

mer, parce que cette matière tient au Code de commerce, sur le domaine duquel je ne veux pas anticiper dans ce Commentaire.

Je me borne à dire que, d'après l'ancienne législation comme d'après la nouvelle, les navires et autres bâtiments de mer sont meubles (1).

J'ajoute que la saisie de bâtiments de mer est soumise à des formalités particulières, tracées par les art. 197 et suiv. du Code de commerce, et que d'après un avis du conseil d'État du 17 mai 1809, la procédure, la vente et la distribution doivent se faire devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce. En effet, les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements. D'ailleurs le ministère des avoués y est interdit, et cependant la saisie d'un navire ne peut s'opérer sans un avoué (art. 204 du Code de commerce).

SECTION I^o.

DES HYPOTHÈQUES LÉGALES (2).

ARTICLE 2121.

Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée, sont,

Ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari;

(1) Brodeau, Paris, art. 140. Ferrières, idem, n^o 14. Valin, t. 1, p. 601. Art. 190 du Code de commerce.

(2) L'hypothèque légale, après avoir été l'objet de très-vives attaques, soit dans son caractère d'hypothèque occulte, soit même dans son principe, avait fini par triompher de toutes ces attaques, et avait été maintenue définitivement telle qu'elle est établie par le Code Napoléon, dans tous les projets de réforme qui ont été préparés ou discutés en France, depuis l'année 1841. V. ce que je dis, à cet égard, à la préface, p. xvii, à la note.

Ceux des mineurs et interdits, sur les biens de leur tuteur;

Ceux de l'Etat, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables.

SOMMAIRE.

416. Définition de l'hypothèque légale. Son caractère. Fiction qu'elle contient.
417. Hypothèque légale *des dots*. Son origine dans le droit romain. Son étendue.
418. La femme a hypothèque légale pour ses *paraphernaux*. Erreur de M. Planel et de quelques arrêts. Autre erreur de M. Grenier.
- 418 bis. Les aliments dûs à la femme n'ont pas d'hypothèque.
- 418 ter. Les intérêts et fruits de la dot, ainsi que les dépens pour séparation, sont protégés par l'hypothèque légale.
419. Renvoi pour autres points qui se rattachent à l'hypothèque légale des femmes.
420. Hypothèque légale des mineurs et interdits. Son origine.
421. Le mineur a aussi hypothèque légale sur celui qui gère *pro tutore*. Erreur de M. Grenier.
- 421 bis. Espèce décidée par la Cour de cassation pour un père qui avait administré les biens de son fils *émancipé*.
Quid du père tuteur?
422. Il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens des subrogés tuteurs.
423. Ni sur ceux des curateurs.
424. Le père qui administre *durant le mariage* les biens de son fils mineur, n'est pas tuteur, et n'est pas soumis à l'hypothèque légale. Dissentiment avec un arrêt de Toulouse.
425. Le tuteur officieux est assimilé au tuteur.
426. De la mère qui se remarie sans avoir pourvu à la nomination d'un nouveau tuteur, et de son second époux. Étendue de leur responsabilité. Application de la maxime : *Qui épouse la veuve, épouse la tutelle*.
427. Objets pour lesquels le mineur a hypothèque sur les biens du tuteur.
428. De quel jour date l'hypothèque légale des mineurs?
429. Des tutelles déferées en pays étrangers. Avis opposés de M. de Lamoignon et de M. Grenier. Résolution qu'il y a hypothèque légale. De plus, l'étranger dont la tutelle a

- été réglée en pays étranger a hypothèque sur les biens de son tuteur sis en France. Opinions contraires. Analogies.
430. Hypothèque légale des établissements publics, des communes et de l'État. Qu'entend-on par comptables ?
- 430 bis. Les percepteurs ne sont pas comptables.
431. Les hypothèques légales sur les comptables doivent être inscrites, mais pas celles sur les tuteurs et les maris.
432. Quant aux restrictions dont ces hypothèques légales sont susceptibles. Renvoi.
- 432 bis. L'addition d'hérédité ne produit pas d'hypothèque légale.
- 432 ter. Hypothèque légale du légataire. Son utilité.
433. Hypothèque de la masse sur les biens du failli. Les absents n'ont pas d'hypothèque légale.

COMMENTAIRE.

416. L'hypothèque légale, dit l'art. 2117 du Code Napoléon, est celle qui résulte de la loi. Elle n'a pas besoin de convention pour être établie.

On peut voir sous le titre du Digeste, *In quibus causis pignus vel hypotheca tacite constituitur*, les causes assez nombreuses pour lesquelles les lois romaines donnaient une hypothèque tacite. Neguzantius en a compté jusqu'à vingt-six (1). Dans notre législation, plusieurs de ces causes sont classées parmi les privilèges.

Lorsque la loi donne une hypothèque légale, elle feint qu'il y a eu paction et convention de la part des parties contractantes. Elle veut que l'hypothèque existe de même que si elle eût été stipulée; et même, comme la cause qui détermine la loi à sous-entendre cette hypothèque est très-favorable, elle lui donne plus d'étendue et plus de privilège qu'aux hypothèques conventionnelles. « *Lex in omnibus tacitis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perinde ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium* (2). »

(1) Part. 2, memb. 4.

(2) Neguz., 1, memb. 4, n° 11. Application de ceci. *Infrà*, n° 580.

417. La première cause pour laquelle la loi donne hypothèque légale est celle des dots, conventions et apports matrimoniaux des femmes mariées sous le régime dotal, ou sous le régime de la communauté.

D'après l'ancien droit romain (*antiquas leges*), les femmes n'avaient qu'un privilège personnel pour être préférées, pour leur dot, aux créanciers antérieurs de leur mari. C'est Justinien qui nous l'apprend dans la fameuse loi *Assiduis*, C. *Qui potior*.

Si elles désiraient une hypothèque, elles étaient obligées de la stipuler.

Justinien voulut suppléer à cette insuffisance des anciennes lois par la loi 1^{re} au Code, *De rei uxoriæ actione*. Il donna à la femme une hypothèque tacite sur les biens de son mari pour la restitution de sa dot. Il alla plus loin ; il voulut que cette hypothèque fût tellement privilégiée, qu'elle assurât préférence sur tous les créanciers hypothécaires du mari, même antérieurs en date et privilégiés. C'est ce que portent et la loi *Assiduis* et la Nouvelle 97, C. 2 (1).

Doneau (2), et Vinnius, son abrégiateur (3), blâment avec raison Justinien d'avoir donné préférence à la femme sur des créanciers antérieurs à elle en hypothèque. C'est, en effet, une grande injustice de priver un créancier vigilant d'un droit qu'il a eu le soin de se conserver. L'art. 1572 du Code Napoléon a dérogé à la loi *Assiduis*. Il dit que la femme n'a pas de privilège sur les créanciers antérieurs à elle en hypothèque. En cela, il n'a fait que céder à l'improbation qui s'élevait de toutes parts contre la loi romaine, et qui l'avait fait rejeter presque généralement en France. Car je crois

(1) Pand. de Pothier, t. 2, p. 72, n° 79, et t. 1, p. 573, n° 29. Cujas, *De jure dotium*, au Code, et loi uniq. C. *De rei uxoriæ act.*, § *Et ut plenius*. Perez, sur ces titres, Voët, lib. 20, t. 2, n° 20. Fachin, *Controv.*, lib. 3, c. 49. *Infrà*, n° 613 et 615.

(2) Sur la loi dernière, C. *Qui potior*.

(3) *Partit. juris.*, lib. 2, c. 25.

qu'elle n'était guère suivie qu'au parlement de Toulouse, et encore, avec des modifications rapportées par Serres (1).

On voit même, par la lecture des commentateurs du droit romain, que plusieurs d'entre eux, révoltés de l'injustice de cette loi, avaient cherché, par des subtilités et des limitations contraires à son texte, à la restreindre, contre la volonté précise de Justinien (2).

Mais, s'il était juste de repousser l'exagération dans laquelle Justinien s'était laissé entraîner, il n'était pas moins nécessaire d'adopter la disposition pleine de sagesse qui conférait aux femmes mariées une hypothèque légale sur les biens de leurs époux pour la sûreté de leurs apports matrimoniaux. Aussi la loi unique *C. De rei uxor. act.* fut-elle adoptée sans exception en France par la législation qui précéda le Code Napoléon. L'article 2121 l'a sanctionnée (3).

Il s'applique autant aux femmes mariées sous le régime de la communauté qu'aux femmes mariées sous le régime dotal.

418. Je vais expliquer maintenant quels sont les droits de la femme qui jouissent de l'hypothèque légale.

Par le droit romain, qui ne connaissait que le régime dotal, la femme avait hypothèque tacite non-seulement pour sa dot, mais encore pour son augment de dot, pour sa donation *propter nuptias* (4) et ses biens paraphernaux (5).

(1) P. 559. V. D'Olive, liv. 3, ch. 25 et 26.

(2) Fachin., Controv., lib. 3, c. 49. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16.

(3) Suivant Voët, les femmes mariées n'ont pas d'hypothèque légale en Hollande (lib. 20, t. 2, n° 20). La loi du 11 brumaire an VII reconnaissait aux femmes une hypothèque légale (art. 4), mais à charge d'inscription. Voyez, au surplus, l'analyse de quelques législations étrangères dans la préface de cet ouvrage.

(4) Perez, lib. 5, t. 12, n° 20.

(5) L. *Si mulier*, dernière, C. *De pactis conventis*. Favre, C., lib. 5, t. 8, déf. 23. Voët, liv. 20, t. 2, n° 20. Cujas, Code. *De jure dotium*.

Mais elle n'avait d'hypothèque privilégiée, c'est-à-dire de préférence sur les créanciers antérieurs, que pour sa dot seulement. Elle n'en avait pas pour son augment de dot fait en meubles, pour sa donation *propter nuptias* et pour ses paraphernaux (1). On craignait les fraudes à l'égard des tiers.

Suivant le Code Napoléon, la femme commune en biens ou mariée sous le régime dotal, ou séparée, n'a pas d'hypothèque privilégiée, ainsi que je l'ai dit tout à l'heure. Elle n'a qu'une simple hypothèque tacite (article 1572). Mais cette hypothèque s'étend à tous ses apports matrimoniaux, à tous ses droits et reprises, à ses gains nuptiaux (2) et à ses paraphernaux (3); et elle peut s'en prévaloir, quelle que soit la position que lui fait son contrat de mariage, fût-elle même séparée de

(1) Cujas, Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 16. Bretonnier, sur Henrys, chap. 6, 9, 34. Voët, lib. 20, t. 4, n° 21. Nov. 97 et loi fin. C. *Qui potior*. Pothier, Pand., t. 1, 573, n° 29. *Infrà*, 592.

(2) Et même aux dommages intérêts résultant de ce que le mari aurait négligé de faire transcrire la donation de certains de ses biens qu'il aurait faite par son contrat de mariage à sa femme. Cass., 10 mars 1840 (Sirey, 40, 1, 217). Angers, 10 mars 1841 (Sirey, 41, 2, 187).

(3) Mais assure-t-elle pour la femme commune en biens, même sa part dans les biens de la communauté? La jurisprudence semble fixée dans le sens de la négative. Jugé que la femme n'a pas d'hypothèque légale pour sa part dans les biens de la communauté; qu'elle a seulement sur ces biens un privilège de copartageant assimilé à celui accordé au cohéritier sur les biens de la succession et soumis pour sa conservation aux mêmes règles, Paris, 3 décembre 1836 (Sirey, 37, 2, 273). Cass., 15 juin 1842 (Sirey, 42, 1, 1, 631), et qu'il en est de même à l'égard de la part de la femme dans une société d'acquêts formée entre elle et son mari. Bordeaux, 2 mars 1848 (Sirey, 48, 2, 349). Du reste, la question diffère essentiellement de celle de savoir si la femme commune peut agir hypothécairement, même sur les conquêts de communauté, pour l'exercice des droits qui lui sont assurés par une hypothèque légale. Je traite cette question *infrà*, n° 433 *ter*.

biens (1). C'est ce qui résulte des expressions générales employées par la loi.

La même étendue se trouvait dans la loi du 11 brumaire an VII, qui se servait de ces mots : « *pour raison de leurs conventions et droits matrimoniaux* (2). »

Ceci posé, on sent qu'on ne peut pas tomber dans une erreur plus grave que M. Planel, professeur de droit à Grenoble, qui a avancé, dans une dissertation (3), que, par le Code Napoléon, la femme n'a pas d'hypothèque légale pour la répétition de ses biens extra-dotaux. Comment peut-on soutenir une telle opinion en présence de notre article, qui attribue l'hypothèque légale *aux droits créances* des femmes ? Est-ce que les répétitions extradotales ne constituent pas une *créance* au profit de la femme ? Et où voit-on que les rédacteurs du Code Napoléon ont voulu modifier en ce point l'ancienne jurisprudence, basée sur les lois romaines (4) ? Au surplus, les arrêts ne laissent plus de doute à cet égard (5), et l'on devrait s'abstenir de proposer à l'avenir une pareille difficulté.

Ainsi donc, si le mari a eu la jouissance des para-

(1) Arrêt de la cour de Colmar du 19 août 1834 (Recueil des arrêts de cette cour, 1834, p. 229). C'est à tort qu'on m'a prêté une opinion contraire dans la discussion qui a précédé cet arrêt. Tout ce que j'ai dit, dans la première édition de cet ouvrage, de l'hypothèque légale de la femme, notamment en ce qui concerne les paraphernaux, prouve bien clairement que je n'ai jamais entendu refuser à la femme séparée une garantie dont aucune loi ne lui enlève le bénéfice.

(2) Art. 21.

(3) Sirey, 19, 2, 89.

(4) Répert., sect. 2, § 3, art. 4, n° 3. Grenier, t. 1, n° 232. Persil, Quest., p. 228. Dalloz, Hyp., p. 154, n° 9.

(5) Riom, 5 février, 1821. Cassat., 11 juin 1822 (Dalloz, Hyp., p. 138). 6 juin 1826 (Dalloz, 26, 1, 296). 28 juillet 1828 (Dalloz, 28, 1, 354). 5 décembre 1832 (Dalloz, 33, 1, 246). Grenoble, 30 mai 1834 (Sirey, 34, 2, 478). Bordeaux, 20 juin 1835 (Dalloz, 36, 2, 48).

Je reviens sur cette question, *infra*, n° 575.

phernaux de sa femme pendant le mariage, celle-ci aura une hypothèque générale sur les biens du premier pour leur restitution.

M. Grenier (1) veut que cette hypothèque n'ait lieu que pour les *capitaux* et non pour les intérêts et fruits extra-dotaux. Il se fonde sur la loi *Si mulier* 2, C. De *part. convent.*, qui a étendu aux paraphernaux l'hypothèque de la dot, et qui ne parle que du sort principal et non des intérêts. M. Grenier s'appuie aussi de l'article 1577 du Code Napoléon, portant que si le mari a procuration de sa femme pour administrer, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire.

Je crois que les conséquences que M. Grenier tire de ces autorités sont forcées. La loi *Si mulier* ne me paraît pas avoir un sens limitatif : si elle ne donne pas d'hypothèque pour les intérêts, si elle paraît ne couvrir de cette garantie que le principal, *pecunias sortis*, c'est parce qu'elle suppose que le mari n'en est pas débiteur, et qu'il a usé du droit de les employer pour l'utilité commune des époux : « *et usuras quidem eorum circa se et uxorem expendere* (2). »

Quant à l'art. 1577 du Code Napoléon, voici ce qu'il porte : « Si la femme donne sa procuration au mari pour administrer ses biens paraphernaux, avec charge de lui rendre compte des fruits, il sera tenu vis-à-vis d'elle comme tout mandataire. »

Quel est le but de cet article ? Est-ce de déclarer que, de même qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour le compte de sa gestion, de même il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mari pour ce qu'il doit de l'administration des paraphernaux ?

Point du tout ! Car, avec un tel raisonnement, il fau-

(1) T. 1, n° 232. M. Dalloz adopte la même opinion par d'autres motifs.

(2) Voyez l'hypothèse posée par l'art. 1578 du Code Napoléon.

drait aller jusqu'à dire que le mari n'est pas soumis à l'hypothèque légale, même pour la restitution du capital paraphernal. Il le faudrait, dis-je, parce que l'art. 1577 assimile le mari au mandataire, et qu'il n'y a pas d'hypothèque légale sur les biens du mandataire pour la restitution du sort principal. Or, cette conséquence dépasse les vues de M. Grenier; elle nous mène hors de la saine intelligence de la loi.

Qu'a donc voulu dire l'art. 1577? Il a voulu dire qu'outre la restitution du principal, le mari devrait les intérêts dans les limites de l'art. 1996 du Code Napoléon, c'est-à-dire qu'il devrait l'intérêt des sommes employées à son usage, à dater de cet emploi, et celui des sommes dont il est reliquataire, à compter de la demeure; car c'est ainsi que le mandataire est tenu. En un mot, c'est une règle pour le délai et le compte des intérêts que l'art. 1577 a voulu donner.

Mais cela fait, rien n'empêche que le mari ne reste astreint aux obligations qui pèsent sur lui en cette qualité. L'art. 1577 le soumet à l'action *mandati*; notre article le soumet à l'action *hypothécaire*. Il n'y a pas là de contradiction entre ces deux articles. Ils donnent à la femme deux moyens au lieu d'un, et, à mon avis, ils se concilient si parfaitement, que je crois avec fermeté qu'il ne faut rien restreindre du sens du mot *créances* employé par notre article (1).

418 bis. On agitait, parmi les interprètes du droit romain, la question de savoir si les aliments étaient tacitement hypothéqués, de même que la dot. Une opinion très-répandue soutenait l'affirmative, parce que, disait-on, les aliments sont les intérêts de la dot.

Mais Fachinée (2) repousse ce système « *ut somnia vigilantium.* » Aucune loi ne donne d'hypothèque à la

(1) La cour de Montpellier s'est prononcée en ce sens par arrêt du 27 avril 1846 (Sirey, 47, 2, 459). V. aussi M. Seriziat, Rég. dot., n° 553. V. cependant Aix, 19 août 1813 (Sirey, 14, 2, 239).

(2) Controv., lib. 12, c. 33.

femme pour aliments dûs par son mari. D'ailleurs il est faux de dire que les aliments soient les fruits de la dot. Les aliments sont une charge *personnelle* du mari, qui en doit à sa femme quand même il n'aurait pas reçu de dot (1).

418 *ter*. Quant aux intérêts ou fruits de la dot, comme ils suivent le sort principal, ils doivent avoir hypothèque légale du jour où ils ont couru. Ce point n'est pas contesté (2).

M. Grenier pense même que l'hypothèque légale de la femme a lieu pour les dépens qu'elle a faits sur sa demande en séparation, et il s'autorise d'un arrêt de la cour de Riom, qu'il préside, du 4 mars 1822 (3). La cour de Douai a rendu un arrêt conforme le 1^{er} avril 1826 (4). Cependant il existe un arrêt rendu en sens

(1) Perzius, sur le C. *De rei uxori. act.* Surdus, *De alimentis*, t. 8, privilég. 49. — Je trouve cependant un arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1838 (*J. P.*, 1838, t. 2, p. 242), dans lequel il est dit que les aliments de la femme, son habitation et son deuil pendant l'année qui suit le décès de son mari, et les intérêts de la dot à partir de l'expiration de cette année, sont des conventions matrimoniales qui emportent hypothèque légale. Mais il est à remarquer que la question ne s'élevait pas seulement à l'occasion des *aliments*; elle embrassait de plus non-seulement l'habitation et le deuil, mais encore les *intérêts* de la dot qui, eux, ont hypothèque légale, comme je le dis au numéro suivant. En sorte que la Cour de cassation, qui avait à statuer à l'occasion de ces divers objets en bloc, a pu, sans y songer beaucoup, communiquer aux aliments les avantages qui appartiennent aux intérêts. La solution eût-elle été la même si les aliments eussent été spécialement et isolément en question? Je crois pouvoir en douter.

(2) Et il a été jugé que la femme doit être colloquée, pour ses intérêts, pour tous ceux qui lui sont dûs, au même rang que pour son capital, et non pas seulement pour deux années et l'année courante. Bordeaux, 10 août 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 153).

(3) T. 1, p. 495, n° 231.

(4) Sirey, 27, 2, 40. Dalloz, 27, 2, 42. Autres arrêts conformes, Paris, 28 décembre 1822; (Dalloz, *Hyp.*, p. 165, 166). Caen, 25 novembre 1824 (Dalloz, *Hyp.*, p. 129, note 1).

contraire, le 12 mars 1817, par la cour de Rouen (1). Je crois les premières décisions préférables (2). Si le privilège de la dot ne s'étendait pas aux frais faits pour la mettre en sûreté, les précautions prises par le législateur seraient facilement éludées.

419. Pour compléter ce qui tient à l'hypothèque légale des femmes, je renvoie à ce que je dirai ci-après : 1° pour l'inscription, sur l'art. 2135 ; 2° pour l'époque où l'hypothèque prend son existence, même article ; 3° pour les biens qu'elle frappe, sur l'art. 2122 ; 4° pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et la subrogation qu'elle pourrait consentir, sur les art. 2140 et suiv. ; 5° pour la forme et la qualité du contrat de mariage, et s'il doit être fait en France, art. 2128 et n° 429.

420. La seconde cause pour laquelle la loi donne hypothèque est celle des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur.

Cette hypothèque légale existait aussi par le droit romain à l'égard des mineurs.

« Pro officio administrationis tutoris vel curatoris, »
 » bona, si debitores existant, tanquam *pignoris titulo*
 » obligata, minores sibimet vindicare minimè prohibentur (3). »

C'était cependant une grande contestation entre les jurisconsultes que de savoir si cette loi, qui est de Constantin, est introductive d'un droit nouveau, ou bien si elle ne fait que confirmer un droit ancien. Je renvoie pour cette difficulté, qui tient à l'histoire du droit, à ce

(1) Sirey, 17, 2, 170.

(2) Le principe en a été étendu aux dépens auxquels le mari a été condamné sur une demande intentée par la femme à l'effet d'obtenir de la justice l'autorisation de plaider à défaut de l'autorisation maritale. Agen, 15 novembre 1847 (Sirey, 48, 2, 681). Au surplus, je reviens sur le rang des dépens en thèse générale, *infra*, n° 702 bis.

(3) L. 20, C. De adm. tutor. Pothier, Pand., t. 1, p. 563, n° 3.

qu'en ont dit Balduinus (1) et Jacques Godefroy (2). Je me contente de dire que Voët pense que par le droit des Pandectes, les pupilles n'avaient sur les biens de leurs tuteurs qu'un privilège *inter personales* (3).

A l'égard des interdits pour cause de fureur, de démence, etc., on voit bien qu'ils avaient un privilège *in personalibus actionibus*, ainsi que cela résulte des lois 29, § 1, 20, 21, 22, D. *De reb., auct. jud. possid.* (4).

Mais il n'est pas aussi clair qu'ils eussent une hypothèque légale. Car aucun texte n'en fait mention.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence française, assimilant les uns avec les autres les mineurs et les interdits, leur a toujours accordé l'hypothèque légale sans distinction, telle qu'elle est aujourd'hui constituée (5).

421. Dans l'ancienne jurisprudence, on pensait communément que le mineur avait hypothèque légale, non-seulement sur les biens de celui qui était réellement tuteur, mais encore de celui qui, sans être tuteur, en faisait les fonctions, soit qu'il s'en chargeât volontairement, soit que, par erreur, il crût être tuteur. C'est ce qu'on appelait *protuteur* suivant la définition de la loi 1, § 1, D. *De eo qui pro tutore*, portant : « Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, sive se putet tutorem, sive sciat non esse, fingit tamen esse. »

La glose sur la loi 20, C. *De adm. tutor.* avait été la première à proposer l'opinion que l'hypothèque légale du mineur devait avoir lieu sur les biens du *protuteur*.

(1) Comm. 2, *De legib. Const.*

(2) Sur la loi 1, C. *Theod. de adm. tutor.*

(3) *Ad Pandect.*, lib. 20, t. 2, n° 19.

(4) Poth., *Pand.*, t. 3, p. 185, n° 30.

(5) Basnage, *Hyp.*, ch. 6. Et l'hypothèque de l'interdit s'applique non-seulement au cas d'interdiction pour cause de démence, mais encore au cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation à certaines peines afflictives et infamantes, aux termes de l'art. 29 C. pén. Pau, 19 août 1850 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 467).

Quoique les lois qu'elle alléguait ne parlissent nullement de cette extension, et ne se rapportassent qu'à l'action personnelle privilégiée (1), néanmoins, on se rangea généralement à cette opinion, par la raison que celui qui a pris faussement le titre et les fonctions de tuteur ne doit pas être de meilleure condition que celui qui a réellement cette qualité (2).

Cette doctrine doit-elle être suivie sous le Code Napoléon.

Je dois faire remarquer que le Code, qui se sert (3) du terme *protuteur*, l'emploie dans un sens tout à fait différent de celui que lui donne la loi romaine. Le protuteur, dont parle l'art. 417, remplit un véritable office public que la loi lui délègue. Il est tuteur dans toute l'étendue du terme pour les biens situés aux colonies. Il est donc certain que ce protuteur est soumis à l'hypothèque légale.

Mais le protuteur dont s'occupent les lois romaines (4) n'est pas tuteur de droit; il gère à la vérité, mais il lui manque la qualité et le pouvoir déferé par l'autorité publique. C'est une personne privée qui s'ingère dans une administration qui ne le concerne pas.

M. Grenier pense (5) que l'on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale, et l'on peut dire en faveur de son opinion que le Code, ne faisant mention que du tuteur, entend parler de celui qui a été investi d'un titre légal, et exclut par conséquent le protuteur, c'est-à-dire celui qui n'en a que la couleur.

Je pense néanmoins que le protuteur doit être frappé, comme le tuteur, de l'hypothèque légale. Quoiqu'il n'ait

(1) L. 1 et 23, D. *De reb. auct. jud.*

(2) Favre, Code, lib. 8, t. 7, déf. 2. Basnage, Hyp., ch. 6. Brodeau sur Louet, Hyp., som. 23. Pothier, Hyp., chap. 1, sect. 1, art. 3. Despeisses, t. 16, sect. 7, n° 12. Voët, liv. 20, t. 2, n° 23.

(3) Art. 417.

(4) *De eo qui pro tutore.*

(5) T. 1, n° 273.

pas la qualité de tuteur, néanmoins il en fait les fonctions, il en exerce la surveillance, il en accepte la responsabilité, et se soumet à toutes ses obligations. Le mineur ne doit pas être responsable de ce que le titre en vertu duquel il administre est nul, ou vicieux, ou imaginaire. Il ne voit et ne doit voir en lui que son tuteur, et ses garanties ne peuvent être diminuées de ce que le fait est contraire au droit.

Mais il faut remarquer que cette décision ne peut et ne doit avoir lieu que contre la personne qui croit ou veut gérer *pro tutore*, et qu'elle ne s'applique en aucune manière à l'individu qui s'empare des biens du mineur dans un tout autre but que celui de les administrer dans l'intérêt de ce mineur. C'est ce que Fabre fait remarquer avec sa sagacité ordinaire (1), et ce à quoi M. Grenier n'a pas fait assez attention. Car dans la discussion à laquelle il se livre, on voit qu'il confond l'un et l'autre cas.

Ainsi, si un cohéritier s'empare indûment d'une succession appartenant pour partie à ses cohéritiers mineurs, il sera improposable de réclamer contre lui une hypothèque légale, sous prétexte qu'il a fait les fonctions de tuteur. Il est clair que, loin de vouloir exercer les fonctions de la tutelle, il a cherché à frustrer au contraire ses cohéritiers, et à usurper sur eux ce qui leur appartenait. Assurément ce n'est pas là ce qu'on appelle *pro tutore gerere* (2).

Mais si un individu, sans avoir le titre légal de tuteur, l'usurpe cependant, ou bien prend soin de la personne des pupilles, administre leurs biens, recueille pour eux les successions qui leur adviennent, emploie leurs revenus à leur profit, nul doute qu'alors il ne soit leur *tuteur de fait* et qu'on ne puisse exercer contre lui l'action hypothécaire pour la reddition de ses comptes (3).

(1) Code, liv. 8, t. 7, définition 2.

(2) Répert., Hyp., p. 842.

(3) On verra, n° 426, la confirmation de ceci.

421 *bis*. Il s'est présenté la question de savoir si un père qui administre les biens de sa fille émancipée peut être soumis à l'hypothèque légale, par la raison qu'il a géré *pro tutore*.

La Cour de cassation a décidé que non, avec raison. Car il ne peut y avoir de tutelle ni de protutelle, là où il y a un mineur émancipé (1). Cette question est, comme on le voit, fort différente de celle que je viens d'examiner.

Mais si le fils n'était pas émancipé et qu'il fût en tutelle, aurait-il une hypothèque légale contre son père de même que contre un tuteur étranger ?

L'affirmative ne me paraît pas pouvoir être mise en doute (2). Dès que, par la mort de la mère, la puissance paternelle s'est convertie en tutelle légitime, le père, étant tuteur, doit être soumis à l'entière responsabilité du tuteur : car aucune exception n'a été faite pour lui.

422. L'hypothèque légale n'existe pas sur les biens des subrogés-tuteurs.

Dans la rédaction première de l'art. 2135, le conseil d'Etat avait proposé d'étendre l'hypothèque légale sur les immeubles du subrogé-tuteur pour le cas où, d'après les lois, il devient responsable, et à compter du jour de son acceptation. Mais cette disposition fut retranchée sur l'observation faite par le tribunal : « Qu'il est de » l'intérêt de la société de dégager, autant que possible, » les immeubles des hypothèques ; qu'il n'y a pas de » nécessité d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens » du subrogé-tuteur ; que l'action ordinaire peut suffire » contre lui ; et qu'on devait craindre que les citoyens » ne fissent tous leurs efforts pour éloigner d'eux les

(1) Arrêt du 21 février 1821. Denev., 21, 1, 177, Sirey, 21, 1, 188.

(2) Répert., t. 17, v° Puissance paternelle.

» fonctions des subrogés-tuteurs, s'ils devaient être grevés d'une hypothèque générale (1). »

423. Les curateurs donnés aux mineurs émancipés (2), les conseils donnés aux prodigues et aux faibles d'esprit sont aussi affranchis de l'hypothèque légale (3). Ils n'administrent pas (4), ils éclairent seulement de leurs avis la personne qui leur est confiée.

Aucune loi ne les y soumet.

M. Dalloz pense cependant que le jugement qui nomme le curateur confère sur ses biens une hypothèque judiciaire (5). Mais je montrerai plus bas (6) le peu de fondement de cette opinion.

424. On a agité la question de savoir si un père qui administre, durant le mariage, les biens appartenant en propre à ses enfants mineurs, est soumis à l'hypothèque légale.

La cour de Toulouse (chose étrange) a décidé, par un arrêt du 23 décembre 1818, que l'hypothèque légale devait exister (7).

Mais comment justifier une pareille décision? D'après l'art. 389 du Code Napoléon, le père est, durant le mariage, non pas *tuteur*, mais *administrateur* des biens personnels de ses enfants mineurs.

(1) Rép., Hyp., p. 902. Dalloz, Hyp., p. 158. Confér. du Code Napoléon, t. 7, p. 177. *Junge* MM. Grenier, t. 1, n° 271; Duranton, 219, n° 313; Zachariæ, t. 2, § 264, note 10. V. cependant M. Persil, Rég. hyp., art. 2121, n° 24.

(2) La loi du 11 brumaire an VII accordait hypothèque légale aux *émancipés*. Le Code a dérogé à cela.

(3) Rép., p. 902, v° Hyp.

(4) Il en est de même de celui qui administre provisoirement les biens de l'individu dont l'interdiction est poursuivie. Montpellier, 14 janvier 1823, et Cass., 27 avril 1824. Sirey, 23, 2, 222 et 24, 1, 268.

(5) Hyp., p. 158, n° 9.

(6) N° 440.

(7) Dalloz, Hyp., p. 162, 163. M. Dalloz préfère l'opinion de la cour de Toulouse. Il veut qu'on assimile la puissance paternelle à la tutelle, sans faire attention que la première est un *droit*, tandis que la seconde est une *charge*.

En effet, il n'y a pas de tutelle pendant le mariage. Ce n'est qu'à la dissolution du mariage qu'elle commence. Cela est si vrai, que dans toute tutelle il doit y avoir un subrogé-tuteur, et que, dans le cas où le père n'est qu'administrateur durant le mariage, il n'y en a pas. « Tout mineur, disait M. Berlier (1), n'est pas nécessairement en tutelle. Celui dont les père et mère sont vivants trouve en eux des protecteurs naturels, et s'il a quelques biens personnels, l'administration appartient à son père. La tutelle commence au décès du père et de la mère; car alors, en perdant un de ses protecteurs naturels, le mineur réclame déjà une protection plus spéciale de la loi (2). »

A l'appui de notre doctrine, on peut citer les lois romaines, avec lesquelles il est rare de n'avoir pas raison. Elles voulaient que le fils n'eût pas d'hypothèque légale sur les biens de son père qui avait administré son patrimoine, « *non autem hypothecam filii familiâs adversus res patris viventis adhuc, seu jam mortui, sperare audeant* (3). » Cette décision avait lieu, bien que la mère fût décédée, et cela par un motif bien simple, c'est que la mort de la mère ne donnait pas ouverture à la tutelle. Ce n'était que lorsque le père venait à passer à de secondes noces que l'hypothèque avait lieu. Du moins, tel est le sens que Cujas donne à la loi 6, § 2, C. *De bonis quæ liber.* (4). La législation actuelle, quoique reposant sur les mêmes bases, n'est pas aussi indifférente au décès de la mère. L'absence de toute hypothèque légale est réservée au seul cas d'administration pendant la durée du mariage. Mais quelle en est la raison? C'est celle

(1) Exposé des motifs de la tutelle.

(2) Locré, t. 6, p. 19 et suiv.

(3) L. 6, § 2, C. *De bonis quæ liberis in potestate*, etc. Cujas et Perezius; sur ce même titre.

(4) Récit. solennel. sur ce titre du Code. Cette explication de Cujas concilie très-bien le § 2 de cette loi avec le § dernier, qui avait paru à quelques auteurs faire antinomie.

des lois romaines ; c'est qu'il n'y a pas de tutelle, et que l'administration du père procède du droit de puissance paternelle pure.

Au surplus, la question ne peut plus faire de doute aujourd'hui, et elle a été jugée contre l'opinion de la cour de Toulouse, par plusieurs arrêts que M. Merlin rapporte dans le dix-septième volume de son Répertoire (1), et dont l'un émane de la Cour de cassation (2).

425. Le tuteur officieux, dont parlent les art. 361 et suiv. du Code Napoléon, est aussi soumis à l'hypothèque légale pour ce qui concerne sa gestion (3).

426. La mère tutrice, qui se remarie sans avoir convoqué le conseil de famille pour décider si la tutelle doit être conservée, perd de plein droit la tutelle, et son nouveau mari est solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle a indûment conservée. Telle est la disposition de l'art. 395 du Code Napoléon.

Nul doute que la mère ne soit soumise à l'hypothèque légale pour cette tutelle qu'elle conserve indûment. L'hypothèque légale, qui existait pour la tutelle primitive, se continue pour la tutelle indûment conservée qui en est une suite : car, quoique la mère ne soit plus tutrice de droit, elle l'est de fait, et elle doit en subir la responsabilité (4). C'est ce que la Cour de cassation a

(1) V° Puissance paternelle.

(2) 3 décembre 1821. Dalloz, Hyp., p. 165. Voy. de plus Lyon, 3 juillet 1827, Poitiers, 31 mars 1830. Dalloz, 1830, 2, 29 et 181. Bordeaux, 10 avril 1845 et Grenoble, 4 février 1850 (Sirey, 47, 2, 166 et 50, 2, 543). Nîmes, 5 février 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 215). Toutefois, les père et mère auxquels un testateur confère l'administration des biens qu'il lègue à leurs enfants, peuvent être astreints à fournir hypothèque pour garantie de leur administration : il n'en est pas de cette administration comme de celle que les père et mère tiennent de la loi directement. Cass., 30 avril 1833. Sirey, 33, 1, 466.

(3) Grenier, t. 1, p. 620. Persil, Quest., t. 1, p. 267.

(4) *Suprà*, n° 421.

jugé par un arrêt du 15 décembre 1825 (1). Dans l'espèce, la mère, qui s'était remariée avant d'avoir fait nommer un tuteur, soutenait que depuis son convol, elle ne pouvait être soumise qu'à l'action *negotiorum gestorum*, parce que dès l'instant de ce convol elle avait cessé d'être tutrice de droit. Mais la Cour suprême repoussa ce système, par la considération que, depuis le convol, une *tutelle de fait est substituée à la tutelle de droit*, et que cette tutelle ne serait qu'un vain mot, si elle n'avait la même efficacité que la tutelle de droit (2).

A l'égard du second mari qui, par l'art. 395, est déclaré responsable de toutes les suites de la tutelle indûment conservée, on demande si, de même que sa femme, il est assujetti à l'hypothèque légale.

L'affirmative ne me paraît pouvoir souffrir aucun doute.

La loi 6, au Code, *In quib. causis pign. tacite*, contient à ce sujet une décision formelle.

« Si mater, legitimè liberorum tutelâ susceptâ, ad » secundas contra sacramentum præstitum adspiraverit » nuptias, antequàm eis tutorem alium fecerit ordinari, » eisque quod debetur ex ratione tutelæ gestæ persol- » verit, *mariti quoque ejus præteritæ tutelæ gestæ ratio-* » *ciniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia.* »

La Nouvelle 22, cap. 40, n'est pas moins décisive.

(1) Dalloz, 26, 1, 55, et Hyp., p. 139, n° 12.

(2) La Cour de cassation a jugé, le 22 novembre 1856 (Sirey, 37, 1, 83. D., 37, 1, 57), que la mère tutrice qui, maintenue dans la tutelle de ses enfants, se trouve avoir pour cotuteur son second mari, ne peut exercer son hypothèque légale sur les biens de ce dernier, qu'après que ses enfants ont exercé la leur sur les mêmes biens. La cour a considéré que la femme étant obligée envers ses enfants solidairement avec son second mari, une subrogation tacite s'opère à leur profit dans l'effet de l'hypothèque légale de leur mère.

Il en devrait être de même à l'égard de la mère tutrice qui aurait convolé à de secondes noces sans avoir convoqué le conseil de famille.

« Non solum quæ ejus sunt in hypothecam habere lex permittit filiis, sed etiam mariti substantiam trahit cum hypothecis. »

En France, où on a toujours tenu pour maxime *qui épouse la veuve, épouse la tutelle*, il n'y a pas de doute qu'on doive suivre la décision des lois romaines. Puisque, d'après l'art. 395, le nouveau mari est tenu solidairement de toutes les *suites de la tutelle*, il doit en être tenu hypothécairement, de même que sa femme (1). C'est ainsi que la question a été jugée par arrêt de la cour de Paris, du 28 décembre 1822 (2), et par arrêt de la cour de Poitiers, du 28 décembre 1824 (3). On s'étonne que M. Delvincourt professe une opinion contraire (4).

Il n'est pas moins évident que la responsabilité du mari s'étend, non-seulement à l'indue gestion qui a eu lieu depuis le nouveau mariage, mais encore à toutes les suites de la tutelle, depuis son origine jusqu'à sa fin. On a vu que la loi 6, C. *In quib. caus.*, le décidait d'une façon très-directe : *Præteritæ tutelæ gestæ*. Il doit en être de même par le Code Napoléon ; car ces expressions de l'art. 395, *toutes les suites de la tutelle*, ne peuvent s'entendre que des suites de la tutelle depuis son commencement. C'est une peine infligée au mari qui néglige de faire nommer un tuteur, et qui s'empare de ce qui fait le gage des enfants mineurs.

Tout ce que je viens de dire se confirme de plus en plus, si on compare la position du second mari qui épouse la veuve tutrice sans faire nommer un tuteur, avec celle du second mari qui épouse la mère à qui la tutelle a été conservée par le conseil de famille. Le mari (dit l'art. 396, dont les expressions sont remarquables)

(1) Grenier, t. 1, p. 280. Dalloz, Hyp., p. 159, n° 13.

(2) Dalloz, Hyp., p. 165, 166.

(3) Dalloz, 1825, 2, 94. *Junge* Nimes, 30 nov. 1831 et Colmar, 26 nov. 1833. Sirey, 32, 2, 139 et 34, 2, 231.

(4) T. 1, p. 475.

devient solidairement responsable, avec sa femme, de la gestion postérieure au mariage. Pourquoi cette limitation dans cet article? Pourquoi dans l'article précédent le législateur, au lieu d'employer les mêmes termes, dit-il que le second mari est responsable de toutes les suites de la tutelle? C'est que cette responsabilité embrasse la gestion postérieure au mariage, comme la gestion antérieure; c'est que celui qui n'a pas rempli le vœu de la loi, en ne faisant pas nommer un tuteur aux enfants mineurs, ne doit pas être traité avec la même faveur que celui qui épouse une mère revêtue du caractère légal de tutrice, et à qui le conseil de famille a conservé cette même qualité (1). M. Grenier professe la même doctrine (2).

427. L'hypothèque légale a lieu, suivant l'art. 2235, pour tout ce qui se réfère à la *gestion* du tuteur, et constitue un *droit* ou une *créance* (3).

Ainsi, elle s'étend à ce que le tuteur a mal fait, comme vente indue des biens pupillaires (4), et elle assure le recouvrement de l'indemnité pour les aliénations des immeubles du mineur, en cas que l'action révocatoire contre les tiers lui soit moins avantageuse; elle a même lieu pour ce que le tuteur a négligé de faire, au détriment du pupille (5).

Ainsi encore, la loi la donne non-seulement pour les sommes principales dont le tuteur est reliquataire par son compte de tutelle, mais encore pour les accessoires, au nombre desquels il faut placer, suivant le président Favre, les frais que le mineur a été obligé de faire néces-

(1) C'est dans ce sens que la question a été jugée par la Cour de cassation *in terminis*, le 14 décembre 1836 (Daloz, 37, 1, 86).

(2) T. 1, n° 280.

(3) Expressions de notre article.

(4) Arrêt de Toulouse, 18 déc. 1826. Daloz, 27, 2, 173.

(5) L. 1 et suiv., C. *Si tutor vel. curat. non gess.* Favre, Code, lib. 8, t. 7, déf. 1, n° 3.

sairement, pour faire opérer la reddition du compte (1).

On doit même décider que le mineur a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur, pour les sommes dont celui-ci était son débiteur avant la tutelle (2). Cela rentre dans la gestion du tuteur; car celui-ci a dû, pendant qu'il administrait, verser dans la caisse du mineur la somme dont il était redevable, ou prendre contre lui-même les sûretés convenables. On peut voir à ce sujet un arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1811 (3).

Il faut dire aussi que le mineur peut invoquer le bénéfice de l'hypothèque légale pour tous redressements du compte de tutelle pendant les dix ans qui suivent la majorité, et que la créance qui résulte du redressement doit primer même les hypothèques acquises contre le tuteur postérieurement à la reddition du compte de tutelle.

C'est ce que décide un arrêt très-précis de la Cour suprême du 21 février 1838 (4), portant cassation d'un arrêt de la cour royale d'Amiens.

(1) Code, lib. 8, t. 7, déf. 1 et 4. *Infrà*, n° 702.

(2) Voët; *Ad Pand.*, lib. 20, t. 2, n° 16. Répert., Hyp., p. 901. Persil, Quest., t. 1, p. 231. Grenier, t. 1, p. 620. Et pour la soule due au mineur par le tuteur par suite d'une licitation Paris, 26 mars 1836 (Sirey, 36, 2, 259), à moins que la licitation ne soit postérieure à la cessation de la tutelle, Rennes, 31 mars 1841 (Sirey, 41, 2, 423); et pour la donation que le tuteur aurait faite au mineur pendant la tutelle. Rouen, 18 janvier 1839 (Sirey, 39, 2, 208). Mais le mineur n'a pas hypothèque légale sur les biens de son tuteur, à raison d'une somme que celui-ci a été chargé de lui laisser ou déléguer dans sa succession, sur un capital légué au tuteur. Douai, 4 mai 1846 (Sirey, 46, 2, 470).

(3) Dalloz, Hyp., p. 160, 161. — *Junge* Turin, 25 janv. 1811. Sirey, 12, 2, 285. Pau, 17 juin 1837. Sirey, 38, 2, 161.

(4) Sirey, 38, 1, 193. *Junge* Orléans, 12 janvier 1859. (Sirey, 39, 2, 375. Cass., 18 août 1840. (Sirey, 40, 1, 995), Toulouse, 18 juill. 1839 (Sirey, 39, 2, 525).) — L'arrêt déjà cité de la cour de Pau, du 19 août 1850 (*J. P.*, 1852, t. 2, p. 467), décide aussi que les frais des incidents élevés par un tuteur dans l'instance en reddition de compte, sont à sa charge s'il succombe, et sont garantis par l'hypothèque légale.

428. L'hypothèque légale en faveur des mineurs prend naissance du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 du Code Napoléon).

Ce n'est donc ni du jour de la reddition des comptes, quoique cette reddition puisse seule faire savoir ce qui est dû; ni du jour où le tuteur commence à gérer; car, comme je l'ai dit ci-dessus, il pourrait négliger les actes de sa gestion, et il n'en serait pas moins responsable. C'est du jour où la tutelle est acceptée, ce qui est conforme à la loi 20, au C. *De adm. tutor.*, et à l'opinion du président Favre (1) et de Basnage (2).

On pourra opposer l'art. 2195, duquel il paraîtrait résulter que le point de départ de l'hypothèque légale du mineur est l'*entrée en gestion*.

Mais il faut coordonner cet article avec les principes généraux, dont il a voulu être l'écho. Or, le tuteur est censé entrer en gestion, dès le moment qu'il a accepté la tutelle. La loi ne suppose pas qu'il soit revêtu des fonctions de la tutelle, et qu'il en néglige les devoirs.

Quelle est donc l'époque de l'acceptation de la tutelle?

Pour les tuteurs légitimes, c'est le jour même de l'ouverture de la tutelle. Ils ne peuvent ignorer la loi qui les saisit (3).

Pour les tuteurs testamentaires, c'est le jour où ils ont eu connaissance du testament (4).

Enfin dans les tutelles déferées par le conseil de famille, la tutelle est censée acceptée du jour de la nomination du tuteur, si elle a lieu en sa présence sans réclamation (art. 418 du Code Napoléon);

Ou, s'il est absent, du jour de la notification (art. 418). Le principe en cette matière est écrit dans les lois ro-

(1) Code, lib. 8, t. 7, déf. 1.

(2) Hyp., ch. 6. La règle a été appliquée à l'hypothèque légale qu'a le mineur à raison de la donation à lui faite par son tuteur pendant la tutelle. Rouen, 18 janvier 1839 (Sirey, 39, 2, 208).

(3) Art. 390, 402, 506 du Code Napoléon.

(4) M. Dalloz, Hyp., p. 159, n° 16.

maines (1). « Ex quo innotuit tutori se tutorem esse, »
 » scire debet periculum ad eum pertinere. »

429. Je dois examiner ici une question qui n'est pas sans difficulté. C'est de savoir si un acte de tutelle fait en pays étranger emporte en France hypothèque au profit d'un mineur français.

Brodeau (2) dit que les actes passés en pays étranger ne produisent pas d'hypothèque, soit expresse, soit tacite, sur les biens situés en France.

Malicostes (3), art. 186, dit : « Tous contrats passés »
 » hors du royaume, même les contrats de mariage et »
 » actes de tutelle, ne portent hypothèque, soit expresse, »
 » soit tacite, sur les biens de France. »

M. de Lamoignon, dans ses arrêtés, titre des hypothèques, art. 25, dit « que les jugements et actes passés et »
 » rendus en pays étranger n'emportent hypothèque en »
 » France, quoi que ce soit, contrats de mariage et actes »
 » de tutelle ; mais que l'hypothèque n'aura lieu que du »
 » jour de la célébration du mariage et de la gestion de »
 » la tutelle. »

Je ne crois pas que l'on doive adopter ces opinions, par les raisons que voici :

Ce n'est pas de l'acte de nomination du tuteur que sort l'hypothèque attribuée au mineur. Elle découle du concours de la *qualité* de tuteur et de la *volonté* de la loi.

L'acte de nomination n'est qu'un préliminaire pour arriver à l'hypothèque ; mais il ne la crée pas. Il n'est qu'attributif et déclaratif de la *qualité* de tuteur. Or, que cet acte soit passé en pays étranger, peu importe. La loi française y croit, pourvu qu'il soit revêtu des formes voulues dans la contrée où il a été passé. *Locus regit actum*. Comme le dit Pothier (4), l'acte fait en pays étranger,

(1) L. 5, § 10, D. *De adm. tutor.*

(2) Art. 107. Paris, et sur Louet, l. H., § 5.

(3) Sur Maine, art. 186.

(4) Sur Orléans, tit. 20, n° 9.

avec les solennités requises, a autorité de *créance*. De là vient que lorsqu'un individu est revêtu de la tutelle en pays étranger, la loi française ne lui dénie pas la qualité de tuteur ; au contraire, elle le reconnaît comme tel.

Ceci convenu, ne sera-t-il pas certain que l'hypothèque devra frapper les biens de ce tuteur ? Car, aux yeux de la loi française, *tutelle* et *hypothèque légale* sont deux idées corrélatives : cette loi ne veut pas qu'il y ait un tuteur exempt de répondre de sa gestion sous l'hypothèque de tous ses biens. Tout tuteur, dit-elle, est soumis à l'hypothèque légale ; cette obligation dérive, non pas de la puissance étrangère qui a présidé à la confection de l'acte, non pas d'une convention, mais de la loi française elle-même, à qui il plaît d'attribuer l'hypothèque légale à la simple qualité de tuteur. Je ne comprends donc pas la susceptibilité des auteurs que j'ai cités. Le droit politique de la France n'est aucunement blessé ; puisque tout émane de la volonté seule de la loi française.

On oppose qu'un contrat fait en pays étranger à l'effet de constituer hypothèque, est insuffisant pour frapper les biens de France (1). Or, dit-on, si le tuteur se fût soumis à l'hypothèque par convention, nul doute que cette stipulation eût été impuissante pour atteindre les biens français. Il doit en être de même, lorsque la loi ne fait que sous-entendre cette convention.

Cet argument n'est qu'un paralogisme facile à réfuter. L'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'actes authentiques et doués d'exécution parée. Or, un acte passé en pays étranger ne vaut que comme acte *sous seing privé, pro simplici chirographo*, dit Mornac (2) ; ici, au contraire, l'hypothèque résulte de la *loi française*, qui la fait peser sur celui en qui elle voit la *qualité* de tuteur. C'est donc, en réalité, la loi française qui fait tout, sans aucun concours de la puissance étrangère. Elevet

(1) Art. 2128 du Code Napoléon.

(2) Loi dernière, D. *De jurid.*

dés difficultés pareilles à celles que je réfute, c'est vouloir paralyser la loi nationale, sous prétexte de la relever (1).

Cette opinion est celle de M. Grenier (2). Quoiqu'elle ait de nombreux contradicteurs, je n'en suis pas moins convaincu de son évidence.

Au surplus, je puis l'appuyer d'un arrêt du parlement de Lorraine du 12 août 1763 (3), qui décida qu'un habitant de Fénétranges, sujet étranger à la Lorraine, ayant été nommé tuteur *par acte tutélaire passé à Nancy* (4), devait hypothèque sur ses biens de Fénétranges pour son reliquat, à compter du jour qu'il avait été promu à ces fonctions.

Cette première difficulté nous amène à l'examen d'une autre. On demande si un mineur étranger, dont la tutelle a été déferée en pays étranger, pourra réclamer hypothèque sur les biens de son tuteur situés en France.

Rien n'est plus difficile que ce qui tient à la matière des statuts, et je me rappelle que Basnage (5) rapporte une espèce dans laquelle la même question de statut fut jugée entre les mêmes parties, et dans la même affaire, dans un sens au grand conseil de Flandres, et dans un autre par les tribunaux de Rome.

M. Grenier pense que le mineur étranger, dont la tutelle aurait été déferée hors de France, n'aurait pas d'hypothèque légale sur les biens que son tuteur posséderait en France : car l'hypothèque, dit-il, prend son

(1) Il en serait ainsi, quand même la nomination serait faite par le juge étranger, comme cela a lieu dans quelques pays. L'hypothèque ne résulterait pas de la décision du juge, sans quoi ce serait une *hypothèque judiciaire*, ce qu'on ne prétend pas.

Elle résulterait de la *qualité* de tuteur, c'est-à-dire de la nomination suivie d'acceptation expresse ou tacite.

(2) T. 1, n° 284, p. 623.

(3) Répert., Hyp., p. 780 et suiv.

(4) En 1713, époque de cet acte de tutelle, Fénétranges était fief libre de l'empire germanique.

(5) Sur l'art. 422 de la Coutume de Normandie.

fondement dans le droit civil, et ce droit civil ne profite qu'aux régnicoles, en faveur de qui il a été établi (1).

Quoique M. Grenier dise que cette solution *est sans difficulté*, je dois avouer qu'elle en fait beaucoup pour moi, et je crois même devoir la repousser.

J'ai montré ci-dessus que l'hypothèque est du droit des gens, et que, quoiqu'elle tienne au droit civil par la manière de l'acquérir, il n'y a pas d'empêchement à ce qu'un étranger l'obtienne en France (2).

Ainsi, point de doute qu'un étranger, se trouvant en France, n'ait hypothèque, par exemple, en vertu d'un jugement de condamnation obtenu par lui, et rendu par les tribunaux français. C'est là cependant un effet que la loi attribue, par une volonté spéciale, aux décisions judiciaires. Néanmoins, on ne s'est jamais avisé de soutenir qu'un étranger fût privé de l'hypothèque judiciaire en France. Ce qui a lieu pour l'hypothèque judiciaire, a lieu aussi, par la même raison, pour l'hypothèque légale, que la loi fait découler de certaines positions civiles. M. Grenier va donc beaucoup trop loin, quand il décide que la loi française n'a parlé que pour les Français, et pas pour les étrangers.

Maintenant, arrivons à notre difficulté, et voyons si le mineur étranger et hors de France a hypothèque légale sur les biens que son tuteur possède en France.

La loi qui soumet les biens des tuteurs à une hypothèque légale, forme *un statut réel*, ainsi qu'on peut s'en convaincre par la fameuse définition donnée par M. d'Aguesseau (3). Ce statut lie donc tous les immeubles qui composent le territoire français. Ce ne sera pas en vertu de la loi de son pays, que le mineur viendra réclamer hypothèque. Cette loi expire aux frontières. Mais il réclamera cette hypothèque au nom des lois françaises; il dira : Vous me reconnaissez comme mineur;

(1) T. 1, p. 622, n° 284.

(2) N° 392 *bis*.

(3) Voyez-la au Répertoire, Autorisation maritale, p. 530.

mon tuteur, à qui vous ne déniez pas non plus cette qualité, possède des biens en France ; or, les lois françaises frappent d'une hypothèque légale les biens du tuteur. Cette loi forme un statut réel ; laissez-la agir à mon profit ; le propre du statut réel est de saisir les immeubles, abstraction faite de la personne qui les possède (1). Ce raisonnement me paraît péremptoire.

C'est ainsi que la disposition de la loi qui attribue au père l'usufruit paternel, est considérée comme un statut réel, comme une loi de la propriété, et non de la personne (2).

C'est ainsi que M. Merlin pense qu'une femme étrangère a hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France, parce que les articles 2121 et 2135 du Code Napoléon forment un statut réel (3).

Enfin, je trouve une dernière autorité dans l'arrêt du parlement de Lorraine, cité tout à l'heure, et qui accorda hypothèque à des mineurs lorrains, pour une tutelle déferée en Lorraine, sur des immeubles situés dans la baronnie de Fénétranges, qui formait une souveraineté étrangère (4).

(1) Bartole, sur la loi *Cunctos*, C. *De summ. trinitate*, n° 27. Dumoulin, sur la même loi.

(2) Boullenois.

(3) Rép., t. 17, v° Remploi. Dalloz, v° Loi, p. 884, n° 56, § 4, V. *infra*, n° 513 *ter*.

(4) Cette grave question a été agitée devant la cour d'Amiens, dans l'affaire des demoiselles d'Hervaz, C. Bonar, Aquilar et autres. Elle a été traitée dans un sens conforme à mon opinion par M^e Félix Liouville, dont le mémoire est rempli de recherches savantes et d'ingénieux aperçus. MM. Merlin, Odilon Barrot, Parquin et Mauguin ont adhéré à cette consultation. Je me félicite d'avoir trouvé d'aussi puissants auxiliaires dans la défense d'un point de droit auquel se rattachent de hautes considérations d'équité et de civilisation. Mais la cour d'Amiens en a jugé autrement par arrêt du 18 août 1834 (Dalloz, 35, 2, 153). Sic Rennes, 30 août 1845 (Sirey, 45, 2, 606) ; Gand, 4 juin 1846 (Sirey 47, 2, 36). Mais V. dans le sens de l'opinion qui me paraît devoir être préférée, Grenoble, 19 juillet 1849 (*J. P.*, 1850, t. 2, p. 233).

430. La troisième sorte d'hypothèque légale est celle de l'Etat, des communes et établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables (1).

D'après une déclaration du mois d'octobre 1648, les biens des financiers, même ceux donnés à leurs enfants, étaient sujets à leurs dettes envers le roi, et tacitement hypothéqués du jour de leur gestion (2).

C'est de là qu'est tiré notre article, en ce qui concerne l'hypothèque légale de l'Etat et des établissements sur les biens de leurs comptables.

Ferrières, dans son Dictionnaire de droit et de pratique, désigne sous le nom de *comptables, financiers* ou *gens d'affaires*, ceux qui manient ou ont manié les deniers publics, ou ceux du roi. Tels sont les receveurs généraux, les receveurs des contributions indirectes, les payeurs, les receveurs des communes, les receveurs des hospices, etc.

On ne peut comprendre dans la classe des comptables ceux qui ne font que surveiller et diriger l'administration, ou ceux qui ne sont que débiteurs d'un prix stipulé dans un contrat. Je le répète, pour être comptable, il faut être dépositaire et manutentionnaire de fonds (3).

Ainsi le fermier d'un hospice n'est pas comptable de cet hospice dans le sens de ce mot, et on ne peut réclamer contre lui d'hypothèque légale (4).

430 bis. Le gouvernement n'a pas d'hypothèque légale sur les biens des percepteurs des contributions directes; car la loi du 5 septembre 1807, qui, dans son article 7, désigne ceux que l'on doit considérer comme comptables, ne parle pas des percepteurs.

(1) L. 3, C. *De jure reipublicæ*, et loi dern., C. *Quo quisque ordine*. Répert., Hyp., p. 859.

(2) Basnage, Hyp. ch. 13.

(3) Répert., Hyp., sect. 2, § 3, art. 4. V. aussi dans ce sens, l'arrêt du 3 mai 1843, cité en note sous le n° 92.

(4) Cassat., 3 juillet 1827. Dalloz, Hyp., p. 169. Idem, p. 168. Pau, 25 juin 1816.

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la cour de Colmar, du 10 juin 1820, motivé avec soin (1). Les percepteurs ne sont en effet que de simples collecteurs, préposés des receveurs généraux. Ils n'ont jamais de compte avec le trésor, attendu qu'ils sont obligés à faire leurs versements au fur et à mesure des perceptions.

Au surplus, toutes les fois que des difficultés s'élèveront sur le sens des mots *comptables* et *receveurs*, il faudra consulter la loi du 16 septembre 1807, qui forme le complément de notre article.

L'hypothèque légale de l'Etat ne s'étend ni sur ceux qui remplissent passagèrement et par *intérim* les fonctions de comptables (2), ni sur ceux qui ont cautionné le comptable (3).

431. Les hypothèques légales sur les comptables diffèrent des hypothèques légales sur les tuteurs et les maris, en ce que les premières sont seules soumises à l'inscription (2134 et 2098 du Code Napoléon). Elles ne prennent donc rang que par l'inscription; on a pensé qu'il ne convenait pas de donner au fisc et autres établissements publics des privilèges exorbitants qui pouvaient les rendre odieux (4).

432. La loi du 5 septembre 1807 parle (art. 7, 8 et 9) du mode de restriction de l'hypothèque légale du trésor. Je m'en occuperai sous l'art. 2161.

432 bis. Les hypothèques légales énumérées par notre article sont-elles les seules?

M. de Lamoignon aurait voulu que l'addition d'hérédité établît une hypothèque légale sur les biens de l'héritier, pour le paiement des legs et dettes de la succession (5).

(1) Dalloz, Hyp., p. 170.

(2) Dalloz, Hyp., p. 167, n° 2.

(3) Grenier, t. 1, n° 292.

(4) Grenier, t. 1, n° 286.

(5) Tit. des Act. pers. et hyp.

Mais cela est contraire aux véritables principes. Jamais l'adition d'hérédité n'a été une cause d'hypothèque légale sur les biens de l'héritier; elle n'a jamais emporté qu'une obligation personnelle; sur quoi l'on peut voir Lebrun (1) et M. Grenier (2).

432 *ter*. Le légataire a une hypothèque légale sur les biens de la succession pour le payement de son legs (art. 1009, 1012, 1017 du Code Napoléon) (3).

Cette hypothèque doit-elle être inscrite? M. Tarrible enseigne l'affirmative (4).

Mais cette inscription n'est nécessaire que pour assurer au légataire une préférence sur les créanciers personnels de l'héritier, ou sur les tiers détenteurs, et pas du tout pour déterminer le rang des légataires entre eux (5). Quant aux créanciers de l'hérédité, on sait que les legs ne sont payables qu'après les dettes, « *bona non dicuntur nisi deducto aere alieno.* »

(1) Liv. 4, chap. 2, sect. 1, n° 27.

(2) Tit. 1, n° 229.

(3) Cette hypothèque, que la loi votée en Belgique a maintenue et qu'elle a fait passer dans la loi hypothécaire de ce pays sous la dénomination d'*hypothèque testamentaire* (V. ma préface, p. xxiv, à la note), avait été supprimée, au contraire, dans la dernière rédaction du projet qui était récemment soumis, en France, à l'Assemblée législative. La commission avait cru qu'il convenait de la supprimer en raison de son effet, qui est, dans certains cas, de donner au légataire la préférence sur les créanciers chirographaires de la succession, contrairement aux principes. La commission pensait, d'ailleurs, que le privilège ayant pour objet d'assurer le droit de demander la séparation des patrimoines, suffit aux légataires. En conséquence, elle ajoutait à l'art. 2111 du projet qui énumérait les droits et créances auxquels l'hypothèque légale était attribuée, une disposition ainsi conçue : « L'hypothèque établie par l'art. 1017 du présent Code, sur les immeubles de la succession, au profit des légataires particuliers, est supprimée, sans préjudice du privilège résultant de l'art. 2101. »

(4) Répert., Inscript., p. 250. col. 1 et 2, et p. 247, col. 2.

(5) Arrêt de Paris du 12 mars 1806. Sirey, 6, 2, 1, 267. — Sic Tarrible, Répert., Inscription et Legs. Dalloz, Hyp., p. 167, n° 7 et 8. V. encore un autre arrêt de Paris du 14 novembre 1858 (Sirey, 39, 2, 9).

433. La masse des créanciers d'un failli a une espèce d'hypothèque légale sur les immeubles de ce failli. Cette hypothèque se réalise par une inscription que les agents et les syndics prennent en vertu de l'art. 490 (anc. article 500) du Code de commerce.

Ce n'est pas ici le lieu de s'occuper de l'influence de cette hypothèque par rapport aux tiers.

D'après la loi du 11 brumaire an VII (1), les absents avaient une hypothèque légale sur les biens de leurs administrateurs. Mais cette disposition n'a pas été reproduite dans le Code Napoléon.

M. Dalloz, tout en reconnaissant cette vérité, voudrait que le jugement de nomination des administrateurs produisît hypothèque judiciaire au profit de l'absent (2); mais je prouverai *infra* (3) que cette doctrine ne saurait être admise.

ARTICLE 2122.

Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées.

SOMMAIRE.

433 bis. Caractère de généralité de l'hypothèque légale.

433 ter. L'hypothèque légale frappe-t-elle les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté, et revendus pendant sa durée? Solution affirmative.

434. La femme n'a rien à réclamer sur les immeubles appartenant à la société dont son mari est membre.

(1) Art. 21, n° 2.

(2) Hyp., p. 157 et 158, n° 1 et 2.

(3) N° 440.

- 434 bis. De l'hypothèque de la femme sur l'immeuble échangé.
 434 ter. De l'hypothèque de la femme sur les biens donnés au mari avec pacte de retour, et sur les biens grevés de substitution.
 435. L'hypothèque générale ne s'étend pas à l'immeuble sur lequel le débiteur n'a qu'une action *en réméré*. *Quid* si ce débiteur vend cette action ?

COMMENTAIRE.

435 bis. L'un des caractères les plus éminents des trois hypothèques légales énumérées dans l'article précédent, c'est qu'elles frappent sur tous les biens présents et à venir, et que tout ce qui entre dans le patrimoine du débiteur y est soumis (1). L'hypothèque judiciaire est la seule qui partage avec elles cette faveur. Car l'hypothèque conventionnelle ne peut pas affecter les biens à venir (2).

Nous verrons cependant par les articles 2140 et suivants et par l'art. 2161, dans quels cas et comment ces hypothèques générales peuvent être réduites.

435 ter. On demande si l'hypothèque légale et générale de la femme frappe sur les immeubles que le mari a acquis pendant la communauté et qu'il a ensuite revendus (3).

(1) Jugé même que l'hypothèque existe sur les biens échus au mari ou au tuteur depuis la cessation de la tutelle ou la dissolution du mariage. Cass., 17 juillet 1844 (Sirey, 44, 1, 641). Lyon, 23 novembre 1850 (Sirey, 51, 2, 87). *Sic*, Duranton, t. 19, n° 527, et de Fréminville, t. 2, n° 1144. — V. encore un arrêt de Rouen, du 6 juin 1844 (Sirey, 45, 2, 180) d'après lequel la femme d'un failli conserve, après le concordat obtenu par son mari, une hypothèque légale sur les biens qui adviennent ultérieurement à celui-ci, pour garantie de la restitution de la portion de sa dot excédant le dividende qu'elle a touché dans l'actif de la faillite.

(2) *Infrà*, art. 2123 et 2129.

(3) Je reviens sur cette question dans mon Comment. du *Contrat de mariage*, dont le n° 1800 doit être conféré avec ce que je dis ici.

Pour résoudre cette difficulté, il faut supposer, avant tout, que la femme n'a pas pris part à la vente. Si elle y avait pris part, il est clair qu'elle ne pourrait troubler par l'action hypothécaire celui qui aurait le droit de l'actionner en garantie (1).

Il faut supposer aussi qu'elle a renoncé à la communauté. Car si elle l'accepte, comme le mari est maître de la communauté, et que comme tel il a le droit de vendre et d'aliéner sans le concours de sa femme, il s'ensuit qu'en traitant de son chef, il est censé traiter aussi pour sa femme. Et dès lors, celle-ci étant *covenderesse*, est repoussée par la maxime *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (2).

Mais lorsque la femme a renoncé à la communauté, on doit se prononcer en faveur de la femme.

Il est incontestable que tous les biens présents et à venir du mari sont soumis à l'hypothèque légale de la femme : or, au nombre de ces biens, on doit nécessairement comprendre les acquêts faits pendant la communauté. Car ils appartiennent pour moitié au mari, et quant à l'autre moitié, ils peuvent éventuellement lui appartenir ; c'est à savoir, si la femme n'accepte pas la communauté.

A la vérité, la femme, avant sa renonciation et au moment de la vente, était commune en biens. Mais il ne résulte pas de là qu'on puisse lui opposer qu'elle doit être considérée comme associée à la vente faite par son mari, seigneur de la communauté ; car, au moyen de sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais été copropriétaire, et par conséquent n'avoir jamais contracté par l'organe de son mari.

Qu'on ne dise pas qu'accorder à la femme cette hypo-

(1) V. *Infrà*, n^{os} 603 et 609 bis.

(2) V. Cass. 16 février 1841 (Sirey, 41, 1, 550). V. aussi Cass. 50 avril 1849 (Sirey, 49, 1, 465). *Junge* MM. Grenier, t. 1, n^o 248 ; Delyncourt. t. 3, p. 165 ; Persil, Quest. t. 1, p. 233 ; Duranton, t. 19, n^o 529 et suiv. ; Pont et Rodière, t. 1, n^o 834 ; Valette, t. 1, p. 255 et suiv.

thèque, c'est gêner le mari, et entraver des opérations qui doivent être libres.

Le droit du mari d'engager sa femme en vendant un acquêt, est essentiellement subordonné à la faculté qu'a celle-ci de renoncer à la communauté. Lorsque cette renonciation a lieu, tous les actes faits par le mari demeurent exclusivement personnels.

Cette doctrine est celle de Renusson (1). C'est aussi celle de M. Grenier (2) et de M. Toullier (3). Elle est consacrée par un arrêt de la cour d'Angers du 26 août 1812, par un arrêt de la cour d'Orléans du 14 novembre 1817, et par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 9 novembre 1813, et l'autre du 9 novembre 1814 (4).

Il y a cependant en sens contraire l'opinion de M. Persil (5) et de M. Delvincourt (6). Mais je ne crois pas qu'elle puisse être suivie, surtout si on se pénètre des considérants pleins de force qui précèdent l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 1819. Ainsi, ceux qui achèteront des immeubles acquêts de communauté, devront avoir soin de faire assister la femme du vendeur au contrat, s'ils veulent se mettre à l'abri de son recours hypothécaire. Cette précaution doit être conseillée, surtout dans un moment où il se fait de grandes spéculations sur les reventes d'immeubles. Les acquéreurs de bonne foi pourraient être trompés s'ils la négligeaient.

434. La femme dont le mari est membre d'une société de commerce, ne peut rien prétendre sur les im-

(1) Communauté.

(2) Hyp., t. 1, n° 248.

(3) T. 12, n° 305. *Junge* MM. Duranton, t. 19, n° 330; Battur t. 2, n° 521; Pannier, Hyp. p. 145; Zachariæ, t. 2, § 264, note 20.

(4) Dalloz, Hyp., p. 142. *Junge* Bourges, 26 août 1814; Paris, 12 décembre 1816; Rouen, 11 mars 1846 (Sirey, 17, 2, 228 et 46, 2, 503). Orléans, 16 mars 1850 (*J. P.* 1850, t. 1, p. 299).

(5) Quest., t. 1, p. 255.

(6) T. 3, note 6, p. 165. M. Dalloz incline pour cette opinion p. 135. *Junge* Cubain, n° 528; Pont et Rodière, t. 1, n° 888. Valette, t. 1, p. 258.

meubles sociaux. En effet, tant que dure la société, ces immeubles n'appartiennent pas au mari : celui-ci n'y a qu'une expectative. C'est la masse, la raison sociale, qui est propriétaire.

Mais lorsque la société se dissout, et qu'on procède au partage, tous les biens sociaux qui entrent dans le domaine exclusif du mari deviennent soumis à l'hypothèque légale de la femme (1).

434 bis. Lorsqu'un immeuble soumis à l'hypothèque générale est échangé, on demande s'il reste soumis à l'hypothèque dans les mains du tiers détenteur, et si, de plus, l'immeuble reçu en contre-échange, et entrant dans le domaine du débiteur grevé d'hypothèque générale, en est également frappé.

Ceux qui ont voulu juger cette question par l'équité et non par les principes, tels que M. Grenier (2), n'ont pu concevoir que l'hypothèque pût s'étendre aux deux héritages simultanément ; ils se sont laissé éblouir par cette raison, que le créancier aurait une hypothèque double de celle sur laquelle il aurait dû compter.

Domat (3) n'a pas été trompé par ces faux scrupules, et il décide que l'hypothèque s'étend aux deux héritages échangés.

En effet, l'hypothèque qui grevait l'immeuble aliéné l'a suivi entre les mains du tiers acquéreur ; elle n'a pu disparaître qu'autant que ce dernier l'aurait purgée. Quant à l'immeuble reçu en échange, du moment qu'il est entré dans le domaine du débiteur, il a été saisi par l'hypothèque qui frappe les biens à venir.

(1) V. un arrêt de la Cour de cassation du 10 mai 1851 (Sirey, 51, 1, 902). V. aussi M. Persil, Q., p. 240, t. 1. Je reviens là-dessus dans mon Comment. des Sociétés, t. 2, n° 860, où j'examine la question de savoir si l'hypothèque affecte les biens immeubles d'une société au profit de la femme qui épouse l'un des associés.

(2) T. 1, n° 206.

(3) Sect. 1, t. 2, liv. 3, n° 12.

Vainement on objecte que le créancier se trouve avoir, par ce moyen, un gage plus considérable que celui sur lequel il avait dû compter. Car, ayant hypothèque générale, il a dû compter sur tous les biens à venir de son débiteur.

En définitive, l'échange est à peu près comme une vente. Si l'immeuble eût été vendu, l'hypothèque l'aurait poursuivi entre les mains du tiers acquéreur. Il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement en cas d'échange. À l'égard de l'immeuble reçu en contre-échange, il représente le prix de la chose aliénée. Si, dans le cas de vente, le vendeur eût employé le prix à l'acquisition d'un fonds, il est certain que ce fonds aurait été soumis à l'hypothèque générale. Or, l'immeuble reçu en contre-échange est semblable à celui qui aurait été acheté avec le prix. Il doit donc être grevé par l'hypothèque.

Au surplus, l'opinion de M. Grenier a été proscrite par arrêt de la Cour de cassation du 19 nov. 1815 (1).

On verra, du reste, au n° 643, une espèce qui prouve que cette extension de l'hypothèque légale s'arrête, par exemple, dans le cas de dissolution du mariage ou de cessation de la tutelle.

434 *ter*. L'hypothèque légale de la femme comprend aussi les biens donnés par contrat de mariage à son mari par un tiers, avec clause de retour. Mais cette hypothèque n'est que subsidiaire, d'après l'art. 952 du Code Napoléon; il faut, par conséquent, appliquer ici ce que nous avons dit ci-dessus, n° 251 *bis*. C'est aussi l'avis de M. Grenier (2).

D'après l'art. 1054 du Code Napoléon, les femmes des grevés de substitution n'ont de recours subsidiaire sur les biens à rendre, qu'en cas d'insuffisance des biens libres, et pour *le capital des deniers dotaux*. Encore faut-il que le testateur l'ait expressément ordonné (3).

(1) Dalloz, Hyp., p. 538. Sirey, 16, 1, 151.

(2) T. 1, n° 263. Dalloz, Hyp., p. 136.

(3) Grenier et Dalloz, *loc. cit.*