes qui ne seraient pas présentées dans la forme légale, ou qui lèseraient les droits si précieux de la femme et du mineur.

Un point qui doit d'abord être mis hors de toute controverse, c'est que le jugement exigé par l'art. 2145 n'est pas un jugement d'homologation, comme dans le cas des art. 458 et 467 du Code Napoléon; c'est un jugement rendu par la voie contentieuse entre deux intérêts rivaux. Le tribunal a un droit supérieur d'appréciation et de contrôle, et il n'est lié ni par l'avis du conseil de

(1) Même espèce.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 3 juin 1834 (Dall., 34, 1 205).

famille, ni par l'acquiescement du subrogé tuteur, ni par le consentement de la femme. Il faut même dire que sa décision serait radicalement nulle, si elle était rendue en l'absence du subrogé tuteur, qui n'aurait pas été dûment appelé. C'est un point que la Cour de cassation vient de mettre hors de toute controverse en cassant, par arrêt du 3 juin 1834, un arrêt de la cour de Rouen qui (chose incroyable !) n'avait vu dans l'intervention du tribunal qu'une simple homologation à laquelle il n'était pas nécessaire que le subrogé tuteur fût requis d'assister (1).

Au surplus, j'ai fait connaître, au n° 638, quelles sont les conditions requises pour que le tuteur obtienne la restriction, si toutefois le tribunal a la conviction que les sûretés qu'il offre sont notoirement suffisantes.

Quant à la demande en réduction formée par le mari, le procureur impérial et le tribunal devront s'assurer d'abord du consentement de la femme, qui est la base de toute la procédure. Le Code ne dit pas dans quelle forme ce consentement doit être donné. Il suffit qu'il soit libre et non équivoque.

La composition du conseil de famille doit ensuite fixer l'attention des magistrats. On a vu, par l'art. 2144, qu'il doit être formé des quatre plus proches parents. Cet article ne répète pas la disposition de l'art. 409 du Code Napoléon, qui, dans le cas où il ne se trouve pas sur les lieux un nombre suffisant de parents les plus proches, permet d'appeler des parents d'un degré plus éloigné. Je pense que l'art. 2144 du Code Napoléon doit être exécuté à la rigueur, et que l'influence de l'art. 409 doit

(1) Dalloz, 1, 34, 1, 205. M. Dalloz, en rapportant cet arrêt, présente la question comme entièrement neuve, et comme n'ayant pas été prévue par moi dans la première édition de ce Commentaire. Il est vrai que je n'avais pas expressément formulé l'espèce sur laquelle la Cour de cassation a statué ; mais les principes qui ont servi de base à son arrêt ressortent de tout ce que j'avais dit au n° 644 avant de le retoucher.

lui rester étrangère. Quel a été le but du législateur? Il a voulu faire un appel à l'intérêt des parents que la proximité du sang appelle à recueillir la succession de la femme. C'est cet intérêt qu'il a constitué le premier juge de l'opportunité de la demande en radiation. Plus les quatre parents sont rapprochés, plus ils ont l'espoir légitime d'être un jour les héritiers de la femme, et plus aussi ils mettront de scrupule à discuter le mérite de la demande et à défendre l'épouse contre les exigences de son mari. Mais où seront les garanties que recherche le législateur si le conseil de famille est composé de parents éloignés, ou peut être même d'étrangers indifférents à l'avenir de la femme, et qui ne voudront probablement pas prendre sur eux de déplaire au mari en le contrariant? Ajoutez à ces considérations que le conseil de famille n'est ici composé que de quatre personnes, tandis que, dans le cas de l'art. 409, sept parents y sont appelés; qu'enfin, dans l'espèce de ce dernier article, il y a urgence à réunir le conseil, afin que le mineur ne reste pas sans un surveillant qui prenne soin de sa personne et de ses biens, tandis que, lorsqu'il n'est question que d'une simple réduction d'hypothèque, il n'y a presque aucun péril en la demeure : *Non est damnum in morâ modici temporis*. Je dois dire néanmoins que la cour de Grenoble a décidé, par un arrêt du 18 janvier 1833, que l'art. 2144 du Code Napoléon doit être coordonné avec les art. 407 et 409 (1). Peut-être y a-t-il quelques inconvénients inévitables dans le système que je propose. Mais je crois qu'il y en a de plus nombreux et de plus grands dans le système de la cour de Grenoble, qui d'ailleurs a contre lui la lettre de la loi et la discussion du conseil d'Etat. Voici, en effet, ce que j'y lis : « M. BÉRENGER demande que la loi se borne » à dire qu'on prendra l'avis de l'assemblée de famille, » sans exiger que cette assemblée soit composée des parents

(1) Dalloz, 33, 2, 85.

» *les plus proches*, parce qu'ils peuvent être actuellement
 » éloignés.

» Le consul CAMBACÉRÈS dit qu'il craint, si cet amen-
 » dement est admis, que la disposition ne dégénère en
 » pure formalité ; qu'alors on composera l'assemblée de
 » personnes indifférentes, et que rien n'attache aux in-
 » térêts des parties.

» M. BERLIER dit que la loi ne doit point vouloir l'im-
 » possible, et qu'il faut ici, comme au titre des tutelles,
 » entendre par *plus proches parents*, les parents les plus
 » proches parmi ceux qui se trouvent dans un rayon
 » donné.

» L'article est adopté (1). »

On voit que M. Berlier parlait dans le sens de l'amendement de M. Bérenger, et qu'il contredisait l'opinion de M. Cambacérés, que nous défendons ici. Or, il me paraît évident que l'adoption pure et simple de l'art. 2144 est la condamnation du système de MM. Bérenger et Berlier ; car, où trouver dans son texte quelque chose qui se plie à leurs idées ? Comment en faire sortir la limite de ce rayon donné dont parlait M. Berlier ? Pour quiconque voudra y réfléchir, il n'y a aucune parité entre la rédaction de l'art. 2144 et celle de l'art. 407, et la pensée du premier se révèle tout entière dans les observations de M. Cambacérés.

Le procureur impérial devra en outre examiner si l'hypothèque dont on demande la réduction est une hypothèque générale, ou bien si elle n'a pas été spécialisée par le contrat de mariage. Dans ce dernier cas, la demande en réduction ne serait pas admissible d'après l'art. 2144, dont le texte est précis (2). La jurisprudence offre cependant des exemples de tribunaux qui, dans de telles circonstances, ont aveuglément accueilli l'action

(1) Fenet, t. 25, p. 378.

(2) Arrêt conforme. Riom, 3 mars 1830 (Dalloz, 33, 2, 41).

en réduction (1) !!! Tant que le ministère public ne sera pas pénétré de l'idée qu'il n'a été investi du rôle de partie que pour empêcher que la demande autorisée par les art. 2143 et 2144 ne dégénère en une vaine formalité d'homologation, les abus dont je parle seront à redouter; et cependant, qui pourrait méconnaître les inconvénients désastreux qui marchent à leur suite? J'aurai tout à l'heure l'occasion de faire voir le dommage que la femme peut en éprouver.

Mais auparavant il me reste à examiner une difficulté. Elle consiste à savoir si le procureur impérial peut interjeter appel du jugement rendu par le tribunal contrairement aux intérêts qu'il est chargé de défendre.

La cour de Grenoble s'est prononcée pour la négative par l'arrêt que je viens de citer (2). Mais il faut observer que la cour n'avait pas à juger en thèse cette question. Je crois que sa solution ne saurait être admise. Ces expressions, *contrairement avec le ministère public*, dont se sert notre article, conduisent à un résultat tout opposé à celui qu'elle a fait prévaloir. Elles donnent au procureur impérial la qualité de partie; elles l'opposent au tuteur ou au mari comme défendeur chargé de contredire à leur demande. A ce titre, le droit d'appel lui appartient; car il est attribué par le droit commun à toute partie qui veut élever des plaintes contre un jugement de première instance; sans cela, la défense serait inégale et incomplète. Le protecteur du mineur ou de la femme ne pourrait pas faire réformer une erreur de la justice, tandis que leur adversaire serait investi de cette faculté!! Une telle inconséquence est-elle admissible?

La cour de Grenoble argumente du silence de la loi. Mais c'est précisément ce silence qui condamne son

(1) V. l'espèce de cet arrêt de Riom.

(2) *Junge* Rouen, 8 décembre 1843 (Sirey, 44, 2, 476). — V. aussi Rouen, 16 août 1843 (Sirey, 44, 2, 76).

opinion ; car l'appel est une voie de droit qui est toujours censée réservée, à moins qu'elle ne soit exclue d'une manière formelle. Le Code Napoléon a-t-il, par exemple, stipulé, au profit du ministère public, la faculté d'appeler d'un jugement rendu en matière d'absence? Nullement. Cependant l'art. 116, dans lequel on retrouve mot pour mot les expressions pleines de sens de notre article, *contradictoirement avec le procureur impérial*, a paru suffisant à la jurisprudence pour faire universellement décider que le ministère public peut se rendre appelant d'un jugement rendu dans ces sortes de causes. Aussi M. Merlin dit-il que c'est très-surabondamment que l'art. 8 de la loi du 13 janvier 1817 a réservé ce droit au procureur impérial (1). Pourquoi donc les expressions que j'ai relevées auraient-elles dans l'article 116 un autre sens que dans l'art. 2145? N'y a-t-il pas identité de rédaction, identité de faveur, identité de surveillant (2)?

Il suit de ma proposition, que je crois constante, que le mari et le tuteur devront signifier au procureur impérial le jugement de réduction, afin de faire courir les délais de l'appel. Les tiers qui contracteront avec eux devront également vérifier si cette formalité a été remplie, s'ils ne veulent pas s'exposer à des mécomptes, et se voir peut-être recherchés pour des biens qui leur auront été prématurément représentés comme dégrevés de l'hypothèque légale.

Lorsque la femme a donné son consentement, et que le jugement est passé en force de chose jugée, il ne lui est pas permis d'attaquer par la voie de la tierce oppo-

(1) Répert., t. 16, p. 11, art. cxix.

(2) Du reste, la cour de Grenoble n'a pas persisté dans sa jurisprudence; elle a admis le droit d'appel pour le ministère public, par arrêt du 7 août 1849 (Sirey, 50, 2, 598). C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par arrêt du 3 décembre 1844 (Sirey, 45, 1, 14).

sition cette décision dans laquelle elle a été représentée par le procureur impérial, et qu'elle a déterminée d'ailleurs par son adhésion. Peu importerait que le conseil de famille eût été mal composé (1), que ses droits eussent été mal défendus et même lésés, etc. L'autorité de la chose jugée couvre toutes ces erreurs, et elle est ici d'autant plus sacrée qu'elle protège le crédit particulier contre des surprises. Le procureur impérial sentira par là la gravité de la responsabilité qui pèse sur lui.

Mais si la femme n'avait pas été appelée à donner son consentement, on ne pourrait évidemment pas lui opposer une procédure à laquelle elle aurait été laissée étrangère. Je ne doute pas qu'elle ne pût obtenir le rétablissement de son hypothèque (2).

On demande si la femme, devenue libre depuis le jugement de réduction intervenu d'après son consentement, mais avant qu'il fût passé en force de chose jugée, pourrait s'en rendre appelante à la place du procureur impérial.

Pour l'affirmative, on dit que le procureur impérial n'est que le représentant de la femme ; que celle-ci, étant désormais libre d'agir, n'a plus besoin de ce protecteur légal, dont les pouvoirs sont dès lors expirés : qu'elle peut donc faire par elle-même ce qu'il aurait fait pour elle ; que le consentement qu'elle a donné ne peut lui être opposé, parce qu'il lui a été arraché par les obsessions de son mari.

Mais l'opinion contraire est préférable : la femme n'est pas partie agissante dans la procédure organisée par les art. 2144 et 2145. Elle n'y comparait que pour donner son avis. Lorsque cet avis est exprimé dans un sens favorable à la réduction, ce n'est pas à elle qu'il appartient de le critiquer. Elle a épuisé son droit, elle a élevé

(1) Arrêt de Grenoble précité.

(2) Arrêt de Riom précité.

contre ses réclamations une fin de non-recevoir. C'est le conseil de famille, dans un intérêt d'agnation, c'est le procureur impérial, dans un intérêt qui embrasse celui de la femme et de la famille, qui seuls ont capacité pour faire ressortir les vices de cet avis. Le procureur impérial remplit une mission d'ordre public, son action est une véritable action publique, dont lui seul est le juge ; et un simple particulier ne saurait en hériter ni se substituer à l'organe de la loi, lorsque d'ailleurs il s'est lié par un consentement antérieur (1).

644 bis. Lorsque le tribunal (2) prononce la réduction, l'hypothèque superposée sur les biens libérés disparaît, et l'on raye l'inscription qui la rendait publique.

Mais quant à l'hypothèque qui reste sur les biens non affranchis, elle conserve toujours ses prérogatives, c'est-à-dire qu'elle est dispensée d'inscription au regard de la femme et du mineur, et qu'elle remonte au jour du mariage ou de l'acceptation de la tutelle.

645. On peut soulever ici une question importante. Lorsqu'un immeuble se trouve affranchi de l'hypothèque légale par suite des mesures dont je viens de parler, et qu'un tiers vient à l'acheter avec la certitude publique qu'il est exempt de l'affectation hypothécaire de la femme, pourra-t-on avoir égard aux renonciations que la femme aurait pu faire antérieurement au profit d'un créancier de son mari ?

Par exemple : Les sieur et dame Thomas s'obligent solidairement envers Pierre, et la dame Thomas transfère à ce dernier tous ses droits d'hypothèque légale sur le domaine des *Abreuvoirs*.

Quelque temps après, la femme Thomas consent à ce que son hypothèque soit restreinte, et que le domaine des

(1) V. l'arrêt de Grenoble qui le juge ainsi.

(2) Quel est le tribunal compétent ? On peut se référer pour cette question aux art. 2159 et 2161 du Code Napoléon.

Abreuvoirs en soit affranchi. La procédure suit sa marche et arrive à son terme, sans qu'on soit instruit de la renonciation précédemment consentie au profit de Pierre.

Quelque temps après, le domaine des *Abreuvoirs* est vendu par le sieur Thomas à Delarue, qui paye comptant entre les mains de son vendeur.

On demande si Pierre pourra inquiéter le sieur Delarue, et exercer contre lui le droit de suite.

On dira en sa faveur :

Pierre est cessionnaire d'une hypothèque légale : il n'était pas nécessaire qu'il prît inscription pour profiter des droits de la femme.

Lorsque la femme Thomas a renoncé à son droit, elle s'en était déjà dépouillée : elle a donc fait une renonciation sans cause. Pierre ne peut en souffrir : c'est pour lui *res inter alios acta*. Tous les faits de la dame Thomas, postérieurs à la cession qu'elle a faite à Pierre, ne peuvent préjudicier à celui-ci, d'après la loi 11 § 10 au Dig. *De except. rei judicatae*.

Quelque logique que paraisse cette argumentation, il me semble que l'acquéreur devra l'emporter.

Il n'était tenu à remplir les formalités pour purger l'immeuble qu'il achetait, qu'autant qu'il n'aurait pas eu juste sujet de croire que cet immeuble était affranchi de l'hypothèque de la femme. En effet, les art. 2193, 2194, 2195, supposent à chaque ligne que l'acquéreur est pénétré de l'idée que le droit de la femme couvre l'immeuble. Mais quand des actes publics, quand un jugement rendu suivant les formes consacrées ont déclaré que l'immeuble était désormais affranchi, il est clair que l'accomplissement des formalités prescrites par les articles dont j'ai parlé n'est plus possible. Ne serait-ce pas un nonsens, en effet, que de vouloir qu'un acquéreur fasse signifier à la femme et au procureur impérial (art. 2194) le dépôt au greffe de son contrat, lorsqu'on lui a présenté un jugement portant que la femme n'a aucun droit sur cet immeuble?

L'acquéreur a donc été dans son droit en ne purgeant pas et en payant sur-le-champ le prix de son acquisition.

Maintenant que vient lui reprocher le cessionnaire de la femme? Rien absolument qui le mette en contravention à une disposition de la loi. Il lui oppose seulement que la femme ne pouvait traiter d'une hypothèque dont elle s'était déjà dessaisie. Cette raison est sans doute puissante; mais elle est paralysée par les objections que l'acquéreur puise dans sa bonne foi, dans la confiance due aux jugements, dans la dispense où il se trouvait de purger.

Il y aura, si l'on veut, deux droits parallèles; mais, dans le choc qu'ils produisent en se rencontrant, celui de Pierre devra succomber, parce que la critique n'a rien à reprocher à Delarue, tandis que Pierre a commis la négligence de ne pas s'inscrire en son nom personnel comme il en avait le droit. S'il eût pris cette précaution (1), recommandée par la sagesse la plus vulgaire (2), son droit fût resté intact; car il aurait été connu des tiers, et la fraude dont il est aujourd'hui victime aurait été prévenue. Entre son adversaire, qui est exempt de toute négligence, et lui, qui doit s'imputer son manque de vigilance, il semble qu'il n'y a pas lieu à hésiter.

(1) *Suprà*, n° 609, *in fine*.

(2) *Suprà*, t. 1, n° 377.