

parle de l'action en revendication, soit qu'elle parle de l'action hypothécaire, c'est toujours sur les biens mêmes composant la dot de la femme que le recours de celle-ci est limité.

Qu'on ne trouve pas extraordinaire que cette loi donne à la femme une hypothèque sur son propre bien dotal. D'après les principes du droit romain, la dot estimée était censée appartenir au mari; bien plus, d'après la subtilité du droit, la dot même inestimée passait dans le domaine du mari. Sous ce rapport, on pouvait penser que la femme avait besoin d'une hypothèque tacite pour ne pas perdre ses droits; ainsi rien de contraire à la règle *res sua nemini hypothecari potest*. Mais, d'un autre côté, la femme étant propriétaire de sa dot *naturaliter*, comme le dit la loi 30, la fiction du droit ne pouvait détruire la vérité des choses. L'action en revendication devait donc lui appartenir.

Ainsi, veut-on suivre la subtilité du droit d'après laquelle le mari est censé propriétaire de la dot? la femme aura l'action hypothécaire pour la recouvrer. Veut-on suivre la nature des choses qui veut que la femme soit propriétaire de ce qu'elle a apporté à son mari, et qu'il doit lui restituer? alors elle aura l'action en revendication. De sorte que, de quelque manière qu'on veuille considérer le droit de la femme, elle aura toujours un recours assuré, *ei plenissimè subvenietur*. Elle pourra reprendre sa dot, inestimée ou estimée, soit par l'action hypothécaire, soit par l'action en revendication. Nul créancier du mari, même antérieur au mariage, et auquel le mari aurait hypothéqué ses biens présents et à venir, ne pourra prétendre lui être préféré sur les biens composant cette même dot. Tel est le sens que donnent à la loi 30, Bartole (1), Godefroy (2) et Cujas (3).

(1) Sur cette loi.

(2) *Idem*.

(3) Récit. solen., *De jure dotium*, au Code.

Mais la femme pourra-t-elle, d'après la même loi 30, prétendre une hypothèque légale sur les autres biens de son mari, comme l'a avancé la Cour de cassation? Écoutez Cujas, *loc. cit.* « Hoc ergò privilegium, lex in rebus » 30 dat TANTUM in ipsis rebus dotalibus, sive estimatæ » sint, sive inestimatæ sint. » Et plus bas : « Et hoc quidem de rebus dotalibus, ut in eis mulier habeat privilegium et inter personales et inter reales actiones. An idem habeat etiam in aliis bonis mariti? Minimè, quod jam antè docui. Non habuit in aliis bonis mariti antè legem ultimam infra Qui potior. in pignore, et constitutionem unic. Cod. De rei uxor. act., verùm postea Justinianus in const. tituli sequentis (leg. unicâ C. De rei uxor. act.) quæ est posterior legi ubi C. De jure dot., amplificavit mulierum privilegia et dedit mulieribus tacitam hypothecam in aliis omnibus bonis mariti, dotium eis conservandarum causâ; in leg. ult. C. Qui potior. in pignor., dedit etiam mulieribus privilegium in eis hypothecâ tacitâ persequendis, ut præponerentur omnibus creditoribus hypothecariis etiam antiquioribus, etc. »

Ainsi, il est bien entendu que, par la loi 30, la femme n'avait aucune hypothèque légale sur les biens propres de son mari; qu'elle ne pouvait agir que sur les biens composant sa dot. Comment donc la Cour suprême a-t-elle pu se fonder sur cette loi pour décider qu'une femme pouvait par droit d'hypothèque se faire colloquer sur le prix des biens propres de son mari? L'arrêt de la Cour de cassation, du 24 juillet 1821, pèche donc dans cette partie. Mais une mauvaise raison ne doit pas nuire à une bonne cause, et l'on verra plus tard que son arrêt est pour le fond à l'abri de la critique.

Quant à la loi unique C. De rei uxor., § 1, on n'y trouve absolument rien de décisif en faveur du système embrassé par la Cour de cassation. Justinien se borne dans ce § à donner à la femme une hypothèque légale sur les biens de son mari. Il en est de même de la loi

Assiduis; elle ajoute à l'hypothèque générale et tacite le privilège de l'antériorité sur tous les créanciers plus anciens; mais elle garde le silence sur l'option accordée à la femme par la Cour de cassation.

Du reste, il ne faut pas dire, avec M^e Crémieux devant la cour de Nîmes, que la loi unique C. *De rei uxor. act.*, § dernier, qui prononce l'inaliénabilité du fonds dotal, a par cela même abrogé la loi 30, C. *De jure dot.*, qui donne l'action hypothécaire à la femme sur ce même fonds dotal. Ces deux lois se coordonnent parfaitement dans le même système, et Justinien les considérerait comme si peu abrogées l'une par l'autre, qu'il les rappelle toutes deux dans la loi *Assiduis*, C. *Qui potior*, § 1 (1). C'est pourquoi Cujas, en commentant le § dernier de la loi unique au C. *De rei uxor. act.*, et en rappelant tous les droits dont la femme est investie, dit que dans le dernier état de choses elle avait une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus*, et sur tous les biens de son mari (2). Or, n'était-ce pas la loi 30 au C. *De jure dot.*, qui donnait à la femme une hypothèque *in rebus ipsis dotalibus*? Donc, cette loi n'était pas abrogée par la loi unique au C. *De rei uxor.*

616. Je viens à la loi 29 au C. *De jure dot.*, qui rentre plus directement dans notre question, puisqu'elle parle du cas où la femme demande pendant le mariage que sa dot soit mise en sûreté, *marito vergente ad inopiam*.

« Lors, dit-elle, que pendant le mariage le mari est réduit *ad inopiam*, et que la femme veut mettre ses intérêts à couvert, elle peut s'emparer des choses qui lui ont été hypothéquées (*res sibi suppositas*) pour dot, donation anténuptiale et extra-dot. Si un créancier *postérieur* du mari l'actionne en justice, elle le repoussera par le secours d'une exception (car, dit Godefroy, *possidenti datur ex-*

(1) V. glose de Godefroy, note n.

(2) V. ce passage de Cujas, *infra*, n° 616.

ceptio). Elle peut même agir contre les tiers détenteurs de biens appartenant à son mari, et c'est en vain que ceux-ci lui opposeront que le mariage n'est pas dissous ; car elle pourra exercer l'action revendicatoire sur tous les créanciers du mari postérieurs à elle, comme elle aurait pu le faire à la dissolution du mariage : néanmoins la femme ne pourra pas vendre ces choses tant que son mari sera vivant et que le mariage subsistera ; mais elle se servira des fruits pour nourrir elle, son mari et ses enfants. A la dissolution du mariage, le mari et la femme pourront faire valoir leurs droits sur la dot et la donation anténuptiale, conformément au contrat de mariage. »

Quelques réflexions sont nécessaires ici.

Remarquons d'abord que, dans cette loi, Justinien ne parle que d'une hypothèque conventionnelle. Car à cette époque l'empereur n'avait pas encore créé l'hypothèque tacite et générale de la dot. C'est la remarque de Cujas (1), in leg. *Ubi*, C. *De jure dot.* : « *Res viri suppositas oportet* » intelligere ex *conventionem* obligatas, quia nondum erat » tacita hypotheca, et Justinianus nondum dederat » tam hypothecam mulieribus. »

On doit observer encore que cette hypothèque conventionnelle dont parle la loi 29 *Ubi* n'a que le privilège du temps ; car Justinien ne donne de préférence à la femme que sur les créanciers du mari postérieurs. C'est encore la remarque de Cujas, *loc. cit.*

Mais il faut dire que depuis que l'empereur Justinien eut accordé aux femmes une hypothèque tacite et privilégiée, les dispositions de la loi 29 sont devenues applicables, même lorsqu'il n'y avait pas d'hypothèque expresse consentie par la femme, et que celle-ci a pu s'en prévaloir contre des créanciers plus anciens.

Ainsi la loi 29, combinée avec les lois postérieures, fait

(1) Récit. solenn. sur le Code *De jure dotium*.

précisément ce que mal à propos on a cru trouver dans la loi 30 : elle donne à la femme le droit d'agir, *constante matrimonio*, sur les biens à elle hypothéqués.

Ceci posé, examinons les conséquences de la loi 29. La femme peut se mettre en possession des biens que son mari lui a hypothéqués pour ses apports matrimoniaux (1). C'était le premier effet de l'exercice de l'hypothèque chez les Romains; car le créancier qui voulait profiter de l'hypothèque devait d'abord se faire mettre en possession de la chose hypothéquée (2) : ce n'était qu'après avoir été mis en possession, et après certain délai et certaines formalités, qu'il pouvait faire vendre la chose.

Voilà donc la femme en possession. Mais pourra-t-elle faire comme tous les autres créanciers hypothécaires? Pourra-t-elle faire vendre le fonds hypothéqué, ce qui est le but de toute hypothèque? Non, elle ne le pourra pas. « *Ità tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi, vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam suâ, quàm mariti, filiorumque, si quos habet, abutatur.* »

Ce sont les propres expressions de la loi 29 *Ubi*, quoiqu'à cette époque, la loi unique au C. *De rei uxor.*, qui défend l'aliénation de la dot, n'eût pas été publiée, et que la femme pût, dans certains cas, consentir à l'aliénation de sa dot.

Et c'est de cela que le président Favre conclut avec raison que cette hypothèque de la femme, dans ce cas

(1) Favre, Code *De jure dotium*, déf. 35. « *Mulier quæ, marito ad inopiam vergente, ut sibi pro dote cautum esset, egerat, et partem bonorum mariti à tertiis possessoribus ex eâ causâ vindicare caverat.* » Et définit. 11 : « *Jus dotis est inter cætera, ut eo nomine possit mulier bona mariti retinere...., cum habeat illa jure pignoris obligata, etc.* »

(2) *Suprà*, 16.

spécial (1), ne renferme pas la même condition que les autres hypothèques, c'est-à-dire que *le bien sera vendu, si l'argent dû n'est pas payé* (2).

Quel pouvait être le motif de cette exception à la règle générale?

C'est parce qu'on ne voulait pas que la femme reçût des deniers dont la dissipation est facile. « *Fragilis enim* » et *lubrica res est pecunia*, quæ facile perire potest (3). » C'est parce qu'on croyait que ses droits seraient mieux assurés avec des biens immobiliers produisant des fruits.

Aussi Favre assure-t-il (4) que si une femme eût consenti à recevoir sa dot en argent, dans le cas de séparation de biens pour cause de déconfiture du mari, cela eût été un motif suffisant pour qu'elle se fît restituer en entier. Car ce sont des biens immobiliers que la femme doit recevoir, et pas de l'argent. « *Superioribus con-* » *quens est ut, sive mulier ipsa consenserit ut, constante* » *matrimonio, dos in pecunia reddatur, non debeat ea res* » *nocere mulieri, at potius justam præbeat causam resti-* » *tutionis in integrum, etc.* »

De plus, et par une nouvelle conséquence de ces idées, on tenait pour opinion commune que les créanciers du mari ne pouvaient user, dans le cas de séquestration des hypothèques de la dot, du droit d'offrir, c'est-à-dire du droit qui permettait au créancier postérieur de se faire abandonner le gage par le créancier antérieur en payant à celui-ci le montant de ce qui lui était dû (5). Car c'eût été, contre les dispositions de la loi 29, mettre dans les

(1) Les praticiens appelaient l'exercice de ce droit *Assecuratio dotis vel indemnitas dotis*. Favre, C. *De jure dot.*, déf. 2, et *passim*.

(2) Favre, C. *De jure dotium*, lib. 5, tit. 7, déf. 2, n° 7, et déf. 3.

(3) L. 79, § 1, *De leg.* 3. L. 22, C. *De adm. tutor.* Favre, C. *loc. cit.*, déf. 2, note 6.

(4) Déf. 3, *loc. cit.*

(5) Favre, C. lib. 5, tit. 7, déf. 2, et *passim in hoc tit.*

main de la femme une somme d'argent périssable à la place d'un fonds de terre. Je sais bien que tel n'était pas le sentiment de Fachinée (1) ; mais ce juriste convient lui-même qu'il n'est pas de l'avis du plus grand nombre, en soutenant que les créanciers avaient le droit d'offrir.

Ainsi, quand même une femme n'aurait eu qu'une dot mobilière, elle n'aurait pu, d'après les lois romaines, et la jurisprudence attestée par le savant président du sénat de Chambéry, se la faire payer en argent : il fallait qu'elle se fît mettre en possession des biens de son mari à elle hypothéqués, jusqu'à concurrence de son apport, pour les détenir à titre de garantie et en percevoir les fruits, sans qu'il pût vendre ces biens. On sait combien, à plus forte raison, cela devait avoir lieu lorsque la dot de la femme consistait en immeubles que le mari s'était permis d'aliéner. Evidemment, elle ne pouvait prendre de l'argent en nantissement.

Mais il n'est pas moins vrai aussi que dans ce cas la femme pouvait ne pas demander, *constante matrimonio*, la révocation de la vente du fonds dotal ; qu'elle pouvait exiger qu'on la mît en possession d'une portion suffisante des biens de son mari. C'est ce qui résulte fort clairement de ce passage de Cujas : « *Data est mulieri* » (ut docuit l. unica C. *De rei uxor. act.*) *pro fundo dotali* (2) *et pro dote totâ, quâcumque in re consistat, tacita* » hypotheca, et in rebus ipsis dotalibus (3), et in omnibus rebus mariti ipsius, ut beneficio tacitæ hypothecæ, » alienatum vel obligatum fundum dotalem, etiamsi ipsa » consenserit, *vel quò is fundus ei salvus sit, bona omnia*

(1) Controv., lib. 3, cap. 100.

(2) *Pro fundo dotali* ! Donc l'hypothèque a lieu non-seulement pour des sommes dotales, mais encore pour le fonds dotal.

(3) *In rebus ipsis dotalibus* ! Donc la loi 53, au C. *De jure dot.*, qui accorde à la femme une hypothèque *in ipsis rebus dotalibus*, n'est pas abrogée par la loi unique au C. *De rei uxor. act.*

» mariti consequi possit (1). » Ce passage contient un grand sens, et pour me servir des expressions employées quelque part par son auteur (2), je pourrais dire qu'il est « *plenissimus juris*. » J'y reviendrai dans le cours de cette discussion.

Voilà donc la femme qui a droit de négliger l'action en revendication pour poursuivre les biens de son mari « *quò fundus dotalis ei salvus sit*. » Cette décision de Cujas ne laisse pas de place à l'équivoque.

Dira-t-on que c'est favoriser l'aliénation du fonds dotal que Justinien avait interdite par le § final de la loi du C. *De rei uxor. act.* ?

Mais si la doctrine de Cujas avait ce résultat, pourrait-on supposer que cet esprit profond et lumineux s'y fût abandonné précisément en commentant ce § de la loi qui prohibe l'aliénation du fonds dotal !!!

Ensuite comment ne fait-on pas attention que ce dépôt des biens du mari donné à la femme, sans qu'elle pût les aliéner et pour qu'elle pourvût à sa subsistance et à celle de ses enfants, ne la privait pas du droit de réclamer sa dot en nature ? En effet, la loi 29 dans sa disposition finale porte : « *Ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione, pro dotalium instrumentorum tenore, integro suo jure potituris*. »

617. Si je passe à la jurisprudence française, je trouve que nous n'avons jamais admis cette mise en action de l'hypothèque dont parle la loi 29. Chez nous l'hypothèque n'a de tout temps produit d'autre droit que celui de faire vendre, après la saisie de justice, le bien hypothéqué.

D'où il suit que si une femme eût apporté à son mari une dot mobilière, et que celui-ci fût tombé en décon-

(1) Récit. solenn., C. *De rei uxor. act.*, § dernier, col. 1.

(2) Récit. solenn. sur le C. *De jure dotium*.

siture, sa femme pouvait se faire colloquer pour le montant de sa dot sur le prix des immeubles saisis sur son mari (1). Seulement on ordonnait que le montant de la collocation accordée à la femme serait placé d'une manière sûre, afin qu'elle en pût toucher les intérêts sans avoir la possibilité d'en dissiper le capital (2).

Mais lorsque la femme apportait à son mari une dot immobilière, c'est-à-dire *inaliénable*, et que le mari se permettait de la vendre, on ne voit pas que la femme ait jamais pu abandonner *définitivement* en France, pas plus que dans le droit romain, son droit à revendiquer sa dot, et préférer *définitivement* aussi à son immeuble une collocation mobilière. C'eût été tolérer directement l'aliénation de la dot *pendant le mariage*, et violer la loi unique au C. qui faisait loi dans les pays de droit écrit. Si les femmes ont obtenu des collocations sur le prix des immeubles du mari vivant, mais obéré, ce n'a jamais pu être qu'à titre de collocation provisoire. Envisagée sous ce point de vue, la collocation ne consacrait pas l'aliénation de la dot. La femme conservait toujours le droit de faire révoquer l'aliénation. Sa collocation n'était qu'une garantie de plus pour mettre à couvert ses droits : *quò fundum dotalis ei salvus sit*, comme disait Cujas. On sent que dans beaucoup de cas, il pouvait être utile à la femme de prendre des sûretés : quelquefois le fonds dotal avait été l'objet de dégradations majeures dans les mains d'un tiers acquéreur dissipateur et mauvais père de famille. Le reprendre dans cet état, ce n'eût pas été un moyen d'assurer la subsistance de la mère, de son mari, de ses enfants. La collocation sur le prix des biens vendus du mari venait au secours de la femme, et mettait entre ses mains un capital que l'on plaçait avec sûreté, et qui en même temps qu'il lui procurait des revenus annuels et

(1) *Infrà*, n° 618, une espèce jugée par le parlement de Provence.

(2) Boniface, vol. 4, tit. des Dots.

fixes, lui garantissait qu'elle pourrait plus tard rentrer dans son fonds dotal sans perte. Quelquefois aussi le fonds dotal aliéné avait reçu entre les mains de l'acquéreur des améliorations considérables, des impenses qu'il était impossible à la femme de rembourser sur-le-champ; son action en revendication se trouvait paralysée. En attendant, les biens de son mari étaient mis en vente et adjugés. Fallait-il que, privée de la possibilité actuelle de réclamer son fonds dotal, elle vît le prix des biens du mari distribué à ses créanciers, sans qu'elle y prît part? Non sans doute. Elle se faisait colloquer pour la valeur de son fonds dotal aliéné, et elle jouissait de cette collocation tant que les mêmes obstacles s'opposaient à la revendication de son fonds dotal. Mais aussi longtemps que durait le mariage, elle pouvait reprendre sa dot en abandonnant sa collocation, parce que la dot était inaliénable pendant la durée du mariage. Ce n'était qu'à la dissolution du mariage qu'elle pouvait faire en faveur de la collocation en argent une option définitive, parce qu'alors seulement sa dot cessait d'être placée hors du commerce.

On voit que ce système était absolument celui du droit romain, si ce n'est en ce qui concerne la vente du fonds hypothéqué, qui devait nécessairement avoir lieu en France dans les principes du régime hypothécaire, tandis qu'à Rome on avait voulu que la femme en conservât la possession et ne pût l'aliéner.

618. Je crois avoir retracé avec fidélité l'esprit de l'ancienne jurisprudence : c'est, ce me semble, faute de l'avoir bien saisi, qu'on s'est livré à des réflexions chagrines qui tombent dans la déclamation. Il me reste à justifier par des autorités ce que je viens d'avancer.

Écoutons cette espèce retracée par Boniface :

La femme Rostagne, se mariant avec Goiran, se constitua en dot 900 livres d'argent, et le bois de Pin, lequel fut vendu en 1615 par Goiran à Feautrier et Spagnet. En 1618, les affaires de Goiran s'étant dérangées, la femme Rostagne se fit colloquer sur les biens de son mari

pour la somme de 900 fr., et demanda sa mise en possession sur le bois de Pin; mais Feautrier et Spagnet s'y opposèrent. La femme Rostagne garda le silence jusqu'en 1628. Alors ayant fait estimer le bois de Pin à 7,000 fr., elle se fit colloquer pour cette somme sur les biens qui restaient à son mari. Mais en l'année 1637, Goiran père céda à son fils une partie des biens sur lesquels portait la collocation de sa femme, et cela pour le remplir des sommes qu'il lui avait données par son contrat de mariage. Il mourut en 1643. La femme Rostagne se pourvut alors pour être mise en possession du bois de Pin, comme étant un fonds dotal et par conséquent inaliénable, et elle se rendit appelante de la sentence du lieutenant qui lui avait permis de se faire colloquer sur les biens de son mari pour 7,000 fr., désavouant toute la procédure, comme faite par son mari *en usurpant son nom*. — Elle disait que la conséquence de cette collocation serait de faire considérer le fonds dotal comme aliénable, contre la disposition du droit; mais qu'il fallait dire que les collocations faites par les femmes, *marito vergente ad inopiam*, ne sont que pour leur assurance, et ut se suosque alant; qu'après la mort du mari elles pouvaient renoncer à leurs collocations, et prendre leur fonds dotal. Elle répondait par là au moyen que l'on tirait contre elle de la maxime, *electâ unâ viâ*, etc. — Par arrêt du 14 novembre 1644, la possession du fonds dotal fut donnée à la femme Rostagne (1).

L'usage des parlements de ne pas motiver leurs décisions ne permet pas de savoir si la prétention de la femme Rostagne fut admise par la raison que la procédure en collocation avait été faite à son insu, ou bien par la raison que la collocation n'était qu'une assurance provisoire, que la femme pouvait abandonner pour reprendre son fonds. Il y a cependant lieu de croire que c'est ce dernier motif qui dut prévaloir dans l'esprit des juges, parce que

(1) Boniface, vol. 1, p. 370. Liv. 6, t. 2.

d'abord il est fondé sur la disposition expresse de la loi 29 au C. *De jure dotium*, parce qu'ensuite regarder comme définitive l'option des femmes pour l'action hypothécaire, c'eût été amener, par un chemin détourné, à l'aliénation de la dot.

J'ose donc croire que j'ai été dans les vrais principes dans ce que j'ai dit ci-dessus.

619. Je m'attends, toutefois, qu'on va m'opposer Despeisses, qui dit en toutes lettres que la femme, ayant une fois demandé d'être allouée sur les biens de son mari, ne peut plus ensuite être admise à révoquer l'aliénation de son fonds dotal. Mais je suis moi-même pressé de citer cet auteur : d'abord parce qu'il ne dit rien de contraire à mon opinion, et qu'il suffit de prendre sa pensée sous son véritable point de vue pour en être convaincu ; ensuite, parce que les partisans de la collocation de la femme pendant le mariage se sont servis de l'opinion de Despeisses pour appuyer la leur, quoique cet auteur ne traite pas du tout la question (1). C'est ce que je dois faire remarquer, quoique je sois un des partisans de la collocation : mais comme je ne cherche que la vérité, je ne veux pas qu'elle se présente avec de fausses citations.

« La femme, dit Despeisses, ne peut être contrainte » de faire cette révocation, même du fonds dotal inestimé, qui a été aliéné par le mari : mais elle a le choix » ou de révoquer ladite aliénation, ou bien de demander » le prix qui a été reçu par son mari. Ranchin, *ad cap.* » Raynut, *in verbo cujus bona*, n° 43. Comme il a été jugé » en la chambre d'édit de Béziers au rapport du sieur » Ranch, le 26 avril 1627, entre Balthasar Dardaillon et

(1) Voyez le plaidoyer de M^e Deveze-Biron devant la cour de Nîmes (*Gazette des Tribunaux*, *loc. supra cit.*). Je m'étonne que M^e Crémieux, son adversaire, ait regardé la citation comme concluante. Il pouvait se donner facilement l'avantage de prouver qu'elle n'était pas applicable.

» les créanciers de Pierre Deshours, qui voulaient em-
 » pêcher que Jean Deshours, héritier de Claude de la
 » Jonquière, femme dudit Pierre Deshours, ne deman-
 » dât le prix, sachant bien que pour ce prix il serait
 » préféré à eux, et le voulaient obliger de faire telle ré-
 » vocation. Le semblable a été jugé en ladite chambre
 » le 28 août 1637, en l'affaire de la distribution des
 » biens de Michel Laval, habitant de Montpellier, et le
 » 1^{er} septembre 1637. *Arg. L. Si mulier, 31, ad S. C.*
 » *Vellejan.* Car puisque Justinien, en la loi *In rebus* 30,
 » *C. De jure dot.*, donne à la femme *sur les biens dotaux*,
 » soit estimés, soit inestimés, l'action de vindication et
 » hypothécaire, èsquelles il la rend préférable à tous
 » créanciers antérieurs du mari, il s'ensuit qu'ayant non-
 » seulement la vindication pour demander sa chose, mais
 » aussi l'hypothécaire pour demander le prix, elle a le
 » choix de demander ou le prix ou la chose..... Mais la
 » femme ayant une fois demandé d'être allouée *sur les*
 » *biens de son mari*, en cas d'insuffisance des biens d'ice-
 » lui, ne peut plus révoquer l'aliénation. Jugé à Castre,
 » le 1^{er} septembre 1537 (1). »

Tout ce paragraphe de Despeisses ne traite que du cas où la femme ou ses héritiers demandent la restitution de la dot, *soluta matrimonio*. Le chapitre d'où il est extrait est intitulé : *De la restitution de la dot après la dissolution du mariage*. Dans l'espèce retracée par l'auteur, Jean Deshours faisait valoir les droits de sa mère décédée : donc le mariage était dissous. Mais dans ce cas, et lorsque la dot est devenue aliénable, qui a jamais pu contester à la femme, ou à ses représentants, le droit de ratifier l'aliénation et de préférer une collocation mobilière ? On conçoit que si alors elle fait son option, cette option est définitive, comme le dit Despeisses, et comme je l'ai dit moi-même à la fin du n° 617, parce qu'alors

(1) T. 1, p. 277, n° 3.

tous les droits de la femme sont ouverts, et que, pouvant choisir, elle doit s'attendre à ce qu'on oppose avec succès la maxime *electâ unâ viâ*, etc.

Mais telle n'est pas la question. Je place la femme dans un cas où sa dot est encore inaliénable, et où une option définitive consacrerait l'aliénation de la dot. En voilà assez pour prouver que l'opinion de Despeisses ne peut être invoquée, et qu'elle est tout à fait inapplicable.

620. Il faut voir maintenant ce que le Code Napoléon a décidé sur cette question.

D'abord le fonds dotal est inaliénable, comme sous le droit romain, et le consentement de la femme ne peut modifier le principe fondamental posé par l'art. 1554 du Code Napoléon.

La femme n'a plus besoin de l'hypothèque sur son fonds dotal telle que la lui avait accordée la loi 30 au C. *De jure dotium*, parce que l'art. 1552 du Code Napoléon a fait disparaître les subtilités que le droit romain tirait du droit de propriété que le mari avait sur la dot. Ainsi, la revendication suffit à la femme.

Mais, de même que par le droit romain, la femme a une hypothèque générale et tacite sur tous les biens de son mari, pour sa dot et conventions matrimoniales. Il semble donc que, si sa dot est aliénée par le mari, elle peut, dans le cas où ses intérêts le lui conseillent, prendre la voie hypothécaire pour s'assurer qu'elle ne sera pas en perte.

Cette vérité devient plus palpable par l'art. 2195. Cet article, qui, comme le remarque la Cour de cassation, s'applique au régime dotal comme au régime de la communauté, défend à l'acquéreur d'un bien du mari de faire aucun paiement du prix au préjudice de l'inscription que la femme doit prendre lorsqu'on remplit à son égard les mesures nécessaires pour le purgement de l'hypothèque légale. Cette prohibition ne dit-elle pas clairement que la femme peut dans tous les cas, même *● constante matrimonio*, s'emparer, au préjudice des créan-

ciers postérieurs du mari, de la somme nécessaire pour s'indemniser de la vente de son bien dotal ?

621. M. Grenier, qui a senti la force de cette objection, croit s'en tirer par cette seule raison qu'il jette en avant comme une vérité incontestable : « Ici se présente, » dit-il, une réflexion bien simple, c'est qu'il est évident que ces articles s'appliquent seulement au cas de l'hypothèque légale que la femme exerce sur les biens de son mari, *pour sa dot mobilière*; » et M. Grenier n'ajoute rien pour prouver sa proposition (1).

Mais je réponds que non-seulement cette proposition n'est pas évidente, mais encore qu'elle contient une erreur manifeste. En effet, l'art. 2135 donne à la femme une hypothèque légale *pour raison de sa dot et conventions matrimoniales*. L'art. 2121 lui assure cette hypothèque légale *pour ses droits*, ce qui comprend tous les droits quelconques, savoir, les droits mobiliers ou immobiliers, de même que le mot *dot* comprend la dot immobilière comme la dot mobilière.

Si M. Grenier n'est pas satisfait de cette raison, qu'il me permette de lui fermer la bouche par l'autorité de son maître et du mien, du grand Cujas. *Data est mulieri pro FUNDO dotali, et pro dote totâ, QUACUMQUE IN RE CONSISTAT, tacita hypotheca, et in ipsis rebus dotalibus et in omnibus rebus mariti ipsius* (2). J'ai déjà dit que ces termes ne laissent pas de place à l'équivoque, et j'avais mes raisons pour cela, comme on le voit maintenant. Ainsi qu'on ne nous dise pas que cette opinion de Cujas se rapporte à un état de choses qui n'existe plus ; qu'alors la dot pouvait être aliénée dans certains cas par le mari, etc. — Pas du tout : Cujas écrit précisément ces mots en commentant la loi qui prohibe l'aliénation de la dot, même avec le consentement de la femme.

622. Maintenant quelle idée pouvons-nous nous faire

(1) T. 1, p. 572.

(2) Voyez ci-dessus, n° 616, le passage entier.

de l'intérêt que M. Grenier cherche à jeter sur les créanciers postérieurs du mari? il les représente comme trompés par un recours de la femme auquel ils n'avaient pas lieu de s'attendre. Mais il faut répondre que les créanciers du mari ont dû craindre que la femme n'exercât sa primauté sur eux pour le prix de sa dot aliénée, puisque la loi lui donne une hypothèque, positivement *pro fundo dotali*. Alors ils ont dû prendre leurs précautions.

Que diraient les créanciers si, à la dissolution du mariage, la femme, préférant une somme liquide à son fonds dotal, venait demander une collocation sur les biens du mari vendus pour la valeur de son fonds dotal aliéné? Ils ne pourraient lui opposer aucune exception. Elle serait dans son droit : ils auraient dû prévoir cet événement. Pourquoi n'auraient-ils pas dû avoir la même prévoyance pour le cas où la femme demanderait sa collocation *constante matrimonio*?

623. Je n'ai plus rien à dire de cette raison donnée par M. Grenier et ses partisans, et qui est le fondement de sa thèse, savoir, que la faculté accordée à la femme de venir à l'ordre, contient une aliénation de la dot. Sous le Code Napoléon, comme sous l'ancienne jurisprudence, et sous le droit romain, il doit être certain que la collocation de la femme n'a rien de définitif pour elle, *constante matrimonio*; qu'elle peut l'abandonner à la dissolution du mariage, ou même avant, et que ce n'est qu'après la mort de l'époux que, le fonds dotal étant devenu aliénable, la femme peut définitivement renoncer à sa dot, et en ratifier par conséquent l'aliénation.

On me demandera peut-être où je trouve cette explication écrite dans la loi? Je répondrai qu'elle résulte du principe de l'inaliénabilité de la dot établie par le Code Napoléon. Elle a été adoptée, au reste, dans un arrêt de la cour de Grenoble du 30 juin 1825, qui maintient un jugement du tribunal de Grenoble du 10 juin 1824 (1).

(1) Dalloz, 25, 2, 182.

624. Que dirai-je des exagérations auxquelles on se livre pour représenter le système que j'adopte comme funeste aux intérêts de la femme ?

On prétend que le prix du fonds dotal aliéné peut avoir été dissimulé par le mari au moyen de contre-lettres ! « Une femme (dit M^e Crémieux en commentant devant la cour de Nîmes l'opinion de M. Grenier), une femme se constitue en dot 100,000 fr. d'immeubles ; le mari les vend 60,000 fr., la femme viendra réclamer 60,000 fr. sur les biens du mari. Voilà 40,000 fr. déjà dévorés. Elle emploiera les 60,000 fr. à d'autres immeubles ; le mari vendra de nouveau ; la femme opérera de nouveau pour le prix. Deux ou trois ventes successives auront consommé la dot. »

Voilà bien des terreurs paniques ! D'abord la femme, conservant toujours le droit de reprendre sa chose jusqu'à la dissolution du mariage, n'a pas à craindre de voir son fonds dotal dévoré, comme on le dit, par le résultat d'une collocation qui n'est pour elle qu'une garantie de plus.

Ensuite, pourquoi veut-on que la femme soit précisément bornée à réclamer le prix tel qu'il a été fixé entre l'acquéreur et son mari ? Elle doit réclamer la valeur réelle de son immeuble d'après une juste estimation ; car la femme ne doit pas perdre par le fait de son mari : c'est ainsi que, dans l'affaire retracée par Boniface et dont j'ai parlé ci-dessus, on voit que la femme Rostagne, voulant obtenir collocation, commença par faire estimer son bois du Pin aliéné.

625. M^e Crémieux ajoutait à tous ces moyens une raison tirée de l'art. 2135 du Code Napoléon.

« Cet article, dit-il, n'accorde d'hypothèque légale à la femme que pour la remplir de ses propres aliénés. Or, cette hypothèque ne se réfère qu'au régime de la communauté. Quant au prix des immeubles dotaux aliénés, l'article n'accorde aucune hypothèque : il ne le

» pouvait pas : il aurait implicitement autorisé une aliénation qu'il voulait proscrire. »

Mais ce n'est encore là qu'un paralogisme.

Si l'art. 2135 mentionne l'hypothèque de la femme pour emploi de propres aliénés, ce n'est pas pour refuser une hypothèque pour le prix de la dot aliénée. C'est parce qu'il fallait déterminer *la date* de l'hypothèque pour le emploi. J'ai dit *suprà* pourquoi on avait fixé cette date au jour de la vente (1). J'ai dit aussi, au même lieu, pourquoi l'on n'avait pas fixé une date spéciale autre que celle du contrat de mariage, pour l'hypothèque à raison de l'aliénation du fonds dotal. Je crois devoir maintenir ici tout ce que j'ai avancé. Ainsi ce n'est pas du tout le cas d'appliquer ici la maxime, *inclusio unius est alterius exclusio*.

626. Il est temps de résumer cette longue dissertation.

Par le droit romain, la femme avait l'action en revendication, ou bien l'action hypothécaire pour sa dot aliénée. Elle pouvait, suivant l'exigence des cas, laisser dormir, pendant le mariage, l'action en revendication, et se faire mettre en possession des biens de son mari jusqu'à concurrence de la valeur de sa dot, *quò fundus dotalis ei salvus sit*. A la vérité, elle ne pouvait pas faire vendre ces biens, et pousser jusqu'à leur dernière conséquence les effets de son hypothèque ; mais c'était une exception que l'intérêt de la femme avait fait établir, et qui n'était pas incompatible avec le système hypothécaire des Romains. A la dissolution du mariage, la femme restait maîtresse de reprendre sa dot, et de renoncer à son envoi en possession dans les biens de son mari.

Dans l'ancienne jurisprudence française, les mêmes principes régnaient dans les pays de droit écrit, à la seule différence que, le régime hypothécaire français étant, sous beaucoup de rapports, différent du régime hypo-

(1) *Suprà*, n° 589 bis.

thécaire romain, la femme, au lieu de se mettre en possession des biens du mari, ne pouvait venir à collocation que sur le prix ; mais l'on pourvoyait à ce qu'elle ne pût dissiper l'argent provenant de cette collocation, par des mesures salutaires. Du reste la femme pouvait toujours, à la dissolution du mariage, reprendre l'action en revendication, si elle lui était plus utile.

Le Code Napoléon a été conçu dans les mêmes idées de garantie pour la femme. Un texte formel défend à l'acquéreur du bien du mari de faire aucun paiement au préjudice de la femme qui s'est fait inscrire. Or, la femme peut se faire inscrire non-seulement pour une répétition mobilière contre son mari, mais encore pour son fonds dotal aliéné, car elle a une hypothèque *pro fundo dotali*. Donc la femme, en demandant sa collocation, ne fait qu'user du bénéfice de la loi qui, loin de lui avoir tendu un piège, comme le soutiennent ceux qui ne sont pas entrés dans son esprit, lui a assuré une double garantie, et a mis tous ses intérêts à couvert sans que les créanciers du mari puissent s'en plaindre, puisqu'ils ont été avertis par la latitude de l'hypothèque donnée à la femme.

627. Si, lorsque la femme est libre par la dissolution du mariage, elle opte pour la collocation, son droit à demander la révocation de la vente du fonds dotal demeure éteint. Si, au contraire, elle renonce à l'hypothèque pour exercer l'action révocatoire, alors les créanciers du mari viennent prendre sa place dans la collocation. C'est pour cela qu'il est d'usage, dans les ordres où la difficulté se présente, de colloquer *conditionnellement* les créanciers postérieurs à la femme, qui sont en rang utile. Alors, pour combiner tous les intérêts, on charge l'adjudicataire des biens du mari de conserver le montant de la collocation de la femme jusqu'à la dissolution du mariage, avec charge d'en payer l'intérêt à la femme. On réserve à la femme ses droits contre les tiers acquéreurs de ses biens dotaux pour agir contre eux, si bon lui sem-

ble, à la dissolution du mariage; et si ce cas arrive, on ordonne que les sommes à elle allouées pour le montant de sa collocation, seront acquises aux créanciers de son mari utilement colloqués après elle (1).

628. Il me reste à indiquer quelques questions transitoires, suggérées par la disposition finale de notre article, portant : « Dans aucun cas, la disposition du présent article ne pourra préjudicier aux droits acquis à » des tiers avant la publication du présent titre. »

En ce qui concerne les créanciers du mari, on sait que la loi de brumaire an VII obligeait à l'inscription les hypothèques légales des femmes, et qu'elles étaient primées par les créanciers plus diligents qu'elles. Si, à la promulgation du Code Napoléon, une femme mariée sous la loi précédente n'eût pas pris d'inscription, ou si cette inscription eût été postérieure à celle du créancier, ce créancier aurait dû conserver son droit d'antériorité. L'affranchissement d'inscription accordé à la femme par la loi nouvelle n'a pas privé le créancier d'un droit acquis. C'est ce qu'on lit dans tous les livres, et que je ne fais qu'exposer en passant (2).

629. *Quid* si aucun des créanciers du mari n'eût pris inscription sous l'empire de la loi de brumaire, ni à la promulgation du Code Napoléon, et que la femme eût montré la même négligence ?

Comme le Code Napoléon a dispensé de l'inscription les hypothèques de toutes les femmes mariées à quelque époque que ce soit, même de celles mariées avant sa promulgation, il s'ensuivrait que par le Code Napoléon, la femme aurait une hypothèque légale dispensée d'inscription à compter du jour du mariage, et qu'elle primerait tous les créanciers du mari postérieurs au mariage et

(1) V. arrêt de Grenoble du 30 juin 1825 (Dall., 25, 2, 182).

(2) Arrêt de Paris du 19 août 1808 (Dalloz, Hyp., p. 418 et 128). Grenier, t. 1, p. 508. Cassat., 16 juillet 1817 (Dalloz, Hyp., p. 129).

non inscrits avant la promulgation du Code Napoléon. Ces créanciers ne pourraient s'en plaindre. Ils n'avaient pas de droit acquis (1), et la promulgation du Code Napoléon aurait valu inscription pour la femme.

630. En ce qui touche les femmes elles-mêmes, on demande si, lorsqu'une femme s'est mariée sous une loi ou une coutume qui lui assure une hypothèque *du jour du mariage* pour l'indemnité des dettes et le emploi des propres aliénés, on doit néanmoins lui appliquer l'art. 2135 du Code Napoléon, lorsque, postérieurement à la promulgation de cet article, son mari aliène ses propres, et lui fait contracter des dettes.

La section des requêtes avait d'abord adopté l'opinion que l'hypothèque ne pouvait dater du jour du mariage. Car, disait-elle, la femme qui ne s'est pas inscrite sous le régime de la loi de l'an VII, ne peut invoquer que l'article 2135 du Code Napoléon. Or, en adoptant cet article, elle ne peut le diviser. Il faut donc qu'en profitant d'une part des dispositions qui la dispensent de l'inscription, elle accepte de l'autre celles qui ne placent l'hypothèque qu'à la date des aliénations et des dettes contractées (2).

Mais ce système a été depuis abandonné par elle, et la section civile a jugé par trois arrêts que, bien que les dettes aient été contractées par la femme depuis le Code Napoléon, néanmoins elle devait avoir hypothèque à la date de son mariage, si elle s'était mariée sous un statut qui la reportât à cette époque (3).

(1) Tarrible, Répert., Inscript. hyp., § 5, n° 12. Chabot, Quest. transit., t. 2, p. 61 et suiv. Grenier, t. 1, n° 510. Bruxelles, 24 décembre 1806; Colmar, 31 août 1811; Cassat., 8 novembre 1809 et 12 mars 1811 (Dalloz, Hypoth., p. 128 et 160); Paris, 25 février 1831 (Sirey, 31, 2, 184).

(2) Arrêt du 7 mai 1816 (Dalloz, Hyp., p. 130).

(3) 10 février 1817 (Dalloz, Hyp., p. 131); 10 janvier 1827 (Dalloz, 27, 1, 113); 26 février 1829 (Dalloz, 29, 1, 161). — *Junge* Cass., 26 janvier 1836 (Sirey, 36, 1, 99); et 12 août 1834 (Sirey, 34, 1, 693).

C'est aussi ce qu'ont jugé un arrêt de Metz du 18 juillet 1820 (1), et un arrêt de la cour de Colmar du 14 mai 1821 (2).

Cette jurisprudence, quoique combattue par M. Grenier (3), me paraît préférable.

En effet, les droits qui résultent d'un contrat de mariage, et même de tout contrat quelconque, sont hors des atteintes de la loi postérieure, quand même ils ne seraient *qu'éventuels* (4). Peu importe que les stipulations matrimoniales soient écrites ou résultent de la force de la loi. Les parties sont censées avoir adopté tout ce que porte la loi (5).

Or, par l'effet de son mariage, la femme a eu la promesse qu'elle aurait une hypothèque dès le jour du contrat pour indemnité de dettes et remploi de propres aliénés. C'était une des garanties qui lui étaient offertes, et sur lesquelles elle a dû compter. Il y avait donc pour elle un droit acquis.

On objecte que l'art. 2135 ne doit pas se scinder. Mais c'est une subtilité. L'art. 2135 et la loi de l'an VII n'ont pas entendu toucher au fond des *droits acquis* aux femmes mariées; elles ont pu les soumettre à quelques conditions accessoires, comme l'inscription, puis les en dispenser. Mais elles n'ont pas voulu revenir sur des clauses et des stipulations formant des droits acquis.

Il suit de là que l'art. 2135 n'a parlé que pour les *mariages à venir*, quand il a parlé de *la date de l'hypothèque* du remploi et de l'indemnité des dettes. Quant

(1) Dalloz, Hyp., p. 131.

(2) Denev., 22, 2, 43. M. Dalloz cite cet arrêt, mais n'en donne pas le texte. Hyp., p. 131, n° 1. — *Junge* Lyon, 11 avril 1823 (Sirey, 24, 2, 121); Rouen, 19 mars 1835 (Sirey, 35, 2, 276); Paris, 26 mars 1836 (Sirey, 36, 2, 209); Poitiers, 18 juin 1838 (Sirey, 38, 2, 442).

(3) T. 1, p. 513 et suiv.

(4) Merlin, Répert., t. 16. Effet rétr., p. 253, col. 1.

(5) Pothier, Communauté, n° 10.

à la dispense d'inscription, elle s'applique à la vérité aux mariages contractés avant le Code. Mais ce n'est pas là un effet rétroactif; c'est un effet de la loi qui laisse l'avenir intact, qui opère actuellement, et qui d'ailleurs ne peut nuire aux droits des tiers, comme on l'a vu ci-dessus (1). Cet avis est aussi embrassé par M. Dalloz (2).

631. *Quid* s'il s'agit de successions échues à la femme?

M. Grenier pense que dans ce cas l'hypothèque de la femme doit remonter au jour du mariage, bien que la succession soit échue à la femme après la publication du Code Napoléon. Cet auteur se concilie avec lui-même en disant que dans ce cas il s'agit exclusivement d'un droit *éventuel* qui n'a rien de *potestatif*, tandis que dans l'hypothèse précédente, le mari ou la femme sont libres de vendre ou de contracter des dettes (3).

Mon opinion, pour être d'accord avec elle-même, n'a pas besoin de ces distinctions subtiles, je dirai même mal fondées. Il ne s'agit pas de savoir si la femme s'appuie sur une condition potestative ou non : il s'agit de savoir quel droit acquis elle avait, lors de son mariage, par l'effet de cette condition.

631 *bis*. La femme que le Code Napoléon a trouvée veuve n'a pas pu profiter de la dispense d'inscription portée par notre article. Ce n'est pas pour les femmes affranchies de la puissance conjugale que le Code a parlé; c'est pour celles qui sont *mariées*, comme le dit l'art. 2121 (4).

(1) N° 629.

(2) Hyp., p. 125. — *Junge* MM. Tessier, t. 2, n° 134; et Duranton, t. 19, n° 297.

(3) T. 1, p. 517, n° 242.

(4) Répert., t. 15, p. 596. Arrêt de cassat. du 7 avril 1813 (Dalloz, Hyp., p. 125); arrêt de cassat. du 9 novembre 1813 (*idem*); Cassat., 5 décembre 1814 (Sirey, 15, 1, 223); Cass., 20 mai 1817 (Sirey, 17, 1, 250); Grenoble, 2 juin 1831 et

De même si le mariage était dissous avant le Code Napoléon par la mort de la femme, ses représentants n'ont pu se prévaloir de l'art. 2135 (1).

On a demandé si l'art. 2135 profitait à la femme séparée de biens avant le Code Napoléon. La cour d'Aix a décidé la négative, par arrêt du 1^{er} février 1811 (2), par le motif que, s'agissant d'une femme régie par les lois du pays de droit écrit, l'autorité maritale ne l'atteignait pas, à raison de sa séparation.

Cette décision est insoutenable.

L'art. 2135, combiné avec l'art. 2121, prouve qu'il suffit qu'une femme soit *mariée*, bien que séparée de biens et *même de corps*, pour jouir de la dispense d'inscription.

De plus, si, avant le Code Napoléon, la femme était, en pays de droit écrit, affranchie de la puissance maritale pour ses paraphernaux, elle s'y est trouvée soumise, *malgré sa séparation*, par les art. 217 et 1449 de ce Code (3). L'obliger à prendre inscription d'après ces dispositions, c'était se mettre en contradiction avec les motifs de la loi que la cour d'Aix invoquait elle-même lorsqu'elle disait : « Considérant que l'art. 2135 ne peut » s'appliquer qu'aux femmes en puissance de mari, » puisque, d'après les motifs de l'orateur du gouvernement, les femmes sont *dans l'impuissance d'agir*, et » qu'on ne doit pas les punir quand il n'y a pas faute de » leur part. »

Or, c'est précisément d'une femme en puissance de

30 juin 1838 (Sirey, 32, 2, 622, et 39, 2, 106). — Sic MM. Grenier, t. 1, n° 238; Tessier, t. 2, n° 138, lettre B; Duranton, t. 19, n° 293.

(1) Cass., 7 août 1813 (*loc. cit.*); Grenoble, 28 janvier 1818 (Dalloz, Hyp., p. 127); arrêt de Bastia du 3 avril 1837 (Dalloz, 37, 2, 109).

(2) Dalloz, Hyp., p. 126, note.

(3) C'est là un point certain.

mari que la cour d'Aix avait à s'occuper. Elle devait donc arriver à un résultat tout opposé à celui auquel aboutit son arrêt.

ARTICLE 2136.

Sont toutefois les maris et les tuteurs tenus de rendre publiques les hypothèques dont leurs biens sont grevés, et, à cet effet, de requérir eux-mêmes, sans aucun délai, inscription aux bureaux à ce établis, sur les immeubles à eux appartenant, et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite.

Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et des mineurs, seront réputés stellionataires, et comme tels, contraignables par corps.

SOMMAIRE.

- 632. Obligation des maris de faire inscrire l'hypothèque légale qui grève leurs biens. *Idem* quant aux tuteurs.
- 632 bis. Peine de stellionat contre eux. Dans quel cas.
- 633. 1^o Du cas d'hypothèque conventionnelle accordée par le tuteur et le mari.
- 633 bis. 2^o Du cas d'hypothèques légales ou judiciaires, et de privilège. Grande erreur de notre article.

COMMENTAIRE.

632. Comme je l'ai dit plus haut, l'hypothèque légale

des femmes et des mineurs n'est pas absolument dispensée d'inscription (1); ce n'est que dans l'intérêt des femmes et des mineurs que cette dispense d'inscription a été introduite; en sorte que le défaut d'inscription ne peut jamais leur être opposé, que lorsqu'ils ont été mis en demeure de s'inscrire par les formalités nécessaires à la purge des hypothèques légales.

Mais, avant ce temps, la loi a voulu que les maris et tuteurs fissent connaître, par la voie de l'inscription, les hypothèques légales qui grèvent leurs biens. Elle exige qu'ils requièrent ces inscriptions sans *aucun délai* (2).

632 bis. Si les tuteurs et maris ont omis de prendre ces inscriptions, et qu'ils consentent ensuite des hypothèques sur leurs biens, sans déclarer *expressément* les hypothèques légales dont ils sont grevés, ils sont réputés stellionataires.

Mais ceci demande quelques explications.

633. 1° En ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle, notre article ne présente aucun embarras. Son texte est clair. Le mari et le tuteur qui accordent hypothèque sur leurs biens, sans déclarer *expressément* la charge dont ils sont grevés au profit des femmes ou des mineurs, encourent la peine du stellionat.

Mais remarquez que cette déclaration expresse n'est nécessaire qu'autant que l'hypothèque de la femme ou du mineur n'a pas été rendue publique par l'inscription (3).

Maintenant deux questions sont à examiner :

Le mari échappe-t-il à la peine du stellionat s'il a été de bonne foi? On sent qu'en cela il faut peser les circonstances.

Par exemple : Si le mari déclarait que le bien qu'il hypothèque *est exempt de dettes et d'hypothèque*, il pour-

(1) N° 571.

(2) Mais aux frais de qui sont les inscriptions? Voyez *infra*, t. 3, n° 730 bis.

(3) *Junge*. Mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 69.

rait rarement exciper de sa bonne foi. Car comment un mari ignorerait-il que l'hypothèque de sa femme pèse sur ses immeubles (1)?

Toutefois, si le mari faisait une pareille déclaration parce qu'il aurait juste sujet de croire que l'hypothèque de sa femme aurait été détachée de l'immeuble en question, par suite d'une réduction, quoique plus tard cette réduction eût été déclarée nulle, il y aurait bonne foi; et dans un cas pareil, la Cour de cassation a décidé qu'il n'y aurait pas stellionat (2).

Concluons donc que tout dépend des circonstances, et que s'il y a *bonne foi* de la part du mari, qui croyait l'immeuble libre, notre article sera inapplicable. Mais encore une fois, cette croyance ne pourra se présenter comme admissible que dans des cas fort rares.

Seconde question : La déclaration *expresse* du mari ou du tuteur exigée par notre article, pourrait-elle être suppléée par les circonstances?

Par exemple, pourra-t-on se prévaloir de ce que le mari ou le tuteur ont déclaré leur qualité, ou de ce que celui avec qui ils ont contracté savait qu'il y avait hypothèque préexistante de la femme ou du mineur sur l'immeuble qui a fait l'objet de la convention?

M. Persil, et après lui M. Dalloz, ne veulent admettre

(1) Arrêt portant cassation, du 29 novembre 1826. Dall., 27, 1, 60).

(2) Arrêt du 21 février 1827. Dalloz, 27, 1, 144.

D'après cela la cour de Paris n'aurait-elle pas été trop loin en disant, dans un arrêt du 27 novembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 80; Sirey, 36, 2, 164), que, dans le cas prévu par notre article, l'exception de bonne foi n'est jamais admissible? Je fais remarquer cependant que je n'entends pas critiquer, par cette observation, le dispositif de l'arrêt de cette cour, car les arrêtistes ont omis d'en faire connaître l'espèce, et il serait possible qu'au fond la cour eût traité le mari avec la sévérité qu'il méritait; mais les motifs sur lesquels cette décision s'appuie me paraissent avoir une portée qui dépasse le but. V. aussi Bordeaux, 15 mars 1833 (Sirey, 33, 2, 364). Douai, 20 mars 1851 (Sirey, 53, 2, 270).

aucun équipollent, et c'est ce qu'a jugé la cour de Limoges, par arrêt du 18 avril 1828, dans une espèce où le mari avait pris cette qualité de mari dans l'acte contenant constitution de l'hypothèque, et où le créancier savait si bien que son débiteur était marié, qu'il avait assisté comme témoin à son contrat de mariage (1). Une décision semblable est émanée de la cour de Poitiers, à la date du 29 décembre 1830 (2).

Ces solutions, quoique rigoureuses, sont conformes au texte de notre article, qui a voulu s'armer de sévérité contre les maris ou les tuteurs qui n'ont pas pris d'inscription pour leurs épouses ou leurs pupilles, et qui ne suppléent pas à ce défaut d'inscription par des déclarations *expresses* : de même que l'inscription ne peut être remplacée par des équipollents dans le cas où elle est requise, de même, ici, les déclarations qui en tiennent lieu au regard des tiers doivent être *formelles*, et ne peuvent être remplacées par des inductions (3).

633 bis. 2° Je viens de parler des hypothèques résultant de la convention.

Voyons ce qui est relatif aux hypothèques légales et judiciaires, et aux privilèges qui sont établis sur les biens des maris ou des tuteurs.

C'est ici qu'on aperçoit avec évidence les défauts de rédaction de notre article. En effet, le mari ou le tuteur ont-ils omis de faire à un créancier ayant un *priviège* la déclaration *expresse* que leurs biens sont grevés d'hypothèques légales? Mais où est le dommage? Le privilège prime l'hypothèque.

Le mari et le tuteur ont-ils omis de faire cette même

(1) Dalloz, 29, 2, 93.

(2) Dalloz, 31, 2, 54.

(3) Il a été jugé néanmoins qu'il n'y a pas stellionat si le créancier a réellement connaissance de l'hypothèque légale non déclarée, et si de plus, l'hypothèque conventionnelle a été constituée de la manière et dans les termes exigés par lui. Cass., 26 juin 1844 (Sirey, 45, 1, 77).

déclaration lorsqu'ils sont, par exemple, investis, de la part du gouvernement, d'une gestion de deniers entraînant hypothèque légale? — Mais cette hypothèque légale a lieu sans conventions. Dans quel lieu, dans quel moment, dans quelle forme feront-ils leur déclaration? La loi n'en dit pas un mot.

Ce que je viens de dire de l'hypothèque légale s'applique au cas d'hypothèque judiciaire (1).

De tout ceci il faut conclure que notre article ne trouve son application que dans le cas d'hypothèque conventionnelle (2); qu'aucune obligation n'est imposée aux maris et tuteurs dans le cas d'hypothèques légales et dans le cas de privilèges (3).

Enfin, que veut dire le législateur quand il parle de *consentir un privilège*? Est-ce qu'on consent un privilège? N'est-ce pas la loi qui le donne?

ARTICLE 2137.

Les subrogés tuteurs seront tenus, sous leur responsabilité personnelle, et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur, pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions.

SOMMAIRE.

633 *ter.* La responsabilité du subrogé tuteur est encourue à l'égard des tiers.

(1) Tarrille, *Inscript.*, p. 208, col. 2, Dalloz, *Hyp.*, p. 223.

(2) Voyez l'art. 2194.

(3) Mais l'art. 2136 n'est-il applicable qu'au cas de constitution d'hypothèque? Peut-on l'étendre au cas de vente de la chose? V. mon Comment. sur la contrainte par corps, n° 71.

COMMENTAIRE.

633 *ter*. Envers qui le subrogé tuteur sera-t-il passible de dommages et intérêts? Ce n'est pas certainement envers le mineur, qui ne souffre jamais du défaut d'inscription; c'est donc envers les tiers que l'absence d'inscription aurait pu induire en erreur (1).

ARTICLE 2438.

A défaut par les maris, tuteurs et subrogés tuteurs, de faire faire les inscriptions ordonnées par les articles précédents, elles seront requises par le procureur impérial près le tribunal de première instance du domicile des maris et tuteurs, ou du lieu de la situation des biens.

ARTICLE 2439.

Pourront les parents, soit du mari, soit de la femme, et les parents du mineur, ou, à défaut de parents, ses amis, requérir lesdites inscriptions; elles pourront aussi être requises par la femme ou par les mineurs.

(1) Du reste, la responsabilité créée par cet article contre le subrogé tuteur ne s'étend pas au cas de non inscription de l'hypothèque légale appartenant au mineur, du chef de sa mère, sur les biens de son père tuteur. Douai, 18 mars 1840 (Sirey, 40, 2, 289).

SOMMAIRE.

634. Appel fait à tous ceux qui s'intéressent à la femme.

COMMENTAIRE.

634. On voit, par les trois articles précédents, l'importance que la loi attache à l'inscription des hypothèques légales des femmes et des mineurs. C'est en faisant un appel à tous ceux qui peuvent prendre intérêt à leurs droits, qu'elle croit assurer la publicité de l'hypothèque légale des femmes. Mais tous ces moyens sont inefficaces; il n'est pas un procureur impérial qui songe à l'exécution de l'art. 2138 (1); les parents et les amis (2) ne sont pas plus diligents; et les femmes et les mineurs, qui n'ont presque aucun intérêt à ce que leurs droits d'hypothèque soient inscrits, ne justifient que trop bien le principe qui les considère comme incapables d'agir.

ARTICLE 2140.

Lorsque, dans le contrat de mariage, les parties majeures seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que sur un ou certains immeubles du mari, les immeubles qui ne seraient pas indiqués pour

(1) V. *infra*, n° 644, les dangers de cette incurie.

(2) Du reste, l'art. 2139, par sa texture, indique qu'en parlant des *amis*, il fait appel à ceux du mineur; et il a été décidé que les *amis* de la femme n'ont pas le droit, comme ceux du mineur, de requérir inscription en son nom sur les biens du mari pour la conservation de son hypothèque légale. Caen, 8 mai 1839 (Sirey, 39, 2, 329).

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

SOMMAIRE.

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

COMMENTAIRE.

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

J'examinerai ici :

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

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

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

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

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

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

Je remonte aux lois romaines.

La loi 18 au D. *Quæ in fraud. creditor. facta sunt* semble permettre à la femme de faire remise au mari du gage qu'il lui a donné pour sûreté d'une créance, et Cujas, dans son Commentaire sur cette loi, l'étend même au cas où ce gage aurait été donné pour sûreté de la dot.

« Idque ex eo apparet quòd remissio pignoris consistit »
 » inter virum et uxorem ; ut putà , si viro uxor remittat »
 » pignus dotis aut crediti causà constitutum , remissio »
 » valet : donatio non valeret (2). »

La loi 11 C. *Ad. S. C. Vellejan.*, porte également :

• Etiam constante matrimonio, jus hypothecarum seu »
 » pignorum marito remitti posse explorati juris est (3). »

(1) N° 596.

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Ad. S. C. Vellej.*, n° 13.

(3) Même titre, n° 9.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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