

619. Fausses inductions tirées d'une opinion de Despeisses. Véritable sens des paroles de cet auteur.
620. Solution que doit recevoir la question sous le Code Napoléon.
621. Objection de M. Grenier réfutée par Cujas.
622. Considérations invoquées par M. Grenier, et réfutées.
623. Suite.
624. Réfutation de quelques considérations de M. Crémieux.
625. Suite.
626. Résumé. La femme peut demander à se faire colloquer sur le prix. Mais, jusqu'à la dissolution du mariage, elle a droit de renoncer à sa collocation pour reprendre sa chose aliénée.
627. Comment se fait la collocation et comment l'on pourvoit aux intérêts des créanciers du mari.
628. De quelques *questions transitoires*. Les créanciers inscrits avant la femme, sous la loi de l'an vii, continuent à la primer sous le Code Napoléon.
629. Mais s'ils ne se sont pas fait inscrire avant la promulgation du Code, la femme les prime sans inscription, par le seul effet de l'art. 2135.
630. L'art. 2135 n'a rien changé au droit des femmes mariées avant sa promulgation, et qui, par la coutume, pouvaient faire remonter leur hypothèque pour emploi de propres aliénés et indemnités des dettes au jour du contrat de mariage.
631. Il en est de même des successions. Sentiment contraire de M. Grenier.
- 631 bis. L'art. 2135 n'est pas applicable aux droits des femmes dont le mariage était dissous avant le Code Napoléon. Réfutation d'un arrêt d'Aix, qui a décidé que l'art. 2135 ne concernait pas les femmes séparées de biens en pays de droit écrit lors de sa promulgation.

• COMMENTAIRE.

571. L'hypothèque légale des mineurs, interdits et femmes mariées, existe à l'égard des tiers, indépendamment de toute espèce d'inscription. Ce n'est pas que la loi exempte tout à fait ce genre d'hypothèque de l'inscription. Nous verrons dans les articles suivants qu'elle charge les tuteurs, les subrogés-tuteurs, les maris, etc.,

de veiller, sous des peines sévères, à l'inscription. Mais le défaut d'inscription ne porte pas préjudice aux mineurs, aux interdits et aux femmes. Leur hypothèque n'en subsiste pas moins dans toute sa plénitude.

De plus, dans le cas où ces hypothèques sont inscrites, ce n'est pas du jour de leur inscription qu'elles prennent leur date. On verra tout à l'heure à quel moment commence leur naissance (1).

572. L'hypothèque des mineurs et interdits frappe sur les biens des tuteurs pour tous les actes *de gestion*. On a vu ci-dessus l'étendue de ce droit d'hypothèque, et quelles personnes y sont soumises (2).

Cette hypothèque date du jour de l'*acceptation de la tutelle*. J'en ai dit les raisons ci-dessus (3).

Elle subsiste, avec le privilège d'exemption d'inscription, même après la fin de la tutelle, comme l'a très-bien prouvé M. Tarrible (4) ; et c'est ce qu'a décidé un avis du conseil d'État du 8 mai 1812 (5). Cependant M. Grenier critique cet acte législatif, et pense qu'on devrait fixer au mineur devenu majeur un délai pour faire inscrire sa créance sur les biens de son tuteur (6).

(1) J'ai discuté, dans la préface de ce Commentaire, la grande question de l'hypothèque occulte de la femme et des mineurs. Ce n'est que depuis l'impression de cette partie de mon travail que j'ai eu connaissance d'un article de M. Wolowski, avocat à Paris, qui en critique les bases principales (*Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 276). Quelle que soit l'opinion qu'on se forme sur les innovations proposées par ce jurisconsulte, innovations auxquelles, je dois l'avouer, résistent mes convictions, on n'en lira pas moins avec le plus grand intérêt sa dissertation.

(2) *Suprà*, 420 et suiv.

(3) N° 428.

(4) Répert., Inscript., p. 195.

(5) Dall., Hyp., p. 135. Voyez dans la préface du présent Commentaire les dispositions du Code napolitain, p. xi. — J'ai cité plus haut des arrêts desquels il résulte que l'hypothèque légale du mineur frappe, avec dispense d'inscription, même sur les immeubles advenus au tuteur après la dissolution de la tutelle. (V. n° 433 *bis*, à la note.)

(6) Mais à défaut de ce délai que la loi n'a pas fixé, la jurispru-

D'après ces expressions « *du jour de l'acceptation de la tutelle,* » il faut décider que l'hypothèque pour prix d'aliénation de biens du mineur date, non pas du jour de la vente, mais de l'époque indiquée par notre article. C'est ainsi qu'a jugé la cour de Toulouse (1), par arrêt du 18 décembre 1826.

573. D'après la loi de brumaire an vii, l'hypothèque légale des mineurs devait être inscrite (2).

Le Code, en rétablissant cette hypothèque sans inscription, a donné lieu à une question transitoire que je ne dois pas omettre.

C'est de savoir si la dispense d'inscription devait s'appliquer seulement aux individus en état de minorité à l'époque de la promulgation du Code, ou bien si les mineurs, devenus majeurs à l'époque de cette promulgation, étaient également affranchis de l'obligation de prendre inscription pour la gestion tutélaire exercée sous l'influence de la loi de l'an vii.

Par un arrêt du 14 février 1816, la Cour de cassation a décidé que l'innovation résultant du Code Napoléon ne devait profiter qu'aux individus mineurs à sa promulgation ; mais qu'à l'égard des tutelles terminées sous l'empire de la loi de l'an vii, le mineur devenu majeur devait nécessairement prendre inscription pour la conservation de ses droits : sans quoi, c'eût été donner à l'art. 2135 du Code Napoléon un effet rétroactif qu'il déclare, par sa disposition finale, ne pas entrer dans son esprit (3).

dence s'est arrêtée à une prescription qu'elle oppose au mineur. Jugé, en effet, que l'hypothèque légale se trouve éteinte par l'expiration du délai de dix ans écoulés depuis la majorité sans qu'aucune inscription ait été prise, non-seulement en ce qui touche l'administration tutélaire, mais encore en ce qui touche les créances antérieures à la tutelle. Paris, 17 juin 1837, et Grenoble, 30 juin 1838 (Sirey, 38, 2, 161, et 39, 2, 106).

(1) Dall., 1827, 2, 174.

(2) C'est ce qui a été proposé à Genève, dans le rapport de M. Girod (Thémis, t. 9, p. 2 et suiv.). Voyez ma préface.

(3) Dalloz, Mariage, p. 190.

Une décision conforme est émanée de la cour de Bruxelles, et M. Dalloz cite plusieurs autres arrêts semblables, sans en donner le texte (1).

Mais si la minorité n'était pas terminée sous l'empire de la loi de l'an VII, et si le Code Napoléon eût trouvé le tuteur encore en exercice, ses dispositions eussent profité au pupille. C'est ce qu'a jugé la cour de Turin par arrêt du 25 janvier 1811 (2).

Remarquez toutefois que ceux qui seraient inscrits avant le mineur, sous la loi de brumaire an VII, ne pourraient être primés par lui, même depuis qu'il profiterait du bénéfice de notre article. En effet, l'art. 2135 a valu inscription pour les mineurs et a fait remonter leurs droits à l'acceptation de la tutelle ; mais c'est sans préjudice des droits acquis aux tiers (3).

574. Je passe à l'hypothèque légale des femmes mariées.

J'ai fait connaître ci-dessus (4) quels sont les droits des femmes qui sont garantis par l'hypothèque légale. Ce sont tous les droits *et toutes les créances* de la femme, telles que dot, reprises, emploi, indemnité de dettes, gains nuptiaux, biens paraphernaux, etc.

575. Mais l'hypothèque légale créée pour tous ces objets, est-elle dans tous les cas affranchie de l'inscription ?

M. Grenier s'est fait le défenseur zélé de l'opinion qui veut que l'hypothèque légale des femmes ne soit affranchie d'inscription que pour les sommes et biens dotaux, mais qu'elle soit nécessairement inscrite pour ce qui concerne les paraphernaux. Il a fait sur cette thèse une

(1) Hyp., p. 162, n° 2 et 3. — Voici la date de ces arrêts et l'indication des cours desquelles ils émanent : Bruxelles, 25 juillet 1807 et 15 janvier 1815. Cass., 28 août 1827 (Sirey, 7, 2, 1008, et 28, 1, 10).

(2) Dall., Hyp., p. 161 et 162. — *Junge* Cass., 15 janvier 1833 (Sirey, 33, 1, 267).

(3) *Infrà*, n° 638, plusieurs questions analogues.

(4) N° 418.

longue dissertation (1). Combattu par M. le professeur Demante dans un article de la *Thémis* (2), il a répondu avec force dans le même recueil (3).

Il est cependant extraordinaire que M. Grenier se montre si fermement attaché à cette opinion inadmissible. Il reconnaît lui-même que l'hypothèque légale protège *toutes les créances* quelconques de la femme (4). Mais cette concession ne décide-t-elle pas à elle seule la question? Car c'est le propre de l'hypothèque légale de la femme d'être dispensée d'inscription. Sans quoi, il faudrait admettre que la loi aurait créé pour la femme deux sortes d'hypothèques légales, l'une affranchie d'inscription, l'autre soumise à cette formalité, et c'est ce que le législateur n'a dit nulle part.

Cependant M. Grenier prétend trouver cette distinction dans l'art. 2135.

Cet article, dit-il, limite l'exemption d'inscription aux hypothèques légales pour dot et conventions matrimoniales; en effet, il ne parle pas des paraphernaux, et assurément la mention *de la dot, des sommes dotales*, l'aurait averti qu'il fallait aussi s'expliquer sur les sommes et biens extradotiaux, s'il n'avait pas voulu les exclure.

Or, qu'entend-on par dot? Sous le régime dotal, on entend tout ce qui est constitué par la femme au mari pour soutenir les charges du mariage. C'est tout ce qu'elle apporte dans l'association conjugale en vertu du contrat de mariage. Le reste est extradotal.

Sous le régime de la communauté, la dot a plus d'étendue. Elle comprend la totalité des biens que la femme possède, ou acquiert pendant le mariage. Sous ce régime, il n'y a à proprement parler que des biens dotaux, du moins par l'effet, s'ils ne le sont pas par la dénomination. Car on voit dans l'art. 1530 que, dans le cas même où

(1) T. 1, n° 227.

(2) T. 6, p. 20.

(3) T. 6, p. 362.

(4) *Suprà*, n° 418.

les époux se marient sans communauté, cette clause ne donne pas à la femme le droit d'administrer ses biens ni d'en percevoir les fruits ; ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage. Or, tel est aussi le droit que la loi donne au mari sur les biens expressément constitués ; c'est celui de jouir de ces biens pour supporter les charges du mariage. Ainsi, continue M. Grenier (1), on doit tenir pour dotales, sous le régime de la communauté, toutes les sommes appartenant à la femme, qui ont passé par les mains du mari, quelle que soit leur source.

Maintenant qu'entend-on, poursuit notre auteur, par conventions matrimoniales ? Ce sont les gains et avantages matrimoniaux faits à la femme pour cas de survie. Ces expressions n'ont pas d'autre étendue.

Ceci posé, il faut dire que l'hypothèque légale sans inscription n'a lieu que 1° pour la dot, c'est-à-dire pour les biens présents et à venir que la femme mariée sous le régime dotal a pu se constituer en dot ; 2° pour les sommes qui sous le régime de la communauté ont passé dans les mains du mari, quelle que soit leur origine, par exemple pour reprises, indemnité de dettes, sommes provenant de successions échues, etc. ; 3° pour les gains nuptiaux et autres avantages résultant du contrat de mariage.

Donc, conclut M. Grenier, les biens extradotaux se trouvent exclus. Donc l'hypothèque pour cet objet est soumise à l'inscription.

Mais cette argumentation de M. Grenier s'écroule devant les art. 2140, 2144, 2193 et 2195, qui portent que les acquéreurs des immeubles du mari ne purgent les hypothèques *non inscrites* pour *dot, reprises et conventions matrimoniales*, qu'en observant les formalités qu'ils prescrivent.

Or, les sommes extradotales, les biens paraphernaux

(1) D'après M. Tarrible, Rép., Inscript.

forment *une reprise* de la femme contre son mari ; il suit de là que leur hypothèque n'a pas besoin d'inscription , aux termes des articles précités.

Cependant M. Grenier repousse cette explication, en disant que l'expression *reprise*, dont se sert le législateur, ne s'applique qu'au régime de la communauté, pour le remploi des propres aliénés et l'indemnité des dettes.

Mais cette interprétation n'est pas exacte. Le mot *reprise*, dans son acception générale , doit s'appliquer à tout ce que la femme a le droit de réclamer du mari , à toutes les répétitions de choses dotales ou extradotales qu'elle peut faire sous l'un et l'autre régime.

Et Chabrol atteste que dans l'Auvergne, où les maris s'emparaient despotiquement de l'administration et des fruits des biens paraphernaux , on se servait du mot *reprise* dans tous les actes de liquidation des droits des femmes mariées. L'article 561 (anc. 548) du Code de commerce emploie le mot *reprise* en ce sens.

Il y a plus : les mots *propres aliénés*, dont se sert l'article 2135, sont encore décisifs pour condamner l'opinion de M. Grenier. Un bien paraphernal est sans aucun doute un *bien propre*. Qu'on ne dise pas que le mot *propre* ne s'emploie que dans le régime de la communauté ; car le législateur s'en sert dans l'article 1546 relatif au régime dotal et à la constitution de la dot. Il est donc clair que la femme qui posséderait des immeubles paraphernaux dont son mari aurait fait l'aliénation , serait protégée par le bénéfice de cette disposition de notre article.

Dès lors, il est palpable que la responsabilité du mari, si explicitement accompagnée d'hypothèque sans inscription, pour le cas d'aliénation d'un paraphernal, doit rester le même dans tous les autres cas où le mari a des comptes à rendre à sa femme pour le maniement de ses paraphernaux.

D'ailleurs les mêmes empêchements moraux qui ont fait dispenser les femmes de l'inscription de l'hypothèque pour leurs dots existent pour l'hypothèque légale des

sommes paraphernales dont leurs maris ont touché le montant. Le mari, par son influence, pourrait priver la femme du droit de s'inscrire, et celle-ci se verrait réduite à une condition pire que celle d'un créancier ordinaire, qui, dit M. Tarrible (1), a pu prendre toutes ses sûretés.

C'est ce dernier système que la Cour de cassation a adopté par un arrêt du 6 juin 1826, portant cassation d'un arrêt de la cour de Riom du 4 mars 1822, rendu sous la présidence de M. Grenier et rédigé par ce magistrat (2). Déjà la Cour suprême avait jeté les fondements de sa jurisprudence par un arrêt du 21 juin 1822 (3). Mais son arrêt de 1826 est plus remarquable, puisque c'est M. Grenier lui-même qu'il condamne, et que l'arrêt annulé contenait sur la question une théorie développée avec beaucoup de soin et de force. On cite, dans le système que la Cour de cassation a fait prévaloir, plusieurs arrêts (4). Néanmoins, il en existe d'autres en sens contraire (5). Il est étonnant qu'il y ait diversité d'opinions sur une question si positivement décidée par la loi.

576. L'hypothèque légale de la femme demeure dispensée d'inscription, même après la dissolution du mariage. C'est ce que M. Tarrible a fort clairement établi (6),

(1) Inscript., § 2, n° 9.

(2) Dalloz, 26, 1, 294.

(3) Dalloz, Hyp., p. 139.

(4) Riom, 20 février 1819 (Sirey, 20, 2, 275). Lyon, 16 août 1823 (Den., 24, 2, 47). Pau, 15 janvier 1823. M. Dalloz cite ces arrêts sans en donner le texte. Autre arrêt portant cassation, du 28 juillet 1828 (Dall., 28, 1, 353). Toulouse, 14 février 1829 (Dall., 29, 2, 150), et 7 avril 1829 (Dall., 29, 2, 151). Bordeaux, 20 juin 1835 (Dall., 36, 2, 48).

(5) Montpellier, 22 décembre 1822. Dalloz, Hyp., p. 140. Toulouse, 6 décembre 1824 et 50 août 1825 (Sirey, 25, 2, 428, et 26, 2, 106). Mais la cour de Toulouse, qui avait rendu deux arrêts contre la femme, a abandonné sa jurisprudence, ainsi qu'on l'a vu à la note précédente.

(6) Inscript., p. 195.

et c'est ce qui résulte de l'avis du conseil d'Etat du 8 mai 1812 (1).

Il suit de là que le changement d'état de la femme n'apporte aucun changement aux prérogatives attachées à ses droits, et que ses héritiers peuvent exercer les actions résultant de son hypothèque légale, telle qu'ils la trouvent, c'est-à-dire sans inscription. On a pensé qu'il eût été injuste que l'effet de l'hypothèque légale se fût précisément évanoui à la dissolution du mariage, c'est-à-dire à l'époque où le moment est venu d'en retirer les avantages (2).

Néanmoins M. Grenier trouve qu'il y a un vice dans cet état de choses, et il fait des vœux pour que le législateur y apporte des changements (3). Il voudrait qu'on fixât à la femme un délai, après la dissolution du mariage, pour qu'elle fasse inscrire sa créance sur les biens de son mari.

577. Venons à la fixation de l'époque à laquelle remonte l'hypothèque légale de la femme.

(1) Dall., Hyp., p. 135. C'est aussi ce que la jurisprudence confirme. V. Turin, 10 janvier 1812 (Sirey, 12, 2, 448). Montpellier, 1^{er} février 1828 et 24 février 1829 (Sirey, 28, 2, 194, et 31, 2, 46). Bordeaux, 24 juin 1836 (Sirey, 37, 2, 38). — V. aussi Paris, 16 mars 1839 (Dalloz, 39, 2, 115). — V. cependant Nîmes, 28 mars 1806, et Agen, 8 mai 1810 (Sirey, 7, 2, 1007, et 11, 2, 167).

(2) Turin, 10 juin 1812 (Sirey, 12, 2, 448). — Toutefois, lorsque le mari détient les biens non plus comme mari, mais comme donataire en usufruit de son épouse et après délivrance obtenue des héritiers de cette dernière, les héritiers cessent d'avoir hypothèque légale pour la restitution de ces biens. La novation dans le titre en vertu duquel le mari possède a éteint l'hypothèque légale préexistante. Paris, 15 janvier 1836 (Sirey, 36, 2, 158; Dall., 36, 2, 69). Cass., 3 déc. 1834 (Sirey, 35, 1, 51; Dall., 35, 1, 58). Cass., 15 nov. 1837 (Sirey, 38, 1, 123). Bordeaux, 3 mars 1842. Paris, 9 mars 1844 (Sirey, 44, 2, 497). Douai, 21 août 1844 et 4 mai 1846 (Sirey, 46, 2, 470).

(3) T. 1, p. 524, n° 245. J'ai rapporté dans la préface les dispositions du Code napolitain sur ce point.

Le Code n'a pas assigné à cet égard une époque unique. Des temps divers sont indiqués.

Le projet du conseil d'Etat fut d'abord de fixer à une seule date le rang de l'hypothèque de la femme pour toutes les répétitions qu'elle aurait à exercer contre son mari.

Mais le Tribunat fit sur ce projet les observations suivantes :

« Les sommes dotales ne doivent avoir d'hypothèque
 » légale, lorsqu'elles proviennent des successions, que
 » du jour de l'ouverture de ces successions. Car c'est
 » seulement alors qu'il y a, de la part du mari, une ad-
 » ministration qui seule peut faire le fondement de l'hy-
 » pothèque : ce qu'on vient de dire des successions
 » s'applique aux donations. D'un autre côté, si la femme
 » s'oblige conjointement avec son mari, ou si, de son
 » consentement, elle a aliéné ses immeubles, elle ne
 » doit avoir hypothèque sur les biens du mari, pour son
 » indemnité, dans ces deux cas, qu'à compter de l'obli-
 » gation ou de la vente. Il n'est pas juste qu'il y ait une
 » hypothèque avant l'existence de l'acte qui forme l'ori-
 » gine de la créance, et il est odieux que la femme, en
 » s'obligeant et en vendant postérieurement, puisse pri-
 » mer des créanciers ou des acquéreurs qui ont contracté
 » auparavant avec le mari. C'était là une source de fraude
 » qu'il est enfin temps de faire disparaître. »

Conformément à ces observations, le projet fut modifié, et il produisit l'art. 2135 tel que nous le voyons aujourd'hui (1).

On conçoit en effet à combien de tromperies pourrait conduire le système de la rétroactivité de l'hypothèque.
 « Un mari serait donc le maître, dit M. Treilhard (2), de
 » dépouiller ses créanciers légitimes en s'obligeant en-
 » vers des prête-noms, et en faisant paraître sa femme

(1) Répert., Inscript., p. 201. Fenet, t. 15, p. 414.

(2) Discours, t. 7, p. 78, 79. Fenet, t. 15, p. 471.

» dans ses obligations frauduleuses, pour lui donner hy-
 » pothèque du jour de son mariage. Il conserverait ainsi,
 » sous le nom de sa femme, des propriétés qui ne de-
 » vaient plus être les siennes. »

Maintenant nous allons parler séparément de ces di-
 verses causes d'hypothèque légale.

578. L'hypothèque des femmes, pour raison de leurs
 dot et conventions matrimoniales, remonte *au jour du*
mariage, dit notre article.

Deux choses sont ici à examiner :

1° Est-ce du jour du mariage, ou bien du jour du con-
 trat de mariage qu'il faut donner rang à l'hypothèque
 légale?

2° Que comprend la loi dans ces expressions *dot et*
conventions matrimoniales ?

579. En s'en tenant au texte grammatical de notre ar-
 ticle, il semblerait que l'hypothèque ne doit partir que
 du jour de la célébration du mariage.

Mais cela n'est pas exactement vrai dans tous les cas.

En effet, lorsqu'il y a un contrat de mariage antérieur
 au mariage, il faut dire que l'hypothèque remonte à la
 date de ce contrat. Car on lit dans l'art. 2194 que l'in-
 scription faite au profit de la femme pendant l'affiche du
 contrat d'aliénation de l'immeuble affecté à l'hypothèque
 légale, a le même effet que si elle avait été prise *le jour*
du contrat de mariage.

L'art. 2195 répète la même énonciation. « Si les in-
 » scriptions du chef des femmes, mineurs ou interdits,
 » sont les plus anciennes, l'acquéreur ne pourra faire
 » aucun paiement du prix au préjudice desdites inscrip-
 » tions, qui auront toujours, ainsi qu'il a été dit ci-des-
 » sus, *la date du contrat de mariage*, ou de l'entrée en
 » gestion du tuteur. »

La conséquence à tirer de ces articles se présente à
 tous les yeux.

Mais s'il n'y a pas de contrat de mariage, l'hypothèque
 n'aura d'effet que du jour du mariage, parce que, dans

ce cas, c'est la loi qui stipule pour les parties du moment où le mariage se contracte.

Si notre article n'a pas énoncé cette distinction, il ne faut pas en conclure qu'elle est chimérique. Elle résulte forcément de la combinaison des art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135. Ce dernier article, en portant l'hypothèque à la date du mariage, a parlé *ex eo quod frequentius fit*. Car c'est le plus souvent la veille même du mariage que se règle le contrat. Mais il n'en est pas moins vrai que si le contrat est séparé par un plus grand intervalle de la célébration du mariage, c'est à la date seule de ce contrat qu'il faut reporter l'hypothèque. Sans quoi, il faudrait dire que le législateur se serait contredit, ou se serait trompé dans les art. 2194 et 2195 (1).

580. Les principes parlent d'ailleurs hautement en faveur de cette distinction.

Si la loi, par une fiction favorable, n'eût créé elle-même l'hypothèque légale, et qu'elle eût chargé les parties du soin de la stipuler, c'est bien certainement dans le contrat de mariage que les conventions à ce relatives auraient trouvé leur place. La fiction doit donc produire les mêmes résultats que la réalité. « *Lex in omnibus tantis hypothecis fingit pactionem et conventionem partium contrahentium, quamvis expressa non fuerit, et est perindè ac si in veritate hypotheca illa fuisset constituta per conventionem partium* (2). »

A la vérité, le contrat de mariage est toujours soumis à une condition suspensive, *si nuptiæ subsequatæ fuerint*. Mais cette condition est mixte, et son accomplissement produit un effet rétroactif au jour du contrat, d'après les principes que j'ai exposés ci-dessus (3).

581. Malgré toutes ces raisons, M. Grenier (4) pense

(1) *Junge* mon Comment. sur le *Contrat de mariage*, t. 1, n° 322.

(2) *Neg.*, 1, memb. 4, n° 11. *Suprà*, n° 416.

(3) N° 475.

(4) Auquel il faut joindre MM. Persil, 2135, § 2, n° 2; Dalloz, *Hyp.*, p. 133, n° 2; Durantou, t. 20, n° 20; Zachariæ, t. 2, § 264,

néanmoins que notre distinction ne doit pas avoir lieu, et qu'il faut décider que l'hypothèque légale n'a jamais d'effet que du jour du mariage.

Mais cette opinion est aussi contraire au texte des articles du Code Napoléon que j'ai cités, qu'à l'ancienne jurisprudence.

D'après le droit romain, l'hypothèque datait du jour de la convention. Papinien expose ce principe dans la loi 1, D. *Qui potior in pignore* : « Qui dotem pro muliere » promisit, pignus sive hypothecam de restituendâ sibi » dote accepit. Subsecutâ deindè pro parte numeratione, » maritus eamdem rem pignori alii dedit : mox residuæ » quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pi- » gnore? Cùm ex causâ promissionis ad universæ quan- » titatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur : » non utique solutionum observanda sunt tempora, *sed* » *dies contractæ obligationis*. Nec probe dici in potestate » ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minùs » dotata mulier esse videatur (1). » J'ai donné ci-des- » sus (2) le commentaire de cette loi, d'après Voët et Doneau.

Dira-t-on que, dans l'espèce de cette loi, il y avait une hypothèque expresse stipulée par la convention? J'en conviens. Mais qu'importe? la loi, en donnant une hypothèque tacite, ne fait-elle pas l'office des parties?

582. En France, Domat enseignait que l'hypothèque légale de la femme remonte au contrat de mariage (3); et c'était aussi l'opinion de Lamoignon (4), de Basnage (5) et de plusieurs autres.

note 25; Pont et Rodière, t. 2, n° 674; Tessier, t. 2, n° 134, note 1093; Coulon, t. 2, p. 23. — V. aussi un arrêt de Nîmes, du 26 février 1834 (Sirey, 34, 2, 90). Je discute cet arrêt plus bas, au n° 584.

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 569, n° 2.

(2) N° 474.

(3) Liv. 3, t. 1, sect. 1, n° 3.

(4) T. 2, p. 132.

(5) Ch. 12.

On voit, par différents arrêts cités par ce dernier auteur, qu'il a été jugé que les stipulations relatives au douaire préfix ou, autrement dit, conventionnel, avaient hypothèque, non du jour de la célébration du mariage, mais du jour du contrat. Cependant il était dit, dans la plupart des coutumes, que la femme *ne gagnait son douaire qu'au coucher*. Mais, par la jurisprudence, on n'appliquait cette maxime qu'au douaire coutumier, c'est-à-dire à celui que la coutume accordait sans convention. Mais lorsque les parties voulaient faire des conventions spéciales sur le douaire, l'hypothèque de la femme datait du jour du contrat (1).

583. Lebrun convient du principe. Il avoue, d'après Mornac, sur la loi 1, D. *Qui potior*, qu'on donne ordinairement un effet rétroactif au contrat de mariage, lorsqu'il y a des obligations intermédiaires entre le contrat et la célébration (2). Ce n'est pas qu'il ne tombe dans une erreur qui me semble manifeste, en donnant la raison de cette rétroactivité. Car il soutient qu'en droit strict, on ne devrait pas donner au mariage, au préjudice des tiers, un effet rétroactif au jour du contrat, par la raison que la condition, *si le mariage s'accomplit*, est pure potestative à l'égard du mari (3); et il ajoute que c'est par une exception introduite en faveur des conventions matrimoniales, qu'on leur a donné cet effet rétroactif. Or, ceci me paraît inexact, attendu que la condition *si le mariage s'accomplit* est mixte, et dépend non-seulement de celui à qui elle est imposée, mais encore de la volonté de la future épouse. Mais toujours est-il certain que Lebrun reconnaît que les conventions matrimoniales relatives au douaire ont hypothèque du jour du contrat. Seulement il modifie cette règle en voulant que cette hypothèque n'ait lieu, à cette

(1) Arrêts du parlem. de Rouen des 14 août 1645 et 20 juin 1655.

(2) *Success.*, liv. 2, ch. 5, sect. 1, dist. 1, n° 24.

(3) Nos 27 et 28.

date, qu'autant qu'entre le contrat et la célébration nuptiale il ne se serait pas écoulé un temps considérable (1); et il s'autorise du sentiment de *Neguzantius* (2).

Lebrun se fonde sur ce que, si le mariage était éloigné du jour du contrat, les tiers pourraient ignorer que celui avec qui ils veulent contracter est sur le point de s'engager par mariage, et qu'induits en erreur, ils se verraient exposés à des évictions, ou à être primés dans leurs hypothèques par une femme qui n'aurait reçu le titre d'épouse que postérieurement.

Mais *Basnage*, plus moderne que *Lebrun*, nous apprend que cette limitation était surannée, et qu'elle était tombée en désuétude.

« Il est vrai, dit-il, qu'autrefois on faisait cette distinction, *an longo tempore post conscriptas tabulas subsequuta sit solemnitas matrimonii et concubitús*, et que, quand il y avait un intervalle considérable, le douaire n'avait hypothèque que du jour de la célébration : et il fut jugé de la sorte en la chambre de l'édit, le 2 juin 1606, pour le sieur *Gilain*, contre la demoiselle de *Fréville*, parce qu'il y avait sept mois d'intervalle entre le contrat et la célébration du mariage.

» Mais depuis on a tenu indistinctement que l'hypothèque du douaire est acquise du jour que le contrat de mariage a été reconnu (3). Cette question fut décidée en la chambre des enquêtes, au rapport de *M. Vignerol*, le 14 août 1645. »

En effet (et cette raison répond aux inconvénients dont parle *Lebrun*), il est sensible que, si l'hypothèque ne datait que du jour de la célébration du mariage, le mari pourrait le lendemain du contrat vendre ou

(1) Nos 23 et 27.

(2) Part. 2, memb. 4, n° 79.

(3) C'est à cela que revient l'opinion de *M. de Lamoignon*, cité ci-dessus : « L'hypothèque est acquise à la femme du jour du contrat de mariage, ou de la reconnaissance des articles faits devant notaires. »

hypothéquer tous ses immeubles, et priver la femme des sûretés de sa dot et de ses conventions matrimoniales.

584. D'après tout ce qui vient d'être dit des principes de l'ancienne jurisprudence sur la matière, il faudrait une disposition bien précise de la loi nouvelle, pour admettre qu'elle a voulu y déroger. Mais comment se ranger à cette idée, puisque, dans deux articles précis, le Code Napoléon parle de l'effet rétroactif de l'hypothèque légale de la femme *au jour du contrat de mariage*?

L'art. 1404 du Code Napoléon vient me fournir un nouvel argument en faveur de la doctrine, que l'hypothèque légale de la femme date du contrat.

En effet, cet article répute *acquêts de communauté* les immeubles que le mari achète dans l'intervalle qui s'écoule entre le contrat de mariage et la célébration. Donc, la communauté est légalement existante dès ce moment aux yeux de la loi. Dès lors, comment serait-il possible d'admettre que le mari pût créer des hypothèques nuisibles à la femme? Si le contrat qui règle l'association des époux produit un effet en ce qui concerne les biens acquis par le mari pendant le temps intermédiaire, pourquoi n'en produirait-il pas à l'égard de l'hypothèque qui est l'accessoire de ce contrat?

Il me semble donc évident que l'opinion de M. Grenier doit être rejetée. Le sentiment contraire, professé par M. Tarrible (1), étant fondé sur les doctrines anciennes et sur le texte de la loi, mérite une préférence incontestable.

Au reste, la question est grave. De sa solution peut dépendre le sort de tous les créanciers qui ont traité avec le mari dans le temps qui s'est écoulé entre le contrat et la célébration du mariage; elle méritait un examen particulier. Je ne connais qu'un arrêt qui la décide depuis

(1) Inscript., p. 201, n° 8. *Junge* MM. Wolowski, *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 1, p. 278; et Benoît, t. 2, n° 47.

le Code. Il a été rendu par la cour de Nîmes, le 26 février 1834 (1), dans un sens contraire à mon opinion. Mais comment la cour de Nîmes a-t-elle répondu à l'argument victorieux que donnent les art. 2194 et 2195 du Code? En disant qu'ils ne sont pas parfaitement clairs, et que les mots *contrat de mariage* dont ils se servent s'appliquent aussi bien dans le langage de la loi et de la jurisprudence au contrat passé devant l'officier de l'état civil, qu'à celui qui est passé devant le notaire pour régler l'association des biens!!! Or, j'avoue que cette explication me paraît peu convaincante, et je crains que la cour de Nîmes n'ait beaucoup hasardé quand ella a donné aux expressions dont il s'agit un sens si opposé au langage du Code. Je sais bien que Pothier disait (car il ne faut rien dissimuler) : « Le terme de contrat de mariage est équivoque; il » est pris dans ce traité pour le mariage même; ailleurs il » est pris, dans un autre sens, pour l'acte qui contient les » conventions particulières que font entre elles les per- » sonnes qui contractent mariage (2). » Mais Pothier s'éloignait ici de la signification habituelle des mots; il leur donnait un sens inusité (3). D'ailleurs Pothier n'est pas le Code Napoléon, et je ne crois pas me tromper en disant que les expressions *contrat de mariage* ne se trouvent pas une seule fois dans le Code avec l'acception que Pothier leur attribue. En effet, les art. 63 et suiv. ne cessent de qualifier d'*acte de mariage* la célébration de l'union entre les époux, tandis que les art. 1387 et suiv. réservent exclusivement le nom de *contrat de mariage* pour l'acte qui règle les stipulations relatives aux intérêts pécuniaires des époux. N'oublions pas ensuite que les rédacteurs du Code Napoléon n'ignoraient pas les opinions de Domat, Basnage, Lamoignon; et je demande si la doctrine de ces auteurs, reproduite dans les art. 2194

(1) Dall., 34, 2, 401.

(2) *Contrat de mariage*, n° 2.

(3) V. Merlin, Répert., v° *Contrat de mariage*.

et 2195, n'est pas incompatible avec la subtilité grammaticale imaginée par la cour de Nîmes. Il est certain que le système de l'ancienne jurisprudence s'est fait jour dans le Code par cette issue, peut-être un peu tardive; mais enfin il y est : il a trouvé place dans la pensée du législateur. Dès lors ne fait-on pas violence à la loi en le considérant comme non avenu?

La cour de Nîmes n'a pas aperçu l'argument fourni par l'art. 1404; du moins elle ne s'occupe pas d'y répondre. Elle prétend seulement que le sentiment auquel je me rallie *fait supposer légèrement que le législateur est tombé en contradiction avec lui-même*. Mais c'est une méprise. Il me semble, au contraire, que c'est la cour de Nîmes qui lui prête une antinomie, tandis que mon système concilie de la manière la plus simple les art. 2194 et 2195 avec l'art. 2135, en donnant à chacun d'eux la prévision d'un cas différent.

584 bis. Je termine sur notre première difficulté par une observation importante.

C'est toujours la date du contrat de mariage qu'il faut considérer, quand même il y aurait des termes stipulés pour les paiements de la dot. L'hypothèque ne peut prendre rang seulement du jour du paiement. C'est du jour de l'obligation, d'après les principes résultant de la loi 1, Dig. *Qui potior*, et enseignés par tous les auteurs (1).

585. Passons à notre seconde question.

Que comprennent ces expressions *dot et conventions matrimoniales*?

Les conventions matrimoniales sont celles qui sont contenues dans le contrat de mariage et par lesquelles le mari assigne à sa femme un douaire, des gains de survie, lui fait, en un mot, une donation par contrat de mariage. Toutes ces choses ont hypothèque du jour du contrat (2).

(1) Corvin, *De privilegio dotis*. Ferrières. Paris, art. 237, n° 7. Grenier, t. 1, p. 499. *Suprà*, n° 470 bis. Junge MM. Pont et Rodière, t. 2, n° 676.

(2) Jugé en ce sens que la femme a hypothèque légale du jour

On a vu ci-dessus (1) ce qu'on entend par dot sous l'un et sous l'autre régime.

Mais tout ce qui est dotal n'a pas hypothèque du jour du contrat ou du jour du mariage.

Les biens dotaux, dont l'hypothèque remonte à la formation de l'association conjugale, sont seulement ceux que la femme apporte *effectivement et réellement* au mari, ceux dont le mari est dépositaire au moment où se fait le contrat ou le mariage.

Ceux qui ne sont que *in eventu* et qui ne passent dans ses mains que postérieurement, n'acquièrent d'hypothèque qu'à mesure des réceptions. On a pensé que c'était seulement alors que l'obligation personnelle du mari devenait parfaite, et que par conséquent l'hypothèque devait se former.

Ainsi, une femme se constitue en dot tous ses biens présents et à venir;

Ses biens présents consistent en 50,000 fr., qui sont remis au mari;

Plusieurs années après, un oncle fait une donation entre-vifs à la femme, et il lui échoit aussi une succession de 80,000 fr.;

La donation et la succession feront partie de la dot, puisque la femme s'est constitué ses biens présents et à venir.

Mais la femme n'aura hypothèque, du jour du contrat de mariage, que pour les 50,000 fr. formant la totalité des biens présents.

A l'égard des sommes provenant de la donation et de la succession, l'hypothèque légale ne datera, d'après notre article, que de l'ouverture de la succession, ou du jour où les donations auront eu leur effet.

du mariage pour la donation en usufruit qui lui est faite en contrat de mariage, par son mari, pour le cas de survie. Douai. 29 août 1835 (Sirey, 36, 2, 34). Cass., 19 août 1840 (Sirey, 40, 1, 849).

(1) N° 574.

Le Code n'a pas suivi, à cet égard, les principes de l'ancienne jurisprudence.

On y tenait pour constant que, lorsque la constitution de dot comprenait les biens présents et à venir, l'hypothèque pour donations faites à la femme, et pour sommes provenant de successions à elle échues pendant le mariage, remontait au jour du contrat. « Si » preponas, disait le président Favre, ab initio consti- » tuta in dotem fuerint bona etiam futura, quo casu haud » dubiè anterioris temporis privilegium tota dos ha- » beret (1). »

Cette jurisprudence était, je crois, conforme à la subtilité des principes; car, comme le dit Favre, « quoties » numeratio sequitur ex necessitate præcedentis obliga- » tionis, inspicitur tempus obligationis, non numera- » tionis. »

Mais on a vu ci-dessus (2) que le Tribunat ayant fait remarquer que l'obligation du mari ne datait en réalité que du moment où il prenait l'administration des biens composant les successions et donations, c'est-à-dire du jour de l'ouverture de la succession, ou de l'acceptation de la donation, on préféra à la force des principes suivis dans l'ancienne jurisprudence les règles plus équitables qui sont aujourd'hui dans la loi.

586. Mais il faut s'arrêter un moment ici pour interpréter ces expressions de notre article : *du jour que les donations auront leur effet.*

Laissons parler M. Tarrible (3) :

« Cette expression un peu équivoque pourrait signifier » que l'hypothèque légale est acquise du jour où le droit » de percevoir les sommes données est ouvert, ou bien » seulement du jour où elles ont été réellement acquittées » entre les mains du mari.

(1) Code, liv. 8, tit. 8, déf. 15. Voyez aussi MM. Grenier, t. 1, p. 479, et Dalloz, Hyp., p. 133.

(2) N° 577.

(3) Répert., Inscript., p. 204.

« La première interprétation nous paraît la meilleure; » une donation a son effet du moment où le droit qui en » dérive est acquis au donataire. D'un autre côté, lors- » qu'il s'agit de sommes dérivant d'une succession ou- » verte au profit de la femme, le rang de l'hypothèque » est positivement fixé au jour de l'ouverture de la suc- » cession, quoique l'on sente très-bien que des termes » apposés aux obligations, des opérations préliminaires, » ou d'autres causes peuvent différer l'acquittement des » sommes à recouvrer longtemps après cette ouverture. » Pourquoi les mêmes causes ne produiraient-elles pas » les mêmes effets lorsqu'il s'agit d'une donation? Ainsi » l'hypothèque devrait dater du jour de l'acceptation de » la donation, quand bien même les sommes acquises » en vertu de cette donation ne parviendraient au mari » que longtemps après (1). »

587. Je reviens au développement du principe résultant de notre article, que la femme n'a hypothèque, pour ses droits éventuels dotaux, que du jour des réceptions faites par le mari.

J'ai parlé des successions et donations échues à la femme pendant le mariage. Le Code ne parle que de ces deux cas. Mais d'autres éventualités peuvent procurer à la femme une augmentation de sa dot. Il faudra suivre alors les règles tracées par le Code Napoléon pour l'hypothèse analogue où il s'agit de succession ou donation.

Par exemple : Une femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir. Elle possède au moment du mariage

(1) M. Persil est de cet avis, art. 2135, § 2, n° 7. V. aussi M. Dalloz, Hyp., p. 133, n° 4. — Je trouve une application de ces règles dans un arrêt de la cour de cassation du 5 mai 1841 (Sirey, 41, 1, 448), qui décide que sous le régime de la communauté, les sommes provenant de successions échues pendant le mariage, et déclarées *propres* à la femme, sont réputées *dotaux*, et en conséquence que la femme a hypothèque légale sur les biens de son mari, pour le recouvrement de ces sommes, à partir de l'ouverture des successions, et non pas seulement à partir de la perception qui en a été faite par le mari.

une somme de 50,000 fr. qui lui était obvenue par suite d'un partage avec son frère. Mais, quelque temps après, la femme s'aperçoit qu'elle a été lésée, et par une action en rescision, elle force son frère à lui payer un supplément de 40,000 fr.

Nul doute que cette somme ne soit dotale. Mais l'hypothèque qui lui est assurée remontera-t-elle au contrat de mariage? Oui, sans doute, d'après l'ancienne jurisprudence. Mais si je prends pour boussole les deux exemples que le Code Napoléon a précisés dans notre article, je vois qu'il est dans l'esprit du législateur de faire dépendre la date de l'hypothèque de la femme, pour ses droits éventuels, du moment seul où le mari en est réellement investi, et je pense par conséquent que l'hypothèque, dans le cas posé, ne datera que du jour de la réception (1).

Autre cas : Une femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir. Parmi ses biens immeubles se trouve une maison soumise à pacte de rachat en faveur de Titius. Ce dernier se présente au temps fixé et compte au mari une somme de 25,000 fr., prix du réméré. L'hypothèque pour cette somme datera-t-elle du jour du mariage?

Cette question ne me paraît pas sans difficulté. Néanmoins je crois qu'elle doit recevoir une décision différente de la précédente, et qu'il faut dire que l'hypothèque datera du jour du mariage. Voici pourquoi.

La femme a eu hypothèque dès l'instant de son contrat de mariage pour la restitution de l'immeuble qu'elle s'était constitué en dot. Si le mari eût vendu cet immeuble dotal, la femme aurait dû être colloquée sur les biens de son mari pour la valeur de cet immeuble à la date de son contrat. Pourquoi devrait-il en être autre-

(1) MM. Dalloz, Hyp., p. 134, n° 8; Pont et Rodière, t. 2, n° 676, sont d'avis contraire. Mais je préfère l'opinion de M. Grenier, t. 1, n° 233. V. *suprà*, n° 585.

ment dans le cas où l'immeuble sort des mains du mari, par suite de l'exercice d'un droit de réméré? La somme de 25,000 fr., qui lui est payée pour prix de ce réméré, n'est en quelque sorte que la représentation de l'immeuble remis au mari lors du mariage. Elle doit avoir la même hypothèque.

Il est un troisième cas à peu près semblable à celui-ci et sur lequel Basnage (1) et M. Grenier (2) donnent une solution conforme à la mienne, quoique par d'autres raisons, qu'on peut consulter.

Une femme s'est constitué des rentes en dot. Pendant le mariage le débiteur de ces rentes les rachète, ainsi qu'il en a le droit, et rembourse le capital au mari. On doit décider que l'hypothèque pour ce capital prendra date du jour du contrat de mariage.

Il est inutile d'avertir que ce cas et le précédent sont tout à fait différents du cas dont il sera question tout à l'heure relativement au remploi de *propres aliénés*. Il ne s'agit pas ici d'aliénation volontaire de propres de la femme. Il s'agit d'aliénation forcée de biens dotaux, de remplacement d'un fonds dotal par une somme d'argent dotale.

§. J'ai dit plus haut (3) que l'hypothèque légale n'avait lieu du jour du contrat de mariage, que pour la dot effective et réelle, constituée de ce moment: d'après ce qui résulte du n° 584 *bis*, quoique la dot apportée par la femme soit soumise à des délais de paiement, elle n'en est pas moins effective et réelle.

588. Je m'occupe maintenant de l'hypothèque de la femme pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari.

Ces créances ne trouvent place que dans le régime

(1) Ch. 15.

(2) T. 1, p. 500.

(3) N° 585.

de la communauté. Elles n'ont d'hypothèque que du jour de l'obligation (1).

L'hypothèque pour indemnité des dettes que la femme a contractées avec son mari n'avait pas lieu originairement en France. Elle fut introduite par l'usage, sur ce qu'on présumait que la femme n'était pas absolument libre, et qu'elle ne contractait que pour prévenir des dissensions inévitables, en cas de refus de sa part (2).

Ceux qui avaient introduit cet usage avaient fait remonter l'hypothèque de la femme au jour du contrat de mariage (3).

Mais cette pratique était odieuse. Il était contraire aux bonnes règles qu'une femme eût une hypothèque antérieure aux obligations contractées par son mari envers elle. Mais il était surtout intolérable que les créanciers, qui depuis le mariage avaient contracté avec le mari, fussent primés par la femme pour des droits nés postérieurement. Les sages observations du Tribunal,

(1) Plusieurs arrêts avaient décidé qu'à l'encontre des tiers, la femme (ou ses créanciers) peut exercer son hypothèque légale, bien que l'obligation par elle contractée avec son mari ne résulte que d'actes sous seing privé n'ayant pas acquis de date certaine, l'art. 1328 du Code Napoléon étant inapplicable en ce cas. Orléans, 24 mai 1848 (Sirey, 50, 2, 145); Paris, 31 juillet 1847 (Sirey, 47, 2, 483). Mais sur le pourvoi dirigé contre ce dernier arrêt, la Cour de cassation a jugé, au contraire, que l'art. 1328 reçoit application dans ce cas, et par suite que l'hypothèque ne prend rang que du jour où les actes ont acquis date certaine, conformément à cet article. Cassation, 5 février 1851 (Sirey, 51, 1, 192), et c'est aussi ce qui, sur le renvoi prononcé par cet arrêt, a été jugé à la cour de Rouen, le 24 mars 1852 (Sirey, 53, 2, 535). V. encore Agen, 21 mars 1851, et Rennes, 21 août 1851 (J. P. 52, 2, 465 et 678). — Du reste voyez, sur un point analogue, *infra*, n° 593. — Mais la femme peut-elle obtenir collocation sur le prix en distribution des biens de son mari pour indemnité des dettes qu'elle a contractées avec lui avant d'avoir payé ces dettes? Voir *infra*, n° 610.

(2) Lamoignon, t. 2, p. 133.

(3) Idem, p. 132. M. Grenier, t. 1, p. 479.

rapportées ci-dessus (1), ont tari cette source d'abus et de fraudes.

J'aime à pouvoir les corroborer de l'opinion de M. de Lamoignon : « Les hypothèques données aux femmes » *du jour du contrat de mariage*, ou de la bénédiction nuptiale, pour l'indemnité des dettes, ne sont pas régulières ; car l'hypothèque, n'étant qu'accessoire de l'obligation personnelle, ne peut, selon les principes de droit, exister en un temps auquel l'obligation personnelle n'était pas encore conçue (2). »

Et plus loin : « Dans le fond, l'hypothèque donnée aux femmes du jour du contrat de mariage, ou du jour de la bénédiction nuptiale, est fort incommode au mari ; car elle soumet l'état, la condition et la fortune du mari au caprice et à la fantaisie de la femme. Si elle refuse de s'obliger avec son mari, un homme riche d'un million demeure sans crédit, à cause que les premières obligations du mari, auxquelles la femme n'a point parlé, peuvent, si elle change d'avis, être anéanties par des obligations postérieures du mari et de la femme, auxquels on donne, du chef de la femme, une hypothèque du jour du contrat de mariage. Et, supposé qu'il n'y ait point de mauvaise humeur de la

(1) Je cite ici, comme ayant statué dans l'esprit de ces observations, un arrêt duquel il résulte que l'hypothèque de la femme prenant naissance à l'époque où la dette est contractée, ne peut être réputée indivisible lorsque de fait il y a plusieurs dettes souscrites par elle à différentes époques ; et qu'ainsi, le tiers qui a pris hypothèque sur les biens du mari, à une époque postérieure à une première dette de la femme, mais antérieure à une deuxième dette, doit être primé par l'hypothèque légale de la femme résultant de la première dette, mais doit primer l'hypothèque légale née de la deuxième dette. Cass., 16 novembre 1829 (Sirey, 30, 1, 306) ; et un autre arrêt qui décide que l'hypothèque ne prenant naissance qu'au jour de l'engagement, ne peut être exercée sur un immeuble vendu par le mari antérieurement à l'obligation. Riom, 6 décembre 1848 (Sirey, 49, 2, 147).

(2) T. 2, p. 134.

» part de la femme, si elle est mineure et incapable de
 » s'obliger, le mari se trouvera dans l'impuissance d'em-
 » prunter dix écus, à cause des obligations que la femme,
 » parvenue en majorité, pourra faire avec son mari, au
 » préjudice et à la ruine des créanciers particuliers de
 » son mari, quoique antérieurs en hypothèque (1). »

588 bis. On a agité une question intéressante et qui consiste à savoir si la femme peut, par son contrat de mariage, déroger à la disposition du Code qui veut que l'hypothèque *pour indemnité de dettes* prenne date des engagements, et si elle a pu convenir en se mariant que cette indemnité aurait hypothèque à compter du mariage. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'affirmative par arrêt de rejet du 26 février 1829 (2); à la vérité, dans l'espèce jugée par cet arrêt, il y avait cette circonstance particulière que le contrat de mariage avait dérogé à la coutume de Bretagne, conforme en cette partie au Code Napoléon, et que l'on pouvait avoir plus d'indulgence pour une stipulation qui rentrait dans le droit commun de l'ancienne France (3). Quoi qu'il en soit, MM. Delvincourt et Dalloz se prononcent pour la validité d'une pareille convention, par la raison que les tiers peuvent toujours consulter le contrat de mariage (4).

Je ne saurais partager cette opinion. Le Code Napoléon a été dirigé par des motifs d'ordre public. C'est, comme dit le Tribunat, pour faire disparaître *une source de fraudes* (5) et pour remédier à un usage odieux. Or, les tribunaux ne doivent pas tolérer des conventions qui favorisent les fraudes, et qui, par conséquent, sont contraires aux bonnes mœurs.

(1) V. aussi Mornac, sur la loi 9, Dig. *Qui potior*.

(2) Dall., 29, 1, 161.

(3) Le droit commun était en effet pour la rétroactivité de l'hypothèque, comme je l'ai dit au numéro précédent. Voyez aussi un arrêt de Dijon du 22 août 1825. Dalloz, 27, 1, 113.

(4) Delv., t. 3, n° 7, p. 165. Dall., Hyp., p. 123, note.

(5) *Suprà*, n° 577.

Le motif donné par MM. Delvincourt et Dalloz, que les tiers peuvent consulter le contrat de mariage, et ne pas contracter s'ils y trouvent des conditions onéreuses, serait tout au plus admissible pour les hypothèques conventionnelles ; et encore resterait toujours la raison tirée de la violation de lois d'ordre public. Mais ce même motif est sans force pour ceux qui font valoir des hypothèques légales ou des hypothèques judiciaires. Le mineur a-t-il consulté le contrat de mariage de son tuteur pour savoir quel sera le rang de son hypothèque (1) ?

589. A l'égard de l'hypothèque de la femme pour emploi de ses propres aliénés (ce qui est encore une créance appartenant au régime de la communauté), cette hypothèque n'est pas d'une origine fort ancienne ; M. de Lamoignon dit que l'usage qui l'introduisit s'établit tacitement depuis les Etats de 1614.

Elle paraît juste ; car, quoique la femme consente à l'aliénation de son propre, néanmoins il est à craindre que cette adhésion ne soit l'effet des sollicitations du mari ; d'ailleurs, c'est le mari qui reçoit le prix de la vente, et qui dispose des deniers à sa volonté et sans le consentement de sa femme (2).

Cette hypothèque avait date du jour du contrat de mariage ou de la bénédiction nuptiale, et c'est encore ce que blâme M. de Lamoignon, parce que le mari n'est obligé à indemniser sa femme de la vente de ses propres, qu'autant que la vente a eu lieu, et qu'il est déraisonnable d'établir une hypothèque antérieure à l'obligation personnelle dont elle est l'accessoire.

Cette jurisprudence avait encore un autre inconvénient, c'est qu'elle précipitait les femmes vers leur ruine, en ce qu'elle les rendait faciles à vendre leurs propres dans l'espérance d'entrer les premières en ordre,

(1) Mon opinion paraît être aussi celle de M. Grenier, t. 1, p. 518, n° 242, *in fine*.

(2) Ferrières, Paris, art. 257, n° 15.

sur les biens de leur mari, pour leur remboursement.

Mais cette espérance était souvent trompée.

Les affaires du mari se dérangent, et l'hypothèque qui leur était accordée, loin de servir à elles-mêmes, ne profitait qu'aux créanciers envers lesquels elles s'étaient obligées, et qui venaient en sous-ordre exercer leurs droits (1).

Aujourd'hui l'hypothèque de la femme pour le emploi de ses propres aliénés n'a de rang que du jour de la vente faite par son mari.

M. de Lamoignon pense (2) que, si la vente s'effectuait en vertu d'une clause du contrat de mariage, qui aurait permis au mari l'aliénation *des propres* de la femme pour les affaires dudit mari, alors on serait fondé à prétendre l'hypothèque du jour du contrat.

Mais j'estime que, dans les principes du Code Napoléon, cette décision ne doit pas être suivie (3).

La condition d'aliéner, qui est ici la condition de l'hypothèque légale, est potestative de la part du mari, débiteur de cette hypothèque. Elle ne peut rétroagir au préjudice des tiers (4). L'hypothèque ne peut donc avoir de date que du jour de l'événement de la vente.

589 *bis*. Doit-on appliquer à l'aliénation du fonds dotal, faite par le mari, la même décision que pour les propres de la femme aliénés ?

Je ne le crois pas. Le mari qui a vendu le bien propre de la femme n'avait, avant cette vente, contracté envers elle aucune obligation relative à ce genre de propriété. Ce n'est qu'autant qu'il la force à se dépouiller de son bien, qu'il s'oblige à l'en indemniser; l'aliénation en-

(1) Lamoignon, t. 2, p. 135.

(2) C'était une ancienne jurisprudence attestée par Brodeau, sur Louet, l. R, n° 50, et par Ferrières, Paris, art. 237, n° 7.

(3) D'après Ferrières, elle était contraire à la loi 11, Dig., *Qui potior*.

(4) *Suprà*, n° 474.

gendre seule l'obligation, et l'obligation donne naissance à l'hypothèque.

Au contraire, lorsque le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage, qui rend le bien dotal inaliénable. Il encourt la responsabilité qu'il avait promise, dès l'instant du contrat de mariage. L'hypothèque grevait tout son avoir bien longtemps avant la vente du fonds dotal; cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque : elle n'est que l'événement qui force la femme à en user.

Si la vente a été faite en vertu d'une clause du contrat de mariage qui autorisait la vente du fonds dotal, la solution doit être la même. La dot est une charge dont le mari a été grevé dès l'instant du mariage. La sûreté des sommes qui la remplacent doit donc remonter à cette époque. C'est ce qu'a jugé avec raison un arrêt de la Cour de cassation du 27 juillet 1826 (1).

(1) Dal., 26, 1, 432. *Junge* arrêt de Grenoble du 6 janvier 1851 (Dal., 52, 2, 99). Il est si vrai que la disposition de l'art. 2135, dont je m'occupe en ce moment, ne s'applique pas à la femme mariée sous le régime dotal, que dans la discussion récente du projet de réforme hypothécaire, M. Rouher avait proposé d'ajouter à cette disposition, qui était dans le projet ce qu'elle est dans le Code, que la femme n'aurait hypothèque « pour le prix de ses » immeubles *dotaux* aliénés que du jour de l'aliénation. » L'article 2135 ne s'applique donc pas à ce cas, puisque l'on voulait faire de ce cas précisément l'objet d'une disposition additionnelle. A la vérité, l'addition proposée par M. Rouher, d'abord soutenue et admise, avait été écartée plus tard. Mais ce n'est pas parce qu'on pensa que le cas était réglé par le texte primitif qui était celui de la loi actuelle, c'est uniquement parce que la question ne parut pas susceptible de recevoir de la loi une solution absolue. Voici ce que M. de Vatimesnil disait à cet égard, au nom de la Commission : « Nous ne pouvons pas embrasser tous les cas... là où il » y aura une créance, il y aura une hypothèque légale à la date de » la créance. Mais quand la créance existera-t-elle et prendra-t-elle » naissance ? Tout cela dépendra du contrat : ce sont des questions » d'application du contrat, plutôt que des questions de droit... » Nous vous proposons en conséquence de rejeter l'amendement » de M. Rouher... » Je ne sais pas s'il était complètement exact

Au surplus, j'ai dit ci-dessus (1) que, par emploi de *propres*, notre article entend parler aussi des paraphernaux aliénés.

Quant à la question de savoir si la femme peut stipuler par son contrat de mariage que l'hypothèque pour emploi de ses propres aliénés remonte au mariage, appliquez ce que j'ai dit *suprà*, n° 588 *bis* (2).

590. Les créances paraphernales de la femme ayant, comme il a été dit, une hypothèque légale dispensée d'inscription sur les biens du mari, il convient d'examiner quelle est la date de cette hypothèque.

En thèse générale, c'est la femme qui a la jouissance et l'administration de ses paraphernaux.

de dire que la proposition de M. Rouher soulevait une question d'appréciation plutôt qu'une question de droit; mais enfin, je m'empare de ceci comme d'une interprétation, et je vois, tant dans la proposition de M. Rouher que dans les observations à la suite desquelles cette proposition avait été rejetée, une raison de plus de me confirmer dans mon sentiment, à savoir qu'on ne doit pas appliquer à l'aliénation du fonds dotal faite par le mari une règle que le n° 2 du § 3 de l'art. 2155 n'a établie que relativement à la femme commune en biens pour le emploi de ses propres aliénés. C'est aussi l'avis de MM. Pont, *Revue critique*, t. 2, p. 586 et suiv.; Rodière, *Contr. de mariage*, t. 2, n° 677; Tessier, t. 2, n° 154; Benech, *De l'emploi et du remploi*, n° 111. J'ai dû revenir sur ce point et y insister, parce que, dans une occasion récente, la cour de Caen s'est prononcée en sens contraire de l'opinion qui jusque-là avait été admise unanimement en doctrine et en jurisprudence. V. son arrêt en date du 7 juillet 1851 (Sirey, 52, 2, 92). Quelque soigneusement que cette décision soit motivée, je persiste à penser que la doctrine qu'elle consacre n'est pas la meilleure. Je sais bien qu'elle a été vainement déférée à la censure de la Cour de cassation et que le pourvoi dont elle a été l'objet a été rejeté le 21 décembre 1853 (V. Sirey, 54, 1, 11; Dalloz, 54, 1, 5). Mais je dois dire aussi que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur la question: elle a rejeté le pourvoi par des motifs qui se rattachent à un autre point de droit et qui laissent la question entière, au moins devant la Cour suprême.

(1) N° 574.

(2) Sur plusieurs questions relatives aux droits de la femme au cas d'aliénation du fonds dotal. Voir *infra*, n° 612 et suivants.

Mais il est possible que, par suite de différentes combinaisons, le mari soit détenteur des sommes extradotales. Par exemple :

La femme peut stipuler, par son contrat de mariage, que son mari restera dépositaire de ses sommes paraphernales. Justinien donne un exemple de cette convention dans la loi 11, C. *De pact. convent. super dot.*, etc.

Pendant le mariage, elle peut lui donner le mandat de les colloquer avantageusement, et de les administrer.

Le mari peut s'en emparer despotiquement.

Dans tous ces différents cas, la loi a donné une hypothèque à la femme pour la reprise de ses paraphernaux ; mais elle ne précise pas l'époque où il faut fixer la naissance de cette hypothèque.

Cette question ne présente en droit que peu de difficultés.

L'hypothèque, étant l'accessoire de l'obligation personnelle, commence lorsque l'obligation personnelle est formée.

Or, il est évident qu'il n'y a d'obligation personnelle pour le mari que du moment qu'il a reçu les sommes paraphernales : c'est donc dès l'instant de la réception que date l'hypothèque. La loi 11, au C., tout à l'heure citée, en porte une décision formelle (1).

591. Par quels moyens la femme peut-elle prouver la réception des sommes extradotales par son mari ?

Il est souvent fort difficile que la femme se procure un titre : elle est sous l'influence et sous l'autorité de son mari. Celui-ci peut lui refuser une reconnaissance, et il

(1) M. Grenier, t. 1, p. 497. Quelques arrêts font remonter l'hypothèque au jour de l'aliénation. V. Toulouse, 7 avril 1829 (Sirey, 30, 2, 51). Lyon, 21 août 1832 (Sirey, 53, 2, 418) ; Montpellier, 13 décembre 1853 (Sirey, 54, 2, 559) ; Cassation, 27 avril 1852 (Sirey, 52, 1, 401) ; Paris, 7 mai 1853 (Sirey, 53, 2, 551).

est certain qu'il la lui refusera toujours, lorsqu'il se sera emparé malgré elle de ses parapherinaux.

Je crois que la preuve testimoniale doit être admise sans difficulté, sans quoi une femme serait le plus souvent exposée à la perte de ses parapherinaux.

592. D'après la jurisprudence qui a précédé le Code Napoléon, la dot pouvait être augmentée pendant le mariage (1), et l'augment de dot s'identifiait avec la dot principale et jouissait des mêmes privilèges qu'elle.

Néanmoins, l'augment de dot n'avait pas tous les avantages de la dot, en ce qui concerne le privilège de l'hypothèque.

L'empereur Justin voulut que l'augment de dot n'eût d'hypothèque que du jour de l'augmentation et non point du jour du mariage (2).

Mais Justinien, par sa Nouvelle 97, chap. 2, dérogea à cette loi. Il fit une distinction entre l'augment fait en immeubles et l'augment fait en meubles. Dans le premier cas, il voulut que la femme eût une hypothèque privilégiée tant pour la dot que pour l'augment.

Dans le second, c'est-à-dire si l'augment est fait en meubles, Justinien sous-distingue si le mari a des créanciers dans le temps de l'augmentation de la dot, ou s'il n'en a pas. S'il en a, il ne veut pas que la femme ait privilège sur les créanciers antérieurs. Son hypothèque ne doit compter que du jour de l'augmentation. S'il n'en a pas, l'augment a une hypothèque privilégiée, comme dans le cas d'augment fait en immeubles (3).

On sait que, d'après le Code Napoléon, la dot ne peut plus être augmentée pendant le mariage. Ainsi, tout ce qui échoit à la femme de plus que ce qui est constitué

(1) L. 19, C. *De donat. ante.*

(2) L. 19, C. *Idem.*

(3) Cujas, sur la Nov. 97. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 15. Despeisses, t. 1, p. 458, n° 37. Voët, lib. 20, t. 4, n° 21. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, p. 54.

par le contrat de mariage, est paraphernal. Il est donc évident que l'hypothèque ne peut être prétendue que du jour de la réception par le mari.

Par exemple, une femme se constitue en dot une somme de 50,000 fr. qui lui appartient en vertu d'un partage qu'elle a fait avec son frère. Par suite d'une action en rescision contre ce partage pour cause de lésion, elle force son frère à lui payer une autre somme de 50,000 fr., qui complète la totalité de sa part afférente, et que son mari touche en vertu de sa procuration. Il est certain que cette somme n'est pas dotale, et qu'elle ne peut même le devenir par aucune convention intervenue entre le mari et la femme, postérieure au contrat de mariage. Cette somme étant paraphernale, l'hypothèque n'aura de rang que du jour de la réception (1).

593. Comme dans beaucoup de cas énumérés ci-dessus, c'est du jour de la réception des sommes dotales que date l'hypothèque de la femme, il faut voir ici dans quelle forme doivent être les quittances de dot pour pouvoir être opposées aux tiers.

Ce point a longtemps partagé les esprits. On n'était pas d'accord sur la question de savoir si les tiers pouvaient critiquer les quittances de dot non authentiques.

Les uns, se fondant sur l'art. 180 de l'ordonnance de 1629, portant « toute quittance de dot sera passée devant » notaires, à peine de nullité pour le regard des tiers, » et sur la disposition d'une déclaration du 6 mars 1696, qui exigeait que les quittances de dot fussent passées devant notaires, voulaient qu'on ne pût opposer aux tiers créanciers des quittances sous seing privé.

Les autres soutenaient que l'ordonnance de 1629 n'avait jamais eu force de loi dans la plupart des parlements du royaume; que la déclaration de 1696 n'était qu'une loi bursale; qu'il ne fallait pas les suivre, parce

(1) Henrys, liv. 4, ch. 5, p. 34. V. Nîmes, 9 mars 1831 (Sirey, 31, 2, 157).

qu'il pouvait en résulter un grand préjudice pour les femmes.

La jurisprudence était fort incertaine, comme on peut le voir dans Denizart, *verbo* Dot, n° 57, et dans le Répertoire de Jurisprudence, *verbo* Dot, § 3.

Mais enfin elle fut fixée par un arrêt du parlement de Paris du 3 septembre 1781. Il fut décidé que rien n'obligeait la femme à présenter aux créanciers des quittances authentiques.

En effet, le seul point à examiner est de savoir si la quittance est sincère, ou bien si elle est entachée de fraude. Il peut même arriver souvent que le mari, *tanquam potentior*, ne veuille pas donner quittance à sa femme, et alors ce serait exposer les droits de la femme que de ne pas lui permettre la preuve testimoniale. Ce point a été ainsi jugé par deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 1^{er} février 1816, l'autre du 16 juillet 1817, approuvés par M. Merlin (1) et par M. Grenier (2).

Je m'y rallie aussi, soit qu'il y ait eu contrat de mariage, soit qu'il n'y en ait pas eu.

Quand il y a eu un contrat de mariage qui spécifie les apports matrimoniaux de la femme, ou même un contrat par lequel une femme se constitue tous ses biens présents et à venir, il existe un fait d'où découle la présomption que des paiements ont dû être opérés par suite du contrat. Seulement, pour éloigner toute idée d'avantages entre époux, la femme doit prouver d'où proviennent les deniers dont il n'est point parlé dans le contrat de mariage, *undè habuit* (3).

(1) Q. de Droit, v° Hyp.

(2) Hyp., t. 1, p. 505. Dalloz, Hyp., p. 128.

(3) Favre, C. *De dote cautâ non numeratâ*, lib. 5, tit. 10, déf. 1. Despeisses, t. 1, p. 291, n° 85. Coquille, q. 120. Bretonnier, sur Henrys, liv. 4, ch. 6, q. 54. V. aussi Toulouse, 25 décembre 1818 (Sirey, 19, 1, 201).

S'il n'y a pas de contrat, la femme doit également prouver *undè habuit*. Mais, cela fait, s'il n'y a pas d'indices de fraude, les quittances données par le mari doivent faire foi, en quelque forme qu'elles soient (1); si même il n'y en a pas, on peut constater par témoins le fait et la date des paiements.

Je crois devoir citer sur cette question l'opinion toujours si prépondérante du président Favre (2): « Et si » *verum est mariti confessionem de dote receptâ con-* » *stante matrimonio factam, si neque numeratio inter-* » *venerit, neque dotis constitutio præcesserit, suspectis-* » *simam esse, nec creditoribus etiam posterioribus* » *nocere, non tamen est id perpetuum; nam si confessio* » *probabilem causam habeat, asserente marito redactam* » *pecuniam ex venditione rei ad uxorem pertinentis, remque* » *ipsam et venditionis diem, adeoque notarii qui instru-* » *mentum conscripserit personam designante, vix ulla* » *fraudis suspicio subesse potest. »*

594. Les droits des femmes des commerçants faillis sont modifiés par d'importantes dispositions du Code de commerce. On peut consulter les art. 557 (anc. 544) et suiv. de ce Code.

595. Occupons-nous des cessions que peut faire la femme de son hypothèque légale (3).

(1) Angers, 23 juillet 1830. Dal., 31, 2, 94.

(2) *Loc. cit.*

(3) J'ai examiné, dans mon Commentaire de la Vente (t. 2, nos 906 et 930), plusieurs questions intéressantes qui touchent aux cessions d'hypothèques en général, et particulièrement aux cessions par effets négociables. J'ajoute ici que les idées que j'ai émises, *loc. cit.*, particulièrement sur la question de savoir si l'hypothèque peut être transmise par voie d'endossement, avaient fini par prévaloir dans les discussions récentes sur la réforme du régime hypothécaire. Je dois convenir qu'elles n'eurent pas le dessus dans l'examen de la question qui fut fait par les Cours et les Facultés lorsqu'elles furent consultées, en 1841, sur les réformes qu'il convenait d'introduire dans le texte du Code sur les hypothèques; car tandis que, d'une part, neuf Cours et trois Facultés

